

**Discussio mater  
veritas est**

**№ 05/2014**

**Южнокавказский  
Юридический  
Журнал**



**South Caucasus  
Law Journal**

**Южнокавказский  
Юридический  
Журнал**

05/2014

Демократическое законодательство

**South Caucasus  
Law Journal**

05/2014

Democratic Legislation

**Руководитель редакционной коллегии**

Норберт Бернсдорфф

**Head of the Editorial Board**

Norbert Bernsdorff

**Редакционная коллегия**

Ваффедин Ибаев, Гундуз Камиров, Анар Багиров, Нарине Алексанян, Анаит Манасян, Тарон Симонян, Иракли Бурдули, Паата Турава, Лия Шатберашвили, Елена Филеева

**Members of the Editorial Board**

Vaffadin Ibaev, Gunduz Kamirov, Anar Bagirov, Narine Aleksanyan, Anahit Manasyan, Taron Simonyan, Irakli Burduli, Paata Turava, Lia Shatberashvili, Elena Fileeva

**Переводчики русского текста**

Георгий Кукулава, Ия Мириджанашвили, Лаша Каландадзе, Нино Рухадзе, Назим Гусейнов

**Translators of Russian Text**

Giorgi Kukulava, Ia Mirijanashvili, Lasha Kalandadze, Nino Rukhadze, Nazim Huseinov

**Переводчики английского текста**

Кети Вачадзе, Георгий Кукулава, Наталия Бурдули, Натия Габиташвили, Нино Рухадзе, Тико Цкхведиани, Назим Гусейнов

**Translators of English Text**

Ketevan Vachadze, Giorgi Kukulava, Natalia Burduli, Natia Gabitashvili, Nino Rukhadze, Tiko Tskhvediani, Nazim Huseinov

**Корректор русского текста**

Лия Шатберашвили

**Proof-reader of Russian Text**

Lia Shatberashvili

**Корректор английского текста**

Викрам Кона

**Proof-reader of English Text**

Vikram Kona

**Координатор журнала**

Наталия Бурдули

**Coordinator of the Journal**

Natalia Burduli

Журнал публикуется при содействии Немецкого Общества по Международному Сотрудничеству (GIZ) и Тбилисского Государственного Университета. Взгляды, выводы и комментарии, приведенные в статьях, не должны быть поняты как мнение Немецкого Общества по Международному Сотрудничеству (GIZ) или как мнение Тбилисского Государственного Университета.

The Journal is published with support of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) and Ivane Javakhishvili Tbilisi State University. Findings, conclusions and comments made in the Journal do not reflect neither the opinion of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), nor the opinion of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University (TSU)

© Немецкое Общества по Международному

Сотрудничеству (GIZ), 2014

© Авторы статей, 2014

© Снимок на обложке: Jacques Descloitres, MODIS Land Rapid Response Team

© Deutsche Gesellschaft für Internationale

Zusammenarbeit (GIZ), 2014

© Authors, 2014

© Picture on the cover: Jacques Descloitres, MODIS Land Rapid Response Team

Электронную версию данного журнала можно найти на сайте: <http://www.tsu.edu.ge/ge/faculties/law/news/>

The online version of the Journal is available on the website: <http://www.tsu.edu.ge/ge/faculties/law/news/>

Эл. почта: [natali.burduli@gmail.com](mailto:natali.burduli@gmail.com)

Email: [natali.burduli@gmail.com](mailto:natali.burduli@gmail.com)

ISSN 2298-0490



**giz** Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

# Содержание

# Content

## От редактора

## Editorial

## Статьи

## Articles

- **Азаде Джаббарзаде (Азербайджан)**  
*Понимание демократического государства и законодательство* 7
- **Анаит Манасян (Армения)**  
*Избирательное право граждан, осужденных к лишению свободы и отбывающих наказание, и необходимость совершенствования конституционного и законодательного регулирования Республики Армения относительно данного вопроса* 16
- **Павле Берия (Грузия)**  
*Соблюдение права на собственность лиц, вынужденно перемещенным с оккупированных территорий Грузии* 18
- **Тамара Шакарян (Армения)**  
*Улучшение концепции административной ответственности юридических лиц в перспективе судебных реформ* 23
- **Нино Киласония (Грузия)**  
*Участие народа, как форма контроля делегированной законодательности* 29
- **Маис Алиев (Азербайджан)**  
*Проблемы демократизации законодательства, реализующего право на образование инвалидов в Азербайджане* 37
- **Серги Джорбенадзе (Грузия)**  
*Регулирование на законодательном уровне института “Must Carry” как один из составных элементов демократического законодательства* 44
- **Симон Такашвили (Грузия)**  
*Презумпция достоверности и полноты записи публичного реестра – демократическое законодательство или пробел в законодательстве?* 52
- **Карен Суренович Амирян (Армения)**  
*Некоторые проблемы гражданства и двойного гражданства РА* 60
- **Марине Чкония (Грузия)**  
*Конфликт норм в предпринимательских правовых отношениях и механизмы его устранения путём совершенствования законодательства* 65
- **Норберт Бернсдорфф (Германия)**  
*Демократическое законодательство в Европе – Хартия Европейского Союза по правам человека и «Метод Конвента»* 72
- **Мargarita Galstyan (Армения)**  
*Избирательные права: требования о постоянном проживании к кандидатам в рамках законодательства Армении* 80
- **Одри Евгения Шлегель (Германия)**  
*Роль экспертов в «демократическом» законодательном процессе: эрозия народной власти?* 88
- **Azade Jabbarzade (Azerbaijan)**  
*Understanding of the Democratic State and Legislation* 243
- **Anahit Manasyan (Armenia)**  
*Suffrage (Electoral Right) of Citizens Sentenced to Prison and Serving the Sentence, and the Need to Improve the Constitutional and Legislative Regulation of the Republic of Armenia on the Subject Matter* 251
- **Pavle Beria (Georgia)**  
*Protection of the Principle of Lawfulness towards Internally Displaced Persons (IDPs) from the Occupied Territories of Georgia* 253
- **Tamara Shakaryan (Armenia)**  
*Improvement of the Concept of Administrative Responsibility of Legal Entities in the Perspective of Judicial Reforms* 257
- **Nino Kilasonia (Georgia)**  
*Public Participation, as a Form of Control over Delegated Legislation* 262
- **Mayis Aliyev (Armenia)**  
*Democratization of Legislation Envisaging the Education Rights of Persons with Disabilities in Azerbaijan* 269
- **Sergi Jorbenadze (Georgia)**  
*Regulating “Must Carry” at a Legislative Level as One of Integral Elements of Democratic Legislation* 275
- **Simon Takashvili (Georgia)**  
*Presumption of Veracity and Completeness of Public Registry Data – Democratic Legislation or a Legal Gap* 281
- **Karen Sureni Amiryan (Armenia)**  
*Some Issues of Armenian Citizenship and Dual Citizenship* 288
- **Marine Chkonia (Georgia)**  
*Conflict of Norms in Corporate Legal Relations and its Elimination through Improving the Legislation* 292
- **Norbert Bernsdorff (Germany)**  
*Democratic Law-Making in Europe: the EU Charter of Fundamental Rights and the “Convention Method”* 398
- **Margarita Galstyan (Armenia)**  
*Electoral Rights: Residency Requirements for Candidates under Armenian Legislation* 306
- **Audrey Eugénie Schlegel (Germany)**  
*The Role of Experts in „Democratic Legislation Processes: Erosion of the Power of the Demos?”* 314

• <b>Эдгар Эдуардович Шатирян (Армения)</b> <i>Некоторые аспекты совершенствования правовых механизмов регламентации предвыборной агитации в Республике Армения</i>	97	• <b>Edgar Shatiryan (Armenia)</b> <i>Some Aspects of Improving the Legal Mechanisms of Regulation of the Election Campaigning in the Republic of Armenia</i>	321
• <b>Тамар Гварамадзе (Грузия)</b> <i>Необходимость реформирования кодекса об административных правонарушениях</i>	103	• <b>Tamar Gvaramadze (Georgia)</b> <i>Necessity for Reforming the Administrative Offences Code</i>	326
• <b>Гегам Варданович Геворгян (Армения)</b> <i>Правовые последствия концентрации, введённой в действие в нарушение законодательства в Республике Армения</i>	111	• <b>Gegham Vardani Gevorgyan (Armenia)</b> <i>Legal Consequences of Concentrations Put into Effect in Violation of Legislation in the Republic of Armenia</i>	333
• <b>Вахтанг Гиоргадзе (Грузия)</b> <i>Формирование стабильного правительства: полупрезидентская модель</i>	116	• <b>Vakhtang Giorgadze (Georgia)</b> <i>Formation of Stable Government in the Model of Semi-Presidential System</i>	337
• <b>Агавни Акопян (Армения)</b> <i>О некоторых вопросах антимонопольного регулирования в Республике Армения</i>	123	• <b>Aghavni Hakobyan (Armenia)</b> <i>On Some Issues of Antitrust Regulation in the Republic of Armenia</i>	344
• <b>Нона Зубиташвили (Грузия)</b> <i>Гарантии права собственности партнёра в обществе с ограниченной ответственностью</i>	131	• <b>Nona Zubitashvili (Georgia)</b> <i>Guarantees of the Partner's Right to Property in a Limited Liability Company</i>	351
• <b>Вахтанг Бачиашвили (Грузия)</b> <i>Защита интересов стороны договора путём адекватного толкования норм гражданского кодекса Грузии (ГКГ), регулирующих стандартные положения договора, и необходимость реформирования норм, содержащих пробелы</i>	139	• <b>Vakhtang Bachiashvili (Georgia)</b> <i>Protection of the Interests of a Contract Party by the Adequate Interpretation of the CCG Provisions on Standard Contract Terms and the Necessity to Reform the Flawed Norms</i>	358
• <b>Тигран Артурович Маркосян (Армения)</b> <i>Проблемы пересмотра в гражданском судопроизводстве вступивших в законную силу судебных актов в результате отмены лежащих в их основе судебных и административных актов</i>	150	• <b>Tigran Arthuri Markosyan (Armenia)</b> <i>Issues of the Review in the Civil Procedure of the Legally Enforced Judicial Acts as a Result of the Annulment of a Judicial Act and an Administrative Act Underlying it</i>	368
• <b>Захария Швелидзе (Грузия)</b> <i>Степень европеизации трудовых регуляций в закавказском регионе: сравнительный анализ трудовых стандартов Армении, Азербайджана и Грузии</i>	154	• <b>Zakaria Shvelidze (Georgia)</b> <i>The Europeanization Level of Labor Regulations in Trans Caucasian Region: A Comparative Study of Labor Standards in Armenia, Azerbaijan and Georgia</i>	372
• <b>Армен Левонович Кинаксян (Армения)</b> <i>Актуальные проблемы правового регулирования свободы и защиты информации</i>	165	• <b>Armen Levonovich Kinaktsyan (Armenia)</b> <i>Current Problems in Legal Regulation of Freedom of Information and Information Protection</i>	382

## Обзор судебной практики

• <b>Наталия Бурдули (Грузия)</b> <i>Насколько успешно Европейский суд по правам человека решает вопросы равенства и недискриминации</i>	174
• <b>Норберт Бернсдорфф (Германия)</b> <i>Сообщение о судебной практике Европейского Суда по правам человека по индивидуальным жалобам против Азербайджана, Армении и Грузии в 2013 году (Отчетный период: 01.01.2013 по 31.12.2013)</i>	178
• <b>Димитрий Гегенава (Грузия)</b> <i>Неконституционное конституционное изменение: три определения из практики Конституционного Суда Грузии</i>	181

## Case Law Review

• <b>Natalia Burduli (Georgia)</b> <i>How well has the European Court of Human Rights dealt with the issue of equality and non-discrimination?</i>	390
• <b>Norbert Bernsdorff (Germany)</b> <i>Report on the Practice of the European Court of Human Rights on Individual Complaints against Azerbaijan, Armenia and Georgia in 2013 (reporting period: 1.1.2013 – 31.12.2013)</i>	393
• <b>Dimitry Gegenava (Georgia)</b> <i>Unconstitutional Constitutional Amendment: Three Judgments from the Practice of the Constitutional Court of Georgia</i>	396

- **Нарине Алексанян (Армения)**  
*Развитие института пересмотра судебных актов по основанию нового обстоятельства на основании постановлений Конституционного суда РА* 191
- **Narine Aleksanyan (Armenia)**  
*Development of Institution of Judgment Review Due to New Circumstances on the Basis of the Decisions of the RA Constitutional Court* 406
- **Нино Киласония (Грузия)**  
*Судебный контроль участия народа в административном нормотворчестве* 199
- **Nino Kilasonia (Georgia)**  
*The Judicial Review of Public Participation in Administrative Rulemaking* 413
- **Гор Оганесян (Армения)**  
*Проблема предмета индивидуального обращения в практике Конституционного Суда Республики Армения* 204
- **Gor Hovhannisyan (Armenia)**  
*The Problem of the Subject of the Individual Appeal in the Practice of the Constitutional Court of the Republic of Armenia* 418
- **Мака Тодуа (Грузия)**  
*Вред (создание угрозы причинения вреда), причинённый окружающей среде как основание для требования возмещения вреда - обзор судебной практики* 213
- **Maka Todua (Georgia)**  
*Harm Caused to the Environment (Creation of the Threat of Harm) as a Mean on Compensation Request (Review of Judicial Practice)* 426

### Комментарии к судебным решениям

- **Мариам Осипян (Армения)**  
*Комментарии по решению Жирайр Сефилян против Армении* 226
- **Mariam Osipyan (Armenia)**  
*Comments on the Decision of Zhirayr Sefilyan v. Armenia* 438
- **Паша Ибиш Оглы Сафаров (Азербайджан)**  
*Убийство наследодателя наследником вследствие причины, не связанной с наследием, не считается основой, чтобы считать этого наследника недостойным* 234
- **Pasha Ibish Ogli Safarov (Azerbaijan)**  
*Murder of a Decedent by a Heir for a Reason not Related to the Decedent Estate is no Legal Basis for Finding such a Heir an "Unworthy Heir"* 444
- **Арчил Замбахидзе (Грузия)**  
*Анализ судебного решения по пункту 6 статьи 3 Закона Грузии о предпринимателях (злоупотребление правовой формой ограничения ответственности партнёром субъекта предпринимательской деятельности)* 239
- **Archil Zambakhidze (Georgia)**  
*Analysis of the Court Decision with regard to paragraph 6 of Article 3 of the Law of Georgia "On Entrepreneurs" (Abuse of the Liability Limitation form of an Enterprise)* 448

### Рецензия

- *Морис Шаликашвили, Гиви Миканадзе, Майя (Зойя) Хасия, Пенитенциарное Право, 2014* 452

### Comments on Court Decisions

### Book Recommendation

- *Moris Shalikashvili, Givi Mikanadze and Maia (Zoia) Khasia, Penitentiary Law, 2014* 452

## От редакции

С пятым номером Южно-Кавказского юридического журнала, который посвящен теме «демократическое законодательство», вступает журнал в пятый год своего существования. Тем самым продолжается история успеха журнала, которая началась в 2010 году с темой защиты собственности и продолжается в последующих изданиях, посвященных важным темам демократического государства.

С конца 2013 года организационная ответственность за журнал передана в другие руки. Первые четыре издания журнала координировались региональным бюро по правовым реформам на Южном Кавказе Немецкого Общества по Техническому Сотрудничеству (в настоящее время: Немецкое Общество по Международному Сотрудничеству, GIZ), теперь же задача координации передана юридическому факультету Тбилисского государственного университета. Финансирование журнала продолжает GIZ. Эта перемена несет с собой определенные преимущества: персонал регионального бюро GIZ освобождается от большой организационной работы координации журнала. И с другой стороны, передача журнала научному отделу богатого научными традициями государственного университета может значительно облегчить выбор основной темы журнала и подбор статей. Одновременно будут углубляться связи как с национальными университетами Грузии, так и университетами Армении и Азербайджана.

Концепция журнала, которая состоит в привлечении юристов из всех областей к участию в юридической дискуссии на региональном уровне, остается неизменной. Персональный состав (главный редактор, редколлегия) остается также практически неизменным.

Как уже сказано выше, темой настоящего, пятого издания Южнокавказского юридического является «демократическое законодательство». Тема сознательно была выбрана широкой, для того, чтобы объять как статьи о процессе законодательства, так и те, которые рассматривают вопросы процесса развития демократии и требований, которые этот процесс ставит перед национальными законодательствами. Таким образом, здесь можно найти наряду со статьями о парламентских выборах и, к примеру, статьи об избирательном праве. Кроме того, рассматриваются вопросы соотношения процесса законодательства с положениями национального и международного права. Статьи в рубрике «обзор судебной практики» дополняют журнал.

Надеемся, что пятый выпуск журнала возьмет в руки такое же количество читателей, как и предыдущие выпуски. Набор статей для шестого издания уже начал.

**Др. Норберт Берндорф**  
Главный редактор;  
Судья Федерального  
Социального Суда, Кассель, ФРГ

## Editorial

With the fifth edition devoted to the issue of democratic legislation, the South Caucasus Law Journal completes the fifth year of its existence. This edition demonstrates the continuing success story of the journal, which was launched in 2010. The first edition dealt with the issue of property protection while the subsequent editions were devoted to other important aspects of the democratic and rule-of-law based state.

Since the end of 2013, the organizational responsibility for the annual journal has been shifted from one institution to another. The South Caucasus Regional Bureau of GIZ (German Society for International Cooperation) managed the first four editions of the South Caucasus Law Journal, whereas the Georgian institution Ivane Javakhishvili Tbilisi State University is presently responsible, starting with the fifth edition, for its management. However, the journal will be further funded by GIZ. This change has several advantages. The staff of the South Caucasus Regional Bureau of GIZ will be released from providing the demanding and time-consuming logistical support for the annual journal. In addition, ‘tying’ the South Caucasus Law Journal to the academic endeavor of the Ivane Javakhishvili Tbilisi State University would enable the institution to provide its valuable academic expertise while selecting the general subjects as well as particular articles for the journal. At the same time, effective networking with the national institutions and universities in Azerbaijan and Armenia as well as with German universities will be promoted.

Despite these organizational changes, the established concept of the South Caucasus Law Journal, which provides for the promotion of participation of different lawyers groups in the supra-regional legal discourse, will be maintained. Also, the team of the journal (editor-in-chief, editorial board, etc.) remains – at least to a large extent – unchanged.

As already mentioned, the present edition of the South Caucasus Law Journal is devoted to the broad subject of democratic legislation, which has been selected intentionally. As a result, the edition was open to the articles on lawmaking processes as well as to those devoted to the principle of democracy and its requirements for national legislation. For instance, one can find some articles on parliamentary law and election law in the journal. In other articles, the national lawmaking processes are described in a comparative perspective. The articles under the headings Case Law Review and Comments on Court Decisions contribute to the comprehensiveness of the journal.

It is to hope that the fifth edition of the South Caucasus Law Journal will be read by a large number of readers, as it was the case with the previous four editions. The call for papers for the sixth edition has already been started.

**Dr. Norbert Bernsdorff**  
Editor-in-chief and  
Judge of the Federal Court on  
Social Issues in Kassel, Germany

Азаде Джаббарзаде<sup>1</sup>

## Понимание демократического государства и законодательство

### I. Введение

*Большинство государств современного мира объявили себя демократическими государствами и создали свои законодательные системы на основе демократических принципов. Демократическое управление подразумевает управление со стороны народа и управление, реализуемое для народа. Законодательство каждого государства, считающее себя демократическим, должно отвечать таким требованиям управления. Демократическое законодательство является законодательством, которое придает значение правам человека и основным свободам, и обеспечивает судебную защиту этих прав, создает условия для свободы выражения мнения и плюрализма, а также гарантирует легитимность власти.*

*В данной статье дается описание демократии и основных теорий, связанных с ней, главных условий демократического, правового государства, процесса демократического законодательства, независимых судебных институтов, а также проливается свет на основные нормы, необходимые для демократического законодательства.*

### II. О демократии

#### 1. Демократия и теории, связанные с ней

Слово «демократия» в переводе с греческого означает «власть народа». Невозможно дать одно определение слову «демократия», которое может охватить все периоды истории. Современные государства формировали данное понятие в результате столетних традиций, воззрений и общественных дискуссий.

В античной Греции термин «демократия» означал формирование народного собрания определенной группой землевладельцев и собственников. Данное собрание принимает и отменяет законы, командует посланников в зарубежные страны и принимает решения о войне и мире. Такая демократия избивает недостатками в силу того, что она не давала право голоса и выражения своего мнения женщинам, рабам, бедноте и иностранцам. Платон считал, что демократия представляет собой вождество, переходящее в разум. Аристотель же

описывал демократию как источник недовольства, связанного с приходом бедноты к власти в стране.

Суждения таких философов, создавших основу нынешнего понятия «демократии», как Томас Гоббс, Джон Локк, Монтескье, Жан-Жак Руссо также интересны.

Вспомним произведение «Левиафан» английского философа Томаса Гоббса. «Левиафан» означает «волк». «Волк» представляет государство. Особенности, которые отличают человека от других, это – ум и способность рассуждать. Гоббс связывает борьбу между людьми с тремя причинами: чувство соперничества, отсутствие уверенности и желание доминировать над всеми. Представляется необходимым иметь неизбежное авторитарное присутствие для обеспечения справедливости между людьми. Обладателем этой силы является государство, то есть Левиафан. Согласно Гоббсу, сила власти не должна исходить от законов и не должна быть связана с ними.

Произведение Джона Локка «Два Трактата о Государстве», посвященное власти, имеет особое значение. По Локку, человек создан для того, чтобы жить в одиночестве. Проживание человека в обществе представляется обязательным и необходимым. Свобода существует и должна быть использована самым надлежащим образом. Природный закон подразумевает, что человеческий разум позволяет людям относиться с уважением к своей собственности и жизни для того, чтобы все люди были свободны и равны. Локк считает, что наличие авторитарного режима, который может наказать людей в случае необходимости, является важным условием. Иначе может начаться борьба между виновным и наказывающим. Тем самым, функция наказания должна быть выполнена обществом. Политическое общество страхует себя путем предоставления такого права. Политическая власть не располагает другой функцией, кроме как обеспечивать спокойствие и безопасность народа. Согласно Локку, политическая власть состоит из трех ветвей: законодательной, исполнительной и конфедеративной. Если законодательная власть концентрируется в руках общества, это – означает демократию. Но если, она реализуется определенным меньшинством, это – называется олигархия. И наконец, зовется она монархия, если данная власть сосредоточена в руках одного человека. Локк считает, что задачей законодательной власти является подготовка законов на понятном для всех языке. Те, кто пользуется силой законодательства, не могут делегировать данное полномочие другим. Конфедеративная власть подразумевает принятие решений о

<sup>1</sup> Бакинский Государственный Университет, Баку, Азербайджан

войне и мире, а также полномочия встречать послов зарубежных стран и назначать послов в другие страны. Защищая право на собственность, Локк не считает ее неограниченной. Произведения Локка принимались как священные книги XVIII века и источником вдохновения революций в США, Англии и Франции.

Родившийся в аристократической семье, Монтескье считается одним из основоположников социологии. Самым монументальным произведением данного автора является «Дух Законов», который был завершен в двадцатом веке. Согласно Монтескье, особенностью, отличающей человека от других существ, является «разум». Каждое разумное существо преодолевает законы, определенные Богом, меняет свои правила – и одним словом, желает сам управлять собой. Но, оно не информировано. Всевышний указал ему верный путь посредством религии. Философы же, показали нравственный путь. Законодатель, в свою очередь, демонстрирует законы, которые следует соблюдать. Монтескье отмечает три формы управления: республиканскую, монархическую и деспотическую. Согласно Монтескье, свобода отражает те вещи, которые делать нельзя в силу того, что они запрещены законами, и делать то, что ими не запрещено. Кроме того, используя выражение «о наличии законодательной, исполнительной и судебной властей в каждом государстве», он заложил основу института разделения властей. Законодательная власть принимает, отменяет или же изменяет законы. Исполнительная власть принимает решения о войне и мире, принимает послов зарубежных стран, назначает своих послов в иностранных государствах, а также обеспечивает внутреннюю и внешнюю безопасность. Судебная же власть решает споры, наказывает преступников. По Монтескье, исполнительная власть должна быть в руках короля. В случае его отсутствия, исполнительная и судебная власти передаются нескольким лицам, а это – опасно для свобод. Монтескье верил в верховенство своего сословия и в силу этого, он противился парламентской системе.

Жан-Жак Руссо известен тремя основными произведениями: «Исповедь», «О Воспитании» и «Об Общественном Договоре». В особенности, произведение «Об Общественном Договоре» Жан-Жака Руссо стало источником вдохновения Декларации о Правах Человека. По Руссо, власть есть использование общей воли. Общая воля же, олицетворяет суммирование индивидуальной воли людей. Каждый раз, общая воля демонстрирует самое верное, самое полезное и самое лучшее. Общая воля в обязательном порядке опирается на принцип равенства между индивидами. Руссо отмечает, что управление должно осуществляться народом. Народ не может делегировать власть.

Во время своей речи, произнесенной на национальном кладбище «Геттисбург» в середине гражданской войны за сохранение Соединенных Штатов Америки как государства, Авраам Линкольн дал, наверное, самое совершенное определение демократии в истории Америки в конце своего пылкого выступления: «Власти народа, власти от народа и власти во имя народа...» Тем самым, Линкольн весьма точно описал основы демократического государства, которое может быть полезным для всех наций, стремящихся к демократическому обществу.

## 2. Демократическое, правовое государство

Большая часть государств современного мира объявили себя правовым государством. Наличие правового государства является условием для формирования демократического управления. Основной принцип теории правового государства – гарантирование прав человека и свобод. Уважение прав человека в течении всей истории и их признание законом связаны с формированием понятия «либерального государства». Основное отличие, разделяющее либеральное государство от правового заключается в том, что правовое государство не только признает основные права человека, но и гарантирует их претворение в жизнь.

Принцип правового государства в общем праве принимается как средство гарантирования свобод управляемым. С этой целью, демократическое управление является необходимым условием реализации правового государства. История политики и общего права показывает, что если управляемые не участвуют в управлении государством, то становится невозможным формировать либеральный режим. Привлечение народа прямым или косвенным образом в процесс принятия решений, то есть демократизация власти являются важным условием для реализации свободы.

Говоря о демократии, следует определить значение этого понятия. Определенного и точного понятия демократии нет.<sup>2</sup> Согласно одному определению, в данном случае, граждане участвуют в общественных делах косвенным образом посредством своих представителей, избранных на основе состязания и сотрудничества.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Machperson S.B. Demokratiyanın gerçek dünyası, перевод: Danyal Eser, Akın Erkan, Kılıçbay M. Ali, Birey ve Toplum Yayınları, (Макферсон С.Б. Настоящий мир демократии, перевод: Даныял Эсер, Акын Эркан, Кылычбай М. Али, Индивидуальная и Общая рассылка) Ankara, 1984, стр.3.

<sup>3</sup> Karl Terr Lynn, Schimidter Philippe C. Demokratiya nedir.... ne değildir, Demokratiyanın global yükselişi, авторы: Diamond Larry и F. Platner Marc, перевод: Levent Gönenç, Yetkin Yayınları, (Карл Терр Линн, Шимитдер Филипп С. Что есть демократия?, Глобальное восхождение демократии, авторы: Даймонд Ларри и Ф.Платнер Марк, перевод: Левент Гёненч, издательство Йеткин) Ankara, 1995, стр.66

Независимо от определения и способа, цель демократии одна и заключается в обеспечении свободы. С развитием и изменением средств реализации демократии, меняется также и определение демократии. Хотя данная форма управления не обеспечивается напрямую народом, условие быть «для народа» является обязательным. В обычных случаях народ может не участвовать в управлении и не оказывает влияния на процесс принятия решений, но если народ чувствует себя связанным за руки и ноги, тогда как он желает прибегать к этому, то тут бессмысленно говорить о демократии. Режимы, которые занимаются реализацией данного управления, должны гарантировать свободы как при помощи законов и традиций, так и механизмами контроля. С другой стороны, свобода, которая должна быть обеспечена, является свободой не большинства, а максимального числа людей. Это означает добровольную интеграцию всех слоев политического общества. Тогда, как Европейский Суд по Правам Человека защищает права меньшинств, он также указывает, что население, составляющее большинство в стране, должно толерантно относиться к основным желаниям меньшинства. Суд считает этот элемент неотъемлемой особенностью демократии.<sup>4</sup> Европейский Суд под «меньшинством» понимает как этническое, так и политическое меньшинство.

Что же касается демократических традиций, стоит отметить, что в случае их отсутствия в обществе, законы сами не будут эффективными. Однако, способ претворения в жизнь традиций зависит от доверия большей и влиятельной части населения демократии. Механизм контроля же, должен охватывать не только управляющих, но и подразумевать контроль управляющего большинства.<sup>5</sup> Тут важно не только соответствие административно-правовых актов законам, но также конституционный контроль над законами, принятыми «большинством».

Нам следует обратить внимание на то, что термин «демократия» появился раньше термина «правовое государство». Среди элементов демократии не дается места принципу правового государства. Так как, правовое государство представляет собой определенный этап развитых демократических режимов. Демократия же, является важной особенностью правового государства. Но также является истиной то, что как демократический режим, так и институты правового государства не являются самоцелью, они служат средством

формирования либеральных режимов.<sup>6</sup>

Понятие «демократии» можно рассматривать также с другой перспективы. Это – демократичность в управлении. В данном случае, следует различать демократическое управление от демократичности в управлении.<sup>7</sup> Тогда как в узком значении, демократическое управление означает приход к власти законодательной и исполнительной власти путем выбором, то демократичность в управлении имеет в виду применение демократических правил в деятельности исполнительной власти и управляющих органов в целом. На данный момент, демократичность управления является важным для установления настоящей демократии. По мнению некоторых ученых, известных как новая элита в политической науке, считается, что в системах, называемых демократическими, не обеспечивается «народное управление» согласно Линкольну, а происходит управление маленькой группы, которая претворит в жизнь волю народа от имени самого народа.<sup>8</sup> В этой мысли есть доля истины, поскольку обеспечение возможностей участия народа в политике представляет собой условие для реализации настоящей демократии.

Принимая за основу принцип разделения властей в демократических государствах, власть имеет три ветви: законодательная, исполнительная и судебная власть. Законодательная власть претворяется в жизнь парламентом, состоящим из представителей, избранных народов. Исполнительная власть реализуется президентом или премьер-министром, а судебная – судами. Три ветви власти не зависят друг от друга, и действуют в обособленном порядке. Без присутствия принципа разделения властей, который принес в науку сам Монтескье, невозможно представить демократическое государство.

### 3. Судебная власть

Демократическое законодательство должно отражать в себе положения, обеспечивающие независимость судов. Институт независимого суда должен существовать в каждом демократическом государстве, а судьи должны подчиняться только закону. Если суд будет выносить решение без опасений и пристрастия, то есть, будет независимым в настоящем смысле слова,

<sup>6</sup> Mehdiyev F. İnzibati İdarəetmə hüququ, (Мехдиев Ф. Правонаадминистративное управление), Bakı 2008, стр. 65

<sup>7</sup> Özalp İhan, Günışığında yönetim, Filiz Kitabevi, (Озалп Ильхан, Правление при свете солнца. Дом Книги Фелиз) İstanbul, 2004, стр. 1

<sup>8</sup> Kanlıgöz Cihan, Katılımcı demokrasi ya da İdari Usul Yasası hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Üzerine, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, (Канлыгёз Джихан, Демократия участия или подготовка Закона о Стиле Правления Международным Симпозиумом, журнал факультета права Университета Анкара) Ankara, 1998, стр. 171

<sup>4</sup> Смотри: ECHR, Application No: 23885/94, ÖZDEP v. TURKEY, 8 DECEMBER 1999

<sup>5</sup> Machperson S.B. Demokratiyanın gerçek dünyası, перевод: Danyal Eser, Akın Erkan, Kılıçbay M. Ali, Birey ve Toplum Yayınları, (Макферсон С.Б. Настоящий мир демократии, перевод: Даныял Эсер, Акын Эркан, Кылычбай М. Али, индивидуальная общадресовка) Ankara, 1984, стр. 26

тогда, другие ветви власти могут действовать независимо без какого-либо влияния.

В демократиях имеется необходимость в органах, которые будут контролировать государственную власть и данный контроль должен обеспечиваться судебной властью в рамках закона. Для того, чтобы контролировать государственную власть, необходимо обеспечить ее разделение. Власть должна иметь три отдельных ветки: исполнительную, законодательную и судебную. Парламент не может принимать законы без согласия президента, президент же не может реализовывать политику без согласия парламента и обе эти ветви власти в своей деятельности должны считаться с контролем судебной власти. Суд наделен правом оценивать работу, проделанную ими, на основе компетенций, которые даются Конституцией этим институтам. Суд является последней инстанцией, толкующей Конституцию. Конституция, в свою очередь, считается высшим законом, декларирующим то, чего хочет суверенный народ от своего государства и ограничивающим компетенции государства. Если «политические ветки» власти, то есть президент и парламент попытаются закрыть глаз на эти установления, тогда граждане могут через суды рассматривать их деятельность, а суд, в свою очередь, может принять меры, необходимые для отмены законов, которые не соответствуют Конституции.

Как отмечал один из авторов Конституции США, которая считается одной из самых совершенных конституций, сам суд не будет иметь «ни казначейства, ни меча». Он не имеет ни армии, ни полиции для исполнения своих решений, а также не может оказывать влияния на бюджет других ветвей власти. Поэтому, единственную работу, которые он может проделать, это – демонстрировать свою полнейшую независимость с политической точки зрения и защиту только лишь прав народа.

Самый верный путь определения соблюдения права управляющими лицами лежит через судебный контроль. Судебный контроль является единственным и самым показательным путем, обеспечивающим законопослушное поведение органов управления. Это обеспечивается не только с обязательным характером судебных решений. Контроль, проводимый в такой форме, представляется способом контроля, который наименьшим образом может подвергаться влиянию политических процессов, так как он опирается только на правовые положения.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Mehdiyev F. İnzibati İdarəetmə hüququ, (Мехдиев Ф. Право на административное управление), Bakı 2008, стр. 65

#### 4. Законодательный процесс

Законотворческий процесс в каждом обществе, считающим себя демократическим, должен служить демократии. Как известно из истории, человечество в течении пяти тысяч лет занималось созданием официальных законов, но законы, созданные разными обществами, начиная от указов королей и кончая решениями, принятыми большинством голосов на сельских собраниях, значительно отличались друг от друга. Хотя специфические процедуры, связанные с созданием законов, развивались веками, их опирание на системе согласия, контроля и баланса интересов народа, а также реализация гибкой государственной политики, способной решать проблемы того или иного периода и времени, остаются главными требованиями демократического законотворчества.

Прямое и косвенное участие граждан в законодательном процессе должно быть отражено в демократическом законодательстве. Законодательные органы осознают свою ответственность перед избирателями: если законы, разработанные ими, не будут служить интересам народа, то они просто потерпят поражение на следующих выборах. В основе демократического законодательства лежит не его механизм или же форма принятия, а чувство ответственности перед гражданами, а также необходимость выражения пожелания и интересов народа. Основные принципы выработки законов демократическим путем приводятся ниже: согласие управляемых; вовлечение народа во все этапы законотворческого процесса; судебный контроль как путем голосования, ходатайства и судебных процессов, так и посредством законов; открытый доступ к процессу разработки законов посредством деятельности исполнительной власти и наконец, доверие фундаментальным принципам государства. Эти фундаментальные принципы состоят из системы контроля и баланса между институтами государства, республиканского устройства и демократических выборов.

### III. Характеристика демократического законодательства

#### 1. Права человека в демократическом законодательстве

Признание и обеспечение прав человека должны найти свое детальное отражение в каждом демократическом законодательстве. Права и свободы, защищающие управляемых от незаконных действий государ-

ственных органов – «защитительные права», права лиц удовлетворять свои потребности от государства для их социального благосостояния – «права на потребности», а также право на участие лица в пользовании политической силой – «право на участие» являются основными правами, которых необходимо обеспечивать.<sup>10</sup> Если законодательство, принятое государством, не защищает права человека, тогда невозможно формировать демократическое, гражданское общество.

Права на защиту представляют собой права, тесно связанные с человеком. Они также называются естественными правами. Для такого права нет необходимости его признания со стороны лица или государства. Человек с момента своего рождения наделяется и живет с этими правами. Такие права относятся также к группе личных свобод и политических прав.<sup>11</sup> Эти права защищают гражданина от государства и общества и определяют границы личной свободы, которая неприкосновенна и в которую не может вмешиваться государство. Данные права включают следующее: неприкосновенность личности, его безопасность, конфиденциальность и защита частной жизни, неприкосновенность жилья, свобода передвижения, свобода выбора места жительства, свобода религии и совести, свобода выражения мнения и слова, право и свобода объединения, права на собственность и право на правосудие.<sup>12</sup> Законодательство должно обеспечивать условия для того, чтобы государство не нарушало и не препятствовало реализации этих прав.

Право на участие обеспечивает участие лица в управлении государством и политической жизни. Данное право можно также называть политическим правом. Данное право охватывает право на гражданство, право выбирать и быть избранным, право участия в общественных услугах и на гражданской службе, право создавать политические партии, быть их членом и заниматься деятельностью, используя политические партии. Сюда можно также отнести право народа изменить власть мирным путем. Право на участие имеет одно отличие от права на защиту: права на защиту не связаны с гражданством, они признаются за каждым лицом, пребывающим и проживающим в стране, тогда как, право на участие или политическое право, как правило, дается гражданам страны.

Ситуация с правами на потребности немного иная.

Тут имеются в виду социально-экономические права и активное вмешательство государства необходимо для обеспечения этих прав. Акты, принятые государством относительно прав защиты и участия, приведенные выше, более всего касаются сферы защиты, тогда как деятельность государства, связанная с правами на потребности, более всего относится к сфере общественных услуг. Примерами прав на потребности могут быть право на защиту семьи, право на образование, право на здоровье, а также право на жилье. Со временем наблюдается тенденция увеличения прав на потребности. По мере возрастания силы государства и изменения политических и идеологических основ в стране, расширение и усиление наблюдается также в области прав на потребление.

## 2. Границы прав и свобод в демократическом законодательстве

Говоря об обеспечении прав и свобод человека при демократии, важно также отметить вопрос определения границ, указываемых государством в случае ограничения прав и свобод гражданина. Наличие свобод, а также их ценность для индивида возможны при определении границ этих свобод, демонстрации форм их использования, очерчивания и регулирования их рамок.<sup>13</sup> В обществе, где каждый делает то, что желает, создается анархия и хаос. В таком случае, представляется иногда необходимым ограничивать эти свободы даже при режимах, которые применяют понятие «свобода» в самом широком понимании для обеспечения существования и постоянства государства и общества. Регулирование прав и свобод, определение их рамок, прежде всего, необходимо с точки зрения обеспечения общественного порядка и правил. Как правило, в общем праве не бывает неограниченных прав и свобод.<sup>14</sup> Обязательный лимит прав и свобод гражданина определяется правами других лиц и общественной жизнью. В силу этого, в некоторых случаях, необходимых для общественной жизни, ограничение основных свобод считается нормальным.

Несмотря на то, что ненарушение прав и свобод человека считается основным правилом, при этом имеются также исключения. Ограничение прав и свобод возможно с определенными условиями. Общественная жизнь может попасть в затруднительное положение, то есть в момент появления опасности из-за войн, при-

<sup>10</sup> Henri Steiner, Philip Alston, *International Human Rights in Context*, Second Edition, Oxford University Press, 2002, стр. 136

<sup>11</sup> Kaboğlu İbrahim. *Özgürlükler hukuku*, Afa yayınları, (Ибрагим Кабоглу. Права человека, издательство Афа) İstanbul, 1993, стр. 137

<sup>12</sup> Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, *İdare hukuku dersleri*, Gökusu Matbaası, (АкйылмазБахтияр, Сезгинер Мурат, Уроки права на управление, типография Гёксу), Konya, 2001, стр. 50

<sup>13</sup> Kaboğlu İbrahim. *Özgürlükler hukuku*, Afa yayınları, (Ибрагим Кабоглу. Права человека, издательство Афа), İstanbul, 1993, стр. 54

<sup>14</sup> Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, *İdare hukuku dersleri*, Gökusu Matbaası, (АкйылмазБахтияр, Сезгинер Мурат, Уроки права на управление, типография Гёксу), Konya, 2001, стр. 56

родных катастроф, эпидемий и других причин, права и свободы ограничиваются естественным образом. Например, эпидемии, которые могут вызвать природные явления, могут лишить человека его основного права – права на жизнь и к тому же, иметь массовый характер. Чтобы предотвратить это, то есть защитить право на жизнь, может быть наложен карантин для ограничения свободы передвижения и тем самым могут быть защищены право на жизнь, а также другие права граждан. Ограничение права может иметь только одну цель – защиту более важного основного права. Для защиты права на жизнь, право на собственность также может быть ограничено, но не наоборот. При ограничении прав следует соблюдать соответствие, необходимость и пропорциональность ограничения. С другой стороны, такие ограничения должны быть целесообразными и иметь временный характер. Как только отпадает необходимость, ограничения должны быть сняты.

Необходимо также определить критерии причины, степени и способа ограничения прав человека. Хотя разные страны имеют свое собственное конституционное регулирование прав человека, существуют общепринятые принципы, касающиеся вопросов, отраженных в наднациональных документах по правам человека.

С точки зрения причин ограничения, самые широкие критерии предусмотрены в Европейской Конвенции по правам человека. Они включают следующие критерии: интересы общественного порядка (Статьи 6.1, 8.2, 9.2, 10.2 и 11.2), интересы общественных правил (Статья 6.1), интересы национальной безопасности (Статьи 6.1, 8.2, 9.2, 10.2 и 11.2), интересы территориальной целостности (Статья 10.2), защита здоровья (Статьи 8.2, 9.2, 10.2 и 11.2), защита нравственности (Статьи 8.2, 9.2, 10.2 и 11.2), защита частной жизни (Статья 6.1), интересы детей и молодежи (Статья 6.1), интересы правосудия (Статья 6.1), интересы экономического процветания страны (Статья 8.2), защита прав других лиц (Статьи 8.2, 9.2, 10.2 и 11.2), защита престижа других (Статья 10.2), предотвращение преступления и беспорядков (Статьи 8.2, 10.2 и 11.2), предотвращение распространения секретной информации и государственной тайны (Статья 10.2).

Конвенция подразумевает, что способ ограничения должен регулироваться в национальных рамках, но основной критерий, который приводится с точки зрения степени ограничения, предполагает «его необходимость для демократического общества». (Статьи 6.1, 8.2, 9.2, 10.2 и 11.2)<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Geçalmaz Mehmet Semih. Esas belgelerde insan hakları, Kavram uyuşmaları, (Гечалмаз Мехмет Семих. Права человека в основных сферах, издательство Каврам), Ankara 1996, стр.315

Классическая демократия представляет собой режим, который в самой высокой степени обеспечивает основные права и свободы. Ограничения, касающиеся неприкосновенных, неотъемлемых основных прав и свобод людей и полностью предотвращающие их, не могут соответствовать потребностям демократического общества. Будучи либеральным, такие режимы должны представлять собой правовое государство и ставить интересы индивида на передний план. Права могут быть ограничены в обязательном и необходимом порядке лишь для того, чтобы обеспечить постоянство демократического общества. В независимости от целей в демократическом, правовом государстве, ограничение прав не должно происходить в форме и по методам, не характерным для этих режимов и использование любого права не должно достигать уровня его ограничения.

Согласно суждению Роберта Даля, демократия с минимальными стандартами в государстве возможна как минимум со следующими требованиями:

1. Свобода выражения мнения
2. Формирование организации и свобода ассоциации
3. Право голосования
4. Право быть избранным и назначенным на официальные должности
5. Возможность состязания для политических лидеров, чтобы завоевать голоса избирателей
6. Многообразие информационных источников
7. Свободные и справедливые выборы
8. Наличие необходимых органов для реализации правительством своей политики, основанной на голоса избирателей и общественном мнении.

Косвенным образом, демократическое законодательство должно содержать минимальные положения, перечисленные выше.

Демократическое законодательство должно быть законодательством, придающим значение правам и свободам человека. Естественные права, политические права, социально-экономические права, а также новый род прав, возникающих в связи с научно-техническим прогрессом должны в обязательном порядке найти свое отражение в демократическом законодательстве. В то же время, механизм претворения в жизнь этих прав, а также правоохранные средства, которые могут быть использованы при нарушении этих прав, также должны быть отражены в законодательстве.

### **3. Право на получение информации или свобода быть информированным**

Одно из прав, которое составляет основу демо-

кратического общества и считается необходимым в каждом демократическом законодательстве, является право на получение информации. Свобода получения информации является одним из фундаментальных прав человека и единицей измерения других прав человека. Если люди не имеют реального доступа к информации, любое другое право и свобода не будут эффективными.

Право узнавать имеет огромное значение для формирования открытого, демократического и справедливого общества, сокращения бедности и предотвращения коррупции. Свобода быть информированным может быть самым эффективным средством для обеспечения честности и транспарентности правительства.

Путь, ведущий от закрытой и ненадежной власти к открытой и надежной власти, лежит через возможность легкого доступа к информации, находящихся в руках власти. Тайная власть всегда работает неэффективно. Свободная циркуляция информации представляется необходимой для своевременного выявления и решения проблем общества. Культура скрытого управления усиливает сомнения и слухи. В обществе с такой культурой люди с сомнением относятся ко всем действиям власти, а также к общественным просветительским кампаниям. В таком случае граждане легко поддаются под влияние неофициальных мнений и не верят в правительство и его намерения.<sup>16</sup>

Общественное управление должно быть ясным в демократическом обществе. Если информация органов, занимающихся общественной деятельностью, доступна всем, тогда граждане могут уделять внимание работе общественных структур и должностных лиц, получая своевременно достоверную информацию о ситуации в их обществе, лицах, управляющих обществом и тех, кто служит им.

Свобода быть информированным считается одним из ключей к прозрачному, ответственному и эффективному управлению. Самое сильное оружие народа, желающего самому управлять своими делами, подразумевает быть детально и правильно информированным о деятельности его государственных органов, а также должностных лиц. Для того, чтобы увеличить эффективность работы всех структур, действующих на общественном уровне, снизить риск коррупции и обеспечивать приверженность власти быть общественным институтом, служащим народу, закон о транспарентности и гласности является незаменимым средством. Доступ к общественной информации повышает дове-

рие народа к государственным органам и другим общественным организациям.

Демократия и прогресс невозможны без свободы быть информированным. Свобода быть информированным представляет собой своего рода луч света над головой органов, которые занимаются общественной деятельностью и могут повлиять на жизнь общества. Этот луч проливает свет на их ежедневную работу.

Невозможно реализовать права человека без доступа к важной общественной информации. Каждый человек, желающий воспользоваться своими правами, должен быть полностью информированным о путях претворения в жизнь этих прав, а также процедурах представления и рассмотрения жалоб и быть информированным об обязанностях и компетенциях государственных органов и должностных лиц, к которым он обращается.

Свобода быть информированным является жизненным элементом прессы. Давай представим ситуацию, когда журналисты могут писать то, что хотят, но не могут добиться доступа к важной общественной информации. Когда не имеется доступа к информации, журналист, скорее всего, распространяет не факты, а мнения. Хотя ознакомление с мнениями и идеями важно для демократического общества, оно не достаточно для устойчивости и развития общества. Без «информированного гражданина» нет демократии.

Структура, которая самым тесным образом связана с обеспечением права общества знакомиться с новостями, состоит из газет, радио и телевизионных каналов, которые могут расследовать деятельность правительства в качестве независимой прессы и распространять информацию об этом без всякого страха преследования. Общее британское право рассматривало любую критику в адрес короля как преступление, квалифицированное как клевету инакомыслящих людей. США постепенно отошло от этой формулы преступления и вместо этого, выработало теорию прессы, которая может лучше служить демократии. У гражданина может и не быть достаточно времени, самому слушать парламентские прения, следить за ходом судебного дела или же узнавать, насколько успешно реализуются государственные программы. Поэтому, пресса выполняет эту работу за граждан и распространяет среди них информацию, которая может быть важной для их деятельности, через печатные и электронные издания. В демократическом обществе люди опираются на свободную прессу и верят, что она будет выявлять коррупцию, несправедливость, неопытность и негодную деятельность правительства. Никакое государство не может быть свободным без свободной прессы, а пода-

<sup>16</sup> Rəşid Nəcəli, Ələsgər Məmmədli. Gün işığı bələdçisi, (Рашид Гаджылы, Алескер Мамедли. Путеводитель солнечного света), Bakı, 2006, стр. 14

вление прессы является основным признаком любой диктатуры.

Принципы открытого общества требуют, чтобы все общество и отдельные индивиды, управляющие им, были достаточно информированы о том, какая работа ведется органами, влияющими на их ежедневную жизнь. Люди в этом обществе должны иметь право критично относиться к деятельности, планам и правилам работы данных структур, а также оказывать на них влияние в случае необходимости. Открытое общество возможно лишь при наличии высоких демократических ценностей. Такие общества способны мобилизоваться или изменяться в короткий промежуток времени в зависимости от внешних угроз и потребностей. Они могут развиваться устойчивым и последовательным образом. Будучи альтернативой открытого общества, закрытые общества представляют собой общества, где догматические и авторитарные правила не оставляют места плюрализму, лишают людей потенциала развития и представляют собой изолированную совокупность людей в лучшем случае со слабым развитием.

#### 4. Свобода выражения мнения

Одной из свобод, которая должна быть признана за гражданами демократического государства, является свобода выражения мнения. Свобода выражения мнения и ее закрепление в законодательном порядке имеют большое значение для демократического общества. Свобода выражения мнения считается одним из важных основ общества, одним из основных условий для его прогресса, а также развития каждого индивида.

Миссия распространения информации о политических вопросах во имя интересов общества выполняется прессой. В силу того, что пресса выполняет незаменимую роль в обществе, свобода прессы в статьях, касающихся общественных вопросов, должна обладать более защищенным правовым статусом в сравнении с другими свободами. Свобода прессы обеспечивает один из лучших средств общества для выявления и формирования мнения об идеях и взглядах политических лидеров. Свободе выражения мнения отводится особое место в Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Свобода политических дебатов составляет основу идеи демократичного общества, которое считается главной целью Конвенции. Соответственно, граница критики, позволенной в отношении политика по сравнению с отдельным гражданином, более широкая. В отличие от частных лиц, слова и действия политиков сознательно и неизбежно под-

вергаются особому вниманию со стороны журналистов и всего общества. В силу этого, они должны показывать большую обдуманность по отношению к собственным действиям.

Значение свободы выражения мнения и свободной прессы, исходящей из этого понятия, заключается в том, что действие или бездействие правительства должно быть под серьезным контролем не только законодательной и судебной власти, но и четвертой власти – прессы, а также общественного мнения. Доминирующая позиция, занятая правительством, делает необходимым ограничение его действий в случае прибегания к уголовному преследованию. Плюрализм – существование множества мнений, является одним из основных показателей демократического общества, а наличие свободы выражения мнения является важным условием обеспечения этого показателя. Общество, считающее себя демократическим, должно иметь нормы, защищающие на высоком уровне возможность выражения своего мнения в печатной форме посредством всех медиа средств – таких как, газеты, книги, сборники, телевидение или же самого последнего достижения – интернета. Даже если иногда свободная пресса переходит свой лимит, она все же остается самым влиятельным средством сохранения демократического общества. Томас Джефферсон считал прессу гарантией свободы и желал даже терпеть ее капризы для того, чтобы добиться полезной критики, проливающей свет на деятельность правительства.

В отдельных случаях может иметь место вмешательство в свободу выражения мнения. При вмешательстве в свободу выражения мнения, Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод требует соблюдения трех следующих условий.<sup>17</sup>

Вмешательство в свободу выражения мнения должно быть предусмотрено законом.

Меры, предпринимаемые в связи со свободой выражения мнения, должны быть направлены на защиту одного из легитимных интересов, предусмотренных во 2-ом пункте статьи 10 Конвенции. Данные интересы включают обеспечение национальной безопасности, территориальной целостности или общественного порядка, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия.

Вмешательство должно иметь соответствующий демократическому обществу характер.

<sup>17</sup> ABA ROLİ, Media Hüququ İnstitutu. İfadə Azadlığı Hüququ, Təlim materialları toplusu, (АБА РОЛИ, Институт прав медиа, Право на свободу выражения, сборник учебных материалов), Bakı 2010, стр. 20

## 5. Избирательное право

Избирательное право гражданина должно быть отражено в законодательстве каждого государства, считающего себя демократическим. В течение всей истории, человечество прошло большой практический процесс, чтобы избежать ограничения прав человека при управлении государством. Весь мир в истории государственности прибегал к различным способам для соблюдения этого принципа. Именно выборы являются одним из этих методов. Выборы легитимизируют власть с точки зрения волеизъявления большинства. Народ избирает своих представителей посредством выборов и распределяет мандаты между ними для реализации суверенных прав. Данным способом обеспечивается одно из самых важных прав человека и гражданина. Как отмечено в Декларации Прав Человека 1948-го года, основу власти составляет воля народа. Эта воля проявляет себя при общенародном и тайном голосовании на основе равноправного избирательного права, а также путем последовательного голосования при использовании также других средств, обеспечивающих свободу и демократичность выборов.

Обычно, проведение выборов всегда должно создавать условия для усовершенствования правовых идей народа, увеличения его политической активности и прихода мирным путем к власти сил, которые пользуются большим доверием народа и способны более успешно управлять им.

Избирательное право является одним из основных форм гражданских прав. В юридической литературе, оно дается в двух измерениях: избирательное право в объективном и субъективном значениях. В объективном значении, избирательное право подразумевает совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения, связанные с выборами в высшие властные органы, а также органы местного самоуправления. В субъективном случае, разные авторы толкуют избирательное право как возможность обеспечения участия граждан на выборах в государственные органы, а также в органы местного самоуправления.

Независимо от того, насколько успешно построено и хорошо организовано государство, оно не может считаться демократическим, если люди, стоящие у его руля, не избраны гражданами путем открытых и честных выборов. Определяя управляющих мирными средствами и придав легитимность решениям, принятым ими, выборы могут дать ответы на жизненные вопросы любой политической системы. Механизм проведения выборов может быть различным, но основная идея, заложенная в них, должна быть единой для всех

демократических обществ. Она заключается в следующем: открытость выборов для всех граждан, имеющих правом голоса; защита подсчета голосов граждан от ненужных, незаконных вмешательств и влияния; подсчет голосов правильным, открытым образом.

Обеспечение факторов, приведенных ниже, важно для реализации свободного и справедливого избирательного процесса: прежде всего, особое место должно быть отведено праву на доступ участия в выборах с условием того, чтобы никакой голос не преобладал над другим голосом при сравнении. Дифференцирование политического общества по половому, этническому или религиозному признакам, а также из-за политических убеждений, является большим ударом легитимности существующего режима. Напротив, широкое обеспечение избирательного права вдохновляет все элементы общества к участию в выборах в рамках действующих правил, так как каждый из них обладает шансом достичь перевеса в тот или иной момент.

Во-вторых, стимулировать участие большего числа избирателей на выборах должно считаться приоритетом. Хотя небольшое число участвующих в выборах может и не вызывать серьезных опасений, но оно все же может стать причиной для беспокойства. Это может привести не только к избранию должностного лица без участия электората, располагающего правом голоса, но и усилению влияния определенных, хорошо организованных групп, руководствующих своими личными интересами.

В-третьих, высокий уровень свободы политического волеизъявления является решающим вопросом в демократических процессах.

В-четвертых, выборы и система представительства должны создавать возможность для большинства контролировать власть и в то же время, должны существовать определенные методы защиты от того, чтобы не допустить гегемонию большинства над меньшинством и его ущемления. Иначе, мнение меньшинства может возобладать над мнением большинства и тогда, оно сможет настолько сильно повлиять на процесс принятия решений, что власть, в целом, будет неспособна функционировать.

Анаит Манасян<sup>1</sup>

## **Избирательное право граждан, осужденных к лишению свободы и отбывающих наказание, и необходимость совершенствования конституционного и законодательного регулирования Республики Армения относительно данного вопроса**

### **I. Введение**

*В статье рассматриваются вопросы относительно избирательного права граждан, осужденных к лишению свободы и отбывающих наказание. Автор обосновывает, что международная практика и стандарты относительно обсуждаемой проблемы таковы, что для граждан, осужденных к лишению свободы и отбывающих наказание, могут быть предусмотрены отдельные ограничения избирательного права. Однако совершенно неприемлемо и не соответствует международным стандартам такое правовое регулирование, в рамках которого вышеуказанные лица полностью лишаются избирательных прав. Подчеркивается, что на современном этапе избирательное право не может восприниматься как преимущество. Оно, конечно, не является также и абсолютным правом, и государства имеют соответствующие рамки усмотрения в упомянутой сфере. И хотя эти рамки достаточно широки, необходимо учитывать то обстоятельство, что ограничения избирательного права, в частности, применяемые к указанной категории лиц, не должны искажать саму сущность обсуждаемого права, лишать данное право эффективности, должны преследовать правомерную цель и быть соразмерными. Они, в первую очередь, не должны искажать принцип свободного волеизъявления народа, иначе говоря, не должны лишать избирательный процесс целостности и эффективности, так как данный процесс направлен на раскрытие воли народа на основании всеобщего избирательного права.*

*Следовательно, учитывая вышесказанное и то, что согласно статье 30 Конституции РА не могут избирать и быть избранными граждане, приговоренные к лишению свободы по вступившему в законную силу приговору суда и отбывающие наказание (вне зависимости от тяжести совершенного преступле-*

*ния), автор приходит к заключению, что в процессе конституционных и законодательных реформ в Республике Армения необходимо принять во внимание также вышеуказанное обстоятельство и осуществить развитие действующего правового регулирования в этом контексте.*

### **II. Избирательное право граждан, осужденных к лишению свободы и отбывающих наказание, и международная практика по этому вопросу**

Согласно статье 30 Конституции РА: “Не могут избирать и быть избранными граждане, признанные решением суда недееспособными, приговоренные к лишению свободы по вступившему в законную силу приговору суда и отбывающие наказание”. В окончательном докладе наблюдательной миссии БДИПЧ/ОБСЕ относительно выборов Президента Республики Армения 18 февраля 2013г. было подчеркнuto, что лишение избирательного права всех осужденных, вне зависимости от тяжести совершенного преступления, противоречит всеобщему избирательному праву и прецедентному праву Европейского суда по правам человека по этому вопросу<sup>2</sup>.

В этой связи следует подчеркнуть, что согласно параграфу 7.3 Копенгагенского документа ОБСЕ 1990г. государства-участники гарантируют общее и равное избирательное право для всех совершеннолетних граждан, а в соответствии с параграфом 24 ограничения прав и свобод должны быть строго соразмерны цели закона. 14-ый параграф Общего комментария (1966) Комитета по правам человека ООН относительно статьи 25 Международного пакта “О гражданских и политических правах” устанавливает, что ограничения избирательных прав должны быть объективными и разумными<sup>3</sup>. А документ Европейской комиссии “За демократию через право” Совета Европы (Венецианская комиссия) “Устав благоприятной деятельности в избирательных вопросах” закрепляет: “Лишение права голосовать и быть избранным:

а) можно предусмотреть положение, которое будет касаться лишения лиц права голосовать и быть избранными, однако только при следующих общих условиях.

б) оно должно быть предусмотрено законом,

в) должно применяться по принципу пропорциональности: условия, необходимые для лишения лиц

<sup>1</sup> Старший Советник Председателя Конституционного Суда Республики Армения, кандидат юридических наук, ассистент кафедры конституционного права ЕГУ.

<sup>2</sup> REPUBLIC OF ARMENIA PRESIDENTIAL ELECTION, 18 February 2013, OSCE/ODIHR Election Observation Mission Final Report, IV пункт, <http://www.osce.org/odihr/elections/101314>.

<sup>3</sup> <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/d0b7f023e8d-6d9898025651e004bc0eb>.

права выдвигаться на выборы должны быть менее строгими, чем условия лишения их гражданских прав,

г) лишение должно быть обосновано фактом умственной недееспособности или уголовного осуждения за серьезное преступление,

д) кроме того, лишение политических прав или выявление умственной недееспособности может осуществляться только беспристрастным решением суда<sup>4</sup>.

Вышеизложенное дает основание прийти к заключению, что лишение избирательного права должно быть основано на уголовном осуждении за тяжкое преступление, а лишение политических прав должно осуществляться только по приговору суда.

Следует отметить, что Европейский суд по правам человека также считает лишение всех осужденных прав избирать и быть избранными, независимо от тяжести преступления, нарушением статьи 3 Протокола 1 к Европейской конвенции «О защите прав человека и основных свобод».

В связи с вышеизложенным Европейский суд по правам человека выразил следующую позицию: «Суд принимает, что это та сфера, в которой национальному законодателю должен быть предоставлен широкий круг усмотрения для решения, действительно ли ограничения избирательных прав осужденных к лишению свободы могут считаться оправданными в настоящий период времени, и если это так, то как должно быть обеспечено справедливое равновесие. В частности, законодатель сам должен решать, должно ли предусмотренное ограничение избирательных прав быть связано с конкретными правонарушениями, или с правонарушениями, имеющими конкретную степень тяжести, или, к примеру, должно ли лишение избирательных прав осужденного быть оставлено на усмотрение суда, выносящего приговор. ... Тем не менее, Суд не может принять, что абсолютный запрет избирательного права любого лица, осужденного к лишению свободы и отбывающего наказание, находится в контексте приемлемых рамок усмотрения. Заявитель по данному делу потерял свое избирательное право в результате механического и всеобщего ограничения избирательного права лиц, осужденных к лишению свободы и отбывающих наказание...»<sup>5</sup>

В указанном контексте внимания заслуживает также и то, что в ряде стран осужденные к лишению

свободы и отбывающие наказание граждане имеют избирательное право без каких-либо ограничений. Таковыми являются, например, Албания, Хорватия, Чехия, Дания, Финляндия, Германия, Исландия, Литва, Молдова, Черногория, Нидерланды, Португалия, Словения, Швеция, Швейцария, Украина. А, к примеру, в Румынии граждане, отбывающие наказание в виде лишения свободы, не могут участвовать в выборах, если по отношению к ним назначено основное наказание в виде лишения свободы сроком, превышающим 2 года<sup>6</sup>.

### **III. Необходимость совершенствования конституционного и законодательного регулирования Республики Армения относительно обсуждаемого вопроса**

Вышеизложенное даёт основание прийти к заключению, что международная практика и стандарты относительно обсуждаемой проблемы таковы, что для граждан, осужденных к лишению свободы и отбывающих наказание, могут быть предусмотрены отдельные ограничения избирательного права. Однако совершенно неприемлемо и не соответствует международным стандартам такое правовое регулирование, в рамках которого вышеуказанные лица полностью лишаются избирательных прав.

Более того, следует принять во внимание, что на современном этапе избирательное право не может восприниматься как преимущество. Оно, конечно, не является также и абсолютным правом, и государства имеют соответствующие рамки усмотрения в упомянутой сфере. И хотя эти рамки достаточно широки, необходимо учитывать то обстоятельство, что ограничения избирательного права, в частности, применяемые к указанной категории лиц, не должны искажать саму сущность обсуждаемого права, лишать данное право эффективности, должны преследовать правомерную цель и быть соразмерными. Они, в первую очередь, не должны искажать принцип свободного волеизъявления народа, иначе говоря, не должны лишать избирательный процесс целостности и эффективности, так как данный процесс направлен на раскрытие воли народа на основании всеобщего избирательного права.

Следовательно, учитывая вышесказанное, считаем, что в процессе конституционных и законодательных реформ в Республике Армения необходимо принять во внимание также вышеуказанное обстоятельство, осуществляя развитие действующего правового регулирования в этом контексте.

<sup>4</sup> CDL-AD (2002) 23 rev, «Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report», Adopted by the Venice Commission at its 52<sup>nd</sup> session (Venice, 18-19 October 2002), 1-ый раздел, пункт 1.1, подпункт d.

<sup>5</sup> JUDGMENT on CASE OF HIRST v. THE UNITED KINGDOM (No. 2) (Application no. 74025/01), 6 October 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70442#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70442%22%5D%7D>.

<sup>6</sup> JUDGMENT on CASE OF HIRST v. THE UNITED KINGDOM (No. 2) (Application no. 74025/01), 6 October 2005.

Павле Берия<sup>1</sup>

## Соблюдение права на собственность лиц, вынужденно перемещенным с оккупированных территорий Грузии

*В настоящей работе на основе анализа национального законодательства и судебных решений, а также их сравнения с международными нормами автор демонстрирует, насколько национальные правовые механизмы защиты вынужденно перемещенных лиц – вынужденных переселенцев удовлетворяют признанным на международном уровне критериям принципа законности. В работе дается краткий обзор действующих в этой сфере международных норм и национального законодательства, а также практика Европейского суда по правам человека, и намечаются пути и рекомендации по вопросу восполнения пробелов в национальном законодательстве, связанных с защитой прав вынужденно перемещенных лиц.*

### I. Введение

Вынужденно перемещенные лица<sup>2</sup> часто становятся жертвами нарушения прав человека, нередко подвергаются дискриминации, связанной с их статусом. Многие эксперты считают, что даже статус вынужденно перемещенного лица зачастую становится причиной ненадлежащего обращения<sup>3</sup>. Наличие специальных механизмов защиты не должно являться жизненной необходимостью для вынужденно перемещенных лиц, поскольку и без них указанные лица должны быть защищены как законодательством страны, так и целым рядом международных конвенций и договоров. Несмотря на это, часто встречаются случаи, когда государства не выполняют свои обязательства по защите прав вынужденно перемещенных лиц, в результате чего последние лишаются эффективных правовых механизмов.

<sup>1</sup> Член Ассоциации адвокатов Грузии.

<sup>2</sup> Руководящие принципы ООН о вынужденном перемещении E/NC.4/1998/53/ADD.2. Вынужденно перемещенными лицами считаются лица или группы лиц, изгнанные или вынужденные оставить свои дома или места постоянного проживания, чтобы спастись от вооруженного конфликта, повсеместного насилия, посягательств на права человека либо стихийных или созданных человеком катастроф, при этом не пересекающие признанную международную государственную границу.

<sup>3</sup> Erin D. Monney, "The protection potential of a Marriage of Concepts between R2P and iPD protection", Global Responsibility to Protect 2(2010) 60-68; Guide to International Human Rights Mechanisms for Internally Displaced Persons and their Advocates, The Brookings Institution –University of Bern projection Internal Displacement, June 2006, Forward by Walter Kalin, at VI.

Вопрос о вынужденно перемещенных лицах стал актуальным для Грузии после того, как вследствие вооруженных конфликтов в Абхазской Автономной Республике и Цхинвальском регионе в 1991, 1992-1993 и 2008 годах значительная часть местного населения была вынуждена оставить места постоянного проживания и искать убежища на всей территории Грузии.

По состоянию на сегодняшний день в Грузии проживает около 255000 вынужденно перемещенных лиц<sup>4</sup>. Государство признает их тяжелое социально-экономическое положение и с целью его улучшения приняло государственную стратегию и план действий по осуществлению государственной стратегии<sup>5</sup>. Однако, следует отметить, что согласно существующим международным документам, долгосрочное разрешение проблемы может считаться достигнутым, когда вынужденно перемещенным лицам не понадобится помощь или защита, связанная с переменной ими места пребывания<sup>6</sup>.

Несмотря на то, что на национальные власти возлагаются преимущественные обязательства и ответственность за обеспечение в пределах своей юрисдикции вынужденно перемещенных лиц соответствующей защитой и гуманитарной помощью<sup>7</sup>, многие проблемы вынужденных переселенцев<sup>8</sup>, связанные в частности с реституцией или/и компенсацией имущества, находящего в их собственности, не решены по сей день.

### II. Международные акты и национальное законодательство

#### 1. Международные акты

Одним из важнейших международных документов с точки зрения помощи и защиты вынужденно перемещенных лиц являются принятые в 1998 году «Руководствующие принципы ООН о вынужденном перемещении». Указанные принципы считаются

<sup>4</sup> Распоряжение Правительства Грузии от 2 февраля 2007 года № 47 «Об утверждении государственной стратегии в отношении вынужденно перемещенных лиц – вынужденных переселенцев».

<sup>5</sup> Распоряжение Правительства Грузии от 2 февраля 2007 года № 47 «Об утверждении государственной стратегии в отношении вынужденно перемещенных лиц – вынужденных переселенцев».

<sup>6</sup> IASC Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons, The Brookings Institution University of Bern, April 2010, p.5

<sup>7</sup> Руководствующие принципы ООН о вынужденном перемещении. Принцип 3. E/NC.4/1998/53/ADD.2

<sup>8</sup> Georgia: Partial progress towards durable solutions for IDPs, IDMC/NRC, 21 March 2012, p.1.

практическим руководством для правительств и других правомочных органов власти.<sup>9</sup>

При этом данными принципами на национальные власти возлагаются преимущественные обязательства и ответственность по обеспечению вынужденно перемещенных лиц соответствующей защитой и гуманитарной помощью. В указанном документе подчеркивается ряд прав, защита которых должна быть гарантирована государством (право на жизнь, право личности на свободу и безопасность, право на свободное передвижение, право на уважение семейной жизни, право на образование и работу, право собственности).

Государство обязано оказывать помощь вынужденно перемещенным лицам (вернувшимся или повторно расселенным) и восстановить (вернуть) им имущество, находящееся в их собственности, если же последнее невозможно, – обеспечить соответствующей компенсацией или репарацией какого-либо иного вида.<sup>10</sup>

Еще одним важным документом являются Принципы Пинеиро об имущественной реституции беженцев и вынужденно перемещенных лиц<sup>11</sup>, касающиеся вопроса реституции имущества беженцев и вынужденно перемещенных лиц. Целью «Принципов Пинеиро» является содействие соответствующим национальным структурам и международным организациям в наилучшем решении правовых и технических вопросов, связанных с реституцией имущества. В документе признаны и декларированы права вынужденно перемещенных лиц на реституцию имущества, адекватные жилищные условия, компенсацию, право на жизнь в безопасной и достойной среде. Государствам надлежит обеспечивать создание соответствующей законодательной базы, в которой будет четко отражен вопрос реституции имущества. Данные законы, в свою очередь, должны соответствовать международному праву о правах человека.

29 декабря 2009 года Совет ООН по правам человека утвердил отчет представителя Генерального секретаря ООН по вопросам прав вынужденно перемещенных лиц Уолтера Келина, а также документ – «Рамочные принципы долгосрочного решения проблем вынужденно перемещенных лиц» („Framework on Durable solutions for Internally Displaced Persons”)<sup>12</sup>, где разъяс-

няется, что представляет собой долгосрочное решение проблем вынужденно перемещенных лиц. Долгосрочным решением считается этап, когда вынужденным переселенцам более не требуются специфическая помощь и защита.<sup>13</sup>

Важным документом является Рекомендация Совета Европы 2009 года №1877<sup>14</sup>, в которой Совет Европы призывает государства к созданию национальной стратегии и плана действий, в которых будут четко сформулированы механизмы защиты вынужденно перемещенных лиц. Совет Европы также призывает осуществить реституцию имущества, которая будет в свою очередь представлять собой справедливую и эффективную компенсацию.

## 2. Национальное законодательство

В 2014 году Парламент Грузии принял Закон Грузии «О лицах, вынужденно перемещенных с оккупированных территорий Грузии, – вынужденных переселенцах», в котором государство признает право на реституцию недвижимого имущества, оставленного по постоянному месту жительства вынужденного переселенца, который сохраняется и в случае обеспечения вынужденного переселенца долгосрочным жильем. Государство должно принимать все возможные меры для того, чтобы находящееся в собственности или (и) во владении вынужденного переселенца недвижимое имущество, которое ему пришлось оставить ввиду причин, указанных в пункте первом статьи 6 настоящего Закона, было защищено от грабежа, уничтожения, самовольного и иного вида незаконного использования и присвоения<sup>15</sup>.

29 декабря 2006 года в целях имущественной реституции, адекватного обеспечения недвижимым имуществом и компенсации вреда, причиненного имуществу физических лиц, пострадавших на территории Грузии в результате конфликта в бывшей Юго-Осетинской автономной области, был принят Закон Грузии «Об имущественной реституции и компенсации лицам, пострадавшим на территории Грузии в результате конфликта в бывшей Юго-Осетинской автономной области», которым устанавливаются гарантии возврата законным владельцам

<sup>9</sup> Там же, Принцип № 2.

<sup>10</sup> Там же, Принцип № 29(2).

<sup>11</sup> UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons, The Pinheiro Principles, 2005 <<http://www.unhcr.org.ua/img/uploads/docs/PinheiroPrinciples.pdf>>

<sup>12</sup> Report of the Representative of the Secretary - General on the human rights of internally displaced persons, Walter Kalin, Addendum – Framework on Durable Solutions for Internally Displaced persons, A/HRC/13/21/Add.4, 9 December 2009 [http://www2.ohchr.org/english/issues/idp/docs/A.HRC.13.21.Add.4\\_framework.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/idp/docs/A.HRC.13.21.Add.4_framework.pdf)

<sup>13</sup> IASC Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons, The Brookings Institution University of Bern, April 2010, p.5

<sup>14</sup> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1877 (2009), Europe’s Forgotten people: protecting the human rights of long-term displaced persons.

<sup>15</sup> Статья 15 Закона Грузии «О лицах, вынужденно перемещенных с оккупированных территорий Грузии, – вынужденных переселенцах».

утраченных на территории Грузии в результате конфликта жилищ и иного недвижимого имущества, подразумевающие право пострадавших на получение недвижимого имущества или, если возврат их жилищ или иного недвижимого имущества невозможен, на получение взамен него адекватного жилья той же стоимости. Если же передача адекватного жилья той же стоимости взамен утраченного невозможна, получить компенсацию имущественного вреда.<sup>16</sup>

Согласно распоряжениям Правительства Грузии от 25 декабря 2008 года №915, от 12 января 2009 года №10, от 24 июля 2009 года №534 и от 3 июля 2010 года №856 «О дополнительных мероприятиях по обеспечению жилой площадью населения, пострадавшего в результате военной агрессии Российской Федерации» Министерству по делам беженцев, лиц, вынужденно перемещенных с оккупированных территорий и расселению Грузии было поручено обеспечение компенсационными суммами семей, оставшихся без крова в результате военной агрессии Российской Федерации 6 августа 2008 года, которые отказались от получения жилых помещений, приобретенных, реабилитированных или заново построенных государством.

### III. Судебная практика

#### 1. Реституция или/и компенсация имущества

Несмотря на право вынужденно перемещенных лиц на реституцию или/и компенсацию имущества, Правительством Грузии до сих пор не приняты эффективные меры по защите права собственности вынужденно перемещенных лиц. Более того, принятием отдельных законодательных актов правительство стремится снять с себя ответственность за нарушения права собственности вынужденно перемещенных лиц.

В частности 27 декабря 2001 года в ходе ратификации Первого протокола к Евроконвенции,<sup>17</sup> Парламентом Грузии было принято постановление: «Дей-

ствие статьи 1<sup>18</sup> Протокола №1 не распространяется на лиц, которым в соответствии с Законом Грузии «О вынужденно перемещенных лицах – вынужденных переселенцах» был или будет присвоен статус вынужденно перемещенного лица, до полного устранения обстоятельств присвоения данного статуса». Согласно данному закону до восстановления территориальной целостности Грузии государство принимает на себя обязательство обеспечивать осуществление имущественных прав вынужденно перемещенных лиц в отношении собственности, имеющейся в местах их постоянного проживания, после устранения причин, перечисленных в пункте первом статьи первой данного закона.<sup>19</sup> «Грузия заявляет, что ввиду положения, сложившегося в Абхазии и Цхинвальском регионе, Правительство Грузии лишено возможности возложить на себя ответственность за уважение и соблюдение положений данной Конвенции и дополнительных протоколов к ней, ввиду чего до восстановления возможности осуществления юрисдикции Грузии в Абхазии и Цхинвальском регионе Грузия снимает с себя ответственность за нарушение на указанных территориях положений Протокола №1 органами самопровозглашенной, незаконной власти».<sup>20</sup>

Согласно стенографической записи заседания Парламента Грузии 27 декабря 2001 года, Министр иностранных дел Грузии считает, что центральная власть Грузии не может и не должна нести ответственность за нарушение положений Конвенции и ее протоколов в конфликтных регионах. Исходя из вышеотмеченного, Грузия не только не создает эффективные внутригосударственные механизмы защиты прав вынужденно перемещенных лиц, но и вовсе отказывается от защиты прав, предусмотренных Конвенцией.

Согласно решению первой коллегии Конституци-

<sup>16</sup> Статья 5 Закона Грузии «Об имущественной реституции и компенсации для пострадавших на территории Грузии в результате конфликта в бывшей Юго-Осетинской автономной области».

<sup>17</sup> Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод была разработана Советом Европы с учетом принципов Всеобщей декларации прав человека. Ее подписание состоялось в Риме 4 ноября 1950 года, Конвенция вступила в силу в ноябре 1953 года. Грузия присоединилась к Конвенции 20 мая 1999 года.

<sup>18</sup> Протокол № 1 к Европейской конвенции по правам человека (20.03.1952). Статья 1: Каждое физическое или юридическое лицо имеет право беспрепятственно пользоваться своим имуществом. Никто не может быть лишен своего имущества, кроме как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права. Предыдущие положения ни в коей мере не ущемляют право государства обеспечивать выполнение таких законов, какие ему представляются необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов или штрафов.

<sup>19</sup> Пункт 2 постановления Парламента Грузии от 27 декабря 2001 года №1243-Іс «О ратификации Протокола №1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод».

<sup>20</sup> Пункт 8 постановления Парламента Грузии от 27 декабря 2001 года №1243-Іс «О ратификации Протокола №1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод».

онного Суда Грузии от 16 ноября 2004 года №1/5/224,<sup>21</sup> вынужденно перемещенным лицам было отказано в признании неконституционными пунктов 2 и 8 постановления Парламента Грузии от 27 декабря 2001 года, тем самым Конституционный Суд в свою очередь подтвердил, что Грузия не несет ответственности за нарушение сепаратистскими режимами положений Конвенции и ее протоколов в зоне конфликтов.

Согласно национальному законодательству<sup>22</sup>, государство берет обязательство вернуть личную собственность вынужденно перемещенным лицам, в том числе жилые дома и привязанные к ним приусадебные участки в том виде, в каком они будут пребывать на момент возвращения или/и выплатить компенсацию причиненного ущерба только в случае, если вынужденно перемещенное лицо вернется в место проживания после устранения причин вынужденного перемещения.

Подобной политикой государства обуславливается тот факт, что суды Грузии не удовлетворяют иски вынужденно перемещенных лиц, связанные с компенсацией имущества, оставшегося в Абхазии<sup>23</sup>; суды отказываются от рассмотрения дел, связанных с недвижимым имуществом вынужденно перемещенных лиц, расположенным на территории Абхазии, на том основании, что город Сухуми не является территорией, контролируемой Грузией, и на него не распространяется юрисдикция Грузии.<sup>24</sup> Публичный реестр Национального агентства Министерства юстиции Грузии отказывается<sup>25</sup> от регистрации в реестре расположенного в городе Сухуми недвижимого имущества, на том основании, что ввиду боевых действий в Абхазии территориальная регистрационная служба Агентства в

городе Сухуми не сформирована. При этом на территории Абхазии не осуществлялись регистрационные мероприятия согласно законодательству Грузии о регистрации земли.

**Принятый 29 декабря 2006 года Закон Грузии «Об имущественной реституции и компенсации для пострадавших на территории Грузии в результате конфликта в Южной Осетии – бывшей Юго-Осетинской автономной области» неэффективен и носит дискриминационный характер по отношению к лицам, вынужденно перемещенным с территории Абхазии.**

Исходя из вышеуказанного, вынужденно перемещенные лица вынуждены обращаться для защиты своих прав в Европейский Суд по Правам Человека. Принимая во внимание прецедентные дела Европейского Суда по Правам Человека, более вероятно, что заявления вынужденно перемещенных лиц из сепаратистических регионов Грузии Европейским Судом будут удовлетворены, иначе эти территории представляли бы собой правовой вакуум в плане ответственности за нарушение прав человека. Признание такого правового вакуума противоречило бы принципу эффективности защиты прав человека, лежащему в основе Конвенции.

Интересны толкования, установленные в решении Европейского суда по правам человека по делу «Сагинадзе и другие против Грузии»<sup>26</sup>, которые способствова-

<sup>21</sup> Постановление Парламента Грузии от 27 декабря 2001 года «О ратификации Дополнительного протокола №1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод». В пунктах 2 и 8 Постановления приводится оговорка/декларация в связи со статьей первой Дополнительного протокола, согласно которой государство до устранения причин вынужденного перемещения слагает с себя ответственность за выполнение обязательства защищать право собственности вынужденно перемещенных лиц в местах их постоянного проживания. По заявлению вынужденно перемещенных лиц, указанным постановлением нарушались право собственности, защищенное Конституцией Грузии (статья 21 Конституции Грузии) и право на недопущение дискриминации по месту жительства (статья 14 Конституции Грузии), и соответственно данное постановление следовало признать антиконституционным. Конституционный Суд Грузии требование истцов не удовлетворил.

<sup>22</sup> Подпункт «а» пункта 1 статьи 7 Закона Грузии «О вынужденных переселенцах - лицах, вынужденно перемещенных с оккупированных территорий Грузии».

<sup>23</sup> Определение Верховного Суда Грузии от 26 февраля 2004 года по делу №86-293-435-з-03.

<sup>24</sup> Определение Верховного суда Абхазской Автономной Республики от 6 января 2005 года по делу №2/8-3.

<sup>25</sup> Письмо Национального агентства публичного реестра от 25 февраля 2004 года № 3/6-8-8.

<sup>26</sup> [https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_ldmssearch&view=docView&id=1176720&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_ldmssearch&view=docView&id=1176720&lang=ge)

Заявители по данному делу (семья Сагинадзе) подтверждали, что являлись лицами, вынужденно перемещенными из Абхазии, и с 1994 года проживали в коттедже, принадлежавшем Министерству внутренних дел Грузии. С указанного времени они начали пользоваться коттеджем и прилегающей к нему территорией, разбили фруктовый сад и т.д. В письме Министерства внутренних дел Грузии, выданном в 2000 году подтверждалось, что семья Сагинадзе вселилась в коттедж в 1994 году на основании приказа Министра внутренних дел, изданного на основании Закона Грузии «О вынужденно перемещенных лицах – вынужденных переселенцах». В 2004 году МВД Грузии без представления какого-либо письменного документа осуществило принудительное выселение семьи Сагинадзе из коттеджа. После выселения вынужденно перемещенное лицо подало гражданский иск в городской суд против МВД Грузии и потребовало восстановления права владения на коттедж. Верховный Суд Грузии (27.09.2006 87-531-06) также указал, что „согласно закону компетенция обеспечения вынужденно перемещенных лиц жильем принадлежала Министерству по делам беженцев, лиц, вынужденно перемещенных с оккупированных территорий, и расселению Грузии. Поскольку коттедж был предложен семье Сагинадзе не указанным министерством, то соответственно в этом случае не существовало гарантий в связи с предоставлением жилья, предусмотренных Законом Грузии «О вынужденно перемещенных лицах – вынужденных переселенцах».

ли изменению судебной практики<sup>27</sup> по отношению к выселению вынужденно перемещенных лиц. Европейский суд установил нарушение ст.1 Протокола 1 ЕКПЧ по отношению к заявителю, поскольку выселение вынужденно перемещенного лица было незаконным. Европейский суд признал правомерным пользование жилой площадью вынужденно перемещенным лицом, несмотря на отсутствие регистрации права на собственность. Европейский суд разъяснил, что национальные суды не смогли обеспечить первого заявителя соответствующей защитой на основании акта о вынужденных переселенцах и выразил сожаление по поводу столь формалистской интерпретации<sup>28</sup> Верховным Судом Грузии Закона Грузии «О вынужденно перемещенных лицах – вынужденных переселенцах», суть которого подразумевала совершенно противоположное – подтверждение прав вынужденно перемещенных лиц, в том числе права на обеспечение жильем государством как единым целым, а не каким-либо его конкретным исполнительным ведомством. Европейский суд разъяснил: «Важнейшее значение имеет толерантность, однозначно проявленная со стороны ведомств по отношению к факту эксклюзивного, беспрепятственного и открытого пользования заявителем коттеджа и прилегающей к нему территории в течение периода, длившегося более десяти лет [...]. «Даже если допустить существование более приемлемой формальной процедуры передачи коттеджа первому заявителю, что могло представлять собой простую частно-правовую сделку и не затрагивало бы жизненно важные публичные интересы, совершенная министерством ошибка не может быть приписана заявителю и не позволяет заключить, что он вселился в коттедж самовольно. [...]

Европейский суд отметил, что «важен исторический контекст, в условиях которого имели место описанные в деле факты. Суд учитывает мнение, что исходя из гуманитарного кризиса 1993-1994 годов в Грузии, во время которого центральной власти предстояло расселить около 300000 вынужденно перемещенных лиц, не было реалистичным ожидать от государства соблюдение всех формальностей, которые были связаны с вопросом выделения жилых помещений».

<sup>27</sup> Решение Палаты по гражданским делам Верховного Суда Грузии от 13 сентября 2010 года по делу № 3б-1175-1436-09. Решения Верховного Суда Грузии по делам: №3з/834 – 01, 28 ноября 2001 года; №3з/868 – 01, 28 ноября 2001 года.

<sup>28</sup> Верховный Суд Грузии (27.09.2006 87-531-06) также указал, что „согласно закону компетенция обеспечения вынужденно перемещенных лиц жильем принадлежала Министерству по делам беженцев, лиц, вынужденно перемещенных с оккупированных территорий, и расселению Грузии. Поскольку коттедж был предложен семье Сагинадзе не указанным министерством, то соответственно в этом случае не существовало гарантий в связи с предоставлением жилья, предусмотренных Законом Грузии «О вынужденно перемещенных лицах – вынужденных переселенцах».

## IV. Заключение

Несмотря на правовую вынужденно перемещенных лиц реституцию или/и компенсацию имущества, Правительством Грузии до сих пор не приняты эффективные меры по защите права собственности вынужденно перемещенных лиц.

Принятием отдельных законодательных актов правительство стремится снять с себя ответственность за нарушения права собственности вынужденно перемещенных лиц; суды Грузии не удовлетворяют иски вынужденно перемещенных лиц или отказываются от рассмотрения дел, связанных с недвижимым имуществом вынужденно перемещенных лиц, расположенным на территории Абхазии. Для восполнения существующих пробелов необходимо совершенствовать национальное законодательство и гармонизировать его с международными стандартами, следует четко законодательно отрегулировать вопрос реституции и компенсации имущества. Данные законы, в свою очередь, должны соответствовать международному праву о правах человека.

Тамара Шакарян<sup>1</sup>

## Улучшение Концепции Административной Ответственности Юридических Лиц в Перспективе Судебных Реформ

### I. Введение

В данной юридической ситуации вопрос об административной ответственности и существующего несовершенства неподходящих идей, вопросы, связанные с административной ответственности юридических лиц должным образом не решены. Принятие нового Кодекса об Административных Правонарушениях стал велением времени и обусловлено рядом важнейших аргументов, которые представлены в этой статье. С целью сделать институт административной ответственности юридических лиц более интегрированной, мы рассмотрим только те вопросы, которые могут быть определяющими для дальнейших реформ. Все недостатки в законодательстве, проблемы, которые нуждаются в законодательном урегулировании, представляют собой лишь небольшую часть проблем. На самом деле существует много других проблем, которые даже не входят в никакой правовой институт и в одной статье не представляется возможным коснуться всех недостатков существующего законодательства об административных правонарушениях и средств их решения. Поэтому мы сделали попытку представить некоторые выводы о законодательном подкреплении административной ответственности и о средствах их регулирования, для обеспечения практически способной структуры положений закона, практически эффективных и надежных гарантий применения неотвратимости административной ответственности.

В данной юридической ситуации вопрос об административной ответственности и существующего несовершенства неподходящих идей, вопросы, связанные с административной ответственности юридических лиц должным образом не решены. Это нежелательная ситуация была создана также в связи с тем, что в течение двух десятилетий независимости предпринятые судебные реформы обошли не только административные обязанности юридических лиц, но и институт административной ответственности в це-

лом. Обычно эволюция законодательств продвигался в изолированном виде. В частности, в многочисленных законодательных актов, связанных с этой областью, были добавлены новые положения, которые, хотя и со ссылкой на административную ответственность, не отражают законодательные положения данного института и выделили определенно удаленные подходы. Всесторонние исследования этой сферы указывают, что компетентные органы, при решении сложных проблем, часто не обращают должного внимания на необходимость комплексного рассмотрения исключительно важных вопросов, создание интегрированной и практически ценной концепции и необходимости полностью действовать на его основе.

Принятие нового Кодекса об Административных Правонарушениях стал велением времени и обусловлено рядом важнейших аргументов, которые вкратце приводят к следующему:

- Происхождение административной ответственности как института не был таким искусственным и априори. Это стало необходимым для сохранения власти, полученной в результате большевистской революции. В начале, административная ответственность имела целью сделать административный и управленческий порядок неуязвимым. Кроме того, в первую очередь попытка была сделана, чтобы защитить его даже от незначительных преступлений, а затем доверить свое расследование исключительно административными органами. Поэтому не случайно, что индивидуальные права не стали объектом административной ответственности. Для многих правовых институтов характерно, что они были созданы с целью решения других задач, но с течением времени, в результате пересмотра потребностей общества, они приобретают совершенно иной смысл и призвание. И административная ответственность не может быть направлена исключительно на защиту административной и управленческой системы. Законодательство об административных правонарушениях, в качестве основного объекта правовой охраны, не должно рассматривать исключительно административный порядок, в том числе всех ее сферах, например земля, вода, оборона и т.д., но следует учитывать общественные отношения, предусмотренные Конституцией и международно-правовыми документами. В частности, права и свободы человека, достоинство должны быть квалифицированы как верховные правовые ценности, в частности, приоритет должен быть отдан превосходству прав и свобод человека, а не в управлении, государственному или общественному порядку. Цель каждого нормативно-правового акта должна быть обеспечение прав человека и обеспечение их защиты. Рассмотрение всего института по вышеуказанным критериям даст возможность избавиться от советского видения админи-

<sup>1</sup> Начальница Отдела Правового Обеспечения и Европейской Интеграции Генеральной Прокуратуры Республики Армении, Советник Юстиции Третьего Класа, Кандидат Юридических Наук, Преподаватель Ереванской Государственной Академии Государственного Управления

стративной ответственности и настроить его в соответствии с современными международными стандартами. Мы полагаем, что административные правонарушения следует отличить от других видов правонарушений не по их объектам, а по степени общественной опасности. На практике осуществление этого регулирования создает ряд трудностей. По этой причине в большинстве европейских и в ряде других государств в отдельные законодательные акты об административных правонарушениях указаны лишь общие и процессуальные нормы, в то время как нормы специальной части регулируются отдельными актами, например в Германии, Австрии, Китае, Болгарии и т.д.

Между тем, следует отметить, что это важное концептуальное регулирование не нашло своего решения в концепции нового Кодекса РА об Административных Правонарушениях;

- Нет внутренней логической связи между уголовной и административной ответственностью. Это обусловлено тем, что то же самое правонарушение э часто определяется в качестве административного правонарушения в административном законодательстве и как преступления в уголовном законодательстве. Кстати, мера штрафа за некоторые действия выше в Административном Кодексе, чем в Уголовном Кодексе. В частности, статья 315<sup>1</sup> Уголовного кодекса РА определяет ответственность за не прекращение гражданами и юридическими лицами<sup>2</sup> самовольный захват земельных участков коммунальной или государственной собственности и не ликвидации последствий таких действий, а также не прекращения строительства или реконструкции жилища или здания, построенное в районах, не выделенных для этой цели или с достаточным нарушением разрешения или условия разрешения или норм и правил строительства или не уничтожение незаконных построек, если до совершения этих действий в течение одного года был установлен повторный административный штраф. Для этого правонарушения назначают наказание от двухсот до шестисот раз минимальной заработной платы.

В Кодексе об Административных Правонарушениях, Статья 152 часть 2 под названием «Несанкционированное строительство зданий и сооружений», по тому же повторному нарушению предусматривает наказание в виде штрафа в размере пятисот раз минимальной заработной платы. Таким образом, правонарушитель за то же самое повторное действие наказывается двойным размером штрафа, когда после этого он продолжает ту же правонарушение и логически не обосновано, что административный штраф

<sup>2</sup> Очевидно, что в данной статье в качестве субъектов правонарушения должны быть определены только физические лица, так как юридические лица не являются субъектами уголовной ответственности.

выше, чем уголовное наказание.

Принятие нового Уголовного кодекса, в самом начале, не считал повторение административного правонарушения как преступления, которое было, предусмотренном ранее действовавшим законодательством. Но позже указанный подход снова был применён, пренебрегая необходимостью руководствоваться едиными правовыми нормами<sup>3</sup>. Мы хотели бы отметить, что в существующие подходы к институтам административной ответственности существенно отличаются от подходов, применяющиеся к институтам уголовной ответственности аналогичного характера.

Следовательно, важно определить конечный штраф, чтобы исключить случаи, когда, обоснование по степени общественной опасности совершенного правонарушения, определяют объемы штрафа, который превышает сумму, предусмотренную за такие же действия по уголовному законодательству;

- В действующем законодательстве об административных правонарушениях существуют различные институты, которые противоречат международным правовым стандартам в области административной ответственности и которые должны быть устранены после вполне логично вмешательства компетентных международных организаций. Кроме того, существуют нормы, которые, очевидно, в конфликте с Конституцией Армении. Например, предел 10 дней для административного ареста, определенных Кодексом, который постановлением 23 ноября 2012 ПКС-1059 Конституционного суда был признан противоречащим положениям Конституции;

- Отсутствие соответствующих правовых институтов, которые обеспечивают регулярный курс дела об административных правонарушениях, таких как приостановление производства, его прекращение, восстановление и т.д;

- Законодательные акты об административных правонарушениях еще не систематизированы. Кроме того, мы должны подчеркнуть, что этот недостаток является более типичным для актов об административной ответственности юридических лиц. Указанные акты, как правило, регулируют правоотношения в той или иной сфере и лишь частично включают правовые нормы об административных правонарушениях. Другими словами, мы должны обеспечить единство административных правонарушений не только для физических, но и для юридических лиц. Новый кодекс должен быть один интегрированный кодифицированы юридический документ, посвященный регулированию всех правоотношений в данной сфере.

Следует отметить, что правонарушения, в налоговой или банковской сфере и штрафы, определенные

<sup>3</sup> См., например, Статью 315.1 Уголовного Кодекса РА.

для них в результате политического соглашения не были вовлечены в проект закона об административных правонарушениях в связи с существующими разногласиями. Мы, конечно, думаем, что такой подход не может быть включен в кодификацию об административной ответственности и нуждается в новом обосновании, так как упомянутые выше виды ответственности находятся в области административного права. Конституционный Суд Российской Федерации в своих резолюциях упомянул это в нескольких случаях<sup>4</sup>.

Следует отметить, что в концепции Кодекса об Административных Правонарушениях, принятого протоколом-решением Правительства в 2012 году, определено, что предстоящий кодекс должен быть основан на концепции, что административная ответственность не может быть применена, если это не установлено законодательством об административных правонарушениях;

Принимая во внимание тот факт, что о случаях, связанных с административных правонарушениях могут быть применены принудительные меры, другие ограничения для физических и юридических лиц, следует уточнить их основания, рамки и условия надзора за их законностью. В этом контексте следует рассматривать институт прокурорского надзора. В частности, анализ Статьи 29, части 1 и 3 Закона РА «О Прокуратуре» указывает, что прокурор осуществляет надзор за лишением свободы, примененный на основании Статьи 16 части 1 пункта 2-7 Конституции РА. В то время как административный арест, если рассматривать в контексте Статьи 16, часть 1 пункт 3, и, более того, если он будет сохранен в проекте нового кодекса, то эта норма является обязательной;

- Там должна быть предоставлена обоснованная классификация преступлений и они должны быть приведены в соответствие с санкциями, предусмотренными в них, равномерное осуществление административных штрафов, предусмотренных за совершение административных правонарушений с теми же последствиями;

- В Кодексе РА об Административных Правонарушениях существуют такие понятия, как «система СССР», «социалистическая собственность» и т.д. Следует отметить, что, несмотря на необходимость нового кодекса, то законодатели отложили принятие акта, направленного на изменения из этих элементарных понятий. Не только ученым, но практикующим юристам следует критиковать такой подход.

Все вышеперечисленные факты в целом определяют недостатки действующего законодательства и

основные направления необходимых реформ. В этом контексте основная идея этого исследования является законодательный недостаток действующего законодательства об административных правонарушениях, в частности, что юридические лица не считаются субъектами административной ответственности.

Нельзя отрицать, что серьезные недостатки и явные противоречия негативно влияют на права и свободы человека, а также защиту прав юридических лиц, а также на государственное управление и эффективность правосудия об административных правонарушениях. Примечательно, что в таких случаях, чиновники часто руководствуются не конкретными положениями, но произвольными решениями. Также беспокоит, что многие ненужные особенности, касающиеся дела о таких случаях, на практике делают естественный ход функционирования трудным - делая неизбежным ненужные финансовые затраты и для каждой сферы, которая нуждается в человеческих ресурсах, дополнительные профессиональные тренинги и т.д.

Составление нового Кодекса об административных правонарушениях совпало с прекращением судебных реформ, когда постановлением (№ 635, 16 ноября, 1998 г.) премьер-министра Армении «О создании комиссии» была создана рабочая группа для разработки нового законодательства. Рабочая группа сделала определенные попытки для разработки проекта, но на самом деле этот процесс не был завершен. Комиссию была полностью расформирована, а функции были переданы Ереванскому офису GTZ Немецкое Международное Сотрудничество (Армянское подразделение международной организации GTZ), которое один составил в Закон РА «Об Основах Администрации и Административном Производстве», который на самом деле был перевод немецких законодательных актов с частичной поправкой к местным особенностям. Наконец, через 10 лет, Указом Президента РА от 23 января 2008 с указанием входящего номера НК-9-А «Об установлении рабочей группы», была создана новая рабочая группа, которой было поручено разработать новый Кодекс об Административных Правонарушениях. На составление кодекса ушло 2 года, и одним из ключевых требований к кодексу было создание совместного кодифицированного акта, который будет ссылаться на налоговые, таможенные, банковские преступления и на юридические лица в качестве субъектов административной ответственности. Проект нового кодекса и законопроекты о внесении изменений в около 52 других законодательных актов были представлены правительству в январе 2010 года<sup>5</sup>. Даже во время деятельности

<sup>4</sup> Такие противоречия, связанные с преступлениями в налоговой или банковской сфере, были созданы также по проекту кодекса Российской Федерации об Административных Правонарушениях, подробнее см. в первом абзаце первой главы диссертации.

<sup>5</sup> См. ссылку в Интернет, до 2011 <http://moj.am/am/download.php?view.328;> [http://www.parliament.am/drafts.php?sel=showdraft&DraftID=4516&Reading=0.](http://www.parliament.am/drafts.php?sel=showdraft&DraftID=4516&Reading=0)

бывших рабочих групп было совершенно очевидно, что новый кодекс может быть разработан только вместе с дополнениями и изменениями в ряде действующих законодательных актов. Правительство РА, после рассмотрения проекта, из-за определенных противоречий по налоговым и банковским преступлениям и штрафам, которые должны быть назначены за их совершения, вернул проект с целью достижения консенсуса между компетентными органами. После совместных консультаций с Министерством Юстиции Армении налоговые и банковские правонарушения были исключены из проекта, в результате этого один из ключевых понятий - иметь один совместный кодифицированный акт об административных правонарушениях, остался незавершенным. В этой связи следует отметить, что реформы становятся уязвимыми, потому что институциональные подходы по вопросам, связанным со сферой, многочисленны и слишком противоречивы.

В сентябре 2010 года Министерство Юстиции РА представил исправленный проект правительству и 26 октября того же года он был введен в Национальное собрание.<sup>6</sup> Во время сессии постоянного комитета по государственно-правовым вопросам Национального Собрания, состоявшемся 4 февраля 2011 года, было сообщено, что правительство Армении приняло решение удалить проект из обращения, для его дальнейшего поправки, обусловленной кадровыми перестановками в Министерстве Юстиции РА. Между тем, ни одна обоснованная аргументация не была приведена и принятие этого чрезвычайно фактического законодательного акта было отложено без причины. Следует отметить, что во вводной части плана действий по программе стратегических мероприятий на 2009-2011 годы, принятой Указом Президента Армении 21 апреля 2009 года с указанием входящего номера НК-59-N, было определено, что новый Кодекс об Административных Правонарушениях находится в процессе разработки. Но в точке 3,6 3-й секции по «мерам для повышения эффективности административной юстиции и административного судопроизводства» из «Стратегической программы правовых и судебных реформ на 2012-2016 гг. и список исходящих мер», принятой Указом Президента 30 июня 2012 года с указанием входящего номера НК-96-а, как отдельный вид деятельности была замечена также разработка новой концепции нового кодекса и разработка проекта. Кроме того, ноябрь 2014 был определен в качестве крайнего срока для представления проекта на рассмотрение Национального собрания. Не критикуя этот важный правовой акт, мы не можем не обратить внимание на тот факт, что принятие завершенного проекта и концепции и принятия

акта были отложены на несколько лет.

Следует отметить, что в концепции Кодекса об Административных Правонарушениях, утвержденными протоколом-решением правительства, принятым в 2012 году, упоминается только, что должны быть разработаны четкие механизмы административной ответственности юридических лиц.

С целью, чтобы сделать институт административной ответственности юридических лиц более интегрированным мы рассмотрим только те вопросы, которые могут быть определяющим для дальнейшего осуществления реформ. Так, в законодательстве, как субъект административной ответственности, должны быть указаны не только юридические лица, но и филиалы, представительства, учреждения или его отделения, которые не числятся, как юридические лица обособленных подразделений, в том числе международных организаций, определяю исключения только для государств, общин и в этом контексте мы должны добавить, что можно определить отличительные основания для административной ответственности больших, средних и малых юридических лиц, и в соответствии с этими положениями норм особенной части может быть предписано разное количество штрафов, которое обеспечивает такие условия, при которых исполнение административных мер ответственности на самом деле не прекращают деятельность юридического лица. Иными словами, должна быть пропорциональность административного правонарушения и мера административной дисциплины, принимая во внимание характер действия, совершенные юридическим лицом.

Правительство РА, в концепции Кодекса об Административных Правонарушениях, принятых протокол-решением в 2012 году, упоминает, что случаи применения административной ответственности к юридическим лицам должны быть снижены до минимума. Другими словами, институт административной ответственности посредством судебного разбирательства следует проявлять лишь в виде исключения.

Мы считаем, что вышеупомянутые факты нуждаются в дальнейшем обосновании. В настоящем этапе судебно-правовой реформы, когда по п. 2.1 «О мерах по повышению эффективности административной юстиции и административного судопроизводства» о «стратегической программы правовых и судебных реформ на 2012-2016 годы и список исходящих мер», принятых Указом Президента от 30 июня 2012 года с указанием входящего номера НК-96-А, определяется разработка нового Уголовного Кодекса, данный вопрос требует более комплексного правового регулирования. В данном контексте следует отметить, что разработка этих двух законодательных актов должна осуществляться параллельно, обеспечивая логический внутренний разъем

<sup>6</sup> See the Internet link, up to 2011 [http://parliament.am/draft\\_history.php?id=4516&lang=arm](http://parliament.am/draft_history.php?id=4516&lang=arm)

уголовных и административных обязанностей.

Мы считаем, что пересмотренная административная ответственность способна исключить необходимость уголовной ответственности. Административная ответственность юридических лиц является более выгодным, по сравнению с уголовной ответственностью, потому что хорошо известные и общие принципы уголовной ответственности не бесосновательно нарушаются (индивидуальная ответственность, субъективное инкриминирование и т.д.), обеспечивают необходимую оперативность и упрощенное производство, к чему в настоящее время уголовно-процессуальные законодательные акты направлены, пропорциональное восприятие преступления и принудительной меры со стороны общественности, которые также предикативны. Несомненно, настоящие правила административной ответственности не способны решить проблему замены уголовной ответственности административной ответственностью. Таким образом, для действительного осуществления указанного заключения, в проекте Кодекса об Административных Правонарушениях должны быть обеспечены такие правовые решения, которые сделают административную ответственность юридических лиц более всеобъемлющим.

Прежде всего, все решения касаются типов административных наказаний<sup>7</sup>, в частности там должны быть определены такие виды наказаний для юридических лиц, которые соответствуют уголовным наказаниям в других государствах.

В предыдущем проекте суде не определен в качестве органа, который назначает административные наказания, в то время как такие виды административного взыскания, как прекращения деятельности юридического лица, то есть ликвидация, прекращение лицензии, конфискация инструмента или непосредственного объекта административного правонарушения, не могут быть наложены административными органами. Например, наложение конфискации инструмента или непосредственного объекта административного правонарушения<sup>8</sup> административным органом не

подходит и противоречит требованиям части 2 статьи 31 Конституции РА, согласно которому никто не может быть лишен своего имущества, кроме случаев, установленном законом и в соответствии с судебной процедурой. Упомянутая норма Конституции, как конституционной гарантии защиты права собственности означает, что обязательное и не подлежит погашению прекращения права собственности могут быть реализованы только в случаях, предусмотренных законом, и в соответствии с судебной процедурой. В данном контексте, несомненно, конфискация также является средством обязательного и безвозвратного прекращения права собственности, но в соответствии с проектом наложение и применение этого наказания предусмотрено в административных органах, то есть с помощью внесудебных процедур.

Буквальная интерпретация этой конституционной нормы показывает, что лишение собственности без судебной процедуры запрещено<sup>9</sup>. Положения, которые легли в основу данного положения, что решение административного органа может быть обжаловано в судебном порядке не могут рассматриваться в качестве резерва, который не противоречит Конституции, потому что это уже означает судебный контроль, но в соответствии с частью 2 Статьи 31 Конституции РА, судебная процедура должна быть предварительной и ее применение должно быть принято по решению суда, то есть суд должен назначить конфискацию<sup>10</sup>.

Более того, после обобщения опыта иностранных государств, которые приняли отдельные законодательные акты об административных правонарушениях, мы получили дополнительные доказательства того, что Армения относится к числу тех немногих государств, где в проекте Кодекса об Административных Правонарушениях конфискация устанавливается и применяется без решения суда. Конечно, исключение неоспорима с точки зрения целесообразности, но это очень сомнительно с точки зрения интерпретации конституционных норм, и мы можем сделать вывод, что такое правовое регулирование, даже если оно принял во внимание уменьшение объема работы административного суда, не может быть целесообразным. Так, мы считаем, что порядок введения конфискации как вида административного взыскания, должен быть приведен в соответствие с вышеупомянутой конституционной нормой и в соответствии с проектом нового кодекса установление и применение этого вида наказания должны быть предоставлены судом. Примечательно, что Конституционный Суд Российской Федерации

<sup>7</sup> Мы считаем, что список административных наказаний, предусмотренных в концепции Кодекса об Административных Правонарушениях Республики Армения, принятого протокол-решением Правительства РА в 2012 году, в который вошли такие санкции, как предупреждение, административный штраф, общественные работы, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, конфискация инструмента или непосредственного объекта административного правонарушения, не соответствуют современным международным стандартам и действующим законодательным нормам, поскольку ряд национальных правовых актов предусматривают такие виды административных взысканий, как закрытие, прекращение лицензии и другие.

<sup>8</sup> Это предусмотрено, как вид административного взыскания согласно концепции нового Кодекса об Административных Правонарушениях, принятый в соответствии с протокол - решением правительства в 2012 году.

<sup>9</sup> См. комментарий к Конституции Республики Армения, под редакцией Г. Арутюнян, А. Вагаршян, Ереван, "Иравунк", 2010, ст.368.

<sup>10</sup> См. ту же ссылку.

в своем решении с номером 201 от 3 декабря 1998<sup>11</sup>, года, касаясь этого вопроса, отметил, что этот вид административного наказания следует быть наложенным исключительно судом, в противном случае это войдет в противоречие с частью 3 Статья 35 Конституции РФ.

Мы не можем согласиться с подходами юридических ученых, которые приносят в качестве примеров нормативных правовых актов, регулирующих административно - судебный процесс, думают, что институт административной ответственности в судебном порядке не существует или существует тенденция его отрицания. Несомненно, этот вывод сделан после не-комплексного анализа опыта зарубежных государств, так как в таких государствах административные правонарушения регулируются либо уголовно-процессуальными или отдельными законодательными актами, но среди них, как уже было сказано выше, мы не сталкивались с законодательным актом в других государствах<sup>12</sup>, где институт административной ответственности в судебном порядке не существует.

В этом случае, хотя, Конституционный Суд РА в своем решении с указанием входящего номера ПКС 864 от 5 февраля 2010 года<sup>13</sup>, оценивая административную ответственность с точки зрения ее цели, в контексте логики, которая легла в основу правового регулирования, предусмотренное кодексом РА, вполне справедливо заключил, что в создании правового регулирования главой 26 Кодекса Административного Судопроизводства, не было основано на комплексном подходе и в Кодекс РА об Административных Правонарушениях четко не определены административные органы и должностные лица, которые обязаны составить протокол об административном правонарушении и представить его в суд с целью привлечь к ответственности лиц в соответствии с судебным порядком. Указанным решением Конституционный Суд не возразил против административной ответственности в соответствии с судебным порядком, но указал на недостаток правового регулирования, вызванное не интегрированным правовым регулированием административной ответственности, решение которых относится к компетенции Национального Собрания Республики Армения.

Что касается юридических лиц, только наложение административного штрафа не достаточно для достижения цели и с точки зрения комплексного правового регулирования должны применяться также другие административные меры. Так, в контексте пропорциональности появления осуждения как следствие уголовной ответственности, как следствие административной ответственности должны быть определены правовые последствия, которые в случае наложения ликвидации, как средство административного взыскания, основателям юридического лица запрещается создание нового юридического лица<sup>14</sup>, а в случае наложения административного взыскания в виде прекращения лицензии, юридическое лицо не может вновь подать заявление на получение новой лицензии.

В то же время следует отметить, что Конституционный суд РА в своем решении с указанием входящего номера ПКС-1048 от 19 сентября 2012<sup>15</sup> подчеркивает необходимость принятия в РА нового Кодекса об Административных Правонарушениях, так как неприемлемо внести частичные изменения в советские правовые нормы и для разъяснения действующего правового регулирования, на основе анализа текущего международного опыта. В частности, указанным решением особое внимание уделяется комплексному регулированию вопроса об административной ответственности юридических лиц, прояснению вопроса о различии административной ответственности от других видов юридической ответственности и других важных вопросов.

Таким образом, все недостатки в законодательстве, проблемы, которые нуждаются в законодательном урегулировании, представляют собой лишь небольшую часть проблем. На самом деле существует много других проблем, которые даже не включены в никакой юридический институт и в одной статье не представляется возможным коснуться всех недостатков действующего законодательства об административных правонарушениях и средств их решения, поэтому мы сделали попытку представить некоторые выводы о законодательном укреплении административной ответственности и о средствах их регулирования, для обеспечения практически способной структуры положений закона, практически эффективных и верных гарантии для применения неотвратимости административной ответственности.

<sup>11</sup> См. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации то 3 декабря 1998, N201-0 по жалобе граждан Л. Н. Васильевой, А. Н. Евгеева и Л. А. Налетова, касающихся нарушения их конституционных прав положениями части 2 статьи 146-7 кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях // СЗ. -1999.-N17. - Art.2204.

<sup>12</sup> Что касается законодательного регулирования Германии, основным видом административного взыскания, осуществляемого в Германии, является административный штраф, предусмотренный Законом Германии "Об административных правонарушениях", которое не предусматривает вышеупомянутые виды наказания.

<sup>13</sup> См. Интернет ссылку <http://www.concourt.am/armenian/decisions/common/2010/pdf/sdv-864.pdf>

<sup>14</sup> Некоторые ученые считают, что это противоречит статье 33.1 Конституции РА, но мы считаем, что нет никакой связи с упомянутой статьей Конституции, так как предусмотрено статьей 33.1 концепции "свободы предпринимательства, не запрещенных законом" не исключает возможность оговорить в законодательстве обоих типов предприятий и ограничений на такую деятельность, которые в соответствии с конституционными нормами ограничений прав.

<sup>15</sup> См. Интернет ссылку <http://www.concourt.am/armenian/decisions/common/2012/pdf/sdv-1048.pdf>.

Нино Киласония<sup>1</sup>

## Участие народа, как форма контроля делегированной законодательности

### I. Вступление

*В статье представлен сравнительный анализ законодательств Германии, США и Грузии относительно контроля делегирования законодательных полномочий и административного нормотворчества.*

*Первая часть статьи уделена доктрине делегирования и ее результату, во второй главе речь идёт о такой форме контроля делегированной законодательной деятельности, как законодательный контроль над административным нормотворчеством и подчеркнута участие народа как эффективный механизм контроля административного нормотворчества. В заключении приведены итоги исследования и рекомендации.*

### II. Доктрина делегирования

Все государства, приверженные традиционному принципу разделения властей, сталкиваются с проблемой, связанной с передачей избранными народом представителями законодательных полномочий исполнительной власти.<sup>2</sup>

Нужно отметить, что передача законодательных полномочий дала исполнителям большую власть и вследствие этого оказалась в центре внимания ученых.

Часть конституционалистов не поддерживает делегирование законодательных полномочий и указывает, что это противоречит принципу «delegates non potest delegare». Эти конституционалисты разделяют мнение Джона Локка и заявляют, что законодатель не может передать право принятия закона другому<sup>3</sup>, так как законотворчество - это функция законодательной власти страны.<sup>4</sup> Однако, эта точка зрения утратила значение после того, как возникла потребность в административном нормотворчестве со стороны административных органов.<sup>5</sup>

Как указывает Шайо: «Исходя из делегирования власти, радикальным средством преодоления кризиса послужило бы (после восстановления правового государства) возвращение к классической теории Руссо и отказ административных органов от всякого рода первичного правотворчества, но урегулировать все технические детали в законе физически невозможно... Например, если бы обязанностью парламента было определение цен, тогда, если возникнет необходимость регулирования цен, регулирование их стало бы невозможно вообще.»<sup>6</sup>

Ясно, что детальное решение имеющих значение для общества вопросов слишком техническая, сложная и перегруженная процедура, и только законодателью с этой задачей не справиться.<sup>7</sup>

Исходя из этого, в конституциях и правовых актах различных стран отображены нормы, которые устанавливают порядок делегирования законодательных полномочий исполнительной власти.

### 1. Делегирование законодательных полномочий, как приложение к законодательной деятельности

Совершенно ясно, что законодательная власть не в силах непосредственно уладить все вопросы общественной жизни страны.<sup>8</sup> Ни один парламент мира не способен разработать детально все законодательство,<sup>9</sup> так как часто вопрос, нуждающийся в урегулировании законодательным путём, носит технический характер и не может быть в совершенстве рассмотрен парламентом.<sup>10</sup>

Кроме этого, в некоторых случаях необходимо подключить непредусмотренный контингент, например, для решения вопроса обеспечения работы всего административного аппарата, а один парламент с этим не справится.<sup>11</sup>

Исходя из этого, в практике встаёт необходимость передачи законодательных полномочий в процессе принятия решения, когда следует применение специальных

<sup>1</sup> Магистр сравнительного конституционного права Университета центральной Европы, докторант Тбилисского гос. университета им. Ив. Джавахишвили.

<sup>2</sup> Aman A.C. Jr., Mayton W.T., *Administrative Law*, Hornbook Series, West Publishing, 1998, с. 81.

<sup>3</sup> Punder H., *Democratic Legitimation of Delegated Legislation - A comparative View on the American, British and German Law*, Cambridge Journals, *International Comparative Law Quarterly*, 58(2), 2009, с. 353-378.

<sup>4</sup> Турава П., Цкепладзе Н., *Учебник по общему административному праву*, Тбилиси, 2005, с. 68.

<sup>5</sup> Punder H., *Democratic Legitimation of Delegated Legislation - A comparative View on the American, British and German Law*, Cambridge Journals, *International Comparative Law Quarterly*, 58(2), 2009, с. 353-378.

<sup>6</sup> Шайо А., *Самоограничение власти, введение в конституцию*, Аирис Грузия, Тбилиси, 2003, с. 203.

<sup>7</sup> Rose-Ackerman S., *Regulation and Public Law in Comparative Perspective*, 2-4, см. [http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/trebilcock09\\_Rose-Ackerman.pdf](http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/trebilcock09_Rose-Ackerman.pdf) (скачано 11.01.2010).

<sup>8</sup> Турава П., Цкепладзе Н., *Учебник по общему административному праву*, Тбилиси, 2005, с. 83.

<sup>9</sup> Seerden Rene J.G.H., *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A Comparative Analysis*, Intersentia Antwerpen-Oxford, 2nd ed., 2007, с. 233.

<sup>10</sup> Aman A.C. Jr., Mayton W.T., *Administrative Law*, Hornbook Series, West Publishing, 1998, с. 10.

<sup>11</sup> Bailey, S.H., *Cases, Materials and Commentary on Administrative Law*, Sweet and Maxwell, 4th ed., 2005, с. 206.

знаний и компетенций исполнительной власти.<sup>12</sup>

Конституциями и законодательными актами многих стран определены процедуры, которые необходимо соблюдать при передаче законодательных полномочий.

Например, по конституции Германии, федеральному правительству или министру, на основании их статуса, могут быть переданы полномочия для издания таких актов, которые имели бы силу закона.<sup>13</sup>

Подобно Германии, в США (далее, Америка), Конгресс осуществляет делегирование законодательных полномочий. Хотя, если в Германии передача законодательных полномочий предусмотрена Конституцией, американский законодатель вопросы, связанные с передачей законодательных полномочий, регулирует на основе специальных законодательных актов.

В США вопросы передачи законодательных полномочий прописаны в изданных Конгрессом статутах, а также в акте административных процедур (в дальнейшем - ААП), где урегулирована процедура административного нормотворчества.

Подобно Германии и Америке, в Грузии вопрос передачи административным органам полномочий разработки административно-правовых норм урегулирован на законодательном уровне.<sup>14</sup> Общие правовые основы административного нормотворчества внесены в Конституцию Грузии, в закон Грузии о «Нормативных актах» и в Общий административный кодекс Грузии (ОАКГ). Отдельные законы также содержат специальное указание, что конкретный орган правления оснащен полномочием, на основании того же закона, издавать нормативный административно-правовой акт.<sup>15</sup>

Очевидно, в Германии, Америке и Грузии парламент не является единственным субъектом, который обладает реальной властью.<sup>16</sup> Административные органы и агентства, вместе с законодательным органом выполняют значительную роль в нормотворческой деятельности. О том, какими особенностями характеризуется нормотворчество административных органов, будет сказано ниже.

<sup>12</sup> Рихтер И., Шуперт Г.Ф., Судебная практика по административному праву, М., 2000, с. 141.

<sup>13</sup> Punder H. Democratic Legitimation of Delegated Legislation - A comparative View on the American, British and German Law, Cambridge Journals, International Comparative Law Quarterly, 58(2), 2009, с. 353-378.

<sup>14</sup> Общий административный кодекс Грузии, пункт 11 статьи 103, Законодательный вестник Грузии, №33, 09.11.2009, статья 208.

<sup>15</sup> Турава П., Цкепладзе Н., Учебник по общему административному праву, Тбилиси, 2005, с. 83.

<sup>16</sup> Ziamou T., Public Participation in Administrative Rulemaking: The Legal Tradition and Perspective in the American and European (English, German, Greek) Legal Systems, 97, 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, см. [http://www.zaoerv.de/60\\_2000/60\\_2000\\_1\\_a\\_41\\_102.pdf](http://www.zaoerv.de/60_2000/60_2000_1_a_41_102.pdf) (скачано 05.09.2010).

## 2. Последствия делегирования законодательных полномочий.

Делегированное полномочие находит выражение в подзаконном административном нормотворчестве, то есть, в исполнительном решении, которое является ничем иным, как правотворчество правительственных агентств<sup>17</sup> и уточнение закона.<sup>18</sup>

В различных странах делегирование законодательных полномочий (административное нормотворчество) урегулировано различными правовыми актами.

В Германии нормы, связанные с административным нормотворчеством, приведены в Конституции. Акт административных процедур регулирует только те вопросы, которые связаны с индивидуальными административно-правовыми актами и ничего не говорит об административном нормотворчестве. Решения администрации, представляющие нормативные решения, делятся на три категории: законодательные регуляции или ордонансы, административные регуляции или направления, и принятые муниципалитетом акты (Bylaws, Satzungen). Законодательные регуляции являются важными правовыми нормами, которые издаются в результате делегирования законодательных полномочий. С этой точки зрения, они, наряду с Конституцией и законами представляют один из формальных источников права. Они обладают обязательной юридической силой не только в отношении тех вопросов, которые они регулируют, но и в для административных судей. Они охватывают абстрактные и общие нормы и именно поэтому их толкуют как «закон в материальном понимании» в отличие от тех формальных законов, которые разрабатывает парламент.<sup>19</sup>

Наряду с Германией в США административное нормотворчество - один из важнейших видов деятельности, которую осуществляют правительственные агентства.<sup>20</sup> Посредством административного нормотворчества, от неясных и несуществующих норм, установленных статутом, они движутся к обоснованным и определённым нормам, к сковывающим право-

<sup>17</sup> Furlong S.R., Kerwin M.C., Interest Group Participation in Rule Making: A Decade of Change, Economics of Administrative Law, edited by Rose-Ackerman S., An Elgar Reference Collection, Chentelham, Uk, Northhampton, MA, USA, 2007, с. 318.

<sup>18</sup> Аэдама А., Ломан Э., Паррэт Н., Пиллинг И., Вэне Э., Руководство по административному производству, Тарту, 2005, с. 560.

<sup>19</sup> Ziamou T., Public Participation in Administrative Rule-making: The Legal Tradition and Perspective in the American and European (English, German, Greek) Legal Systems, 44-48, 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, см. [http://www.zaoerv.de/60\\_2000/60\\_2000\\_1\\_a\\_41\\_102.pdf](http://www.zaoerv.de/60_2000/60_2000_1_a_41_102.pdf) (скачано 05.09.2010).

<sup>20</sup> Warren K.F., Administrative Law in the Political System, 4<sup>th</sup> ed., Westview Press, Colorado, 2004, 213.

вым требованиям, которые должны применяться обществом, агентствами и судом.<sup>21</sup>

В США, в процессе нормотворчества, агентства исполнительной власти формируют и принимают решения, которые имеют законную силу и приравниваются к актам, принятым Конгрессом, Президентом и Верховным судом.<sup>22</sup>

Подобно Германии и Америке, в Грузии регулирующая роль административного права выражается в издании административно-правового акта.<sup>23</sup>

В Грузии нормативным административно-правовым актом является юридический акт, с помощью которого осуществляется подзаконное административное нормотворчество.<sup>24</sup> Наглядным примером этому служит данное в Общем административном кодексе Грузии толкование нормативного административно-правового акта, по которому «нормативный административно-правовой акт – это правовой акт, изданный уполномоченным административным органом на основе законодательного акта и содержащий общее правило поведения для постоянного или временного и многократного применения».<sup>25</sup>

Очевидно, что, административное нормотворчество как в Германии, так и в Америке и Грузии является деятельностью специальных уполномоченных органов и должностных лиц, которая направлена на разработку правовых норм. Вместе с тем, во всех вышеперечисленных государствах нормотворчество помещено в определённые рамки, о чём речь пойдет ниже.

### III. Формы контроля административного нормотворчества

Делегированное законодательство обычно рассматривают как результат менее легитимного процесса, нежели основное законодательство, и соответственно, оно несёт большой потенциал злоупотребления полномочиями.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Koch C.H.Jr., Jordan W.S. III., Murphy R.W., *Administrative Law, Cases and Materials*, 5<sup>th</sup> ed., Mathew Bender and Company, San-Fransisco, 2006, с. 183.

<sup>22</sup> Croley S., *Making Rules: An Introduction*, IV *Administrative Law and Regulation*, Michigan Law Review, 93, May, 1995, 1512.

<sup>23</sup> Копалеишвили М., Схиртладзе Н., Кардава Э., Турава П., *Учебник по Административно-процессуальному праву*, Тбилиси, 2008, с. 268.

<sup>24</sup> Аздама А., Ломан Э., Паррэт Н., Пилвинг И., Вэне Э., *Руководство по административному производству*, из-во Тартуского университета, Тарту, 2005, с. 560.

<sup>25</sup> *Общий административный кодекс Грузии*, подпункт «е» статьи 2, *Законодательный вестник Грузии*, №32(39), 15.07.19.99.

<sup>26</sup> McHarg A., *What is Delegated legislation?* Public law, issue AU-TUM, 2006, с. 555.

Как правило, большинство лиц, принимающих решения, не избрано прямым путём. Они подотчётны косвенным образом. Их назначают избранные народом представители, которые по причине крайней занятости лишены возможности контролировать назначенных им лиц.<sup>27</sup>

Исходя из этого, абсолютного доверия к административному нормотворчеству не существует. Акты, принятые в результате административного нормотворчества, часто являются следствием политических противостояний. Соответственно, необходима их демократическая легитимация.<sup>28</sup>

Прямой путь демократической легитимации представляет народ. Этот источник может быть использован как косвенно, обеспечивая в административном нормотворчестве участие представителей, избранных народом, так и прямым путём - активным включением народа.<sup>29</sup>

Следует отметить, что участие в административном нормотворчестве представителей, избранных народом, выражается в законодательном контроле административного нормотворчества, о чём речь пойдет ниже.

### 1. Законодательный контроль административного нормотворчества

Доктрина делегирования законодательных полномочий состоит из двух взаимосвязанных частей: 1. В процессе делегирования законодательных полномочий законодатель должен формулировать основные направления политики и предоставить исполнителю возможность всего лишь детальной имплементации статута (доктрина делегирования); 2. Конкретное действие исполнителя считается недействительным, если оно не укладывается в рамки делегированных ему полномочий (*ultraviresdoctrine*).<sup>30</sup>

Ясно, что согласно доктрине делегирования, передача административным органам законодательных полномочий не может быть безграничной. Деятельность исполнительной власти не может стать составляющей частью законодательного процесса и не заменит его, так как делегированные полномочия - это полно-

<sup>27</sup> Coglianese C., *The internet and Citizen Participation in Rulemaking*, A Journal of law and Policy for the International Society, 1, Winter, 2004/2005, с. 36.

<sup>28</sup> Punder H., *Democratic Legitimation of Delegated Legislation - A comparative View on the American, British and German Law*, Cambridge Journals, *International Comparative Law Quarterly*, 58(2), 2009, с. 353-378.

<sup>29</sup> Там же, с. 353-378.

<sup>30</sup> McHarg A., *What is Delegated legislation?* Public law, issue AU-TUM, 2006, с. 557.

мочия, предназначенные для специфических целей.<sup>31</sup>

Законодательные полномочия передаются лицу, принимающему решения, не для того, чтоб по своему усмотрению применять их или отступать от них. В результате передачи административному органу законодательных полномочий,<sup>32</sup> «исполнительная власть должна достичь конкретной, законной цели, соблюдая профессиональную практику и предусматривая научные требования своего времени.»<sup>33</sup>

Вместе с тем, сама исполнительная власть не может определять основные направления регулирования.<sup>34</sup> Только законодатель уполномочен установить и ограничить нормотворческие полномочия исполнителя. Соответственно, исполнительная власть должна действовать в соответствии с законодательными указаниями и не замещать процесс принятия решения законодательными органами.<sup>35</sup> Следовательно, предмет нашего рассмотрения - роль законодательных границ административного нормотворчества при осуществлении контроля над ним.

### **1.1. Законодательные границы административного нормотворчества**

Определение законодательных границ административного нормотворчества предусмотрено законодательствами Германии, Америки и Грузии.

По административному праву Германии, административное нормотворчество, выраженное в форме постановления, является производным нормотворчеством и может осуществляться лишь в рамках полномочий, присуждённых ему законодателем.<sup>36</sup> Соответственно, основной закон Германии устанавливает ограничения содержания тех видов решений, которые может делегировать парламент.<sup>37</sup>

Подобно Германии, в Америке законодательное делегирование полномочий помещено в определенные рамки и постановлено, что в случае делегирования за-

конодательных полномочий, Конгресс обязан статутом определить рамки и процедуру делегирования.

Подобно процедуре, распространённой в Германии и Америке, в Грузии, при издании административно-правового акта на основании законодательного акта, законодательным же актом определяются «содержание, цель и объём» полномочий издания нормативного административно-правового акта.

Статья 7.7. закона Грузии о «Нормативных актах» определяет, что законодательные акты Грузии имеют преимущественную юридическую силу в отношении подзаконных нормативных актов. Следовательно, необходимо, чтобы каждый подзаконный нормативный акт соответствовал и исходил из вышестоящего законодательного акта.

Вместе с тем, закон Грузии о «Нормативных актах» устанавливает дополнительное требование, согласно которому содержание издаваемого подзаконного нормативного акта не только должно определяться тем законодательным актом, на основании которого он издается, но и в самой преамбуле изданного подзаконного нормативного акта должно быть отмечено, для выполнения какого законодательного акта был он издан.<sup>38</sup>

Указание, приведённое в законе Грузии о «Нормативных актах», относительно определения рамок делегирования, делает очевидным, что в Грузии, законодатель уполномочен «в будущем определять рамки и направления правового регулирования, осуществленного изданием нормативного административно-правового акта таким образом, чтобы орган управления мог действовать в рамках и в соответствии с волей законодателя.»<sup>39</sup>

Примечательно, что на законодательные рамки административного нормотворчества указывают и соответствующие суды Германии, Америки и Грузии.

#### **1.1.1. Роль суда в определении законодательных рамок административного нормотворчества**

На законодательную основу административного нормотворчества указывают Верховные и Конституционные суды Германии, Америки и Грузии, которые разработали руководящие принципы в отношении рамок делегирования законодательных полномочий.

Федеральный конституционный суд Германии сформулировал теорию, согласно которой, если законодатель пытается регулировать вопросы, связанные с фундамен-

<sup>31</sup> Копалеишвили М., Схиртладзе Н., Кардава Э., Турава П., Учебник по административно-процессуальному праву, Тбилиси, 2008, с. 270.

<sup>32</sup> Asimov M.R., Administrative Law, Chicago: The BarBrie Group, 2002, 2-3.

<sup>33</sup> Шайо А., Самоограничение власти, вступление в конституционализм, Аирис Грузия, Тбилиси, с. 206.

<sup>34</sup> Там же, с. 198.

<sup>35</sup> Jena A.G., Administrative Law within the Legal System and in Relation to Practice, 1-16, см. [http://www.docstoc.com/docs/25186743/1-PD-Dr-Athanasios-Gromitsaris-Jena-Administrative-Law\(11.08.2011\)](http://www.docstoc.com/docs/25186743/1-PD-Dr-Athanasios-Gromitsaris-Jena-Administrative-Law(11.08.2011)).

<sup>36</sup> Рихтер И., Шуперг Г.Ф., Судебная практика по административному праву, М., 2000, с. 137.

<sup>37</sup> Jena A.G., Administrative Law within the Legal System and in Relation to Practice, 1-16, см. [http://www.docstoc.com/docs/25186743/1-PD-Dr-Athanasios-Gromitsaris-Jena-Administrative-Law\(11.08.2011\)](http://www.docstoc.com/docs/25186743/1-PD-Dr-Athanasios-Gromitsaris-Jena-Administrative-Law(11.08.2011)).

<sup>38</sup> Закон Грузии «О нормативных актах» статья 16, пункт 2, 22 октября 2009 года, законодательный вестник Грузии, №33, 09.11.2009, статья 200.

<sup>39</sup> Турава П., Цкепладзе Н., Учебник по административному праву, Тбилиси, 2010, с. 83.

тальными правами, он обязан, в соответствии с принципом демократии и верховенства закона, лично установить рамки делегирования и не давать возможности администрации использовать дискреционные полномочия.<sup>40</sup>

Подобно Конституционному суду Германии, Верховный суд Америки постановил, что при передаче законодательных полномочий Конгресс должен точно определить вопрос, требующий решения, также агентство, которое будет ответственно за принятие решения и, наконец, границы делегирования законодательных полномочий. Другими словами, принцип, разработанный Верховным судом, предотвращает возможность того, чтобы федеральное агентство обладало такими же полномочиями административного нормотворчества, как и Конгресс. Агентство должно разрабатывать лишь регуляции, соответствующие параметрам, установленным Конгрессом.<sup>41</sup>

Подобно судам Германии и Америки, решением №бс-1260-1204(2-09) Верховного суда Грузии от 22 октября 2009 года постановлено, что в процессе делегирования исполнительному органу законодательных полномочий должны быть соблюдены рамки делегирования, определенные в законодательном акте. В частности, решением установлено: «нормотворческая функция органа управления является значительнейшей правовой функцией лишь в рамках полномочий и юрисдикций, присужденных законодательным актом. В противном случае это вызвало бы полный правовой хаос и чувство правовой безопасности, которое является краеугольным камнем правового государства, попало бы под угрозу».<sup>42</sup>

Следовательно, в Германии, Америке и Грузии акт государственного управления приобретает юридическую силу только в том случае, если он издаётся в соответствии с законом, на основании закона и для его исполнения. Хотя, в Германии и Америке дополнительно учреждена процедура предзаконодательного контроля, о чем будет сказано ниже.

### **1.2. Предзаконодательный контроль административного нормотворчества.**

Нужно отметить, что наряду с определением законодательных рамок административного нормотвор-

чества, законодательства Германии и Америки знают такую форму контроля административного нормотворчества, как одобрение административной регуляции со стороны законодательного органа.

По конституции Германии, кроме случаев, установленных федеральным законом, акты, изданные федеральным правительством и федеральным министром относительно определённых вопросов, нуждаются в одобрении со стороны Бундесрата.<sup>43</sup>

Подобно Германии, согласно акту по надзору Конгресса Америки, до того, как регуляция вступит в силу, агентство должно представить соответствующий отчёт перед обеими палатами Конгресса. Отчёт должен содержать: копию регуляции, общее описание регуляции, указание того, относится ли регуляция к числу значительных регуляций и дату вступления его в силу.<sup>44</sup>

Вместе с тем, представленную регуляцию должны поддержать обе палаты Конгресса. Если Конгресс не одобрит регуляцию, он принимает совместную резолюцию о ее отклонении. После этого регуляция не вступит в законную силу.<sup>45</sup>

Грузинское законодательство отличается от законодательств Германии и Америки тем, что не предусматривает согласие Парламента для административного нормотворчества как коллегиального, так и неколлегиального административного органа (имеется в виду административное нормотворчество касательно значительных, а также и второстепенных вопросов).

В Грузии законодательный контроль административного нормотворчества выражается только в определении рамок административного нормотворчества; хотя, применяется и такая форма контроля административного нормотворчества, как непосредственное участие народа в разработке нормативного административно-правового акта, о чём речь пойдёт ниже.

## **2. Участие народа, как форма контроля административного нормотворчества**

Делегирование полномочий необходимо для осуществления эффективного правления, хотя, делегирование законодательных полномочий не исключает необходимость демократической ответственности тех лиц, которым были переданы полномочия разработки административно-правовых норм.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> Jena A.G., Administrative Law within the Legal System and in Relation to Practice, 1-16, см. [http://www.docstoc.com/docs/25186743/1-PD-Dr-Athanasios-Gromitsaris-Jena-Administrative-Law\(11.08.2011\)](http://www.docstoc.com/docs/25186743/1-PD-Dr-Athanasios-Gromitsaris-Jena-Administrative-Law(11.08.2011)).

<sup>41</sup> Johnson S.F., Administrative Agencies: A Comparison of New Hampshire and Federal Agencies, History, Structure and Rule-making Requirements, Pierce Law Review, 4, 2006, с. 441.

<sup>42</sup> Решение Верховного Суда Грузии №бс-1260-1204 (г-09), 22.10.2009, ознакомиться с решением возможно с помощью поисковой системы Верховного Суда, по адресу: <http://prg:supremecourt.ge/detailViewAdmin.aspx>.

<sup>43</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 80(2).

<sup>44</sup> Congressional Review Act (CRA), 5 USC § 801(a) (1) (A).

<sup>45</sup> Congressional Review Act (CRA), 5 USC § 802(a).

<sup>46</sup> Rose-Ackerman S., Regulation and Public Law in Comparative Perspective, 2-4, см. [http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/trebilcock09\\_Rose-Ackerman.pdf](http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/trebilcock09_Rose-Ackerman.pdf) (скачано 11.01.2010).

Так как избранные народом представители не могут принимать непосредственное участие в административном нормотворчестве, для легитимации акта, принятого вследствие такой деятельности, необходимо в разработке акта обеспечить прямое участие народа.<sup>47</sup>

Участие народа необходимо для убеждённости в том, что нормативный административно-правовой акт основан на анализе законодательной нормы и значительных эмпирических доказательствах.<sup>48</sup>

Исходя из этого, в связи с участием народа в административном нормотворчестве, небезинтересно исследовать законодательства Америки и Грузии.

### **2.1. Основы участия народа в административном нормотворчестве в Америке и Грузии и отличия с Германией**

По американскому и грузинскому праву, непосредственным путём легитимации нормотворчества является непосредственное участие народа в административном нормотворчестве.

В этом отношении американские и грузинские законодатели отличаются от немецкого законодателя, который не предусматривает участие заинтересованных лиц в административном нормотворчестве.

Вместе с тем, несмотря на то, что некоторые статуты в Германии постанавливают участие заинтересованных лиц в административном нормотворчестве, Конституции Германии не знакомы подобные формы участия народа.<sup>49</sup>

В процессе делегирования законодательных полномочий ААП определяет участие заинтересованных лиц в административном нормотворчестве. Согласно ААП, административное агентство в начале административного нормотворчества должно опубликовать проект регуляции и сообщение об административном нормотворчестве. В сообщении должно быть указано, на основании какого статута должен издаваться правовой акт, регулирующий соответствующий вопрос, а также описание рассматриваемой регуляции.<sup>50</sup>

Нужно отметить, что ОАКГ, так же как и ААП, закрепляют необходимость участия народа в административном нормотворчестве: «цель ОАКГ - часто непрозрачные и закрытые процедуры нормативных

актов сделать открытыми для общества и других государственных органов. А это является гарантией того, что нормативный акт будет основан на правильном понимании вопроса и общество лучше ознакомится с ним и примет его».<sup>51</sup>

ОАКГ, в процессе разработки административных норм правомочным административным органом, по-прежнему использует различные процедуры формального и неформального характера. Среди неформальных процедур участия народа нужно выделить публикацию сообщения об административном нормотворчестве<sup>52</sup> и представление сообщения,<sup>53</sup> а среди формальных процедур - устное слушание.<sup>54</sup>

Нужно отметить, что в ОАКГ, со дня его вступления в силу (с 1 января 2000г.) до принятия нового закона о «Нормативных актах», административному производству по изданию административно-правового акта была уделена отдельная глава, которая предусматривала возможность применения как формальных, так и неформальных процедур участия народа в процессе издания нормативных административно-правовых актов всех видов (подразумеваются нормативные административно-правовые акты, изданные как коллегиальным, так и неколлегиальным административным органом).

22 октября 2009 года вступил в силу новый закон о «Нормативных актах», 3-ый пункт статьи 1 которого по-прежнему предусматривает, что предусмотренные Общим административным кодексом Грузии виды административного производства по изданию нормативных административно-правовых актов применяются только в отношении нормативных актов, изданных коллегиальным административным органом, а вопросы принятия (издания) нормативных актов, изданных другим административным органом или должностным лицом, регулируются органическим законом Грузии о «Нормативных актах».<sup>55</sup>

В результате осуществлённых изменений у народа была отнята возможность участия в процессе принятия такого нормативного административно-правового акта, который был бы единолично разработан должностным лицом. Подобные изменения неоправданы, так как в Грузии предпарламентский контроль административного нормотворчества не применяется.

<sup>47</sup> West W., Administrative Rulemaking: An Old and Emerging Literature, Special Report, Public Administration Review, Vol. 65, No. 6, November/December, 2005, с. 659.

<sup>48</sup> Там же, с. 659.

<sup>49</sup> Punder H., Democratic Legitimation of Delegated Legislation - A comparative View on the American, British and German Law, Cambridge Journals, International Comparative Law Quarterly, 58(2), 2009, с. 353-378.

<sup>50</sup> Administrative Procedure Act (APA) 5 USC § 553 (b)(1)(2)(3).

<sup>51</sup> Адеишвили З., Вингер Г., Китошвили Д., Комментарии к Общему административному кодексу, Тбилиси, 2002, с. 370.

<sup>52</sup> Общий административный кодекс Грузии, пункт 1<sup>1</sup> статьи 103, Законодательный вестник Грузии, №33, 09.11.2009, статья 208.

<sup>53</sup> Общий административный кодекс Грузии, статья 106<sup>2</sup>, Законодательный вестник Грузии, №33, 09.11.2009, статья 208.

<sup>54</sup> Общий административный кодекс Грузии, статья 106<sup>4</sup>, Законодательный вестник Грузии, №33, 09.11.2009, статья 208.

<sup>55</sup> Общий административный кодекс Грузии, статья 106<sup>4</sup>, Законодательный вестник Грузии, №32(39), 15.07.1999.

Соответственно, непосредственное участие народа в разработке нормативного административно-правового акта является важной гарантией контроля административного нормотворчества.

Для устранения неточностей вышеприведённого закона, желательным осуществление соответствующих изменений, которые обеспечат полноценное участие народа в административном нормотворчестве, так как участие народа является эффективной формой контроля административного нормотворчества. Об этом речь пойдёт ниже.

## **2.2. Результаты участия народа в административном нормотворчестве**

Когда мы говорим об участии народа в административном нормотворчестве, нужно выделить положительные и отрицательные стороны этого участия.

Учёные, поддерживающие участие народа в административном нормотворчестве, отмечают различные положительные аспекты участия народа и указывают, что участие народа в административном нормотворчестве является такой формой обеспечения вовлеченности общества в правлении государства, которая упрощает процесс дискуссии между гражданами и теми, кто разрабатывает политику.<sup>56</sup>

Кроме того, по мнению учёных, поддерживающих участие народа, «основой основ свободного общества является информированный гражданин. Чем больше народа знает о деятельности государства, тем успешнее правится страна, так как прозрачность правительства - лучшая предпосылка развития страны и подотчётности власти.<sup>57</sup>

Вместе с тем, эффективное участие народа в административном нормотворчестве в народе рождает желание избавиться от индивидуализма и включиться в осуществление публичных полномочий. Исходя из этого, принято считать, что внедрение практики участия народа в административное нормотворчество будет способствовать образованию «культуры участия народа», что станет путеводителем для включения граждан в политический процесс.<sup>58</sup>

Следовательно, по мнению ряда учёных, способ, применением которого административное нормотворчество может осуществляться так, чтобы его результат не противоречил принципу демократического правления, заключается в непосредственном включении в административное нормотворчество тех лиц, которые заинтересованы в решении вопроса.<sup>59</sup> Как указывает Шайо: «принцип соответствующих процедур, если не содержанием, то процессуально ограничивает возможность делегированного правотворчества, которое не может произвольно осуществляться даже тогда, когда в законе нет прямого запрета на это. В принятии административных актов должно быть обеспечено участие тех, кого это постановление непосредственно касается, а государственные органы должны доказать, что проекты их постановлений соответствуют определённым законом предписаниям».<sup>60</sup>

Однако, некоторые учёные не разделяют взгляды исследователей, поддерживающих участие народа в нормотворчестве. Они считают, что члены общества, которые вовлечены в административное нормотворчество, защищают не общественное добро, а личные интересы.<sup>61</sup>

Эта группа учёных считает, что административное нормотворчество - полномочие правительства, так как правительственные агентства являются экспертами в определённых вопросах и могут принять решение независимо, без участия народа.<sup>62</sup>

Кроме того, по мнению исследователей, противников участия народа в административном нормотворчестве, участие народа в административном нормотворчестве - длительная процедура и связана с дополнительными затратами со стороны административных органов.

Несмотря на то, что не всегда легко установить связь между участием народа и конечным итогом административного нормотворчества, принято считать, что для принятия политического решения лучшим выходом было бы разделить взгляды народа в процессе

<sup>56</sup> Abels G., Organizer, Observer and Participation, different pTA models?, Science, Technology and Innovation Studies, Vol. 5, 2009, с. 19.

<sup>57</sup> Новая информационная реальность и Интернет, Институт развития свободы информации, информационный бюллетень №1, <http://www.idfi.ge/uploadedFiles/27-32.pdf>.

<sup>58</sup> Ziamou T., Public Participation in Administrative Rulemaking: The Legal Tradition and Perspective in the American and European (English, German, Greek) Legal Systems, 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, см. [http://www.zaoerv.de/60\\_2000/60\\_2000\\_1\\_a\\_41\\_102.pdf](http://www.zaoerv.de/60_2000/60_2000_1_a_41_102.pdf) (скачано 05.09.2010).

<sup>59</sup> Balla S.J., Between Commenting and Negotiation: The Contours of Public Participation in Agency Rulemaking, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, 1, Winter, 2004/2005, с. 60.

<sup>60</sup> Шайо А., Самоограничение власти, введение в конституцию, Аирис Грузия, Тбилиси, 2003, с. 208.

<sup>61</sup> Punder H., Democratic Legitimation of Delegated Legislation - A comparative View on the American, British and German Law, Cambridge Journals, International Comparative Law Quarterly, 58(2), 2009, с. 353-378.

<sup>62</sup> Harter P.J., A plumber responds to the philosophers: A comment on Professor Menkel-Meadow's Essay on Deliberative Democracy, Nevada Law Journal, Volume 5, Winter 2004/2005, с. 384.

нормотворчества.<sup>63</sup> Тем более, если принимать во внимание, что участие народа в административном нормотворчестве дает народу право осуществлять демократическое самоуправление<sup>64</sup> и вместе с тем, дает ему возможность исполнять значительную роль в «квази законодательном» процессе.<sup>65</sup>

Это особенно важно для Грузии, где, в государственном правлении желательны усиление роли народа, а также ведение постоянного контроля процедуры принятия решения административными органами.

#### IV. Заключение

В результате исследования выяснилось, что в Германии, Америке и Грузии часто применяется делегирование законодательных полномочий.

Во всех трёх государствах разработаны соответствующие законодательные акты, устанавливающие механизм контроля делегированного законотворчества.

Законодательства Германии, Америки и Грузии схожи в определении законодательных рамок административного нормотворчества, хотя нужно отметить, что в Германии и Америке распространён предзаконодательный контроль административного нормотворчества, тогда как Грузинское законодательство не знает такого рода механизма парламентского контроля. Хотя, в отличие от Германии, законодательства Америки и Грузии учреждают такой институт контроля административного нормотворчества, как обеспечение участия народа в разработке актов исполнительной власти.

Вместе с тем, несмотря на то, что в ОАКГ предусмотрено участие народа в административном нормотворчестве, процедуры, связанные с вовлечением народонаселения установлены исчерпывающим образом. Соответственно, желательны в законодательствовности следующие поправки:

- Выделить в ОАКГ специальной отдельной главой административное производство в связи с изданием нормативного административно-правового акта;
- Распространить положения ОАКГ, связанные с уча-

стием народа в нормотворчестве не только на коллегияльные, но и неколлегиальные административные органы.

- Предусмотреть в рамках ОАКГ возможность представления соображений народа относительно административного нормотворчества как в документальной, так и электронной форме (как это определено в связи с публикацией сообщения об административном нормотворчестве).
- Установить в каждом отдельном случае законодательным актом дополнительные процедуры участия народа в административном нормотворчестве.

<sup>63</sup> Ziamou T., Public Participation in Administrative Rule-making: The Legal Tradition and Perspective in the American and European (English, German, Greek) Legal Systems, 44-48, 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, см. [http://www.zaoerv.de/60\\_2000/60\\_2000\\_1\\_a\\_41\\_102.pdf](http://www.zaoerv.de/60_2000/60_2000_1_a_41_102.pdf) (скачано 05.09.2010).

<sup>64</sup> Aman A.C., Jr., Politics, Policy and Outsourcing in the United States: The Role of Administrative Law, Administrative Law in a Changing State, Essays in Honour of Mark Aronson, edited by Pearson L., Harlow C., Taggart V., Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, с. 220.

<sup>65</sup> Noveck B.S., The electronic Revolution in Rulemaking, Emory Law Journal, 53, Spring, 2004, с. 460.

Маис Алиев<sup>1</sup>

## Проблемы демократизации законодательства, реализующего право на образование инвалидов в Азербайджане

### I. Введение

*Согласно Конвенции ООН о Правах Инвалидов от 13 декабря 2006-го года и законодательству Азербайджанской Республики, одним из самых важных средств интеграции инвалидов в общества является создание условий для реализации их права на образование. Это связано с тем, что инвалиды обеспечивают свою занятость путем усвоения определенной профессии в результате образования, которое они получают. Инклюзивное образование выступает как самое эффективное средство, направленное на обеспечение образовательных прав инвалидов в соответствии с нормами международного права. Инклюзивное образование отражает в себе возможность для инвалидов получать образование вместе с другими ровесниками в общеобразовательных учреждениях. В данной статье описываются проблемы демократизации законодательства, реализующего право на образование инвалидов, а также юридические вопросы инклюзивного образования, как самого эффективного средства для реализации их образовательных прав. Автор анализирует отражение инклюзивного образования в международном и национальном законодательствах, его значение, принципы, работа, проводимая в этой области в республике, а также возможности широкого применения инклюзивного образования в Азербайджане. В статье даны проблемы разного характера в области инклюзивного образования в Азербайджане, включая также проблемы правового регулирования и пути их решения.*

### II. Правовые основы образовательных прав инвалидов

Право на образование выступает как один из основных социально-культурных прав человека, отраженных в первой Конституции независимой Азербайджанской Республики, принятой общенародным голосованием 12 ноября 1995-го года. Право на образование в юридической литературе характеризуется как соци-

альная ценность, данная ценность заключается в его реализации, а также обуславливается формированием индивида как полноценной личности.<sup>2</sup> Образование, считающееся областью стратегической деятельности в обществе<sup>3</sup>, является важным фактором, влияющим на социальные процессы, и способствует формированию качеств и ценностей, обуславливающим саму личность. Демократическое образование обеспечивает образовательное право для всех членов общества - как здоровых, так и детей-инвалидов, получать равноправное образование. Это, в свою очередь, создает условия для защиты социального равенства в обществе.

Отношение к инвалидам в обществе в течении долгого времени формировалось с точки зрения медицинского подхода, то есть как «к непригодным членам общества», и это ограничивало их интеграцию в обществе, в нарушение принципа равенства прав и возможностей. В то же время, в общества сформировалось такое отношение к инвалидам, что они не должны показываться в общественных местах, не работать на рабочих местах и не учиться вместе с другими в образовательных учреждениях. Такое отношение делало необходимым строить иную нравственную модель, а не снисходительный подход к этим лицам в обществе. В целом, формирование модели социального подхода, принимающей инвалидов полноправными членами общества, а также отражающей в себе их полную и эффективную интеграцию в обществе, а также адаптация этой модели в существующем законодательстве является одним из самых актуальных вопросов современного периода. Идея социальной модели исходит из целей Конвенции ООН о Правах Инвалидов от 13 декабря 2006года, ратифицированной азербайджанским государством 2 октября 2008года, а также из содержания социальных реформ, осуществляемых в этой области в республике. Принятие Конвенции показывает, что и государство, и сами инвалиды, и все члены общества должны относиться к этим вопросам с вниманием, и все усилия должны быть направлены на полную реализацию прав человека. Присоединившись в этой Конвенции, АР приняла на себя важные обязательства обеспечения прав инвалидов, соблюдения и пропаганды этих прав, а также сделала вопрос защиты их прав одним из самых важных приоритетов своей национальной государственной политики. Согласно Конвенции, инвалиды должны иметь максимум

<sup>1</sup> Доктор юридических наук; Профессор кафедры трудового и экологического права; Бакинский Государственный Университет

<sup>2</sup> Əsgərov Z.A. Konstitusiyə hüququ. Bakı: Bakı Universiteti nəşriyyatı, (З.А.Аскеров. Конституционное право. Баку: издательство Бакинского Университета), 2011, стр. 243

<sup>3</sup> Cəfərov İ.M., Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının şərhı, Bakı: Hüquq ədəbiyyatı, (ДжафаровИ.М., комментирование Конституции Азербайджанской Республики, Баку: правовая литература), 2010, стр.200

независимости в обществе. Кроме того, все правовые, экономические и социальные условия должны быть созданы для того, чтобы они полностью выработали физические, умственные, социальные и профессиональные навыки, и наконец, должны быть сняты все препятствия, чтобы лица данной категории могли полностью и эффективно вести деятельность в жизни общества. С этой целью должны быть выработаны и претворены в жизнь научно обоснованные государственные программы и стратегии.

Конвенция о Правах Инвалидов, принятая Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 13 декабря 2006 года, охватывает многие аспекты права на образование, наряду с другими правами инвалидов. По статье 24 Конвенции, отражающей право на образование, инвалиды должны получать образование на равных со всеми условиях, а государствам следует поддерживать доступ к общеобразовательной системе на всех уровнях и в течение всей жизни инвалидов. При реализации права получать образование, государства-участники гарантируют, что инвалиды не будут исключаться по причине инвалидности из системы общего образования и будут иметь наравне с другими доступ к инклюзивному, качественному и бесплатному образованию в местах своего проживания.<sup>4</sup> Конвенция содержит положения относительно предлагаемого образования, ликвидации барьеров и стереотипов и отмечает, что инклюзивное образование является самой лучшей образовательной средой для каждого, включая также лиц с умственной инвалидностью. Именно такой подход помогает формировать инклюзивное общество, которое не боится инвалидности и с легкостью его принимает. Дети-инвалиды, которые растут вместе с другими ровесниками и вместе участвуют в образовательных процессах, вызывают большее понимание по отношению к ним и развивают чувство уважения друг к другу.

После приобретения государственной независимости, Азербайджанская Республика ратифицировала несколько международных конвенций, включая Конвенцию о Правах Ребенка. Конвенция о Правах Ребенка является первым документом, который открытым образом запрещает дискриминацию по отношению к детям-инвалидам. Здесь также отражено право детей-инвалидов жить, как полноценные члены общества, а также в случае необходимости, получать помощь.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Əlilliyi olan şəxslərin hüquqi təminatları, Bakı: Qoliəf qrup, (Правовые обеспечения людей с инвалидностью, Баку: группа Голиаф), 2012, стр. 101

<sup>5</sup> "İnklyüziv təhsil: təcrübə və qarşıda duran vəzifələr" V Beynəlxalq Elmi-praktiki konfransın məqalələr toplusu. Bakı: "Şərq-Qərb, («Инклюзивное образование: опыт стоящие задачи», сборник статей V международной научно-практической конференции. Баку: «Шерг-Герб»), 2011, стр. 624.

Согласно статье 5 Закона об Образовании Азербайджанской Республики, государство гарантирует создание соответствующих условий для получения образования каждым гражданином и не допускает лишения его какой-либо ступени, уровня и формы образования. Государство гарантирует создание возможностей получить образование каждому гражданину, независимо от его пола, расы, языка, религии, политических убеждений, национальности, социального положения, происхождения, возможностей здоровья и недопущение дискриминации. Граждане имеют право свободно выбирать вид образования, образовательное учреждение и язык образования. Наряду с обеспечением качественного образования для граждан, основу образовательной системы азербайджанского государства составляет создание равных условий для качественного образования детей, представляющих национальные меньшинства, беженцев и вынужденных переселенцев, а также детей с ограниченными возможностями здоровья.<sup>6</sup>

В «Плане Действий Совета Европы по улучшению уровня жизни инвалидов на период 2006-2015 годов и поддержка их прав и их полноценного участия в обществе» отмечается, что для воспитания детей-инвалидов в своих семьях и их интеграции в общественную жизнь, потребности этих детей, а также их семей должны быть тщательно оценены соответствующими органами. Четвертое направление в мерах, предусмотренных данным Планом, касается возможности инвалидов получать образование.<sup>7</sup>

В «Концепции Развития Азербайджан-2020: Взгляд в Будущее», утвержденной Указом Президента Азербайджанской Республики от 29 декабря 2012 года, отмечается, что разные развивающие, корректирующие и инклюзивные образовательные программы будут разработаны также для детей с особыми потребностями и ограниченными возможностями здоровья. Для учителей всех общеобразовательных школ будут обеспечены динамичные (интерактивные) образовательные технологии и целевые курсы повышения квалификации по инклюзивному образованию наряду с гибкой системой, созданной для каждого преподавателя в целях усвоения навыков ИКТ.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> "Təhsil haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanununu / <http://e-qanun.az> (Закон Азербайджанской Республики «Об образовании»)

<sup>7</sup> <http://www.mlsp.gov.az>

<sup>8</sup> Azərbaycan Respublikası Prezidentinin 29 dekabr 2012-ci il tarixli Fərmanı ilə təsdiq edilmiş "Azərbaycan 2020: Gələcəyə Baxış İnkışaf Konsepsiyası" / <http://e-qanun.az> (Утвержденный указом Президента Азербайджанской Республики от 29 декабря 2012 года «Концепция развития Азербайджан 2020: Взгляд в Будущее»)

### **III. Содержание, особенности и принципы эксклюзивного образования как эффективного средства реализации образовательных прав инвалидов**

Один из важнейших вопросов в эффективном проведении мер, связанных с инвалидами, защитой их прав и полной интеграции во все сферы общественной жизни является организация инклюзивного образования, направленного на обеспечение образовательных прав инвалидов, в частности детей инвалидов (детей с ограниченными возможностями здоровья) в соответствии с нормами международного права.

Как известно, инклюзивное образование отражает в себе возможность для детей с особыми потребностями получать образование наравне с их ровесниками в общеобразовательных учреждениях. Программа инклюзивного образования создает возможность для детей с особыми потребностями реализовать свой потенциал. Данная система образования повышает уверенность в себе среди детей с особыми потребностями и делает их равноправными по отношению к другим нормальным детям.

Хотя закон «Об Образовании» и закон «Об Образовании Лиц с Ограниченными Возможностями Здоровья (Специальном Образовании)», принятых для обеспечения права на образование, отраженного в Конституции Азербайджанской Республики, не предусматривают прямой нормы об инклюзивном образовании, все же имеются определенные косвенные положения.

Несмотря на наличие соответствующих норм в законе Азербайджанской Республики «Об Образовании Лиц с Ограниченными Возможностями Здоровья (Специальном Образовании)» о специальном, домашнем и интегрированном типе образования, «инклюзивное образование» не внесено в список основных понятий. Закон Азербайджанской Республики «Об Образовании» не отражает ни одной нормы, регулирующей организацию инклюзивного образования. В то же время, закон Азербайджанской Республики «Об Образовании Лиц с Ограниченными Возможностями Здоровья (Специальном Образовании)» предусматривает «интегрированное образование» для обеспечения образования детям с ограниченными возможностями здоровья в общеобразовательных школах. Однако, интегрированное образование в образовательных учреждениях ограничивается лишь вовлечением детей с ограниченными возможностями здоровья в образование и их присутствием в школах, но не предусма-

тривает возможность получения образования наравне с другими детьми. Таким образом, интегрированное образование означает вовлечение детей с ограниченными возможностями здоровья в образование посредством специальных образовательных программ в специальных классах общеобразовательных школ. Но, независимо от существующих возможностей каждого ребенка, применение современных подходов инклюзивного образования в развитии потенциала детей и их приобщения к социальной среде может создать широкие возможности для усвоения навыков самостоятельной жизни. Данный подход должен охватывать различные этапы образования.

Развитие инклюзивного образования является одним из приоритетов образовательной политики многих стран мира. Нынешние реформы имеют целью адаптировать образование международным принципам и стандартам. Один из этих принципов подразумевает также более гуманное образование и соответствие стандартам прав человека. Согласно Всеобщей Декларации Прав Человека, государства имеют обязательством создавать равные условия получения образования для всех детей и интегрировать детей-инвалидов в общество. Отныне, еще одна цель образования заключается в стимулировании интеграции инвалидов в общества, а также ее превращении в реальность. Совместное проживание детей, получающих вместе образование, также и в обществе выступает в качестве основного принципа инклюзивного образования.

Инклюзивное образование, в основном, отличается четырьмя главными особенностями:

- обеспечение различных требований, охватывающих умственные и физические возможности и поиск оптимальных способов учета отличительных качеств;
- стимулирование разными методами творческого потенциала школьника и его навыков решения вопросов;
- обеспечение прав достижения определенных результатов, независимо от индивидуальных, социальных и этнических особенностей путем посещения школы, выражения своего мнения и участия в качественном образовательном процессе;
- оказание моральной поддержки школьникам с плохой успеваемостью, которые могут столкнуться с социальной изоляцией.<sup>9</sup>

Инклюзивное образование основывается на следующие восемь принципов:

<sup>9</sup> İnkülviz təhsil: təcürübə və qarşıda duran vəzifələr? V Beynəlxalq Elmi-praktiki konfransın məqalələr toplusu. Bakı: "Şərq-Qərb", («Инклюзивное образование: опыт стоящие задачи» сборник статей V международной научно-практической конференции. Баку: «Шерг-Герб»), 2011, стр. 624.

1. Ценность человека не измеряется его способностями и достижениями.
2. Каждый человек имеет способность чувствовать и думать.
3. Каждый человек имеет право на общение.
4. Все люди нуждаются друг в друге.
5. Настоящее образование может осуществляться только при реальных взаимных отношениях.
6. Все люди нуждаются в помощи и дружбе со своими ровесниками.
7. Развитие достижений всех учащихся измеряется не тем, что они не имеют делать, а тем, что они умеют.
8. Разнообразие развивает все качества человека.<sup>10</sup>

#### **IV. Ситуация, связанная с реализацией образовательных прав инвалидов в современное время**

По статистике ООН, в мире проживают более 650 миллионов инвалидов, которые составляют 15% мирового населения<sup>11</sup>. Фактически, если добавим также семей этих лиц к данной статистике, то получится, что примерно два миллиарда людей каждый день прямым или косвенным образом страдают от инвалидности. Обычно, инвалиды во многих странах мира проживают отдельно от общества и лишены возможности обеспечивать основные потребности жизни. Они или не имеют возможности, или же очень ограниченный шанс идти в школу, работать, жить в своих квартирах, создавать семью и растить своих детей, а также участвовать в общественной жизни. Будучи самым чувствительным слоем общества, нуждающимся в более сильной социальной защите, обеспечение прав инвалидов является одной из самых актуальных проблем не только одной страны или региона, но и всего мира.

Инвалиды составляют 5.5% всего населения Азербайджанской Республики. По данным Государственного Статистического Комитета АР, в Азербайджане проживают 506127, а 61.693 лиц из этого числа – дети-инвалиды, не достигшие 18 лет<sup>12</sup>.

Наряду с образованием детей с особыми потребностями, модель «инклюзивного образования» подразумевает их развитие и адаптацию к жизни. В то же время, данная модель охватывает детей из более широкой категории. То есть, здесь имеются в виду не только дети-инвалиды, а также сироты, дети, лишенные

родительской опеки, дети с трудным воспитанием, поведенческими проблемами, имеющие склонность к вредным привычкам, отстающие по успеваемости, а также дети с нарушенными правами и подверженными насилию.

Исследования показывают, что в данной области, опыт таких стран, как Канада, Дания, США, Великобритания, Германия, Норвегия, Нидерланды, Испания, Швеция, Италия, Исландия, Мальта, Индия и другие, представляет особое значение. Дети с особыми потребностями в образовательной системе этих стран обучаются вместе с здоровыми детьми в обычных школах и детских садах, вместе проводят свободное время и участвуют на разных мероприятиях. Такая форма организации образования спасает детей с особыми потребностями от изолирования в обществе и среди своих ровесников, способствует их интеграции, развитию и обеспечению их прав и обуславливает формирование уважительного и заботливого отношения здоровых детей к их ровесникам.<sup>13</sup>

Стоит также отметить, что, несмотря на создание совершенного законодательства в некоторых странах, в области инклюзивного образования не наблюдался серьезный прогресс. Например, в Индии, Германии и Бельгии наблюдается тенденция роста число детей в специальных образовательных учреждениях.

В результате проектов, реализуемых ЮНЕСКО в странах бывшего социалистического лагеря, таких как Словения, Хорватия, Македония, Румыния и Болгария, были достигнуты определенные успешные результаты. Также осуществляются проекты в сфере инклюзивного образования в бывших советских республиках – Прибалтика, Россия, Беларусь и Грузия.

«Программа развития по организации образования детей с особыми потребностями (с ограниченными возможностями здоровья) на 2005-2009-ый годы» была разработана министерством образования Азербайджанской Республики и утверждена решением кабинета министров Азербайджанской Республики от 3 февраля 2005-го года. Программа отражает в себе реализацию образовательного права детей с особыми потребностями, создание равных условий обучения для всех детей данной категории, обеспечение перехода к интегрированному (инклюзивному) обучению, создание одинаковых возможностей образования для всех детей в образовательных учреждениях, усиления социальной защиты детей, находящихся под государственной опекой, ведение учета детей с особыми потребностями из всех категорий согласно соответствующей классификации и их привлечение к образованию, адаптацию

<sup>10</sup> Azərbaycan təhsili: yaxın keçmişə, bu günə və gələcəyə bir baxış <http://www.muallim.edu.az/arxiv/2009/n30/ardi1.html> (Азербайджанское образование: взгляд в недавнее прошлое, настоящее и будущее)

<sup>11</sup> Кондратьева З.А. Пенсия по инвалидности // Социальное обеспечение, 2013, № 11, стр. 43-47

<sup>12</sup> [www.azerbaijan-news.az](http://www.azerbaijan-news.az); [www.azstat.org](http://www.azstat.org)

<sup>13</sup> <http://www.muallim.edu.az/arxiv/2009/n30/ardi1.html>

материально-технической и образовательной базы специальных учебных заведений современным стандартам и другие вопросы.

Деятельность Фонда Гейдара Алиева, оказавшего большую поддержку данной программе, стоит отметить особо, а работа, проводимая Президентом данного Фонда, посла доброй воли ЮНЕСКО и члена парламента Мехрибан Алиевой, незаменима. Так например, Фонд Гейдара Алиева ведет целенаправленную работу в организации образования детям с ограниченными возможностями здоровья, сиротам, детям, лишенным родительской опеки, а также детям, оставшимся без внимания общества. Фонда Гейдара Алиева укрепляет материально-техническую и образовательную базу учреждений, где эти дети обучаются, ремонтирует или обновляет школы-интернаты и специализированные учреждения для детей с ограниченными возможностями здоровья. Наряду с этим, данные учреждения обеспечены инвентарем и оборудованием, отвечающим современным требованиям.

В Азербайджане было осуществлено несколько проектов для реализации инклюзивного образования. На основе этих проектов, только 298 детей из 61.693 детей с ограниченными возможностями здоровья были привлечены к инклюзивному образованию<sup>14</sup>.

Решая психологически-педагогические проблемы детей с особыми потребностями, и с целью выполнения функции их интеграции в общество, стоит особо отметить деятельность Центра по Инклюзивному Образованию Азербайджанского Института Учителей (далее именуется как Центр), созданного в рамках проекта «Позитивные перемены в жизни инвалидов», реализованного гуманитарной организацией «World Vision International». На данный момент, этот проект успешно продолжается совместно с общественным объединением «Исследование Социальных Прав». Именно, благодаря правильной организации деятельности данного Центра, можно добиться усвоения международного опыта в области проблем инклюзивного образования, использования их результатов при условии адаптации к условиям нашей республики, повышения качества научно-исследовательских работ в этой сфере, а также их координации с современными методами обучения. В то же время, необходимо осведомлять общество о деятельности Центра и проблемах, связанных с детьми с ограниченными возможностями здоровья, проведении курсов, посвященных инклюзивному образованию, в школах республики, готовить научно-методические рекомендации, букле-

ты и книги для родителей детей с ограниченными возможностями здоровья и педагогических сотрудников, занимающихся их образованием, проводить лекции и семинары, связанные с инклюзивным образованием для выпускников, участвующих на курсах повышения квалификации, (а также учителей школ-интернатов, организованных для детей с ограниченными возможностями здоровья) и наконец, организовывать семинары и курсы об инклюзивном образовании в филиалах Азербайджанского Института Учителей.

Обеспечивая особые условия использования педагогически-психологических, медицинских, социальных и других услуг лиц данной категории, закон «Об Образовании (Специальном Образовании) Лиц с Ограниченными Возможностями Здоровья» регулирует вопросы, связанные с организацией их дошкольного, общего и профессионального образования. Согласно закону, общее, среднее профессиональное и высшее образование инвалидам и детям с ограниченными возможностями здоровья дается в образовательных учреждениях общего типа, и в случае необходимости, в специальных школах. Образование для детей с ограниченными возможностями здоровья, которые не умеют возможность учиться в общеобразовательных школах, организуется в домашних условиях по желанию родителей.<sup>15</sup> По нашему мнению, было бы целесообразным однозначно отразить в данном законе возможность для инвалидов и детей с ограниченными возможностями здоровья получать инклюзивное образование, т.е. образование наравне с другими лицами в общеобразовательных учреждениях.

## **V. Проблемы, существующие в области инклюзивного образования Азербайджана и пути их решения**

Имеются проблемы разного характера в новой для системы образования Азербайджана области инклюзивного образования, а также острые вопросы в правовом регулировании и конечно же, не исключается, что подобные случаи будут продолжаться и в будущем. Проблемы, существующие в области инклюзивного образования Азербайджана и пути их решения можно обобщить следующим образом:

Во-первых, отсутствие каких-либо норм, регулирующих организацию инклюзивного образования в законе Азербайджанской Республики «Об Образовании», а

<sup>14</sup> [http://www.cie.az/az/index.php?option=com\\_content&view=article&id=83&Itemid=294&lang=en](http://www.cie.az/az/index.php?option=com_content&view=article&id=83&Itemid=294&lang=en)

<sup>15</sup> «Sağlamlıq imkanları məhdud şəxslərin təhsili (xüsusi təhsil) haqqında» Azərbaycan Respublikasının Qanunu / <http://e-qanun.az> (Закон Азербайджанской Республики «Об образовании людей с ограниченными возможностями здоровья (специальное образование)»)

также, несмотря на соответствующие нормы, связанные с обеспечением специального, домашнего и интегрированного образования, в законе Азербайджанской Республики «Об Образовании (Специальном Образовании) Лиц с Ограниченными Возможностями Здоровья», не включение «инклюзивного образования» даже в список основных понятий, фактически, показывает, что данная проблема все еще не регулируется на законодательном уровне. Мы считаем, что было бы целесообразным однозначным образом отразить возможность инклюзивного образования для инвалидов, то есть получать образование наравне с другими лицами в общеобразовательных учреждениях в законах Азербайджанской Республики «Об Образовании» и «Об Образовании (Специальном Образовании) Лиц с Ограниченными Возможностями Здоровья», а также внести изменения в правила и механизма их привлечения в инклюзивное образование. Стоит отметить, что лист болезней, который дает возможность привлекать к инклюзивному образованию, все еще не определен и не отражен нормативно-правовым актом. В этом плане, имеется необходимость определения списка болезней, которые делают возможным и те, которые не дают возможности привлекать к инклюзивному образованию на законодательном уровне.

Во-вторых, отсутствие достаточного опыта и нехватка профессиональных кадров в области инклюзивного образования тормозят темп работы. В то же время, необходимый штат сотрудников – учителей, помощников учителей, воспитателей и их помощников – все еще недостаточный в образовательных учреждениях, реализующих проекты инклюзивного образования. Одна из особенностей инклюзивного образования заключается в том, что наряду с учителем и воспитателем в соответствующих классах и группах общеобразовательных школ и детских садов, должны также работать помощники учителей и воспитателей. Но, эти места не предусмотрены в штатном расписании и поэтому, каждый раз при осуществлении проектов, возникает необходимость получения дополнительных штатов в образовательных учреждениях. В международной практике, при применении инклюзивного образования в любом образовательном учреждении, оно имеет право немедленно создать дополнительное рабочее место, и такие вопросы учитываются в процессе планирования. В нашей республике, до сегодняшнего дня не проводилась профессиональная подготовка терапевта по развитию ребенка (эрготерапевта). В этом плане, необходимо начать подготовку квалифицированных кадров в области инклюзивного образования и укомплектовать образовательные учреждения, ре-

ализующие проекты инклюзивного образования, необходимыми штатами – учителями, помощниками учителей, воспитателями и их помощниками. В то же время, в нашей республике следует также готовить специалистов-терапевтов по развитию ребенка (эрготерапевтов).

В-третьих, несмотря на важную роль родителей в организации инклюзивного образования, все еще остается нерешенным вопрос их подготовки и осведомленности путем специальных курсов. С этой точки зрения, мы считаем, что специальные курсы должны быть организованы для родителей детей-инвалидов, и они должны быть осведомленными в этой области.

В-четвертых, хотя инклюзивное образование в Азербайджане применяется в ограниченной степени на дошкольном и общеобразовательном этапе, никакие проекты не реализуются в области организации такого образования в профессиональных технических училищах, средних профессиональных и высших образовательных учреждениях. По нашему мнению, необходимо применять опыт инклюзивного образования на всех уровнях образования, разрабатывать индивидуальные образовательные программы, принимая во внимание международный опыт и образовательные стандарты для детей, привлеченных в инклюзивное образование, а также организовывать такое образование на основе этих программ. Именно, за счет этих программ, можно реально обеспечивать возможность для детей-инвалидов получить качественное образование. В то же время, необходимо также применить новые правила, связанные с оценкой возможностей привлечения инвалидов к образованию.

В-пятых, организация разных услуг в сфере инклюзивного образования, а также создание групп, состоящих их логопеда, психолога, дефектолога и других специалистов и их направление в образовательные учреждения должны быть осуществлены. Считаем, что организация различных услуг в этой области, включая формирование групп, состоящих их логопедов, психологов, дефектологов и других специалистов и работа данных групп в образовательных учреждениях является необходимым.

В-шестых, ввиду того, что на данный момент не существуют механизм и правила вовлечения детей-инвалидов в образование, психологическая, медицинская и педагогическая комиссия при выражении своего мнения сталкивается с определенными трудностями. Так например, основным направлением деятельности данной комиссии на данном этапе является уяснение вопроса обеспечения образовательных возможностей для детей. По нашему мнению, для обеспечения обра-

звательных прав детей-инвалидов, комиссии следует детально оценивать их образовательные потребности и индивидуальный план развития, обеспечивающий комплексный подход для каждого ребенка, должен быть разработан. В силу этой причины, соответствующие изменения должны быть внесены в деятельность психологической, медицинской и педагогической комиссии.

В-седьмых, адаптация инфраструктуры образовательных учреждений потребностям инвалидов на всех этапах образования остается одной из основных проблем в этой области. Необходимо также обеспечить приемлемость инфраструктуры образовательных учреждений в качестве других инфраструктурных объектов.

В-восьмых, возможности инвалидов получать информацию не могут считаться удовлетворительными. С этой точки зрения, считается целесообразным создать банк данных по детям-инвалидам, привлеченных в инклюзивное образование. Одним из основных вопросов считается повышения уровня осведомленности населения об образовательных правах инвалидов.

В-девятых, возможности привлечения детей-инвалидов в образование непосредственно связаны с материальным положением их родителей и следовательно, соответствующие расходы родителей должны быть компенсированы. Самая распространенная форма оказания помощи таким семьям подразумевает назначение пособий семей с такими детьми. С этой целью, как в европейских странах, так и в государствах постсоветского пространства, семьям с детьми назначают многочисленные пособия. Например, в Республике Беларусь определены пособия по беременности и родам, рождению ребенка, оказание услуг ребенку-инвалиду, не достигшему 18 лет и т.д.<sup>16</sup> В этой стране, мать, которая присматривает за ребенком, не достигшим 3 лет, получает социальное пособие.<sup>17</sup> В Испании и Польше, выдается одноразовое пособие за рождение ребенка и ежемесячное пособие до того, как ребенку исполнится 3 года.<sup>18</sup> В Дании существует ежемесячная выплата родителям в течение всего периода их присмотра за ребенком-инвалидом и другие.<sup>19</sup> Хотя статья 36-ая закона Азербайджанской Республики «О Правах Ребенка» подразумевает специальное пособие лицам, присма-

тривающим за детьми с ограниченными возможностями здоровья до достижения 18 лет, такое пособие не определено до сих пор. Мы считаем целесообразным определение специального социального пособия в размере минимальной заработной платы по стране лицам, которые присматривают за детьми с ограниченными возможностями здоровья до достижения 18 лет.

Решение всех упомянутых вопросов требует комплексного подхода к данной проблеме и делает необходимым реализацию новых проектов и программ для привлечения детей-инвалидов в качественное образование (инклюзивное образование) наравне с другими детьми. Ввиду того, что инклюзивное образование считается приоритетом в национальной стратегии образования, министерство образования Азербайджанской Республики должно обеспечить более системное выполнение мер в указанном направлении и вовлекать в этот процесс институты гражданского общества, в основном неправительственных представителей, исходя из опыта зарубежных стран.

Таким образом, для полной реализации образовательных прав всех учащихся, включая детей с особыми потребностями, в образовательных учреждениях, применяющие инклюзивное образование, необходимо обеспечивать их равные права, делать образовательный процесс доступным для каждого ребенка, создавать равные возможности для их общения, рационально организовывать образовательный процесс, обеспечивать усвоение педагогическими работниками, вовлеченных в процесс, соответствующих навыков, принимать во внимание потребность каждого школьника в образовательных программах и гарантировать активное участие семей в деятельности образовательных учреждений. Только в этом случае, могут быть достигнуты реальные результаты в области инклюзивного образования в республике, а основной принцип инклюзивного образования «образование для каждого» будет реализован.

<sup>16</sup> Куренной А.М., Томашевский К.Л., Ярошенко О.Н. Трудовое право и право социального обеспечения в Беларуси, России и Украине (формирование и развитие). Минск., Дикта, 2011, стр. 105

<sup>17</sup> Постовалова Т.А. Курс права социального обеспечения Республики Беларусь. Минск:Тесей, 2008, стр. 292

<sup>18</sup> Пособия на ребенка в странах Европы. <http://www.domeuropa/e/womens/27-womens/67>

<sup>19</sup> Дания день за днем [http://www.IS-europa.dk/ru/Nyheder/Nyheder\\_ru/htm](http://www.IS-europa.dk/ru/Nyheder/Nyheder_ru/htm)

Серги Джорбенадзе<sup>1</sup>**II. Суть «MustCarry»****Регулирование на законодательном уровне института «MustCarry» как один из составных элементов демократического законодательства****I. Вступление**

*Настоящая работа касается осуществленных в 2012 и 2013 годах законодательных изменений, согласно которым в Избирательном кодексе Грузии и Законе Грузии «О вещании» утвердилось понятие так называемого «обязательного транзита» («MustCarry»).*<sup>2</sup>

*Указанные законодательные изменения были обусловлены сложившимся в стране политическим положением: с одной стороны, выборы Парламента Грузии 1 октября 2012 года несли огромную политическую нагрузку, и интерес к ним со стороны общества был весьма высок, а с другой стороны, на фоне данного интереса общество не могло следить за передачами всех телеведущих, поскольку несколько операторов кабельного телевидения не размещали сигналы эфира некоторых телеведущих.*

*Если обратиться к практике Европейского суда по правам человека, становится очевидно, что при наличии высокого общественного интереса к конкретному вопросу со стороны общества, возможность обнародования информации не должна ограничиваться государством.<sup>3</sup> Указанное условие можно считать предпосылкой для введения «обязательного транзита».*

*Регулирование правового института «обязательного транзита» на законодательном уровне изначально квалифицировалось как одна из попыток создания демократического законодательства. Настоящая работа касается именно вопроса правильности данного изменения, в заключительной же части работы внимание будет заострено на роли и последствиях внедрения данного института.*

«MustCarry» или так называемое «обязательство транзита» подразумевает размещение у кабельного оператора (средство для осуществления транзита вещания) сигнала телевидения. Необходимости в ведении данного транзита не было бы, если бы не существовало повышенного интереса общества к парламентским выборам 1 октября 2012 года. Об отмеченном факте свидетельствуют неоднократно высказывавшиеся мнения и оценки экспертов, связывающие внедрение данного института с предвыборным периодом.<sup>4</sup> По данному вопросу в Парламенте Грузии велась дискуссия,<sup>5</sup> выразившаяся в конечном итоге на первом этапе во внесенных в Органический закон Грузии «Избирательный кодекс» изменениях.<sup>6</sup>

Посредством «MustCarry» за 60 дней до выборов на каждого оператора кабельных сетей возлагалось обязательство безвозмездного размещения в пакете, предусмотренном для пользователя, сигнала общего телевидения. Подобное правовое регулирование иначе отразилось в изменениях, внесенных в Закон Грузии «О вещании» в июне 2013 года, согласно которым вещателю на постоянной основе предоставлена возможность требовать осуществления «обязательного транзита». «MustCarry» подразумевает только публичную передачу соответствующего сигнала средствами электронных медиа. Хотя среди видов средств массовой информации, различие между ними и средствами теле- и радиовещания весьма существенно, что прежде всего выражается в ареале распространения и возможности соответствующего восприятия населением<sup>7</sup>, что в современных условиях еще более усиливает роль теле-радио вещателей. Соответственно, путем введения «обязательного транзита» грузинскому населению была предоставлена возможность получать информацию по каждому важному и представляющему повышенный интерес вопросам эфира средств массовой информации, наиболее широко распространенных в Грузии и имеющих наиболее широкие границы вещания.

**1. Необходимость, вызванная выборами**

Необходимость осуществления «обязательного

<sup>1</sup> Докторант юридического факультета Тбилисского государственного университета, магистр права (МА) ТГУ, магистр права Государственного университета Бремена (LL.M.); приглашенный лектор ТГУ, приглашенный лектор университета Кавкассии, ассистент-профессор Учебного университета Восточной Европы; Старший Юрист, Адвокат, Rödl & Partner (Тбилиси, Грузия)

<sup>2</sup> Рассматриваемый правовой институт в настоящей работе упоминается как «MustCarry» или/и «обязательный транзит».

<sup>3</sup> См. дело: *Lingens v. Austria* \_ #9815/82 \_ 08.07.1986.

<sup>4</sup> См. например: <<http://www.civil.ge/eng/article.php?id=24940>> [14.01.2014].

<sup>5</sup> Информацию о парламентской дискуссии см. например: <<http://transparency.ge/en/node/2138>> [14.01.2014].

<sup>6</sup> См. <<http://civil.ge/geo/article.php?id=25652>> [14.01.2014] \_ Пункт 17 статьи 50 Избирательного кодекса Грузии.

<sup>7</sup> *Jarass H. D., Pieroth B.*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, Art. 5, Rn. 36.

транзита» была обусловлена нестабильным положением в сфере масс-медиа, в результате чего население Грузии не могло принимать сигнал эфира некоторых конкретных телеведущих. Указанный факт неоднократно опротестовывался населением Грузии, в результате чего законодательному органу было предъявлено требование ускорить правовое регулирование, характерное для демократического режима.<sup>8</sup>

Ареал действия телевидения определяется установлением для вещателя пределов вещания, определенных законом. Подобная свобода выражается также в свободе выбора программ, согласно которой вещатель имеет возможность выбирать, что именно выпустить в эфир.<sup>9</sup> Программа вещания и соответственно передачи в большинстве случаев носят тематический характер, который проистекает из реальности, сложившейся в результате происходящих в стране событий. Самым важным событием 2012 года в Грузии были парламентские выборы.

Вообще, свободные и справедливые выборы являются важнейшей предпосылкой демократического развития.<sup>10</sup> Избирательное законодательство и его соблюдение в период выборов являются своеобразным средством для оценки действующей в стране демократии.<sup>11</sup> Соответственно, интерес общества к выборам весьма высок. Указанный интерес в наибольшей степени проявился в ходе выборов Парламента Грузии, назначенных на 1 октября 2012 года, когда в предвыборный период обществу требовался доступ к информации о действиях, предпринимаемых каждым субъектом пассивного избирательного права. На основании сказанного у членов общества возникала свобода выбора, посредством какого именно вещателя получать информацию по конкретным вопросам, что давало возможность осуществления свободы выражения и информации.<sup>12</sup>

При отсутствии такой возможности в стране невозможно сформировать гражданское общество. Граж-

данское общество не может состояться без возможности саморазвития,<sup>13</sup> саморазвитие же должно найти отражение в реализации основных прав.

Демократия подразумевает не только объективное проведение выборов. Она основывается на факторе осуществления соответствующих действий средствами масс-медиа. Если, например телевизионный вещатель передает в информационном выпуске информацию конкретного вида, а она не будет доступна каждому гражданину, суть демократичности пропадает вместе с отсутствием информации.

## 2. Роль «MustCarry» с точки зрения создания демократического законодательства

Проведение выборов в государствах с демократическим режимом зависит от соответствующих действий со стороны государства. Государство не должно устанавливать неразумные ограничения в отношении лиц-субъектов как пассивного, так и активного избирательного права.<sup>14</sup> Государство, наоборот, обязано создавать все условия для демократического проведения выборов. В свою очередь, для соблюдения этого условия необходимо наличие медиа-пространства с высокой степенью объективности, что невозможно без демократического законодательства в областимедиа-права. Исходя их отмеченного, важно в первую очередь определить роль средств масс-медиа в разрезе осуществления демократии.

а. Свободная деятельность средств масс-медиа как предпосылка реализации демократии.

Свобода масс-медиа является правом граждан контролировать сложившуюся в стране ситуацию.<sup>15</sup> Масс-медиа считается четвертой ветвью власти, формирование которой в таком виде возможно только при отсутствии цензуры.<sup>16</sup> Исходя из отмеченного, необходимо, чтобы нормы права принимались в стране без какой-либо политической подоплеки, что превращает деятельность средств масс-медиа в одну из основных

<sup>8</sup> См., например: <<http://dfwatch.net/must-carry-law-goes-into-force-in-georgia-43465>> [14.01.2014].

<sup>9</sup> Сост. *Wendt R., Münch/Kunig* (Hrsg.) *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000, Art. 5 Rn. 46.

<sup>10</sup> Т. Тугуши, Г. Бурджанадзе, Г. Мивениерадзе, Г. Гоциридзе, В. Менабде «Права человека и практика конституционного судопроизводства в Грузии (Судебная практика 1996-2012 годов)» - Совместный проект Конституционного Суда Грузии, Народного Защитника Грузии и Ассоциации молодых юристов Грузии. Издательство «Сезани», Тбилиси, 2013, с. 382 (на груз. яз.).

<sup>11</sup> Д. Гегенава, Б. Кантария, Л. Цанава, Т. Тевзадзе, З. Мачарадзе, П. Джавахишвили, Т. Эрквания, Т. Папиашвили «Конституционное право Грузии. Учебник», издательство Института права Давида Батонишвили, Тбилиси, 2013, с. 162 (на груз. яз.).

<sup>12</sup> Решение Конституционного Суда Грузии от 10 ноября 2009 года №1/3/421/422 по делу «Граждане Грузии Автандил Унгиадзе и Георгий Кипиани против Парламента Грузии».

<sup>13</sup> *lobJaniZeg., adamianisufflebaTasamarTali, gamomcemloba `sagamomcemlosaxliinovacia~*, Tbilisi, 2005, 239 (Лобжанидзе Г., Право о правах человека, издательство «Издательский дом «Инновация», Тбилиси, 2005, 239).

<sup>14</sup> Сравн. Решение Конституционного Суда Грузии от 24 января 2005 года №1/1/257,268 по делу «Граждане Грузии Гурам Санадзе и Ираклий Котетишвили против Парламента Грузии».

<sup>15</sup> Сравн. «Свободапрессы» *Löffler M., Ricker R.*, *Handbuch des Presserechts*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000, 38.

<sup>16</sup> იბ. მისჯღოოოოო, см., например: <http://gip.ge/blog/%E1%83%9B%E1%83%94%E1%83%93%E1%83%98%E1%83%90-%E1%83%93%E1%83%90-%E1%83%9E%E1%83%9D%E1%83%9A%E1%83%98%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%99%E1%83%90/> [14.01.2014].

предпосылок реализации демократического режима в полной мере.

б. Роль «*MustCarry*» в реализации демократичности

Осуществление вещания является предоставлением населению возможности получать желательную информацию, основанной на конкретных фактах. Желательная информация напрямую связана с объективной информацией и предоставление которой должно осуществляться в пределах т.н. «свободной программы». Подобным обязательством защищены как общественные, так и частные средства вещания.<sup>17</sup>

На основании «*MustCarry*» население само принимает решение, исходя из собственных соображений, за эфиром какого именно средства вещания ему следить и какое из них по его мнению осуществляет свою деятельность без вмешательства третьих лиц. Тем самым на порядок поднимается качество демократии, и у каждого лица создается ощущение, что оно само оценивает качество деятельности вещателя.

в. Негативные последствия «информационного вакуума»

«Обязательный транзит» является своеобразной возможностью предоставления каждому гражданину свободы выбора. В иных случаях налицо были бы все условия, способствующие формированию «информационного вакуума», в результате чего население получало бы информацию по интересующим его вопросам только на основании решения властей или лиц, владеющих средствами масс-медиа.<sup>18</sup>

Термин «информационный вакуум» был выбран на основе соображений, высказанных в практике Конституционного Суда Грузии и грузинской юридической литературе. В качестве примера можно привести решение Конституционного Суда Грузии от 26 октября 2007 №2/2-389 года по делу «Майя Натадзе и другие против Парламента Грузии и Президента Грузии», в котором говорится об обязательстве государства, не

устанавливать для вещания т.н. «информационные фильтры». Если государство само пожелает определять, что именно должно передаваться вещателем, налицо будет попытка создания для населения неравных условий, на основании которых оно будет лишено возможности свободного выбора, и независимо от собственной воли население будет получать только ту информацию, которую решит предоставить ему государство. «*MustCarry*» - наилучшее средство, чтобы исключить подобную возможность.

В таком случае у кабельного оператора будут размещены как т.н. «оппозиционные» так и «властные средства вещания»,<sup>19</sup> в результате чего населению будет предоставлена возможность смотреть передачи конкретных телевизионных средств вещания по своему усмотрению.

г. Промежуточные заключения

Свобода масс-медиа и в том числе частная автономия масс-медиа носит специфический характер и отличается от частной автономии, предоставляемой другим лицам.<sup>20</sup> В качестве критерия свободы масс-медиа может рассматриваться ее деятельность, в соответствии с которой будут определяться конкретные критерии ее работы,<sup>21</sup> на основании которых масс-медиа сама будет решать, какую деятельность осуществлять и информацию какого вида предоставлять населению.<sup>22</sup>

Государство должно способствовать обеспечению независимости средств масс-медиа в сфере политической, социальной или культурной ориентации.<sup>23</sup> Главная возможность обеспечения данной независимости прежде всего выражается в принятии закона, которым обязательно должны предусматриваться основные конституционные права и возможность их реализации. Введение «обязательного транзита» обуславливалось

<sup>17</sup> Сравни. *Kannengiesser* in GG Kommentar zum Grundgesetz, Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, 11. Auflage, CarlHeymannsVerlag, Köln, München, 2008, Art. 5, Rn. 16.

<sup>18</sup> В качестве примера можно рассмотреть случай в Северной Корее: во время чемпионата мира по футболу 2010 года сборная Северной Кореи проиграла сборной Бразилии со счетом 1:2. В Северной Корее указанный факт освещали иначе. В частности, в стране передали информацию, согласно которой было заявлено, что корейская национальная сборная одержала победу над сборной Бразилии со счетом 1:0. Соответственно из видеозаписи, переданной в телеэфир после окончания матча, были вырезаны кадры, на которых были запечатлены голы, забитые национальной сборной Бразилии (ix. <http://www.youtube.com/watch?v=O-s1WhYOWs> [14.01.2014]). Подобный факт является примером вмешательства в деятельность средств масс-медиа, что в свою очередь представляет собой фактор, препятствующий развитию демократического режима.

<sup>19</sup> Подобная дифференциация характерна преимущественно для постсоветских стран. Разумеется, подобное разделение не регулируется на правовом уровне, но если рассмотреть практику других стран, в большинстве случаев телевизионные вещатели выступают проводниками интересов объединений конкретных лиц. По данному вопросу можно ознакомиться с работой «Медиа и выборы. Учебник. Перевод на грузинский язык» Издание Грузинского информационного бюро Совета Европы, издательство «Регтайми», Тбилиси, 2003. В работе автор в основном заостряет внимание на событиях, развивающихся в постсоветском пространстве в предвыборный период, и отмечает, что, например, в случае отсутствия политической рекламы в телевизионных передачах косвенно тем не менее может передаваться информация, которая будет иметь по своей сути политическое содержание.

<sup>20</sup> BverfG, 1 BvF 1/91 vom 11.11.1997, Absatz-Nr. 54.

<sup>21</sup> Ср. Джорбенадзе С., Размещение рекламы в средстве телевещания, издательство Института права Давида Батонишвили, Тбилиси, 2013, с. 36 (на груз. яз.).

<sup>22</sup> BverfG, 1 BvR 411/00 vom 14.12.2004, Absatz-Nr. 37.

<sup>23</sup> Саванели Б., Права человека. Учебник, издательство «Меридиани», Тбилиси, 2001, с. 258 (на груз. яз.).

именно целью предотвращения негативных последствий, характерных для недостатка информации в стране. Главная суть и значение демократического общества находят выражение в публичности деятельности, осуществляемой масс-медиа. Целью государства является содействие осуществлению именно таких действий.

Государство должно принимать законы, способствующие осуществлению масс-медиа своей деятельности. Если населению не будет предоставлена возможность получать информацию, освещающую масс-медиа, ее функционирование в стране вообще утрачивает всякий смысл. Бессмысленно передавать телеэфир любые информационные выпуски, ток-шоу или дебаты общественно-политического характера, если население будет лишено возможности ознакомиться с ними.

Исходя из этого соображения, внесение изменения в закон в пользу «обязательного транзита» представляло собой важный законодательный шаг.

### III. Обеспечение свободы выражения и информации на основе «MustCarry»

Свобода выражения мнения есть у всех средств масс-медиа, независимо от того, в какой форме они зарегистрированы.<sup>24</sup> Свобода выражения является правом человека, которое дает ему возможность сформировать свое мнение для широкой публикации.<sup>25</sup> Возможность распространения мнения находится в прямой связи с существованием свободной прессы (масс-медиа), что в свою очередь является гарантом существования свободной информации.<sup>26</sup> В качестве примера приведем свободу информации: она заключается как в распространении информации, так и в доведении конкретной информации до сведения любого лица, однако предание данной информации огласке и ознакомление с ней невозможны, если государство не позаботится о защите указанного конституционного права.

Вышеупомянутое соображение не указывает на абсолютный характер свободы информации и выражения. В некоторых случаях возможность получения информации может ограничиваться непосредственно правоохранительными органами. Например, если данная информация является специально защищенной,<sup>27</sup>

либо когда в стране объявлено чрезвычайное положение, или в других случаях.<sup>28</sup> Указанные обстоятельства также предусматривают ограничение средств масс-медиа, как и ограничение распространения информации.<sup>29</sup> Иначе говоря, в результате ограничения основных прав ограничивается и деятельность средств масс-медиа. Сказанное не может носить абсолютный характер, и в ряде случаев такие ограничения должны предусматриваться законом.

Насколько будет защищено в правовом отношении справедливое ограничение свободы выражения и информации при наличии «MustCarry»? Вообще, ограничение прав на основании закона предоставляет большие гарантии для их разумного, необходимого и целевого ограничения.<sup>30</sup>

Деятельность средств масс-медиа является формой свободы выражения мнения, что в некоторых случаях может проявляться в форме вмешательства государства в ее реализацию.<sup>31</sup> В случае с «MustCarry» подобное вмешательство оправдывается постольку, поскольку население представляет собой главный объект, на который обращен ареал действия закона и соблюдение интересов которого необходимо для функционирования свободного (и при этом демократического) общества.

Деятельность электронной масс-медиа подразумевает использование физическими и юридическими лицами права на свободу выражения и информации.<sup>32</sup> С этой точки зрения «MustCarry» можно считать гарантом защиты прав населения (то есть пользователей средств масс-медиа). При наличии такого института с одной стороны - налицо защищенное благо как право неопределенного числа людей получать информацию прямо пропорционально собственной воле, и с другой стороны - ограничение права транзитора вещания служит обеспечению именно этого блага.

Правовые рамки ограничения основных прав должны служить именно обеспечению данного защищаемого блага,<sup>33</sup> которое в каждом конкретном случае должно быть аргументом, оправдывающим ограничение.

<sup>24</sup> Сравни. *WendtR., Münch/Kunig (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Verlag C. H. Beck, München, 2000, Art. 5 Rn. 44.*

<sup>25</sup> Сравни. *BverfG, 1 BvR 901/11 vom 25.10.2012, Absatz-Nr. 19.*

<sup>26</sup> Зондзе Б., «Комментарии к Конституции Грузии. Глава вторая. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека», издательство «Петити», GIZ, Тбилиси, 2013, статья 24, с. 264 (на груз. яз.).

<sup>27</sup> *BverfG, 1 BvR 1215/07 vom 24.4.2013, Absatz-Nr. 44.*

<sup>28</sup> Ср. Джорбенадзе С., Комментарии к Конституции Грузии. Глава вторая. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека, издательство «Петити», GIZ, Тбилиси, 2013, статья 23, с. 247 (на груз. яз.).

<sup>29</sup> *BverfG, 1 BvR 654/09 vom 3.4.2009, Absatz-Nr. 21.*

<sup>30</sup> Зондзе Б., Комментарии к Конституции Грузии. Глава вторая. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека, издательство «Петити», GIZ, Тбилиси, 2013, статья 24, с. 268 (на груз. яз.).

<sup>31</sup> Алпаидзе Т., Медиа-право, издательство «Полигард Тбилиси», Тбилиси, 2008, с. 102 (на груз. яз.).

<sup>32</sup> См. К. Кублашвили, Основные права, издательство «Джи-си-ай», Тбилиси, 2010, с. 262 (на груз. яз.).

<sup>33</sup> См. решение Конституционного Суда Грузии от 11 апреля 2012 года # 1/1/468 по делу «Народный Защитник Грузии против Парламента Грузии».

«MustCarry» не подразумевает обязательство осуществления действий, результатом которых станет вмешательство государства в права телевизионных вещателей и транзиторов вещания. При наличии подобного вмешательства будет иметь место посягательство на конституционное право, выразившееся в его ущемлении.<sup>34</sup>

Государство обязано признавать основные права человека,<sup>35</sup> однако оно не обязано возводить их в абсолютную степень. Согласно статье 24 Конституции Грузии не допускается цензура средств масс-медиа. MustCarry не может толковаться с такой точки зрения. Ограничение права отличается от установления цензуры, что находит отражение в нескольких аспектах:<sup>36</sup> а) ограничение права осуществляется путем принятия правового акта; б) ограничение носит окончательный характер; в) ограничение должно быть конституционно оправданно; г) должен быть соблюден принцип соразмерности. В случае с «MustCarry», налицо соблюдение каждого из вышеперечисленных условий, поскольку вмешательство в основное право человека в демократическом обществе обуславливается необходимостью вмешательства, при которой следует оценить пределы соразмерности вмешательства.<sup>37</sup> Следует также заострить внимание на легитимной цели ограничения права, что станет единственным обоснованным основанием вмешательства в случае вмешательства в право.<sup>38</sup>

Говоря о свободе выражения и информации, следует подчеркнуть вопрос создания равной конкуренции – правовой институт, регулируемый пунктом 2 статьи 30 Конституции Грузии. Любой предприниматель вправе осуществлять на рынке любые незапрещенные законодательством действия и выявлять прибыльность собственного продукта по сравнению с продуктами других предпринимателей в условиях свободной конкуренции.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Кублашвили К. (авторский коллектив), Комментарии к Конституции Грузии. Основные права и свободы человека, статья 24, издательство «Меридиани», Тбилиси, 2005, с. 212 (на груз. яз.).

<sup>35</sup> Зоидзе Б., Принцип сохранения сути основных прав, журнал по праву «Обзор конституционного права» №5, Конституционный Суд Грузии, Багуми, апрель 2012 года, с. 139 (на груз. яз.).

<sup>36</sup> Указанная классификация построена на основе следующей работы: Изория Л., Ограничение прав человека и принцип соразмерности, защита прав человека в национальном и международном праве. Сборник статей под редакцией К. Коркелия, Ассоциация молодых юристов Грузии, Тбилиси, 2002, с. 47 (на груз. яз.).

<sup>37</sup> Зоидзе Б., Комментарии к Конституции Грузии, Глава вторая. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека, издательство «Петити», GIZ, Тбилиси, 2013, статья 24, с. 268 (на груз. яз.).

<sup>38</sup> Еремидзе К., Сбалансирование интересов в демократическом обществе, GIZ, 2013, с. 27 (на груз. яз.).

<sup>39</sup> Решение Конституционного Суда Грузии от 19 декабря 2008 года № 1/2/411 по делу «ООО «Русэнергосервис», ООО «Патара Кахи», АО «Горгота», индивидуальное предприятие Гиви Абалаки «Фермеры» и ООО «Энергия» против Парламента Грузии и Министерства энергетики Грузии».

При осуществлении обязательного транзита условия равной конкуренции могут еще увеличиться. Приведем в пример двух частых вещателей Грузии: телекомпанию «Рустави 2» и телекомпанию «Имеди».

Для примера также определим, что одной из телекомпаний передается в эфир телешоу, которое интересует многих зрителей, что в свою очередь указывает на высокий рейтинг данной компании и, соответственно, ее высокую коммерческую прибыль. Если населению не будет предоставлена возможность принимать телевизионный сигнал второй компании, нарушатся условия равной конкуренции, поскольку последняя просто не будет иметь возможности создавать телевизионный продукт, с которым она сможет производить передачи более рейтинговые, чем у других телевещателей.

Отмеченное в свою очередь находится в прямой связи с возможностью реализации свободы информации. Если обратиться к статье 41 Конституции, в ней содержится указание на обязательство государства, связанное с выдачей информации в публичных учреждениях.<sup>40</sup>

Отмеченное подразумевает ограничение государства обязательством опубликования информации, что со своей стороны означает своеобразный контроль населения за осуществляемой государством деятельностью. Круг субъектов, определенных статьей 41 Конституции Грузии, ограничивается гражданами,<sup>41</sup> и юридическими лицами в том числе.

Если государство не выдает информацию,<sup>42</sup> его невозможно контролировать. Третьему лицу не будет известно, какие действие предпримет государство. В этой связи можно провести параллель с деятельностью вещателя: если он не передал информацию в телеэфир, невозможно узнать, какие события происходят в стране. Невозможно также будет выяснить, насколько добросовестно действует публичное учреждение вообще. Например, у лица может возникнуть желание получить публичную информацию после того, как оно узнает из телеэфира об осуществлении определенных действий административным органом. Если у гражданина нет возможности смотреть новости, у него и не возникнет желания реализовать свое конституционное право. «MustCarry»

<sup>40</sup> См. С.Джорбенадзе «Свобода информации. Путеводитель», IDFI, Тбилиси, 2012, 6 и следующая (на груз. яз.).

<sup>41</sup> Кантария Б., Комментарии к Конституции Грузии. Глава вторая. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека, издательство «Петити», GIZ, Тбилиси, 2013, статья 41, с. 500 (на груз. яз.).

<sup>42</sup> По поводу выдачи публичной информации см. Джорбенадзе С., Выдача публичной информации в Грузии, «Правовой журнал», №2, 2012, ТГУ, Издательство Тбилисского государственного университета, Тбилиси, 2013, сс. 184-195 (на груз. яз.).

является законной предпосылкой предоставления именно такой возможности.

В случае реализации свободы информации и выражения, налицо не только реализация двух этих прав, но также и реализация других конституционных прав, например, свободы слова. Защита свободы слова, пользование этим правом в повседневной жизни станет невозможным, если в государстве не будет обеспечиваться такая защита прав, которая подразумевает выражение собственного мнения и при желании передачу информации третьим лицам. Свобода слова – неотъемлемая часть демократического общества.<sup>43</sup> Если данное право не будет обеспечено правовыми основаниями, предусмотренными Конституцией, не может идти речь о существовании демократического законодательства в стране.

#### IV. Проблема правового регулирования «MustCarry»

Регулирование «MustCarry» на правовом уровне не подразумевает окончательного решения проблемы. Указанный институт в определенном смысле двусмысленно регулируется действующим законодательством Грузии. «MustCarry» является обязательством авторизованного на транзит вещания лица размещать сигнал вещателя в пакете, предложенном пользователю.<sup>44</sup> Со своей стороны, авторизованное на транзит вещания лицо является авторизованным лицом на основании Закона Грузии «Об электронных коммуникациях», что определяет его обязанности, преимущественно исходя из данного закона.

Согласно действующему сегодня законодательству, «MustCarry» регулируется Избирательным кодексом Грузии и Законом Грузии «О вещании». С точки зрения регулирования на законодательном уровне рассмотрение «обязательного транзита» в Избирательном кодексе Грузии может считаться не столь проблематичным, как внесение данного института в Закон Грузии «О вещании», поскольку Избирательный кодекс Грузии с одной стороны является органическим законом, который согласно Закону Грузии «О нормативных актах» иерархически стоит выше Закона Грузии «Об электронных коммуникациях», а с другой стороны, предусмотренный Кодексом «Обязательный транзит»

касается только периода выборов.<sup>45</sup> В этом плане абсолютно иная ситуация сложилась в связи с изменениями в Закон Грузии «О вещании». На основании статьи 40<sup>1</sup> данного закона установлены полномочия вещателей с точки зрения предъявления соответствующего требования об осуществлении «обязательного транзита» транзиторами вещания. Указанное полномочие также подразумевает автоматическое возложение на транзитора соответствующих обязанностей. В результате, если правовые аспекты вещания регулируются Законом Грузии «Об электронных коммуникациях», то Законом Грузии «О вещании», стоящим на той же ступени в иерархии нормативных актов, не должны определяться правовые рамки данного действия. Тем более, что данной нормой не предусматривается установление конкретного периода (как, например, в Избирательном кодексе указывается только период предвыборной кампании).

Позицию по данному вопросу зафиксировала Национальная комиссия по вещанию Грузии, являющаяся регулирующим органом в сфере телевизионного вещания.<sup>46</sup> Согласно позиции Комиссии, в результате указанных законодательных изменений могла возникнуть коллизия, которая могла выразиться в вопросе установления санкций за нарушение соответствующего закона.<sup>47</sup>

Вторым проблемным вопросом в связи с «MustCarry» является дифференциация вещателей. В частности, согласно Избирательному Кодексу Грузии и Закону Грузии «О вещании» право требования размещения сигнала телевизионного вещания у кабельного оператора помимо общественного вещателя имеют также общие лицензированные вещатели, соответствующие предусмотренным законом требованиям. Согласно Закону Грузии «О вещании» прохождение авторизации на основании этого закона является предпосылкой деятельности кабельных вещателей. Иными словами, на вещателя не возлагается обязательство прохождения процедуры лицензирования для транзита вещания<sup>48</sup>. Если при осуществлении транзита вещания

<sup>43</sup> Решение Конституционного Суда Грузии от 5 ноября 2002 года № 2/2/180-183 по делу «Ассоциация молодых юристов Грузии, Заал Ткешелашвили, Нино Ткешелашвили, Майя Шарикадзе, Нино Басишвили, Вера Басишвили и Лела Гурашвили против Парламента Грузии».

<sup>44</sup> Круг вещателей, на которых распространяется обязательство транзитора вещания, определяется как Избирательным кодексом Грузии, так и Законом Грузии «О вещании».

<sup>45</sup> См. пункт 17 статьи 51 Избирательного кодекса Грузии, а также цели данного кодекса (статья 1).

<sup>46</sup> <[http://www.gncc.ge/files/110\\_114136\\_979485\\_pressrelease%20GNCC.pdf](http://www.gncc.ge/files/110_114136_979485_pressrelease%20GNCC.pdf)> [14.01.2014].2013

<sup>47</sup> По данному вопросу см.: Джорбенадзе С., Размещение рекламы у телевещателя, издательство института права Давида Батонишвили, Тбилиси, 2013, с. 44 (на груз. яз.)

<sup>48</sup> Указанный порядок изменился в 2012 году, правовым основанием изменений стало решение Конституционного Суда Грузии от 11 апреля 2012 года №1/1/468 по делу «Народный Защитник Грузии против Парламента Грузии». Данным решением было определено, что для кабельного вещателя не было необходимо получение лицензии. Соответственно, был определен новый, упрощенный способ, получивший на основании Закона Грузии «О вещании» название «авторизация».

для размещения в пакете кабельного оператора законом предусматривается прохождение авторизации, на каких правовых основаниях лицензированные могут выдвигать требование размещения собственного сигнала общие вещатели в случае обязательного транзита?

Возникает вопрос, не имеет ли в этом случае место ограничение свободы выражения вещателей, являющихся только авторизованными вещателями? Исходя из статьи 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, государство не обязано выдавать лицензию на вещание на основании принципа свободы выражения всем желающим. Конвенцией не предусматривается гарантия получения лицензии на вещание,<sup>49</sup> поскольку лицензирование помимо правовых норм может основываться также на других факторах, например: техническая исправность,<sup>50</sup> исчерпание ресурсов,<sup>51</sup> либо невозможность выдачи лицензии по иным причинам. Ограничение свободы выражения, основанное на данных соображениях, осуществляется в пределах законности, однако в ходе правового регулирования предпосылок ограничения государство обязано основывать свои соображения на четко определенных критериях. В нормах, регулирующих «MustCarry», помимо лицензии на общее вещание, определяются также основные условия, которым должен соответствовать каждый вещатель в случае выдвигания соответствующего требования. Отмеченное условие касается средств масс-медиа, вещание которых доступно не менее чем 20% населения Грузии. Такими вещателями являются местные средства вещания. Согласно закону, размещение сигнала местного вещателя в пакете кабельного оператора может не носить обязательный характер, то есть на них не распространяется «обязательный транзит».

Согласно Закону Грузии «О вещании» местным является вещатель, осуществляющий покрытие собственным сигналом территории, предусмотренной лицензией. Если сигнал, исходя из условий лицензии, будет доступен 20% населения, у вещателя все равно не возникнет права требования размещения сигнала в пакете кабельного оператора.

Законом Грузии «О вещании» местные вещатели различаются от национальных вещателей, сигнал кото-

рых доступен 90% населения. Национальная комиссия коммуникаций разъясняет данный вопрос конкретно и отмечает, что дифференциация вещателей на местных и национальных возможна не в контексте статистических данных о том, какое число зрителей принимает сигнал вещателя, а на основании того аспекта, какое число граждан может при желании смотреть передачи данного вещателя.<sup>52</sup> Соответственно, вопрос о доступности телевизионного сигнала для 20% населения Грузии носит абсолютно непрактичный характер.

Третьей проблемой, которую следует рассмотреть в разрезе правовой природы «MustCarry» является вопрос: насколько защищена свобода выражения местных и специальных средств вещания в случае их игнорирования с точки зрения «обязательного транзита»? Как уже отмечалось выше, местные вещатели могут осуществлять вещание только на определенной лицензией территории, которая не должна покрывать всю территорию Грузии. Что же касается специализированных вещателей, их деятельность является вещанием такого вида, при которой осуществляется передача только программ определенной тематики и не происходит передачи новостей и общественно-политических ток-шоу<sup>53</sup>. Согласно закону «MustCarry» распространяется только на вещателей общего характера, т.е. передающих также новости (информационные выпуски) и общественно-политические ток-шоу.

Может ли подобное правовое регулирование считаться проявлением дискриминации специализированных вещателей? Для ответа на этот вопрос следует в первую очередь коснуться важности регулирования на правовом уровне института «MustCarry» и необходимости, вызвавшей принятие изменений в законодательство.

В настоящей работе уже отмечалось, что необходимость внесения «обязательного транзита» в законодательство обуславливалась периодичностью выборов. Ход избирательной кампании подразумевает распространение информации о деятельности избирательных субъектов. Возможность распространения подобной информации имеют только вещатели, в вещательной сетке которых предусмотрена передача общественно-политических ток-шоу и весьма актуальных в предвыборный период информационных выпусков (новостей). Как уже отмечалось выше, правомочием передачи в эфир информационных выпусков обладают только общие вещатели, соответственно специализи-

<sup>49</sup> Гоциридзе Э., Свобода выражения в конфликте ценностей согласно Европейской Конвенции и юрисдикции Страсбургского суда, издательство «Джи-си-ай», Тбилиси, 2008, с. 446 (на груз. яз.)

<sup>50</sup> См. дело: Informationsverein Lentia and others V. Austria \_ #13914/88; 15041/89; 13717/89; 17207/90 \_ 24.11.1993.

<sup>51</sup> Разъяснения Национальной комиссии по коммуникациям, касающиеся выдачи лицензий на эфирное вещание <[http://gncc.ge/index.php?lang\\_id=GEO&sec\\_id=110&info\\_id=113164](http://gncc.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=110&info_id=113164)>.

<sup>52</sup> См. Решение Национальной комиссии по коммуникациям Грузии от 11 апреля 2013 года №245/22

<sup>53</sup> Джорбендзе С., Размещение рекламы у телевещателя, издательство Института права Давида Батонишвили, Тбилиси, 2013, с. 58 (на груз. яз.).

рованные вещатели не смогут распространять информацию такого вида. Для проведения параллели можно сослаться на пункт 2 статьи 51 Избирательного Кодекса Грузии, согласно которому в предвыборный период в отношении общих вещателей могут быть установлены конкретные требования о передаче в эфир политических дебатов.

Если считать основанием для получения «MustCarry» предвыборный период и передачу населению информации конкретного вида в этот период, то тот факт, что специализированные вещатели не предусмотрены в «обязательном транзите», не следует считать нарушением их конституционных прав. Данный факт – случай ограничения свободы выражения специализированного вещателя в законных пределах, когда данное ограничение обуславливается необходимостью, основанной на общественном интересе.

В качестве подведения итогов данной главы можно сказать, что вмешательство в свободу выражения путем введения «обязательного транзита» осуществляется с абсолютным соблюдением принципа соразмерности. Ограничение находится в соответствии с законными целями, что является последствием необходимости вмешательства в демократическом обществе<sup>54</sup>. Свобода выражения в предвыборный период, исходя из ее сути, в большинстве случаев преимущественно связана с общественными интересами и политическими вопросами. Отмеченное же в свою очередь правомерно обосновывает возможность вмешательства со стороны государства.

## V. Заключение

Величайшей заслугой «MustCarry» как одного из правовых институтов, составляющих демократическое законодательство, является то, что в октябре 2012 года впервые произошла демократическая смена власти.<sup>55</sup> Несмотря на несколько законодательных пробелов, введение «обязательного транзита» сыграло важную роль в сфере грузинской масс-медиа. В качестве практического примера можно привести кадры записи попыток заключенных<sup>56</sup>, переданные в эфир телекомпа-

нии «Мецхре архи» 18 сентября 2012 года, сыгравшие переломную роль в смене действовавшей в тот период власти и окончательном формировании воли избирателей.<sup>57</sup>

Если бы институт «MustCarry» не был урегулирован на законодательном уровне, населению не представилась бы возможность увидеть эти кадры, поскольку было бы невозможно принять сигнал телекомпании «Мецхре архи» никакими иными средствами, кроме как посредством одного кабельного оператора.<sup>58</sup> Тот факт, что до 2012 года деятельность средств массовой информации и журналистов не была свободна, подтверждается исследованием, подготовленным американским ученым, издавшим книгу о вопросах демократического развития в Грузии после обретения независимости, в которой наряду с другими важными событиями заостряется также внимание на этих фактах.<sup>59</sup> Именно этот факт указывает на большое практическое значение «MustCarry» и удостоверяет окончательные результаты действия рассматриваемого правового института.

Роль «обязательного транзита» оказалась весьма важной в медиа-пространстве Грузии и при этом, в медиа-праве. Изменения, предусмотренные законом, способствовали возможности предоставления населению выбора конкретного вещателя, передающего информацию. Населению дана возможность, самому делать оценку объективности того или иного вещателя из всех существующих.

<sup>54</sup> Гоциридзе Э., Свобода выражения в конфликте ценностей согласно Европейской Конвенции и юрисдикции Страсбургского суда, издательство «Джи-си-ай», Тбилиси, 2008, с. 209 (на груз. яз.).

<sup>55</sup> Здесь необходимо подчеркнуть различие между сменой власти путем выборов и сменой власти путем революции. После 90-х годов XX века, то есть после отделения Грузии от Советского Союза, это был первый случай, когда в результате выборов решился вопрос замены одной политической команды другой командой.

<sup>56</sup> См. <<http://www.youtube.com/watch?v=Zl0ChBqHqus>> [14.01.2014]; Примечание: просмотр данных кадров запрещен лицам, не достигшим 18 лет.

<sup>57</sup> После передачи указанных кадров в Грузии начались массовые акции протеста. Смотрите, например, один из сюжетов, также переданных в эфир телекомпании «Мецхре архи». <<http://www.youtube.com/watch?v=V4-eNPtfgGE>> [14.01.2014].

<sup>58</sup> Указанным кабельным оператором была компания «Глобал Ти-ви» <[www.globaltv.ge](http://www.globaltv.ge)>.

<sup>59</sup> См. Джонс С., Грузия, политическая история после объявления независимости, перевод на грузинский язык – Хатуна Чхеидзе, Центр социальных наук, Тбилиси, 2013, 157 и следующие (на груз. яз.).

Симон Такашвили<sup>1</sup>

*Собственность – порождение правового порядка, а не воли законодателя.*

Бессарион Зоидзе

## Презумпция достоверности и полноты записи публичного реестра – демократическое законодательство или пробел в законодательстве?!

### I. Вступление

С развитием современных гражданско-правовых отношений все большую актуальность приобретает вопрос законодательного регулирования защиты права собственности. С этой точки зрения особенно интересны и важны материально-правовые основы возникновения имущественных (вещных) прав на недвижимость. Возникновение имущественных прав на недвижимость происходит посредством государственного регистрирующего органа – публичного реестра, что порождает определенные проблемы с практической точки зрения.

Целью настоящей статьи является представление роли публичного реестра в регистрации имущественных прав и в особенности права собственности на недвижимость, а также значения реестра в контексте демократического законодательства. В последнее время на фоне развития гражданского оборота и процесса формирования демократического законодательства весьма актуален вопрос нецелесообразности презумпции достоверности, действующей в отношении записи в публичном реестре. Указанное обстоятельство также подтверждается тем, что в Конституционном Суде Грузии в настоящее время рассматривается вопрос конституционности статей 185 и 312 Гражданского кодекса Грузии. Исходя из указанного, важнейшей целью статьи является рассмотрение вопросов целесообразности презумпции достоверности, полноты записи в публичном реестре и ответственности публичного реестра. По своему содержанию статья помимо теоретического материала построена на тенденциях судебной практики последнего периода.

<sup>1</sup> Студент первого семестра магистратуры юридического факультета Тбилисского государственного университета имени Ивана Джавахишвили.

## II. Публичный реестр и правовые аспекты возникновения права собственности на недвижимое имущество

### 1. Форма заключения договора о недвижимом имуществе

Гражданский кодекс Грузии (далее – ГКГ) различает возникновение права собственности на движимое и недвижимое имущество. С формальной точки зрения, условия возникновения права собственности на недвижимое имущество выделены более четко. Это обуславливается тем, что весь процесс возникновения права на недвижимость заключен в определенные рамки, выражающиеся в письменном соглашении сторон.<sup>2</sup> Право собственности на недвижимое имущество возникает в результате реализации прав и обязательств, исходящих из обязательственно-правовых отношений.<sup>3</sup>

Для подтверждения действительности договора конкретного вида требуется его письменная форма, подразумевающая подписание данного договора сторонами.<sup>4</sup> В статье 183 Гражданского кодекса Грузии приобретение права на недвижимое имущество увязывается с письменной формой сделки между сторонами, что является подтверждением действительности этой сделки. Указанная норма находится в тесной связи со статьей 69 Гражданского кодекса Грузии, регулирующей вопрос формы сделки. Согласно части второй указанной нормы сделка может быть совершена в письменной форме в случаях, предусмотренных законодательством, или по соглашению сторон. Статьей 183 Гражданского кодекса Грузии устанавливается именно предусмотренная законодательством письменная форма.

При этом весьма важно установление, предусмотренное частью первой статьи 59 Гражданского кодекса Грузии, согласно которому сделка, совершенная с нарушением предусмотренной законом обязательной формы, считается недействительной. Данная норма кодекса носит императивный характер, и участники сделки не могут отступить от ее требований.<sup>5</sup> Таким образом, несоблюдение участниками гражданского оборота требований части первой статьи 183 Гражданского кодекса Грузии, предъявляемых к возникнове-

<sup>2</sup> Зоидзе Б., Вещное право, издание второе переработанное и дополненное, Тбилиси, 2003, с. 136 (на груз. яз.)

<sup>3</sup> Читошвили Т., Виндикация как средство защиты права собственности на недвижимое имущество. Сборник, посвященный 70-летию юбилею Романа Шенгелия, Проблемы права, Тбилиси, 2012, с. 260 (на груз. яз.).

<sup>4</sup> Markesinis S.B., Unberath H., Johnston A., The German Law of Contract, A Comparative Treatise, second edition, Oxford and Portland, Oregon, 2006, с. 82.

<sup>5</sup> Чантурия Л., Общая часть гражданского права. Учебник, Тбилиси, 2011, с. 348 (на груз. яз.)

нию права собственности на недвижимое имущество, влечет признание сделки недействительной. Вообще, заключение сделки для возникновения права на недвижимое имущество в письменной форме служит более эффективному обеспечению прав на недвижимое имущество в сфере имущественных отношений и большей стабильности этих отношений.<sup>6</sup> Важно также то, что согласно грузинскому законодательству не требуется удостоверить совершенную в письменной форме сделку в отношении недвижимого имущества в нотариальном порядке.<sup>7</sup>

## 2. Важность публичного реестра для возникновения права собственности на недвижимое имущество

Для развития рынка недвижимости необходимо наличие определенных условий. Собственность как основное право человека, можно сказать, является надгосударственным правом.<sup>8</sup> В этом плане важнейшую роль играет государственный орган, регистрирующий имущественные права на недвижимость.<sup>9</sup> Гражданским кодексом Грузии устанавливается система поземельной книги. Подобно тому, как правоспособность человека возникает с момента его рождения, возникновение целого ряда прав связано с их регистрацией в публичном реестре. Данная система регистрации взята из немецкого права. Она надежна и является серьезной гарантией упорядоченного гражданского оборота.<sup>10</sup>

Гражданский реестр делает правовой режим более гарантированным и предлагает участникам рынка недвижимости определенные регистрационные, кадастровые и информационные продукты, что чрезвычайно важно для содействия развитию рынка недвижимости.<sup>11</sup> Таким образом, в Грузии возникновение права собственности на недвижимое имущество связано с соответствующей регистрацией, что характерно для стран, в которых действует система земельных книг.<sup>12</sup>

Целями регистрации права собственности в публичном реестре являются укрепление и сохранение гражданского оборота путем удостоверения имущественных прав на недвижимость и предоставления государством соответствующих гарантий.<sup>13</sup> Стабильность гражданского оборота подразумевает добросовестность участников гражданско-правовых отношений и доверие между ними, что обеспечивается презумпцией достоверности и полноты записи в публичном реестре.<sup>14</sup>

С данными реестра может ознакомиться любое заинтересованное лицо. Под данными подразумевается именно та информация, которая влияет на права участников гражданско-правовых отношений.<sup>15</sup> Главной целью существования публичного реестра является создание прочной основы для правовых отношений, связанных с недвижимым имуществом, чтобы стало возможным получение бесспорной и точной информации о недвижимости.<sup>16</sup> Для регистрации в публичном реестре лица, приобретающего недвижимое имущество, необходимо подать заявление в публичный реестр.<sup>17</sup>

Примечательно, что между заключением сделки купли-продажи недвижимого имущества и регистрацией лица, приобретающего недвижимость, всегда существует определенный отрезок времени, в течение которого отчуждатель недвижимости остается зарегистрированным в качестве собственника недвижимости. Таким образом, данное лицо все еще наделено правом дальнейшего распоряжения отчужденным имуществом. Исходя из вышеуказанного, возникает необходимость защиты интересов лица, приобретающего недвижимое имущество, однако в Гражданском кодексе Грузии не содержится каких-либо норм, обеспечивающих подобную защиту. Данный вопрос иначе разрешается в немецком праве.<sup>18</sup>

Исходя из вышеуказанного, Грузия, приняв систему поземельной книги, признала обязательный характер регистрации для возникновения частноправовых прав. При этом в результате им-

<sup>6</sup> Чечелашвили З., «Вещное право» (Сравнительно-правовое исследование), издание второе, исправленное, Тбилиси, 2010, с. 183 (на груз. яз.).

<sup>7</sup> Markesinis S.B., Unberath H., Johnston A., *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, second edition, Oxford and Portland, Oregon, 2006, с. 83.

<sup>8</sup> Зойдзе Б., Конституционный контроль и ценностный порядок в Грузии, Тбилиси, 2007, с. 96 (на груз. яз.).

<sup>9</sup> Зойдзе Б., Грузинское вещное право, издание второе переработанное и дополненное, Тбилиси, 2003, с. 136 (на груз. яз.).

<sup>10</sup> Зойдзе Б., Рецепция европейского частного права в Грузии, Тбилиси, 2005, с. 274 (на груз. яз.).

<sup>11</sup> Лапачи Э., Публичный реестр – орган, регистрирующий имущественные права на недвижимость, и реформа, осуществленная в этой сфере, Журнал права ТГУ, Тбилиси, 2011, № 2, с. 78 (на груз. яз.).

<sup>12</sup> Чантурия Л., Право собственности на недвижимое имущество, сравнительно-правовое исследование (на примере немецкого права), издание второе, Тбилиси, 2001, с. 176 (на груз. яз.).

<sup>13</sup> Лапачи Э., Публичный реестр – орган, регистрирующий имущественные права на недвижимость, и реформа, осуществленная в этой сфере, Журнал права ТГУ, Тбилиси, 2011, № 2, с. 80 (на груз. яз.).

<sup>14</sup> Определение палаты по гражданским делам Верховного Суда Грузии от 1 июля 2013 года № as-1607-1509-2012.

<sup>15</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии. Книга II, под редакцией Ладос Чантурия, Тбилиси, 1999 (на груз. яз.).

<sup>16</sup> *Schöner H., Stübe K., Grundbuchrecht, Band 4, Handbuch der Rechtspraxis Verlag – C – H, Beck – München, 2008, 16.* См. цитату: Лапачи Э., Публичный реестр – орган, регистрирующий имущественные права, и реформа, осуществленная в этой сфере, Журнал права ТГУ, Тбилиси, 2011, № 2, с. 80.

<sup>17</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии. Книга II, под редакцией Ладос Чантурия, Тбилиси, 1999 (на груз. яз.).

<sup>18</sup> Чечелашвили З., Вещное право (сравнительно-правовой анализ), издание второе, переработанное, Тбилиси, 2010, с. 186 (на груз. яз.).

**плементации данной системы грузинское право присоединилось к странам с романо-германской правовой системой, в законодательстве которых учет отношений в сфере имущественного права осуществляется на основании регистрации.**<sup>19</sup>

а) Правовой статус публичного реестра регулируется Гражданским кодексом Грузии и Законом Грузии «О реестре». Публичный реестр как институт публичного права – один из видов государственных реестров. Главной функцией публичного реестра является регистрация права собственности на недвижимое имущество.<sup>20</sup> Публичный реестр является правовым институтом, где происходит регистрация отдельных частноправовых прав.<sup>21</sup> Понятие публичного реестра впервые появилось в статье 311 ГКГ.<sup>22</sup> Цель публичного реестра – обеспечение публичности. При этом, данные публичного реестра имеют также определенную доказательную функцию.<sup>23</sup> Публичность реестра облегчает участникам гражданского оборота задачу получения полной информации об истинном положении прав их партнеров.<sup>24</sup> Верховный Европейский суд по правам человека Грузии в решении по одному делу разъяснил, что назначением публичного реестра является обеспечение стабильности гражданского оборота. При этом реестр также является гарантом защиты прав добросовестных партнеров.<sup>25</sup>

Правовой статус и правовое регулирование деятельности публичного реестра помимо ГКГ приводится также в различных законодательных и подзаконных актах. Одних из самых важных актов среди прочих является Закон Грузии «О публичном реестре». В пункте первом статьи 4 указанного закона приводится понятие публичного реестра.<sup>26</sup> Важна также статья 5 указанного закона, согласно которой в отношении зарегистрированных в реестре данных действует презумпция достоверности данных до тех пор, пока данная запись не утратит силу либо не будет признана недействительной или ничтожной в порядке, установленном законодательством Грузии. Примечательна глава 2 Закона Гру-

зии «О публичном реестре», регулирующая вопросы регистрации в реестре прав на недвижимое имущество.

Помимо законов деятельность публичного реестра регулируется также Приказом Министра юстиции Грузии «Об утверждении Инструкции о Публичном реестре» от 15 января 2010 года № 4. Указанной инструкцией определяются порядок ведения публичного реестра Национальным агентством публичного реестра, порядок и условия выдачи содержащейся в реестре информации, круг лиц, участвующих в ведении реестра, а также права и обязанности данных лиц.

б) С точки зрения презумпции достоверности и полноты данных реестра особую важность приобретает точность записи публичного реестра.<sup>27</sup> Презумпция достоверности и полноты данных публичного реестра, предусмотренная статьей 312 ГКГ, является важным проявлением принципа доверия и добросовестности участников гражданского оборота.<sup>28</sup> Верховный Суд Грузии по одному делу разъяснил, что в отношении записи публичного реестра действует принцип достоверности, что обусловлено интересами гражданского оборота. Исходя из презумпции правильности данных публичного реестра, подразумевается, что зарегистрированное право действительно существует и им обладает зарегистрированное правомочное лицо. Указанное обстоятельство указывает на роль публичного реестра как гаранта достоверности и полноты прав участников гражданского оборота.<sup>29</sup> Исходя из отмеченного, статьей 312 ГКГ устанавливается законная презумпция, согласно которой зарегистрированное в публичном реестре право действительно существует.<sup>30</sup>

Кассационный суд в определении по одному делу отметил, что предусмотренная статьей 312 Гражданского кодекса Грузии презумпция достоверности и полноты данных публичного реестра по своей природе является юридической фикцией, согласно которой подразумевается, что факт регистрации права в публичном реестре осуществлен правильно и полно. Данная фикция означает, что любой объективный факт, указывающий на ошибку при регистрации, не исключает предусмотренного рассматриваемой нормой предположения о законности права, зарегистрированного в реестре.<sup>31</sup>

<sup>19</sup> Шотадзе Т., Ипотека как средство обеспечения банковского кредита, Тбилиси, 2012, с. 148 (на груз. яз.)

<sup>20</sup> Лапачи Э., Публичный реестр – орган, регистрирующий имущественные права на недвижимость, и реформа, осуществленная в этой сфере, Журнал права ТГУ, Тбилиси, 2011, № 2, с. 79 (на груз. яз.).

<sup>21</sup> Зоидзе Б., Грузинское вещное право, издание второе, переработанное и дополненное, Тбилиси, 2003, с. 363 (на груз. яз.).

<sup>22</sup> См. статью 311 ГКГ.

<sup>23</sup> Палавандишвили К., Трансформация возникновения права собственности на недвижимое имущество в грузинском праве, Журнал права ТГУ, Тбилиси, 2012, № 2, с. 214 (на груз. яз.).

<sup>24</sup> Зоидзе Б., Грузинское вещное право, издание второе, переработанное и дополненное, Тбилиси, 2003, с. 365 (на груз. яз.).

<sup>25</sup> Определение палаты по гражданским делам Верховного Суда Грузии от 1 июля 2013 года № as-1607-1509-2012.

<sup>26</sup> См. статью 4 Закона Грузии «О публичном реестре».

<sup>27</sup> К. Палавандишвили «Трансформация возникновения права собственности на недвижимое имущество в грузинском праве», Журнал права ТГУ, Тбилиси, 2012, № 2, с. 215.

<sup>28</sup> Зоидзе Б., Грузинское вещное право, издание второе, переработанное и дополненное, Тбилиси, 2003, с. 366 (на груз. яз.).

<sup>29</sup> Определение палаты по административным делам Верховного Суда Грузии от 28 февраля 2013 года № bs-367-363(к-12).

<sup>30</sup> Чечелашвили З., Вещное право (сравнительно-правовой анализ), издание второе, переработанное, Тбилиси, 2010, с. 189 (на груз. яз.).

<sup>31</sup> Определение палаты по гражданским делам Верховного Суда Грузии от 1 июля 2013 года № as-1607-1509-2012.

### III. Правильность данных публичного реестра и добросовестный приобретатель недвижимого имущества

#### 1. Судебная практика

Статья 185 ГКГ касается защиты интересов добросовестного приобретателя недвижимости. Указанная норма, исходя из интересов приобретателя, считает отчуждателя собственником, если он зарегистрирован в качестве такового в публичном реестре. Отмеченная законодательная норма в полной мере соответствует нормам современного европейского права.<sup>32</sup> Вообще, собственник вправе заключать сделки любого вида и на любых условиях,<sup>33</sup> однако регистрация приобретателя недвижимого имущества в качестве собственника в публичном реестре является обязательной. Регистрация права в свою очередь подразумевает наличие действительного права, то есть право может быть зафиксировано в публичном реестре только в случае его правомерности.<sup>34</sup> Если отчуждатель зарегистрирован в публичном реестре в качестве собственника приобретатель может признать отчуждателя собственником без каких-либо иных оснований.<sup>35</sup> Если приобретатель недвижимого имущества не знал и не мог знать о недостатке воли отчуждателя или наличии ограничивающих оснований, указанных в статье 312 ГКГ, считается, что приобретатель – добросовестный, и соответственно право собственности сохраняется за ним. Содержание указанной нормы дает возможность защиты прав подлинного собственника. Согласно данной норме, оспаривающая право сторона должна доказать, что лицо, осуществившее отчуждение принадлежащей ему собственности, зарегистрировано в публичном реестре неправильно и реально не является собственником. Отмеченный процессуальный вопрос создает большие проблемы на практике с фактической точки зрения. При этом представляет интерес толкование Верховного Суда Грузии, касающееся добросовестного приобретателя, где отмечается, что когда дело касается приобретения недвижимого имущества, приобретатель в целях доказательства законности своих прав может опираться на предположение о достоверности фактов,

зарегистрированных в публичном реестре. Даже, если данные реестра в действительности окажутся неправильными, это обстоятельство станет несущественным ввиду добросовестного отношения приобретателя, выразившегося в его неосведомленности о недостоверности записи в реестре. Единственное, что нарушает беспорядочность реестра и соответственно препятствует приобретению вещи – именно недобросовестность приобретателя. Таким образом, при применении нормы, защищающей интересы приобретателя, следует подвергать проверке не только данные публичного реестра, но и доподлинно установить тот факт, что приобретателю не было и не могло быть известно о неточности записи в публичном реестре.<sup>36</sup>

Касательно объяснения понятия добросовестности суды в основном ограничиваются лишь анализом конкретных случаев. Поскольку добросовестность основывается на субъективном отношении приобретателя к определенным фактам, суду следует проявлять особую осторожность при его оценке. От приобретателя нельзя требовать знания таких обстоятельств, которое выходит за рамки (превышает) его возможностей. При оценке добросовестности главным фактором является возможность осознания приобретателем фактов, а не сам по себе интерес к отношению этих фактов, то есть предметом оценки должно быть знание фактов, а не направленное установление их подлинности.<sup>37</sup>

Верховный Суд Грузии по одному из дел пояснил, что при приобретении права собственности на недвижимость между собственником и приобретателем стоит публичный реестр, в отношении которого действует презумпция достоверности и полноты записи в реестре. Если покупатель добросовестно опирается на данные публичного реестра, то добросовестность преобладает над ошибочностью данных реестра. Подобный правовой подход облегчает бремя добросовестного приобретателя и ограничивает ареал его предусмотрительности, что в свою очередь служит упрощению и стабильности гражданского оборота. Презумпция достоверности данных публичного реестра предоставляет приобретателю гарантию того, что даже несмотря на неправильность данных публичного реестра и неправомочность положения, в которое отчуждатель попал ввиду указанных данных, указанные данные и добросовестность приобретателя будут иметь преобладающую юридическую силу по отношению к

<sup>32</sup> Рекомендации в сфере гражданского и административного права, разработанные в результате регулярных встреч судей в Верховном Суде Грузии, и единообразная практика Верховного Суда Грузии по гражданско-правовым вопросам. Тбилиси, 2011, с. 67 (на груз. яз.).

<sup>33</sup> Singer J.W., Introduction to Property, second edition, New-York, 2004, с. 7.

<sup>34</sup> Определение палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного Суда Грузии от 2 июля 2009 года № as-1154-1299-08

<sup>35</sup> Комментарии к Гражданскому кодексу Грузии. Книга II. Под редакцией Ладо Чантурия, Тбилиси, 1999, с. 120 (на груз. яз.).

<sup>36</sup> Определение палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного Суда Грузии от 28 апреля 2009 года № as-1148-1293-08

<sup>37</sup> Рекомендации в сфере гражданского и административного права, разработанные в результате регулярных встреч судей в Верховном Суде Грузии, и единая практика Верховного Суда Грузии по гражданско-правовым вопросам. Тбилиси, 2011, с. 72 (на груз. яз.).

спорности записи в публичном реестре.<sup>38</sup> Без публичного реестра приобретатель будет в меньшей степени способен проверить правовое положение отчуждателя. Исходя из этого, пределы предусмотрительности приобретателя будут соответственно сужены.<sup>39</sup>

Важно, что презумпция достоверности записи в публичном реестре касается только прав, подлежащих регистрации в реестре.<sup>40</sup> При этом законом прямо определяется, в каких случаях действует правильность записей в реестре, в каких случаях влияют не объективные, а субъективные факторы, указывающие на недобросовестность приобретателя. В частности, согласно части 2 статьи 312 ГКГ записи реестра признаются правильными в отношении лица, на основании сделки приобретающего какое-либо право у другого лица, и если это право было зарегистрировано на имя отчуждателя, кроме случаев, когда в отношении данной записи внесена жалоба либо если приобретателю было известно, что запись является неточной. Данное установление указывает на то, что внесенная о записи жалоба либо факт осведомленности приобретателя о неточности данной записи исключают действие презумпции. Соответственно, отмеченные факторы указывают на недобросовестность приобретателя.<sup>41</sup>

Исходя из вышеотмеченного, при наличии неточной записи, на основании которой была осуществлена последующая запись, неизбежно посягательство на правомерные интересы и права какого-либо из участников гражданско-правовых отношений. Поэтому чрезвычайно важным является создание таких законодательных предпосылок, на основании которых будет возможно максимально исключить факт осуществления неточной записи.<sup>42</sup>

Весьма важно определение Верховного суда Грузии от 9 марта 2006 года (№ 980-1243-05), в котором судом сформулирован нормативный принцип: «Основанием, достаточным для признания приобретателем отчуждателя собственником, является факт регистрации отчуждателя недвижимого имущества в качестве собственника в публичном реестре. Исключением из указанного считается случай, когда приобретатель знает, что отчуждатель, зарегистрированный в публич-

ном реестре, не является собственником. В этой связи суд постановляет, что для установления добросовестности приобретателя на основании указанной нормы недостаточно принимать во внимание только запись в публичном реестре, поскольку в данном случае существенно важен вопрос субъективного отношения приобретателя к личности собственника (был или не был осведомлен приобретатель). Соответственно, при применении нормы, регулирующей интересы приобретателя, следует подвергнуть проверке как данные публичного реестра, так и правдивость факта неосведомленности приобретателя о существовании другого собственника имущества».<sup>43</sup>

Таким образом, порядок регистрации собственности в публичном реестре не дает продавцу и покупателю права изменения юридической собственности на основании личного соглашения. Право собственности зарегистрированного собственника становится независимым от права собственности предыдущего собственника. Покупателю следует лишь проверить, является ли продавец недвижимого имущества его зарегистрированным собственником, а вопрос о том, является ли «настоящим» собственником земли другое лицо, не касается покупателя. В случае приобретения земли у зарегистрированного собственника покупатель должен быть зарегистрирован в качестве нового собственника, и это для него является настоящей гарантией приобретения им права собственности.<sup>44</sup>

## 2. Доступность данных публичного реестра и принцип демократичности

Доступ к данным публичного реестра обеспечивается статьей 6 Закона Грузии «О реестре». Согласно пункту первому указанной статьи данные и документация, зарегистрированные в публичном реестре находятся в публичном доступе. Вообще, информация об участниках гражданского оборота, а в особенности персональная информация защищены статьей 41 Конституции Грузии. К сфере, защищенной указанной статьей, относится доступность только информации, хранящейся в официальных источниках.<sup>45</sup> Свобода информации и доступность информации подразумевает с одной стороны право лица в установленном законом порядке получать

<sup>38</sup> Определение палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного Суда Грузии от 24 января 2006 года № as-203-622-06.

<sup>39</sup> Рекомендации в сфере гражданского и административного права, разработанные в результате регулярных встреч судей в Верховном Суде Грузии, и единая практика Верховного Суда Грузии по гражданско-правовым вопросам. Тбилиси, 2011, с. 70.

<sup>40</sup> Комментарии к Гражданскому кодексу Грузии. Книга II. Под редакцией Ладос Чантурия, Тбилиси, 1999, с. 326 (на груз. яз.).

<sup>41</sup> Определение палаты по гражданским делам Верховного Суда Грузии от 1 июля 2013 года № as-1607-1509-2012.

<sup>42</sup> Палавандишвили К., Трансформация возникновения права собственности на недвижимое имущество в грузинском праве, Журнал права ТГУ, Тбилиси, 2012, № 2, с. 215 (на груз. яз.).

<sup>43</sup> Рекомендации в сфере гражданского и административного права, разработанные в результате регулярных встреч судей в Верховном Суде Грузии, и единая практика Верховного Суда Грузии по гражданско-правовым вопросам. Тбилиси, 2011, с. 72.

<sup>44</sup> Taylor G., The Law of the Land: The Advent of the Torrens System in Canada, 2008, с. 9-10.

<sup>45</sup> Тугуши Т., Бурджанадзе Г., Мшвениерадзе Г., Гоциридзе Г., Менабде В., Права человека и практика конституционного судопроизводства (судебная практика 1996-2012 годов), Тбилиси, 2013, с. 568 (на груз. яз.).

необходимую ему информацию, а, с другой стороны, требовать защиту имеющейся о нем информации от предания огласке.<sup>46</sup> Согласно разъяснениям Конституционного Суда Грузии, статьей 41 Конституции Грузии защищается право человека не допускать распространения частной информации о нем.<sup>47</sup> При полноценной имплементации любого права важно, чтобы государство соблюдало как позитивное, так и негативное обязательство, чтобы пользование гражданином предоставленными ему правами не стало фрагментарным и лишенным назначения, что заложено в содержании каждого отдельного права<sup>48</sup>. С этой точки зрения интересно, насколько публичность данных публичного реестра представляет собой проявление принципа демократичности. Исходя из вышеуказанных принципов демократичности и конституционности, на первый взгляд можно сказать, что доступ к данным публичного реестра с определенной точки зрения антидемократичен, впрочем, следует принять во внимание также частноправовые принципы гражданского оборота. Отправными принципами для частного права, основанного на равноправии участников гражданско-правовых отношений, являются правомерное осуществление гражданских прав и рассмотрение рисков гражданско-правового характера. Таким образом, можно сказать, что нормальный гражданский оборот в большой степени зависит от наличия у лиц информации об имущественном положении их партнеров или контрагентов. При этом весьма важно и то, что при невозможности доступа к данным публичного реестра участники гражданского оборота могут воздержаться от некоторых действий гражданско-правового характера, что будет представлять для гражданского оборота большую угрозу. Исходя из вышеотмеченного очевидно, что свободный доступ к данным публичного реестра не может считаться антидемократичным с точки зрения демократического законодательства. При этом в странах Европы можно запрашивать информацию о фактическом и правовом положении недвижимого имущества посредством сети Интернет. Что же касается пересылки регистрационного запроса электронным способом и обмена электронной информацией, в большинстве стран Европы работа в этом направлении по-прежнему ведется.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Кантария Б., Комментарии к Конституции Грузии. Глава вторая: гражданство Грузии, основные права и свободы человека», коллектив авторов, (под редакцией Пааты Турава), Тбилиси, 2013, с. 503 (на груз. яз.).

<sup>47</sup> Решение Конституционного Суда Грузии по делу «Народный Защитник Грузии и Ассоциация молодых юристов Грузии против Парламента Грузии» от 30 октября 2008 года #2/3/406,408.

<sup>48</sup> Тугуши Т., Бурджанадзе Г., Мшвениерадзе Г., Гоциридзе Г., Менабде В., Права человека и практика конституционного судопроизводства (судебная практика 1996-2012 годов), Тбилиси, 2013, с. 573 (на груз. яз.).

<sup>49</sup> Шотадзе Т., Ипотека как средство обеспечения банковского кредита, Тбилиси, 2012, с. 154 (на груз. яз.).

### 3. Исключение ответственности публичного реестра – принцип демократичности?!

Статьей 3 Закона Грузии «О реестре» определяются система и полномочия регистрирующих органов. Весьма важен пункт 6 данной статьи, устанавливающий определенный порядок, исключающий ответственность. Исходя из содержания упомянутого пункта, регистрирующий орган и его сотрудники не несут ответственность за подлинность представленных документов. При этом они ответственны только за зарегистрированные данные и правильность хранящихся у них регистрационных данных. Исходя из этого, законодателем создается прямое правовое основание невозможности оспаривать в судебном порядке подлинность представленной регистрирующим органом и его сотрудниками документации ввиду ее правовой необоснованности. Таким образом, оказывается, что публичный реестр является своеобразным защищенным субъектом, имеющим права и обязанности, вопрос ответственности которого законодательной нормой ограничивается и более того – фактически исключается. Итак, получается, что с точки зрения справедливости и демократичности проблема заключается не в установлении статей 185 и 312 ГКГ, а в Законе Грузии «О реестре». Участники гражданского оборота в случае подачи требования в гражданский реестр остаются совершенно незащищенными и ущемленными в правах. Таким образом, вышеуказанная статья Закона Грузии «О реестре» требует совершенствования и уточнения, дабы свести к минимуму ущемление прав участников гражданского оборота. Сторона должна иметь возможность защищать свои права в случае их ущемления и потребовать возмещения вреда у публичного реестра.

### 4. Вместо заключения

Вообще, все транзакции, включающие права на недвижимое имущество, должны соответствовать требованиям публичности, что подразумевает их регистрацию в публичном реестре.<sup>50</sup> Несмотря на это, на основе анализа рассмотренных выше судебных решений можно заявить, что данные публичного реестра могут создать определенные проблемы. На практике известно немало случаев подделки данных публичного реестра и их изменения против воли собственника. Поскольку право собственности было приобретено на основании поддельных документов, право собственности на недвижимое имущество не возникло на основании статьи 183, впрочем, добросовестный приоб-

<sup>50</sup> Campbell D., Alibekova A., Comparative Law Yearbook oh International Business, Volume 28, 2006, с. 199.

ретатель в таком случае приобретает недвижимость на основании поддельных данных,<sup>51</sup> и ее первоначальный собственник остается фактически незащищенным. В условиях развития современного гражданского оборота разрешение данной проблемы весьма важно и при этом сложно. Можно также сказать, что в данном случае налицо гражданско-правовой риск, вообще характерный для гражданско-правовых отношений. Несмотря на это, конституционное право собственника должно защищаться определенными правовыми механизмами. Собственнику должна быть предоставлена возможность потребовать возмещения вреда у публичного реестра, который фактически не смог обеспечить защиту его прав надлежащим образом.

Кроме того важно, что для данной доктрины отправной точкой является добросовестный гражданский оборот, основу для которого создает действующий гражданский кодекс. Добросовестность оборота – добросовестность его участников, подразумевающая доверие между ними. Такие взаимоотношения являются обязательной предпосылкой упрощенного и живого гражданского оборота. Данное обстоятельство вовсе не подразумевает «слепое» доверие между участниками отношений. Оно обязательно подразумевает разумные масштабы предусмотрительности, игнорирование которых может превратить участника оборота в недобросовестного участника и оставить вне пределов защиты. Добросовестность настолько важна для добросовестного гражданского оборота, что в случае противопоставления права и добросовестности как ценностей, добросовестность порой одерживает верх и сама становится источником права. Законодатель и не может поступить иначе. Дело в том, что предоставляя в некоторых отдельных случаях приоритет добросовестности, законодатель защищает сам гражданский оборот как ценность и таким способом проявляет уважение к интересам участников оборота.<sup>52</sup>

Важно также то, что институт регистрации рассматривается в правовых отношениях как акт публично-правового значения. Государство, обеспечивая стабильность путем регистрации, не вмешивается в частноправовые отношения, а наоборот, осуществляет защиту интересов участников правовых отношений путем введения публичности регистрации и точности учета прав. Государство упорядочивает частноправовые отношения путем регистрации.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Чантурия Л., Право об обеспечении кредита, Тбилиси, 2012, с. 66 (на груз. яз.).

<sup>52</sup> Рекомендации в сфере гражданского и административного права, разработанные в результате регулярных встреч судей в Верховном Суде Грузии, и единая практика Верховного Суда Грузии по гражданско-правовым вопросам. Тбилиси, 2011, сс. 68-69.

<sup>53</sup> Шотадзе Т., Ипотека как средство обеспечения банковского кредита, Тбилиси, 2012, с. 147 (на груз. яз.).

#### IV. Перекрытие права собственности

Палата по административным делам Верховного Суда Грузии 28 февраля 2013 года приняла определение, которое по-новому регулирует и определяет вопрос ответственности публичного реестра. Указанное решение важно с той точки зрения, что кассационный суд обсуждает назначение и полномочия публичного реестра. При этом важно, что палата возлагает ответственность на публичный реестр не только в связи с проверкой подлинности данных, но и проверкой подлинности представленных документов и выяснением существенных обстоятельств дела. Кассационный суд разъясняет, что собственность является фактом, и ее абстрактное существование в природе не допускается.<sup>54</sup> Обжалованное определение апелляционного суда считает возможным и фактически соглашается с несоответствием данных реестра действительности. Подобное разрешение дела нарушает правовую безопасность, создает положение, при котором лицо является носителем права собственности, однако лишено объекта права собственности, что противоречит сути права собственности, поскольку право собственности не может существовать независимо от объекта собственности.<sup>55</sup>

Указанное решение заслуживает внимания с той точки зрения, что недопустимо, чтобы лицо обладало зарегистрированной в публичном реестре собственностью и одновременно с этим другой участник гражданского оборота обладал правом на уже зарегистрированное недвижимое имущество. С учетом вышеотмеченного, кассационный суд счел, что при подобном разрешении спорного правового отношения определенному лицу будет предоставлено зарегистрированное право, а самого имущества – объекта права не будет в наличии, что недопустимо с точки зрения прав собственника и интересов стабильности гражданского оборота. Решение апелляционного суда противоречиво. Он с одной стороны формально признает, что земельный участок принадлежит истцу (то есть соглашается с записью в публичном реестре), однако с другой стороны суд своим решением отрицает право собственности, поскольку ни суд, ни служба публичного реестра не указывают на какое-либо иное местонахождение участка, находящегося в собственности истца. Таким образом, в результате предпринятых административными органами мер становится невозможным пользование числящимся за собственником недвижимым имуществом. Кассационный суд отме-

<sup>54</sup> Ср. Кочашвили К., Владение и собственность – факт и право в гражданском праве, Тбилиси, 2013, с. 131, а также Зондзе Б., Грузинское вещное право. Издание второе, переработанное и полное», Тбилиси, 2003, с. 83 (на груз. яз.).

<sup>55</sup> Определение палаты по административным делам Верховного Суда Грузии от 28 февраля 2013 года № 8b-367-363(k-12)

чает, что фикцией является не имущество, которым лицовладеет на основе регистрации, а фикцией является достоверность самих регистрационных данных реестр. Таким образом, недопустимо несоответствие между регистрационными данными и настоящим положением дел, недопустима сама возможность конкуренции между зарегистрированными данными.<sup>56</sup> При этом суд отметил, что при принятии спорного решения административный орган не изучил обстоятельства дела. Административному органу при решении вопроса надлежало путем получения доказательств установить обстоятельства, имеющие определяющее значение для дела, что в данном случае не имело места. Кассационная палата сочла, что действительное положение вещей и зарегистрированные данные должны соответствовать друг другу, а в случае проявления дублирования или параллелизма следует выяснить вопрос о том, которое из них лучше обосновано в правовом отношении. Указанным решением кассационный суд строго оценил деятельность публичного реестра<sup>57</sup>. При этом суд не усомнился в достоверности данных публичного реестра, а только «подверг критике» ненадлежащее отношение к гражданскому обороту, выразившееся в ненадлежащем изучении фактических обстоятельств публичным реестром.

## V. Заключение

Исходя из представленного обсуждения, можно выделить несколько важных тезисов. В первую очередь следует отметить, что права добросовестного приобретателя недвижимого имущества обеспечиваются записью в публичном реестре. При этом важно, что в случае подделки данных публичного реестра или совершения иного подобного деяния добросовестный приобретатель опирается на данные реестра и соответственно становится собственником вещи. При искусственном изменении и подделке данных реестра может быть ущемлено право собственности настоящего собственника, и он может остаться незащищенным законом. Несмотря на указанные гражданско-правовые риски, бесспорно, что на фоне развития современного демократического законодательства публичный реестр выполняет важнейшую роль в обеспечении гарантий защиты права собственности на недвижимое имущество. С практической точки зрения можно сказать, что проблема заключается не в статьях 185 и 312 ГКГ, а в Законе Грузии «О реестре» и законодательных актах, регулирующих

деятельность публичного реестра. При этом проблему представляет также тот факт, что согласно ныне действующему законодательству даже один сотрудник публичного реестра по своему злему умыслу может перевернуть весь гражданский оборот и лишить тысячи людей надгосударственного права собственности. Важно также то, что пострадавшему лицу обязательно должна быть предоставлена возможность восстановления нарушенного права в судебном порядке, что должно выражаться в выплате государством соответствующей компенсации. Таким образом, можно сказать, что предметом критики является не презумпция достоверности данных публичного реестра, а вопрос исправной работы реестра. Публичный реестр обязан не только осуществлять регистрацию права собственности на основании представленных документов, но и проверять вопрос юридической «исправности» представленной документации. В случае невыполнения данного действия реестр обязан вместе с государством возместить в общем порядке вред, причиненный пострадавшему лицу в результате ненадлежащего действия реестра.

Важен также вопрос так называемого перекрытия, также являющийся большой проблемой для гражданского оборота. В этом смысле в Верховном Суде Грузии уже замечен прогресс, и имеются судебные прецеденты. Подход кассационного суда оправдан с той точки зрения, что суд путем прямых или косвенных указаний подчеркивает обязательство публичного реестра проявлять большее внимание, и в случае надобности возлагает на реестр определенную ответственность. Как в случае с добросовестным приобретателем, так и в случае перекрытия существование публичного реестра как отдельного правового института не стоит под вопросом, требуется лишь усовершенствовать его функционирование и решить вопрос его исправной работы.

Исходя из вышеуказанного, существование публичного реестра, бесспорно, имеет важнейшее значение для стабильности гражданского оборота и формирования демократического и социального государства. При этом, как уже отмечалось выше, следует усовершенствовать не только подход гражданского кодекса к рассматриваемому вопросу, но и сам Закон Грузии «О реестре».

<sup>56</sup> Определение палаты по административным делам Верховного Суда Грузии от 28 февраля 2013 года № 8b-367-363(k-12)

<sup>57</sup> В связи с перекрытием собственности важно также определение палаты по гражданским делам Верховного Суда Грузии от 17 мая 2012 года № as-328-313-2012.

Карен Суменович Амирян<sup>1</sup>

## Некоторые проблемы гражданства и двойного гражданства РА

### I. Введение

*Целью работы является разъяснение и освещение вопросов, связанных с гражданством, а также сравнение законодательства РА о гражданстве с законодательством других государств, регулирующим аналогичные отношения, выявляя имеющиеся схожести и различия, что окажет содействие совершенствованию нашего законодательства. В работе акцентируется не столько представление чисто теоретических подходов, сколько предложение возможных механизмов выявления ряда проблем и предложения по их разрешению. Работа состоит из двух частей: первая часть касается общей характеристики института гражданства и двойного гражданства, а вторая часть – приобретения и прекращения гражданства.*

### II. Общая характеристика института гражданства, двойное гражданство

Гражданство выступает в качестве одного из основных правовых институтов. Гражданство – это больше, чем правовая связь с государством. Гражданство – это готовность и убеждение связывать собственную жизнь с данной страной, которые базируются на таком проявлении социального поведения гражданина и общественного поведения государственной власти, опорой которого является восприятие конституционных ценностей и принципа верховенства права как своих собственных и их понимание в качестве вехи, в качестве внутреннего критерия собственной личности, и результатом которого является формирование стабильного внутреннего убеждения проявлять поведение, уместное для реализации собственного частного в общем всего общества. Институт гражданства был известен еще в рабовладельческий период. Понятие “гражданин” в эквивалентном смысле встречается даже в Библии, так как Апостол Павел являлся гражданином Рима. Когда ему угрожало телесное наказание, он опирался на то обстоятельство, что он являлся гражданином Рима, и его нельзя наказывать. То есть,

институт гражданства был известен еще римлянам.<sup>2</sup> Первым предварительным условием наличия прав и обязанностей у населения, находящегося под юрисдикцией любого государства, является гражданство, которое определяется как определенное политико-правовое состояние человека.<sup>3</sup>

Гаагская конвенция “О гражданстве” стала первым международным опытом для обеспечения того, чтобы все лица имели гражданство. Конвенция устанавливает, что “каждое государство само определяет своим же законом, кто являются его гражданами. Этот закон должен быть признан другими государствами постольку, поскольку это соответствует международным конвенциям, международному обычаю и тем принципам закона, которые общим образом признаны в связи с гражданством<sup>4</sup>”. Термин “гражданин” тесно связан с понятием “государство”. И это выражается не только в институте гражданства. Гражданин может потребовать от государства защиты своих законных интересов, обеспечения и создания условий реализации своих прав и интересов, одновременно неся определенные обязательства перед государством. И в этом контексте государство обязано действовать исходя именно из интересов гражданина.<sup>5</sup>

Понятие гражданства является довольно объемным. Различны мнения и точки зрения относительно определения понятия гражданства. Европейская конвенция “О гражданстве” устанавливает, что гражданство означает правовую связь между личностью и государством, и не указывает этническое происхождение этой личности.<sup>6</sup> Гражданство устанавливается и Межамериканским судом по правам человека как та политическая и правовая связь, которая связывает личность с данным государством узлами преданности и верности, давая ему право пользоваться дипломатической защитой этого государства.<sup>7</sup> В нашем законодательстве о гражданстве понятие гражданства отсутствует. В Законе РА “О гражданстве РА” содержание статьи под заглавием “Гражданство РА” не совсем соответствует имеющемуся в статье истинному изложению. В данном в законе понятии гражданина, как несущего гражданство субъекта, отсутствует, однако, истинное понятие гражданства. Думаем, было бы правильным,

<sup>1</sup> Ведущий специалист экспертно-аналитического отдела юридическо-консультационной службы (управления) аппарата Конституционного Суда Республики Армения, аспирант юридического факультета ЕГУ

<sup>2</sup> См. Лукашева Е.А., Права человека учебник для вузов, М., 1999, стр. 107.

<sup>3</sup> См. Матузов Н.И., Личность, права, демократия, Саратов, 1972, стр. 72.

<sup>4</sup> См. Гаагская конвенция “О гражданстве”, 1930г., статья 1.

<sup>5</sup> См. Авакян С.А., Конституционное право, энциклопедический словарь, Москва 2000, стр. 168.

<sup>6</sup> См. Европейская конвенция “О гражданстве”, 1997г., статья 2, пункт “а”.

<sup>7</sup> См. “Кастилло Петруцци против Перу”, 1999г., МАСПЧ (ряд С) число 52

чтобы в законе четко было указано, что является гражданством, давалось его понятие таким образом, как поступили многочисленные государства. В частности, в законе России о гражданстве дано следующее понятие гражданства: гражданство является стабильной связью гражданина с РФ, которая выражается в единстве их взаимных прав и обязанностей.<sup>8</sup> Обобщая все сказанное можем дать следующее более объемное определение гражданства: гражданство – это стабильная правовая связь личности с государством, основанная на юридическом признании государством данной личности в качестве своего гражданина, что в установленных законом случаях приводит к возникновению для государства и гражданина взаимных прав, обязанностей и ответственности, а также связь, которая основана на признании и уважении достоинства, основных прав и свобод человека. При осуществлении задач, связанных с гражданством, государства руководствуются рядом принципов, которые по содержанию можно разделить на две группы: а) общие принципы – “право на кров”, “право на землю” (которые применяются всеми странами) и б) частные принципы (которые применяются отдельными странами – согласно целесообразности).<sup>9</sup>

Двойное гражданство является особым статусом личности, который связан с обстоятельством наличия у него гражданства одновременно двух государств.<sup>10</sup> Лица, которые имеют такой статус, называются бипатридами (по латыни - bis- двойной и на греческом – patridos – родина). Европейская конвенция 1997г. “О гражданстве” устанавливает, что многократное гражданство означает наличие у одного и того же лица одновременно двух или более гражданств (пункт б) статьи 2). Согласно статье 13.1 Закона РА “О гражданстве” двойным гражданином является лицо, которое имеет более чем одно гражданство. Двойным гражданином Республики Армения считается лицо, которое кроме гражданства Республики Армения имеет гражданство другого государства (другой страны). Двойной гражданин Республики Армения имеет все права, предусмотренные для гражданина Республики Армения, и несет обязанности и ответственность, предусмотренные для гражданина Республики Армения, за исключением случаев, предусмотренных международными договорами или законами РА. Между тем, Республика Арме-

ния не заключала какой-либо международный договор о двойном гражданстве с каким-либо государством, и в рамках законодательства РА не действует принцип равноправия двойных граждан и граждан, в частности, в вопросе политических прав. Вышеупомянутая статья 13.1 Закона РА “О гражданстве” фиксирует также, что гражданин Республики Армения в случае принятия или получения гражданства другого государства обязан в месячный срок сообщить об этом уполномоченному органу Правительства Республики Армения в порядке, установленном Правительством Республики Армения. Нарушение этого обязательства по законодательству РА влечет административную или уголовную ответственность в зависимости от субъекта. Следует также отметить, что статья 195<sup>2</sup> Кодекса РА об административных правонарушениях сформулирована в недостаточной мере, так как в этой статье отсутствуют слова “в установленный законом срок”.

Некоторые вопросы, касающиеся двойного гражданства, связаны также с избирательной системой. С внесением в Избирательный кодекс РА соответствующих изменений право участия двойного гражданина РА в выборах РА было обусловлено не фактом его постоянного проживания в РА, а всего лишь обстоятельством его нахождения на территории РА во время голосования и состояния на учете в РА. Так, Избирательный кодекс РА фиксирует, что голосование проводится только в участковых центрах, сформированных на территории РА, с 08.00 до 20.00 часов, за исключением случаев, установленных Избирательным кодексом РА<sup>11</sup>, а исключением не касается двойных граждан. То есть, не только двойные граждане, но и все граждане РА могут участвовать в выборах РА, находясь на территории РА. Для того, чтобы не создавать лишних проблем, можно было найти другие способы решения вопросов, связанных с избирательным правом двойных граждан, в частности, предоставить активное избирательное право только постоянно проживающим в РА двойным гражданам, то есть тем двойным гражданам, которые имеют более тесные связи с Республикой Армения и озабочены ее судьбой.

Определенные проблемы имеются и в связи с воинской обязанностью двойных граждан. На решение проблемы, связанной с воинской обязанностью двойных граждан, был направлен Закон РА “О внесении дополнения в Закон РА “О воинской обязанности”, принятый 26 февраля 2007 года, которым в Закон РА “О воинской обязанности” было внесено дополнение, согласно которому гражданин другого государства, принявший гражданство РА, освобождался от обяза-

<sup>8</sup> См. Закон «О гражданстве РФ», статья 3.

<sup>9</sup> См. Конституционное право Республики Армения, учебник для вузов, 4-е дополненное издание (ред.-Н. А. Айнзавлян), Издательство ЕГУ, Ереван 2008г., стр. 357.

<sup>10</sup> См. Черниченко С. В., Двойное гражданство и права человека в контексте взаимоотношений России с другими членами СНГ (Актуальные проблемы гражданства. Материалы международной научно-практической конференции по проблемам гражданства), Москва 1995, стр. 123.

<sup>11</sup> См. Избирательный кодекс РА, ст. 54.

тельной военной службы, если до принятия гражданства РА не менее чем 12 месяцев проходил службу в Вооруженных силах другого государства или не менее чем 18 месяцев проходил альтернативную военную службу в другом государстве, за исключением государств, определенных Правительством РА. Наряду с этим Закон РА “О воинской обязанности” фиксирует, что гражданин РА, принявший гражданство другого государства, не освобождается от обязательной военной службы в Республике Армения, независимо от того обстоятельства, служил ли он в другом государстве или нет. Двойной гражданин не освобождается от мобилизации и учебных сборов.<sup>12</sup> Закрепление такой нормы также оправдано и следует из интересов национальной безопасности РА. Серьезную проблему представляет также уточнение правового статуса двойных граждан во время вооруженных конфликтов. Более того, ситуация еще более осложняется, когда в качестве конфликтующих сторон выступают два государства гражданства лица. Законодательство РА также не уточняет правовой статус двойного гражданина во время вооруженного конфликта.

Определенные трудности возникают в сфере межгосударственных отношений в вопросах дипломатической или консульской защиты лиц, имеющих двойное гражданство. Первая проблема заключается в том, что дипломатическая или консульская защита государством своего собственного гражданина будет менее эффективной от того государства, гражданство которого также имеет это лицо. Другая проблема связана с вопросом, какому гражданству придать приоритет, и, соответственно, какой правовой режим изберет третье государство отношении находящегося на его территории двойного гражданина?<sup>13</sup> Возможность оказания двойному гражданину дипломатической или консульской защиты государством его гражданства зависит от того, каким из двух принципов – равенства гражданства или эффективного гражданства, – будет руководствоваться в этом вопросе. Считаем, что проблемы, связанные с дипломатической или консульской защитой двойных граждан, также целесообразно разрешать главным образом при посредстве международных договоров. В вопросе дипломатической или консульской защиты двойных граждан следует руководствоваться принципом “эффективного гражданства”, то есть, право оказания двойному гражданину дипломатической или консульской защиты имеет государство, с которым двойной гражданин связан более тесно.

Хочется обратиться еще к одному вопросу. В статье 13.1 Закона РА “О гражданстве” закреплены понятие двойного гражданства, основания и процедуры предоставления двойного гражданства. Следует отметить, что имеется определенное противоречие между Законом и статьей 30.1 Конституции РА, так как в Конституции РА закреплен только институт двойного гражданства, а согласно Закону предусматривается также множественное гражданство. Так, часть 2 статьи 13<sup>1</sup> Закона устанавливает, что двойным гражданином Республики Армения является лицо, которое кроме гражданства Республики Армения имеет также гражданство другого государства (другой страны). То есть, множественное гражданство как таковое конституционно не допускается, а Закон подверг это правовому регулированию.

В целях разрешения и надлежащего законодательного регулирования проблем двойного гражданства в РА необходимо осуществить правовое регулирование двойного гражданства главным образом международными договорами, и в этих целях осуществить активную работу по заключению международных договоров относительно двойного гражданства.

### III. Приобретение и прекращение гражданства

Согласно Конституции РА порядок приобретения и прекращения гражданства устанавливается законом. Статья 9 Закона РА “О гражданстве РА” устанавливает 7 оснований приобретения гражданства.

Лица, являющиеся по национальности армянами, приобретают гражданство РА в упрощенном порядке. Это является требованием Конституции РА, и это зафиксировано в Законе РА “О гражданстве РА”, согласно которому лица, являющиеся по национальности армянами, приобретают гражданство РА в упрощенном порядке. Конечно, закрепление такого положения желательно, однако здесь возникает вопрос, кто является армянином по национальности? То есть, как определить армянскую национальность какого-либо лица, которое желает стать гражданином РА в упрощенном порядке? В некоторых случаях доказательством того, что лицо является армянином по национальности, являлось то обстоятельство, что оно было крещено в другом государстве в армянской церкви. Это, конечно, не является полноценным решением проблемы, однако, если лицо еще в детском возрасте было крещено в армянской церкви, то это является своеобразным свидетельством духовной связи данного лица с армянским государством, армянской церковью. Одновременно считаем,

<sup>12</sup> См. Закон РА “О воинской обязанности”, ст. 3.<sup>1</sup>

<sup>13</sup> См. Heater D. *Citizenship: The Civic Ideal in World History, Politics and Educational*, London, New York: Longman, 1990, стр. 322.

что необходимо законодательным образом дать определение понятию “армянин по национальности”, установить, кто является армянином по национальности, как определять армянскую национальность лиц разработать и зафиксировать соответствующие механизмы, критерии, которые позволят ответить на вопрос, считается ли данное лицо армянином по национальности или нет? Это довольно сложная задача, предполагающая проведение глубокого и системного анализа.

Установлен также ряд оснований, при которых ходатайство лица о получении гражданства РА отклоняется. Придавая важность институту отклонения одновременно считает, что здесь имеет место другая проблема. Законом закреплено, что отклонение заявления на получение гражданства РА может не обосновываться. Это положение, можно сказать, нарушает права лиц, которые удовлетворяя требованиям закона могут получить отказ, не получая наряду с этим какого-либо обоснования этого. Считаем, что отклонение заявления на получение гражданства обязательно должно обосновываться, что исключит дискреционный подход, и лицу станет ясно, какие конкретные законодательные требования заложены в основу отклонения заявления.

Если гражданство является стабильной правовой связью лица с государством, то прекращение гражданства является утратой этой правовой связи. Так как гражданство представляет из себя правовую связь между двумя сторонами, то такая стабильность обеспечивается совпадением воли гражданина и государства. В случае отсутствия такого совпадения связанные с гражданством отношения могут прекращаться по желанию одной из сторон. В социальном аспекте прекращение гражданства по воле лица предоставляет ему возможность поиска новых приемлемых для него других человеческих групп.<sup>14</sup> По изучении законодательств различных государств можно утверждать, что это происходит по ряду оснований. Что касается прекращения гражданства РА, то это является утратой правовой связи лица, что согласно Закону РА “О гражданстве РА” возможно по следующим основаниям: а) вследствие изменения гражданства; б) вследствие приобретения гражданства на основании ложных сведений или подложных документов; в) на основании международных договоров РА; г) по другим основаниям, предусмотренным Законом (статья 23). До того как обратиться к указанным основаниям отметим, что лицо утрачивает гражданство РА вследствие прекращения гражданства. Отказ от гражданства РА или принятие

гражданства другого государства само по себе не влечет утрату гражданства РА.

Из оснований прекращения гражданства РА выберем предметом рассмотрения институт изменения гражданства. Изменение гражданства может осуществляться двумя способами: посредством выхода из гражданства и принятия гражданства другого государства. Выход из гражданства может иметь место только по желанию гражданина. В статье 24 Закона записано, что каждый гражданин, которому исполнилось 18 лет, вправе в любое время изменить свое гражданство, то есть, выйти из гражданства РА или приобрести гражданство другого государства. Если выход из гражданства может иметь место только по желанию лица, то приобретение гражданства другого государства не всегда происходит по желанию лица. Различие принципов приобретения и прекращения гражданства в разных странах оказывают существенное влияние на решение этой проблемы. Зачастую лицо независимо от своей воли может в состоянии как негражданства, так и множественного гражданства. Это может иметь место также в том случае, когда личность отказалась от своего прежнего гражданства сознательно, с благими намерениями, имея целью обратиться за другим гражданством, однако не имела возможности сделать это впоследствии и осталась в состоянии безгражданства.<sup>15</sup> Конвенция “О сокращении безгражданства”, к которой присоединилась и РА, фиксирует, что утрата гражданства или отказ от гражданства должны быть обусловлены предварительным приобретением или обеспечением приобретения другого гражданства. Законодательство о гражданстве должно обеспечивать, чтобы ни один гражданин не мог отказываться от своего гражданства без приобретения другого гражданства или получения официального письменного заверения от соответствующих властей о том, что получит другое гражданство. Это относится и к статье 24 нашего Закона, которая позволяет выход из гражданства РА и приобретение гражданства другого государства. Государство должно предпринимать меры, чтобы гражданин выйдя из гражданства РА не становился негражданином. То есть, в наш Закон также, по нашему мнению, следует внести соответствующий механизм. Согласно Российскому закону о гражданстве заявление о выходе из гражданства РФ отклоняется, если гражданин не имеет гражданство другого государства или гарантию его приобретения. Думаю, что было бы целесообразным установление такого положения также в нашем Законе, что станет профилактической мерой для того, чтобы лицо не стало негражданином утратив граждан-

<sup>14</sup> См. Белкин А. А. О некоторых доктринальных вопросах института гражданства. // Правоведение 1995, N 6, стр. 12.

<sup>15</sup> См. Избирательный кодекс РА, ст. 54.

ство РА. Далее Конвенция фиксирует, что государства должны внести положения, которые позволили бы приобретение гражданства вновь, если лица утратили или не приобрели другое гражданство. Таким положением можно считать наличие института восстановления гражданства в Законе РА “О гражданстве РА”.

Статья 13 Закона РА “О гражданстве РА” в настоящем ее регулировании устанавливает, что лицу, получающему гражданство Республики Армения, выдается Конституция Республики Армения. Согласно предыдущему регулированию лицу, получающему гражданство Республики Армения, выдается Конституция Республики Армения и разработанное уполномоченным органом Правительства Республики Армения информационное руководство об особенностях законодательства Республики Армения. Думаем, что прежнее регулирование было более целесообразным и разумным, так как гражданин вправе быть осведомленным о своих вытекающих из гражданства правах и обязанностях для их реализации в полном объеме. Лицо с момента получения гражданства должно быть хорошо осведомленным относительно возможности и меры своего участия в отношениях личность-государство и соответственно этому принимать участие в деле управления государством.

#### IV. Заключение

По результатам изучения в настоящей работе правового регулирования в РА, относящегося к гражданству, приходим к следующим заключениям:

1. Осуществлять правовое регулирование двойного гражданства главным образом согласно международным договорам и проводить активную работу по заключению международных договоров о двойном гражданстве.
2. В законодательстве РА о двойном гражданстве отсутствует понятие гражданства. Указанное, конечно, не является проблемой или пробелом в законодательстве, и это больше всего необходимо рассмотреть в научно-теоретической плоскости.
3. Необходимо законодательным образом дать определение относительно лиц - армян по происхождению, установить, как определять лиц. Являющихся армянами по происхождению, или разработать и зафиксировать механизмы, критерии, которые позволили бы ответить на вопрос, является ли данное лицо армянином по происхождению или нет?
4. Установить, что отклонение заявления о получении гражданства обязательно должно быть обоснованным, что исключит дискреционный подход, и лицу

станет ясно, какие конкретные законодательные требования заложены в основу отклонения заявления.

5. Статья 13 Закона РА “О гражданстве РА” в настоящем ее регулировании устанавливает, что лицу, получающему гражданство Республики Армения, выдается Конституция Республики Армения. Считаем, что кроме Конституции Республики Армения гражданину должно выдаваться и разработанное уполномоченным органом Правительства Республики Армения информационное руководство об особенностях законодательства Республики Армения.
6. Конституция РА фиксирует только институт двойного гражданства, а согласно закону предусматривается также множественное гражданство. Так, часть 2 статьи 13.1 Закона РА “О гражданстве РА” устанавливает, что двойным гражданином Республики Армения считается лицо, которое кроме гражданства Республики Армения, имеет также гражданство другого государства (другой страны). Считаем, что указанное положение должно быть приведено в соответствие с конституционной нормой.
7. Часть 2 статьи 24 Закона РА “О гражданстве РА” дополнить пунктом 5, согласно которому заявление гражданина о выходе из гражданства РА отклоняется, если гражданин не имеет гражданства другого государства или гарантию его приобретения (или официального письменного заверения соответствующих властей о том, что получит гражданство данного государства). Это новое положение явится профилактической мерой для того, чтобы гражданин не стал негражданином, лишившись гражданства РА.

Марине Чкония<sup>1</sup>

## Конфликт норм в предпринимательских правовых отношениях и механизмы его устранения путём совершенствования законодательства

### I. Общий обзор

Нормы материального права наделяют участников правовых отношений определёнными правами и обязанностями. Механизмы их реализации приводятся в процессуальных нормах. Осуществлению предоставленных законом прав препятствует конфликт норм, являющийся основным условием развития права и демократического законодательства. В случае конфликта материальных норм различных отраслей права имеет место коллизия. При возникновении конфликта между материальными и процессуальными нормами создаётся угроза реализации предоставленных законом прав. Конфликт норм в статье рассматривается на примере предпринимательских правовых отношений. Приводятся возможности решения данных проблем. Использована правовая практика. Главные акценты сделаны на спорных и бесспорных отношениях, возникающих между субъектами предпринимательского права. Дается анализ проблем отдельных норм Закона Грузии «О предпринимателях», жизнеспособность которых зависит от процессуальных норм гражданского права. Выявлены пробелы в законодательстве и пути их устранения.

### II. Введение

Главой второй Конституции Грузии наряду с принципом защиты основных прав свобод человека признается обязательство государства содействовать свободному предпринимательству и развитию конкуренции. В предпринимательскую деятельность государство вмешивается только путём правового регулирования и разрабатывает гарантии свободы предпринимательской деятельности в виде отдельных законов, среди которых главенствующее место занимает Закон Грузии «О предпринимателях», что оправданно, поскольку данный акт считается конституцией предпринимательской деятельности.

Законом Грузии «О предпринимателях» регулируются

организационно-правовые формы предпринимательской деятельности и определяется понятие предпринимательской деятельности, согласно которому: «Предпринимательской деятельностью считается правомерная и неоднократная деятельность, осуществляемая с целью извлечения прибыли самостоятельно и организованно» (статья 1).

Приведённое в законе определение носит правовой характер. Существует также экономическое определение предпринимательской деятельности, согласно которому: «Предпринимательская деятельность – это инициативная независимая хозяйственная деятельность граждан, целью которой является получение прибыли»<sup>2</sup>.

Существенного различия между правовым и экономическим определениями не существует. В обоих случаях признается, что предпринимательская деятельность является выделенной, совместной, инициативной и свободной, однако зарегистрированной согласно действующему законодательству, осуществляемой на собственный риск деятельностью с целью извлечения прибыли.

Для начала предпринимательской деятельности будущей предприниматель должен выбрать по своему усмотрению организационно-правовую форму предприятия и зарегистрировать его в установленном порядке. Предпринимательский реестр имеет огромное значение с точки зрения ведения предпринимательской деятельности. Предпринимательский субъект, зарегистрированный в установленном законодательством порядке, начинает правовую и экономическую деятельность, в частности регулирует внутрикorporативные отношения между партнёрами, заключает сделки с третьими лицами и соответственно принимает на себя обязательства по отношению к ним.

Организационно-правовая форма, формирование уставного капитала, данные о партнёрах и руководящих лицах предприятия зачастую имеют решающее значение в отношениях с третьими лицами, поскольку любая деятельность сопряжена с определённым риском, и для участников отношений желательно, чтобы этот риск был сведён к минимуму.

С 1 марта 1995 года вступил в силу новый Закон Грузии «О предпринимателях», согласно статье 4.1 которого обязанность регистрации предприятий была возложена на суды, при которых был создан реестр предпринимателей.

В результате переноса функции регистрации предприятий в суды сформировалась важная практика с точки зрения разрешения предпринимательских спо-

<sup>1</sup> Директор НИУЛ «Гиацинт» (непредпринимательского юридического лица «Открытый круг»), докторант факультета бизнес-инжиниринга Грузинского технического университета.

<sup>2</sup> Экономический словарь, издательство Тбилисского государственного университета, под руководством А. Силагадзе, 2001, с. 477.

ров и формирования корпоративного права вообще. Во введённом в действие 15 мая 1999 года новомгражданском процессуальном законодательстве специальная глава отводится регистрации предприятий в порядке бесспорного производства. Несмотря на названные позитивные факты, суды первой инстанции были серьёзно перегружены проблемами, связанными с регистрацией предприятий. На практике даже утвердился институт регистрирующих судей.

Ещё 14 мая 1981 года **Комитетом министров Совета Европы были приняты Рекомендации № R (86) государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию**. Согласно дополнению к рекомендации № R(86) 12 был сформулирован перечень вне судебных функций, от которых следовало освободить судей некоторых стран. В число этих функций вошёл также реестр предприятий<sup>3</sup>.

Грузия учла указанные рекомендации лишь в 2005 году. Ведение реестра предпринимателей было поручено налоговым органам. Соответственно, изменения были внесены в целый ряд законов, в том числе и в Закон Грузии «О предпринимателях», Налоговый кодекс Грузии и Гражданский процессуальный кодекс Грузии. Из главы о бесспорном производстве в Гражданском процессуальном кодексе были полностью исключены нормы, регулировавшие регистрацию предприятий и связанные с ней вопросы, что повлекло нежелательные последствия, которые стали предметом дальнейшего обсуждения на основе анализа конкретных случаев.

При обзоре корпоративного права отдельные специалисты высказывают мнение о том, что гражданское право вообще и предпринимательское право в частности в значительной степени испытывают влияние правовых теорий континентальной Европы, в особенности немецкого права, что делает возможным обмен опытом и сокращает затраты на интерпретацию закона судебными решениями и теорией права<sup>4</sup>.

Мы не можем согласиться с высказанным соображением по следующим причинам:

действительно, грузинское предпринимательское право весьма приближено к немецкому законодательству, однако влияние немецкой теории права не прослеживается ни при вынесении судебных решений, ни при интерпретации закона теоретиками права.

Толкование норм имеет значение тогда, когда налицо расплывчатость (неясность) норм. Нормы, содержание которых однозначно, не требуют толкования. Все имеющиеся на сегодняшний день комментарии избе-

гают толкования именно неясных норм, из-за которых в первую очередь и ведутся споры в судебной практике.

Подобные неясные нормы во множестве представлены в законе о предпринимателях. Главную проблему представляет вопрос давности, права руководителей предприятий и конфликт прав партнёров, владеющих в предприятии малыми долями. Данные проблемы не могут сократить затраты на интерпретацию закона, тем более, что функцию разрешения проблемы толкования неясных норм возложили на себя лишь юристы-практики, в частности судьи и адвокаты.

В Верховном Суде Грузии утвердился институт обобщения практики и рекомендаций, посредством которого осуществлялось толкование неясных норм. Впрочем, Верховный Суд в основном обобщает проблемы по делам, поступившим в кассационную инстанцию. При этом данное судьями толкование зачастую бывает неприемлемо для сторон и их адвокатов. С 2007 года по сей день в закон о предпринимателях вошло не одно фундаментальное изменение. Упрощены процедуры регистрации, из закона вообще исключено понятие уставного капитала, расширен круг субъектов предпринимательской деятельности, к их числу добавился институт предпринимательского кооператива. В законе появились новые термины – «компания» и «корпорация», установлены новые основы ответственности партнёров, в законе появилась запись, согласно которой свидетельство о государственной и налоговой регистрации предприятия является административно-правовым актом (впрочем, это само собой подразумевалось) и другое.

Можно сказать, что налицо совершенно отличный от прежнего закон, согласно которому на первый взгляд различные процедуры представлены гражданскому обществу в более упрощённом виде. Однако следует отметить, что упрощение процедур одновременно с этим не означает упрощения решения споров и претензий, возникших из предпринимательских отношений. Жизнеспособность любой правовой нормы проявляется в ее применении на практике. Допущенные при создании нормы ошибки или имеющиеся в ней пробелы, как правило, проявляются при разрешении споров, то есть тогда, когда возникает необходимость в толковании нормы, ее приспособлении и применении к отдельным случаям.

То обстоятельство, что законом более не регулируются вопросы исключения партнёров из общества, само по себе не означает, что подобных споров уже не существует.

К сожалению, в Грузии не сработала должном уровне институт внесудебного урегулирования споров, ввиду чего большая часть споров перемещается

<sup>3</sup> Рекомендации № R (81) 7 Комитета министров государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию от 14.05.1981, добавление к рекомендации № R (86) 12.

<sup>4</sup> «Корпоративное право в Грузии», Кетеван Бетанели, Майк С. Массбаум, журнал «Обзор грузинского права», т. 6, №2-3, 2003, с. 278 (на груз. яз.).

в суд. Указанные затруднения возникают именно при составлении исков и вынесении решений.

### **III. Особенности рассмотрения дел о предпринимательской деятельности**

Не все споры, возникающие из правовых отношений, должны рассматриваться как предпосылки к возбуждению иска. Право обращаться в суд с иском является гарантированным Конституцией Грузии правом, подразумевающим, что каждый человек имеет право обращаться в суд за защитой своих прав и предусмотренных законом интересов.

Указанная конституционная норма была подкреплена нормами гражданско-процессуального права, однако для реализации данного права необходимы предпосылки для возбуждения иска. У лица должны быть предусмотренные законом интересы или право, за защитой которых оно вправе обратиться в суд.

На первый взгляд, данный принцип не сложен для восприятия, однако если обратиться к судебной практике, то станет очевидно, что значительная часть исков возбуждена с нарушением данного принципа. Большинство спорящих сторон стремится посредством суда приобрести право, которым не обладает по закону, или же старается обосновать, что имеет интерес, за защитой которого обращается в суд, однако при этом забывает, что данный интерес должен предусматриваться законом. Порой даже сам суд забывает об этом, что влечёт неоправданные затраты и потерю времени.

Вышеуказанная проблема особенно остро стоит при разрешении споров в области предпринимательского права, поскольку каждому субъекту предпринимательского права предоставлены строго определённые законом права и обязанности. На практике встречается много случаев, когда иск возбуждается для защиты права, которым не обладает и не может обладать тот или иной субъект предпринимательского права.

В предпринимательском праве строго определяются права, предоставленные участникам предпринимательских отношений. В некоторых случаях защита данных прав возможна путём возбуждения иска, а в некоторых случаях возникает необходимость разрешения спора во внесудебном порядке, однако в результате изменений, вошедших в Гражданский процессуальный кодекс, участники предпринимательских отношений были лишены такой возможности. Если детально рассмотреть Закон Грузии «О предпринимателях», отношения регулируемые предпринимательским правом, можно подразделить на внутрикорпоративные отношения и отношения с третьими лицами, а с точки зрения процессуального права – на исковое производство и бесспорное производство.

С точки зрения бесспорного производства интерес представляют внутрикорпоративные отношения. По нашему мнению, в отношениях с третьими лицами недопустимо использовать бесспорное производство, поскольку между ними и субъектами предпринимательской деятельности могут возникать только судебные споры.

Закон о предпринимателях признает такие термины, как «иск», «заявление» и «претензия». В качестве примера можно сослаться на часть 8 статьи 14.2, статью 24, части 5 и 7<sup>1</sup> статьи 53, статью 56 закона и т.д. Согласно указанным статьям в суде может быть возбуждён иск. В статьях 9, 36 и 53.4 делается акцент на заявлении, а статьей 15 предусматривается претензия. Соответственно иски в предпринимательском праве можно подразделить на:

Внутрикорпоративные споры – споры, возникающие в ходе регистрации предприятий, споры между партнёрами, споры между партнёрами и директорами, споры между наблюдательными советами и директорами, а также споры, возникающие исходя из принимаемых обществом решений.

### **IV. Иски общества против третьих лиц или, наоборот, иски третьих лиц против общества**

В качестве примера внутрикорпоративных споров можно рассмотреть спор по поводу факта регистрации предприятия. Предприятие начинает существовать со дня его регистрации в налоговом органе, таким образом, все правовые отношения для предприятия возникают только после включения предприятия в единый реестр предпринимателей.

Согласно статье 5.8 Закона Грузии «О предпринимателях», действовавшей до внесения изменений от 24 июня 2005 года: «Если предприятие зарегистрировано, но не удовлетворяет требованиям регистрации, либо данные условия позднее перестают существовать, регистрация отменяется, если ошибка не будет исправлена в трехмесячный срок. Регистрация может быть отменена также на основании иска третьего лица». То есть претензия к правильности регистрации до внесения изменений была выведена за пределы внутрикорпоративных отношений. Данное установление закона давало суду возможность оспаривания правильности регистрации предприятия в порядке бесспорного производства, а партнёрам или третьим лицам – в исковом порядке.

Спор о правильности регистрации действующим в настоящее время гражданским процессуальным законодательством вообще исключается. Впрочем, то обстоятельство, что решение налогового органа о ре-

гистрации предприятия является решением административного органа, согласно пункту «а» части первой статьи 2 Общего административного кодекса Грузии, даёт основание для начала административного спора. Подобный спор не может рассматриваться в качестве предпринимательского спора, и иск может быть возбуждён только в отношении административного органа. Предметом спора могут стать фирменное наименование, необходимые для регистрации данные, представительские полномочия и другое, а также соответственно, все изменения, связанные с перечисленными данными.

Все вышеотмеченные вопросы рассматриваются до осуществления регистрации на собрании партнёров, общем собрании и заседании наблюдательного совета предприятия. В особенности это касается осуществления изменений в регистрационные данные уже зарегистрированным предприятием. Решения об изменениях принимаются высшим органом управления общества, и, соответственно, оспариваться могут не сама осуществлённая регистрация, а основания данной регистрации.

Согласно комментариям к гражданскому процессуальному праву «в иске чётко, ясно и исчерпывающе должно быть указано, чего истец требует от ответчика. Согласно гражданскому процессуальному кодексу существуют искитрёх типов: исполнительные иски или иски о присуждении, преобразовательные иски и установительные иски (иски о признании)»<sup>5</sup>.

Подобная классификация исков относится к виду процессуально-правовой классификации. На практике важнейшее значение имеет материально-правовая классификация исков, поскольку процессуальные нормы в первую очередь вступают в противоречие именно с нормами материального права, и остаётся вакуум, который стороны и суд стремятся

восполнить подчас необдуманными и неоправданными аналогиями, различным толкованием материальных и процессуальных норм, что в конечном итоге приводит к неверной судебной практике.

Исками какого типа можно оспаривать, например, решение собрания партнёров общества с ограниченной ответственностью об отзыве директора и назначении нового директора. Предположим, на собрании партнёров было принято решение об отзыве директора и назначении нового директора. Отозванный директор при этом одновременно является партнёром общества. В соответствии с решением собрания были осуществлены изменения в предпринимательском реестре. Отозванный директор считает, что не существовало оснований для его отзыва, однако иск он вносит в суд

не с требованием об отмене изменений в реестровой записи, а с требованием отмены решения собрания партнёров. В случае удовлетворения иска принятое судом решение должно стать основанием для отмены существующей и восстановления прежней записи в реестре предпринимателей, поскольку решение регистрирующего органа основывалось непосредственно на решении собрания партнёров.

Таким образом, в результате осуществлённых изменений суд на первый взгляд освободился от предпринимательских споров, связанных с регистрацией предприятий, однако в результате исключения из закона записи об обращении в суд споры сами по себе не прекратились.

Решения, принимаемые регистрирующим органом в случаях со спорами подобного типа, являются просто фактом, и к данному юридическому факту претензий быть не может. Иное дело, когда регистрирующим органом в ходе регистрации была допущена ошибка. Принятое данным органом решение как административно-правовой акт будет оспариваться в суде в порядке административного производства.

Коммерческие юридические лица ориентированы на извлечение прибыли. При учреждении предприятий такого типа учредители связаны друг с другом особым доверием. Совместная деятельность учредителей, кроме того, что должна быть ориентирована на прибыль, основывается на взаимном уважении и доверии. К сожалению, данное обстоятельство само по себе не исключает возможности возникновения между учредителями недоверия и споров.

Согласно Закону Грузии «О предпринимателях» права партнёров строго определены законом установлены механизмы защиты данных прав. До внесения соответствующих изменений в закон, согласно статье 3.5 были определены основания исключения партнера из общества, которые увязывались с фактом невнесения вклада в ходе формирования уставного капитала. В особенной части закона, например, в статье 31 конкретизируются указанные в общей части основания исключения партнёров. Таким важным основанием могло стать обстоятельство, при котором партнёр умышленно или по грубой неосторожности нарушал возложенные на него существенные обязанности, если выполнение подобных обязанностей становилось для него невозможным. В результате данного установления закона сложилась богатая судебная практика, которая однако была полна определёнными противоречиями.

В ходе рассмотрения одного из дел кассационная палата Верховного Суда Грузии разъяснила, что «исключение партнера из общества допускается только в особых случаях и должно основываться на невозмож-

<sup>5</sup> Т. Лилуашвили, В. Хрустали «Комментарии к гражданскому процессуальному праву», 2004, сс. 302-304 (на груз. яз.).

ности выполнения исключаемым партнером обязательств перед другими партнерами»<sup>6</sup>.

Верховный суд также разъяснил, что решение об исключении партнера должно быть фактом, который подтверждается судом. То есть, несмотря на решение собрания партнёров, общество должно было обратиться в суд с иском, с тем, чтобы суд подтвердил целесообразность оснований исключения партнёра.

В результате осуществлённых изменений из статьи 3 Закона Грузии «О предпринимателях» было изъято понятие «исключения партнёра», однако согласно пункту 7: «Партнёры могут в предусмотренных уставом случаях определить порядок и сроки внесения вклада каждого из партнёров. В случае безрезультатного истечения срока партнёр, не осуществивший уплату, утрачивает долю и результаты частично выполненных обязательств, если уставом не установлено иное». Основания исключения партнёров тоже были исключены из закона, однако в результате данного изменения стала неясной запись в статье 3 закона.

Утрата партнёром доли – не что иное, как его исключение из общества. Утрата доли не может рассматриваться как автоматическое действие, поскольку имеется решение собрания партнёров, протокол учредительного собрания, запись в реестре предпринимателей и др.

Зачем законодателю понадобилось изымать из закона понятие «исключение партнёра»? Как нами уже отмечалось, согласно записи, существовавшей до осуществления изменений, было два варианта исключения партнёров: собрание партнёров принимало решение и обращалось в суд с требованием об исключении партнёра или же собрание принимало решение об исключении партнёра и осуществляло регистрацию соответствующих изменений.

Верховным судом рассматривалось дело, в котором вопрос об исключении партнёра был решён на собрании партнёров, и данное решение было положено в основу регистрации изменений. Верховный суд счёл, что «иск об исключении партнёра должен был быть возбуждён в суде. Решать вопрос об исключении партнёра в порядке бесспорного производства недопустимо. Исключение партнёра допускается только путём искового производства»<sup>7</sup>.

Подобный вывод ставил под сомнение независимость предпринимательского общества, способность высших органов управления предприятия принимать решения, суть обжалования решения собрания. Основанием для вышеприведённых заключений было не то обстоятельство, что исключение партнёра само

по себе подразумевает возникновение спора и поэтому следовало прибегнуть к исковому производству, а то, что данными заключениями признавался конфликт процессуальных норм и материального права, поскольку Гражданский процессуальный кодекс не давал возможности рассматривать данный вопрос в ином порядке.

Из главы о бесспорном производстве были изъяты нормы, связанные с регистрацией предприятий, а имевшиеся нормы о бесспорном производстве не позволяли рассматривать вопрос об исключении партнёра в данном порядке. Впрочем, в Законе Грузии «О предпринимателях» не содержалось прямых указаний на исковое производство. В законе утверждался термин «требование», что давало возможность различного толкования нормы участниками правовых отношений.

По нашему мнению, нормами однозначно должна устанавливаться форма обращения в суды. Норма материального права не должна вступать в конфликт с процессуальными нормами, ведь именно процессуальные нормы дают возможность гарантии защиты предоставленных материальными нормами прав и предусмотренных законных интересов.

Именно ввиду того, что реализация предусмотренных материальной нормой прав была процессуально невозможной (в данном конкретном случае – вопрос исключения партнёра из общества), и были внесены изменения в закон. Однако, изъятием из закона термина «исключение партнёра» разрешить данную проблему не удалось.

Утрата партнёром доли ввиду невыполнения обязательств подразумевает утрату партнёрства, однако законом не регулируется, с соблюдением каких именно процедур должна осуществляться утрата доли.

## V. Судебная практика в предпринимательском праве

«4 декабря 2007 года в коллегию по гражданским делам Тбилисского городского суда с иском заявлением обратилось ООО «А» с требованием об исключении из состава общества ООО «И.Т.Л» и регистрации соответствующих изменений в предпринимательском реестре. 28 ноября 2007 года на собрании партнеров ООО «А» было принято решение об исключении ООО «И.Т.Л» из числа партнеров общества. Обществу было поручено обратиться в суд с целью реализации решения собрания. По утверждению истца, согласно статье 7 устава ООО «А» партнёрам запрещалось осуществлять деяния, могущие причинить вред обществу. Ответчик же осуществлял деятельность, противореча-

<sup>6</sup> Определение Верховного Суда Грузии от 13 марта 2007 года №56-556-939-06, Тбилиси.

<sup>7</sup> Единообразная практика Верховного Суда Грузии.

щую интересам компании, в частности он полностью узурпировал правление, навязал грузинской стороне кабальные условия устава. Общество понесло финансовые убытки, вызванные его единоличным правлением. Кроме того, данное лицо вело несколько споров с обществом, тем самым причинив обществу не только имущественный ущерб, но и полностью деморализовав его.

Согласно решению коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 8 апреля 2009 года иск ООО «А» удовлетворен не был. Суд признал установленными следующие фактические обстоятельства:

1. 85% капитала ООО «А» владело ООО «И.Т.И.», а 15% - ООО «М.Т.К.».

2. 28 ноября 2007 года на собрании партнёров ООО «А» было принято решение об исключении ООО «И.Т.И.» из общества и распределении его доли между остальными партнёрами. Мотивация исключения партнёра из общества была следующей: отстранение ООО «М.Т.К.» от управления обществом, отсутствие успехов в хозяйственной деятельности, искусственное начало спора с ООО «А», возбуждение уголовного дела в отношении руководителей общества.

3. Ответчиками по иску, возбуждённому ООО «И.Т.И.», были ООО «М.Т.К.» и ООО «А».

4. В Тбилисском главном управлении следственного департамента Службы доходов Министерства финансов Грузии велось предварительное следствие по уголовному делу, возбуждённому по обвинению руководителей ООО «М.Т.К.» и ООО «А» в совершении преступления, предусмотренного статьёй 182 Уголовного кодекса Грузии.

5. Согласно информации, предоставленной Генеральным директором ООО «А», размер аккумулированного ущерба предприятия по состоянию на 1 января 2004 года составлял 7 437 659 лари.

Суд счёл, что ООО «А» не смогло представить достаточных доказательств, подтверждающих факт причинения убытков либо наступления вреда в результате деяний ответчика. Что же касается остальных указанных в иске обстоятельств (узурпирование правления, лишение права преимущественной закупки и т.д.), они не являлись законными основаниями для исключения партнёра из указанного общества.

Отмеченное решение в апелляционном порядке было обжаловано представителем ООО «А» А.Т., который потребовал отмены данного решения. Согласно определению палаты по гражданским делам Тбилисского городского суда от 1 октября 2009 года апелляционная жалоба ООО «А» не была удовлетворена, и решение коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 8 апреля 2009 года оставлено без изменений.

Апелляционный суд полностью согласился с фактическими обстоятельствами и правовым обоснованием, установленными судом первой инстанции, а также дополнительно отметил, что «Законом Грузии «О предпринимателях» предусматривается только одно основание для исключения партнёра из общества, установленное пунктом 3 статьи 5 этого закона, в данном же случае исключение ответчика из общества произошло не по указанному основанию».<sup>8</sup>

Пунктом 3 статьи 5 Закона Грузии «О предпринимателях» не предусматривалась запись, которая могла стать основанием для вынесения указанного решения. Только статьёй 31 и в частности статьёй 31.2 закона предусматривались основания для исключения партнёра из общества: «В случае, если партнёр умышленно или по грубой неосторожности нарушит возложенные на него обязанности перед обществом, и если выполнение таких обязанностей станет для него невозможным либо существует иное важное основание, суд по требованию других партнёров может вынести решение об исключении данного партнёра из общества».

К сожалению, Верховный Суд счёл кассационную жалобу недопустимой, тем самым отказавшись от формирования судебной практики по вопросу исключения партнёра из общества.

Приведём следующий казус из практики Верховного Суда Грузии:

ООО «К.И.-И.-2000» возбудило иск в суде требованием к агентству о внесении изменений в регистрационные данные. Ответчики не признали иск.

Согласно решению коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 18 января 2011 года иск не был удовлетворён, что было обжаловано истцом в апелляционном порядке. Согласно определению палаты по гражданским делам Тбилисского городского суда от 10 мая 2011 года апелляционная жалоба удовлетворена не была, а обжалованное решение городского суда оставлено без изменений ввиду следующих обстоятельств:

Апелляционный суд руководствовался пунктами 5, 7 и 41 статьи 3 Закона Грузии «О предпринимателях» и счёл, что указанным законом возможность исключения партнёра из общества прямо не предусматривается, однако установление пункта 7 статьи 3 этого же закона по своей смысловой нагрузке и правовым последствиям приравнивается к исключению партнёра из общества.

Подразумевается, что, несмотря на терминологические различия, соответствующим пунктом указанной статьи регулируется именно вопрос исключения партнёра из общества в случае полного или частичного невнесения вклада.

<sup>8</sup> <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>

Показательно, что регулирование этой жестатъей вопроса об исключении партнёров из общества относится к кругу вопросов, регулируемых уставом общества. Таким образом, закон пусть и в косвенной формулировке, но все-таки допускает исключение партнёра из общества.

Подобное регулирование в рассматриваемом случае содержится в уставе ООО «К.И.-И.-2000». В повестке дня стоит правовое регулирование вопроса о том, каким путём следует исключать партнёра из общества, поскольку согласно статье 3 Закона Грузии «О предпринимателях» указанное изменение приобретает законную силу в результате регистрации в публичном реестре.

Апелляционная палата разъяснила, что в Законе Грузии «О предпринимателях» не даётся однозначного ответа и по указанному вопросу, однако с учётом важности последствий исключения партнёра из общества, а также заострив внимание на том обстоятельстве, что исключение партнёра порождает определённые права и обязанности как общества, так и партнёра, палата сочла, что данное действие, разумеется, должно осуществляться на основании решения собрания партнёров, впрочем, регистрации изменений в публичном реестре должны предшествовать не только решение собрания партнёров, но и решение суда, которое установит легитимность исключения партнёра из ООО в результате полноценного изучения подлинной воли всех партнёров общества с ограниченной ответственностью и фактических обстоятельств.

Апелляционная палата сочла, что предпосылкой для исключения партнёра из общества является решение собрания партнёров общества об исключении, которое не влечёт исключения партнёра напрямую. Решение об исключении партнёра из общества должен принять суд на основании решения собрания партнёров.

Исходя из вышеотмеченного, в целях предотвращения злоупотребления полномочиями со стороны партнёров общества и защиты имущественных прав исключённого партнёра, палата признала установленной необходимость наличия судебного решения как одной из обязательных предпосылок регистрации в публичном реестре изменений, связанных с исключением партнёров, тем более, когда в обществе состоят 25 партнёров и дело касается исключения 24 из них.

Что же касается аргумента ООО «К.И.-И.-2000» о том, что все партнёры согласны с исключением из общества и никто из них не обжаловал протокол учредительного собрания от 27 июля 2010 года, палата сочла, что указанное обстоятельство весьма облегчит судопроизводство, и при условии согласия всех партнёров суд сможет принять решение на основании

согласия партнёров. Однако, несмотря на всеобщее согласие, внесение изменений в публичный реестр должно предваряться удостоверенной в судебном порядке волей партнёров и фактом подтверждения судом легитимности принятого партнёрами решения».<sup>9</sup>

Верховный Суд и по данному делу счёл кассационную жалобу недопустимой, и, таким образом, согласился с правовыми оценками апелляционной палаты, в частности признал подтверждённым то обстоятельство, что исключение партнёра допускается законом, несмотря на то, что этого термина в тексте закона больше нет. Суд счёл допустимым, что важные основания исключения носят оценочный характер и решающая роль при данной оценке принадлежит суду, тем более, что решение об исключении партнёра должно быть удостоверено судом.

## VI. Заключение

Приведёнными заключениями Верховного Суда Грузии и судов нижестоящих инстанций принижается независимость коммерческих юридических лиц и способность органов управления управлять обществом. Утрачивается смысл сама суть обжалования решения собрания общества.

Общество, которое однажды уже обсуждало вопрос об исключении партнёра на собрании партнёров, в обязательном порядке должно обращаться в суд с требованием об исключении партнёра, однако должно было быть наоборот. Исключённый партнёр, не согласный с решением собрания, должен был обжаловать его в суде.

Исходя из вышеотмеченного, следует заключить, что наличие конфликта между нормами процессуального и материального права и проблема неоправданных и частых изменений норм материального права. Те же проблемы возникают и в ходе процессуального использования правомочий, предоставленных партнёру, а также при начале процесса ликвидации общества. Считаю необходимым осуществить согласованные изменения в материальном и процессуальном законодательстве, которые дадут наделённым управяями лицу возможность воспользоваться предоставленными ему правами надлежащим образом.

<sup>9</sup> <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>

Норберт Берндорфф<sup>1</sup>

## Демократическое законодательство в Европе – Хартия Европейского Союза по правам человека и «Метод Конвента»

### I. Вступление

Своими заключительными заявлениями от 12 декабря 2013 г. по аргументам Верховного суда Ирландии<sup>2</sup> и Федерального Конституционного суда Австрии<sup>3</sup> в рамках предварительного запроса в Европейский Суд по правам человека, генеральный адвокат Педро Круз Виялон впечатлительно подчеркнул значение Хартии Европейского Союза по основным правам человека (EuGRCh), обращаясь к осознанию этого общественностью. В данных судопроизводствах Суд Европейского Союза (EuGH) занимался вопросами действительности Директивы 2006/24/EG<sup>4</sup> («Резервное сохранение данных») на основании масштабов ст. 7, 8 и 52 ч. 1 Хартии Европейского Союза по основным правам человека. Генеральный адвокат предлагает в судебном порядке признать недействительным данную Директиву, поскольку она в полном объеме несовместима со ст. 52 ч. 1 Хартии Европейского Союза по основным правам человека.

1 декабря 2009 г. – ровно десять лет со дня утверждения и подписания 17 декабря 1999 г. Брюссельской Конвенции по правам человека – вступил в силу Лиссабонский Договор. Правовую действительность приобрела, согласно ст. 6 ч. 1 (нового) Договора Европейского Союза, также и Хартия Европейского Союза по основным правам человека от 7 декабря 2000 г. в виде варианта, адаптированного 12 декабря 2007 г. в Страсбурге<sup>5</sup>. Таким образом, с 1 декабря 2009 г. появился еще один, новый текст по правам человека: Хартия Европейского Союза по основным правам человека. Речь идет о правовом тексте европейского первичного права, принципиально влияющего на все жизненные сферы – этим и предопределено его огромное значение. Правда, это не новая «Великая хартия вольностей», как эйфорично

была названа Хартия по основным правам человека при ее первой прокламации в Ницце 7 декабря 2000 г. Тем не менее, она имеет свое место наряду с другими важными документами по правам человека, такими как Всеобщая Декларация по правам человека, Международный Пакт по гражданским и политическим правам, Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Этот «двуугольник» защиты основных прав человека «Карлсруэ-Страсбург» превратился для нас, немцев, в «треугольник»: «Карлсруэ-Страсбург-Люксембург» – Бермудский треугольник, некогда с определенной насмешкой сформулированный бывшим Председателем Федерального Конституционного суда Германии г-жой Лимбах<sup>6</sup>.

Правовая действительность Хартии Европейского Союза по основным правам человека, а также пафос, с которым упоминают существование данной Хартии на различных саммитах, никак не могут обойти стороной наличие определенных проблем и противоречий в отношении значения этого нового текста по правам человека. Что же олицетворяет Хартия Европейского Союза по основным правам человека? Является ли она простым отображением того, что и так существует, или же она представляет собой, как и прежде, возможность для подготовки основы для создания Общеευропейской Конституции? Оценки в СМИ самые разнообразные: «Инжирный лист для брутальной глобализации», «Продукт чрезмерного прилежания», «Перечень простых политических пожеланий», «Декорация в европейской витрине», «Документ каталога европейских ценностей», «Визитная карточка Европы», или же «Краеугольный камень в истории европейского единства» – по выражению бывшего Федерального Министра иностранных дел Германии, *Йошки Фишера*. На этом фоне имеет смысл почти через 15 лет спустя после провозглашения и 5 лет после вступления в силу Хартии Европейского Союза по основным правам человека, вспомнить прошлое, заглянув за кулисы Брюссельской Хартии Европейского Союза по основным правам человека.

### II. Почему Европейский Союз нуждается в Хартии Европейского Союза по основным правам человека? – Повод и предыстория

В 70-ых годах прошлого столетия учитель государственного права *Рупп* назвал Европейское Сообщество «Господством без основных прав». Данное установление совпадало с реальностью в более ослабленном

<sup>1</sup> Автор является судьей Федерального социального суда в Касселе, Германия (этот суд является третьей судебной инстанцией по рассмотрению социальных споров) и главным редактором данного журнала.

<sup>2</sup> Производство C-293/12, ABJ EU 2012, Nr. C 258, 11.

<sup>3</sup> Производство C-594/12, ABJ EU 2013, Nr. C 79, 7.

<sup>4</sup> Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 15 марта 2006г. по резервному сохранению потребительских данных, возникаемых и обрабатываемых при предоставлении доступных общественных электронных телекоммуникационных средств или общественных телекоммуникационных сетей, по изменению Директивы 2002/58/EG, ABJ EG 2006, Nr. L 105, 54.

<sup>5</sup> ABJ EU 2007, Nr. C 303, 1.

<sup>6</sup> Данное понятие происходит от Ленца в его замечании по «Гибралтарскому решению» Европейского суда по правам человека от 18.02.1999, EuZW 1999, 311 f.

виде вплоть до новейшего прошлого. Договорами Рима (1957), Маастриха (1992) и Амстердама (1997), правда, была создана европейская государственная власть, оснащенная исполнительными и законодательными полномочиями. Однако отсутствует однозначное признание основных прав в виде писаного перечня основных прав человека. Как уже на раннем этапе установил Суд Европейского Союза, и что признается большинством государств-членов ЕС, европейское право является преимущественным по отношению к внутригосударственному праву. Ссылка на внутригосударственные основные права против европейских правовых актов было исключено и исключено по сей день, подобно защите основных прав посредством национальных конституционных судов. С другой стороны, унифицированное применение европейского права оказалось бы под вопросом в государствах-членах Европейского Союза. Это принцип, который давно признан в Европейском Союзе.

Отсутствие каталога основных прав человека вовсе не означает, что на европейском уровне существует дефицит защиты основных прав. Начиная с 1969 г. (дело «Штаудера»), Суд Европейского Союза создал систему защиты основных прав посредством судебного права, сначала довольно сдержанно, а в последствии все сильнее решительно. При этом суд ссылаясь на другие европейские правовые тексты, в первую очередь, на акты Совета Европы. В данном контексте следует, в первую очередь, упомянуть Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод от 1950 г. Европейскую социальную Хартию (ЕСХ) от 1961 г. Судебная практика Суда Европейского Союза была перенята Амстердамским Договором, однако не созданием перечня основных прав, а посредством простой ссылки на закрепленные ст.6 Договора о Европейском Союзе и в других местах основных прав (Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, национальные Конституции, в случае, если они соответствуют европейским стандартам).

Группа экспертов, задействованных Европейской Комиссией, сочла существующее правовое состояние, несмотря на связанные с Амстердамским Договором поправки, неудовлетворительным, сделав в 1999 г. следующие замечания: «Упомянутая система ссылок очень нечеткая и непродуктивная. Неясно, какое значение придается таким договорным текстам, не упомянутым в указаниях. Основные права подвергнуты опасности того, что их защита ограничится лишь обращением в органы Европейского Союза и государств-членов ЕС»<sup>7</sup>. Это было также единым мнением всех европейских органов и учреждений.

В европейской общественности постоянно возникает требование присоединения Европейского Союза, как объединения государств к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Таким вступлением Хартия Европейского Союза по основным правам человека, т. е. отдельно стоящий правовой текст потерял бы свое значение. Однако Суд Европейского Союза перекрыл своим заключением от 1996 г. эту возможность, ибо существовала необходимость внесения поправок и дополнений в Договор Европейского Союза. Долгое время не могло быть достигнуто соглашение по данному вопросу. Однако, между тем, преодолены правовые преграды. Ст. 6 ч. 2 (нового) Договора о Европейском Союзе предвидит обязательство присоединения Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и, тем самым, вступления ЕС в Совет Европы. Таким образом, удовлетворены конвенционально-правовые предпосылки данного вопроса.

### III. Содержательные и институциональные рамки – Кельн и Тампере

Общеизвестно, что инициатива создания Хартии Европейского Союза по основным правам человека связывается с председательством Германии Европейским Советом. В июне 1999 г. Европейский Совет, т. е. собрание глав государств и правительств Европейского Союза, поручил на своем заседании в Кельне компетентному органу выполнить данную задачу. Содержание и функции будущей Хартии основных прав человека были описаны соответствующим образом: «Подтвержденные и оформленные Судом Европейского Союза основные права должны быть сформулированы и упрочены». Принимая во внимание дословное значение решения, Европейский Совет намеревался скорее всего сохранять существующие правила, нежели создавать новые. Хартия должна была охватить три группы, или, согласно брюссельской терминологии, три «корзины» основных прав: классические права свободы, равенства и конституционные права (т.н. Первая корзина), права граждан ЕС (т.н. Вторая корзина) и экономические и социальные права (т.н. Третья корзина). Относительно вопроса о правовой действительности Хартии основных прав Кельнское решение было однозначным. «Должна ли и в какой форме Хартия быть включена в Договоры» - этот вопрос должен был быть подвергнут проверке лишь в после прокламации, во время следующей правительственной конференции (т.н. двухступенчатое производство).

Рабочие правила органа, впоследствии названного «Конвентом», были определены в октябре 1999г. на саммите в финском городе Тампере: Конвент объединял

<sup>7</sup> Отчет «Гарантии основных прав в Европейском Союзе – время действий», стр. 13 и последующие страницы.

62 члена и 4 наблюдателей (Суд Европейского Союза, Совет Европы – Европейский суд по правам человека). В его состав входило 15 Уполномоченных национальных правительств, 30 национальных парламентариев, 16 членов Европейского Парламента и один представитель Европейской Комиссии. Конвент возглавлял бывший Председатель Федерального Конституционного суда Германии, бывший Федеральный Президент Германии, представитель Федерального правительства Германии, проф. Роман Герцог, т.е. человек, имеющий двойную роль. Германский Бундестаг представляли Парламентарий Майер, в последствии прославившийся концепцией основных социальных прав и его заместитель, парламентарий и будущий министр окружающей среды, Альтмайер.

Желая сделать заключения и оценить Хартию Европейского Союза по основным правам человека, необходимо, в первую очередь, предусмотреть процедурные вопросы, связанные с конвентным производством. В свое время пресса извещала о том, что данное производство отмечалось всеми участниками, как успех. Данная оценка оправдана и вчера и сегодня: Давать Конвенту на рассмотрение Хартию Европейского Союза по основным правам человека – это был эксперимент. Конвент не был предусмотрен учредительными договорами Европейского Союза в качестве компетентного органа. Что же касается состава Конвента, то он, приблизительно на три четверти состоял из парламентариев и имел дополнительную, не существующую доселе парламентскую легитимацию. Именно поэтому специалист по европейскому праву Хильф положил модельный характер в основу данного производства, порекомендовав Европейскому Союзу подражание в дальнейшем ходе реформ<sup>8</sup>. В качестве стыковки к данной успешной истории 28 февраля 2002 г. возник Второй Конвент «Конвент на будущее Европы», который должен был разработать рекомендации для общеевропейской Конституции.

#### **IV. Консультации Конвента - технические процедуры, прозрачность, спорные вопросы**

Желая сделать своего рода мастерский и лабораторный анализ<sup>9</sup> консультаций Конвента, возникает необходимость ввода определенных ограничений. Можно затронуть очень много тем. Поэтому следует только мельком упомянуть проведенные в рамках восемнадцати заседаний Брюссельского Конвента дискуссии.

Роман Герцог внес значительный вклад в становление Хартии Европейского Союза по основным правам

человека, сопутствуя своей уравновешенной манерой удаче данного проекта. Хотя его задача была не из простых, ибо он имел двойную функцию. С одной стороны, как Уполномоченный Федерального правительства Германии, он представлял интересы Германии, а, с другой стороны, в качестве Председателя Конвента, он координировал интересы государств-членов Европейского Союза. После его назначения Председателем Конвента Герцог не смог осуществлять его первую функцию; Эта стало проблемой для Федерального правительства, ибо оно было лишено возможности внешнего рассмотрения ходатайств по поправкам и дополнениям на пленуме Конвента. Одновременно с этим, г-н Герцог довольно рано представил Конвенту разработанный им перечень основных прав человека, одним из первых распространив предложения для дискуссии. Герцог предъявил требование, в содержательном плане так образовать Хартию Европейского Союза по основным правам человека, чтобы она бы незамедлительно вступила в силу. Это было определенным противоречием к Кельнскому решению, однако имело огромное системное значение и воздействие на всех тех, кто обязательно хотел высказаться в Конвенте по правовой обязательности Хартии Европейского Союза по основным правам человека. Его заслугой было также, что Хартия Европейского Союза по основным правам человека по своей системности полностью опирается на Основной Закон Германии, имея человеческое достоинство своей исходной точкой: предложение о человеческом достоинстве как «материнское основное право».

В Германии конвентские консультации сопровождались живыми дискуссиями. Сотрудничество между немецкими членами Конвента было зеркальным отображением данной дискуссии в Германии. До конца мая 2000 г. все немецкие члены Конвента придерживались, несмотря на их партийную принадлежность, единой позиции по всем важным вопросам. Однако данное положение изменилось после того, как обе крупные партии Германии обнаружили их особые «коньки». Например, следует заметить только требование о закреплении основного права на Родину и защиту от изгнания, с одной стороны, и требование о приравнивании однополых браков и внебрачных сожительств к традиционным понятиям и формам брака и семьи, с другой стороны.

Насколько демократическим и прозрачным было конвенционное производство на самом деле? Данная тема принадлежала и принадлежит к менее обсуждаемым, и в то же время к щекотливым темам: Конвент основных прав человека работал без внутреннего распорядка. Очень сложно было установить мнения меньшинства и большинства в Конвенте. Для установления способности согласия с отдельными статьями или целиком с Хартией в пленуме не проходило жеребьевок. В

<sup>8</sup> FAZ vom 6.12.2000: «Парламенты в основной позиции».

<sup>9</sup> Ср. Журнал Die Zeit от 16.3.2000: «Сообщество ценностей Европа в лаборатории».

конечном итоге, все было компетенцией и, тем самым, ответственностью не публично заседающего Президиума, установить, насколько компромиссным был текст. Заключительные компромиссы все же рассматривались не на Пленуме, а в Президиуме Конвента. Только так можно было разъяснить, что поднятое с самого начала требование большинства о закреплении свободы искусства и науки, а также права на уклонение от обязательной военной службы месяцами не предусматривалось и было предусмотрено всего лишь на заключительной стадии консультаций Конвента. Маленькая история: в июне 2000 г. Президиум получил из рядов пленума 371 предложение по поправкам и дополнениям на 506 страницах по социальным основным правам. Уже день спустя Президиум отреагировал на этот поток ходатайств компромиссным документом, утверждая, что он предусмотрел все поправочные пожелания. Негодование в Пленуме было большим.

Конвенту основных прав должен всегда удаваться шпагат, будь то классические основные права, либо социальные основные права. Какие (крайние) позиции следовало сблизить?

В Европе имеет место активное противостояние, когда речь идет о намерениях относительно Хартии Европейского Союза по основным правам. Одни действительно придерживаются ее, а другие только лишь «бутафории». Также проходило и противостояние в Конвенте. Эйфоричные сторонники Хартии Европейского Союза по основным правам человека, в том числе, Европейские парламентарии, видели в Хартии инструмент большей европейской демократии, близости к гражданам и прозрачности, т. е. предварительной стадией общеевропейской Конституции. Данные усилия европейских парламентариев были не совсем бескорыстными, ибо Европейский Парламент обещал созданием новой Конституции рост собственных компетенций. Скептики сомневаются в необходимости Хартии, опасаясь, тем самым, что данный каталог ценностей в случае его закрепления в договорах был бы обжалуем гражданами Европейского Союза по отношению к собственным правительствам и возникали бы нежелательные национальные обязанности. К тому же, в пределах Конвента по основным правам появились интересные альянсы: например, французские и бельгийские Консерваторы, почти все Левые из скандинавских стран и британские Тори. Однако для такого подхода существовали самые разные причины. Представители скандинавских государств были озабочены тем, что их собственные, очень высокие стандарты основных прав могли быть «обесценены» довольно исключительно «средним» уровнем защиты по Хартии. Шли довольно длительные дискуссии в сфере защиты окружающей среды, ибо финны и шведы не антропоцентристы, а экоцентристы, желаю-

щие урегулирования данной сферы посредством усиления индивидуальных основных прав.

Знаменательным тормозом оказался Уполномоченный Британского правительства Лорд Гольдсмит, копые Тони Блеера в Конвенте. Желанием Британского правительства было, допустить минимум европеизации, не изолируя, при этом самого себя. Европейская пресса следующим образом отзывалась о британской позиции: Британцы, поддерживают статус свободной торговли, а не перечень основных прав человека. Однако упорство представителя Британского правительства имело еще одно веское основание. Почти никто не осознавал в Конвенте, что Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. была внедрена в английское право только в середине 2000 г. (Human Rights Act 1998). Данное обстоятельство следует объяснить традициями британского права, согласно которому британский законодатель не подлежал почти никаким правовым ограничениям. Нарушения законодателем Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод долгие годы не подлежали обжалованию британскими гражданами в судах собственной страны. Существовали определенные опасения, что обусловленные Human Rights Act-ом основополагающие изменения могли бы в значительной степени повлиять на британское право, если бы обязательной Хартией Европейского Союза по основным правам человека были бы внедрены дополнительные, более высокие стандарты основных прав человека.

Определенные симпатии к данной позиции имели и многие кандидаты в членство ЕС. Поскольку они за короткое время до этого внедрили Европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод в свои национальные правовые порядки, многие страны-кандидаты, возглавляемые Эстонией, также скептически относились к Хартии Европейского Союза по основным правам человека.

Какие содержательные противостояния определяли процесс дискуссии? Мне бы хотелось на основании отдельных основных прав показать, насколько чувствительными были иногда данные дискуссии.

### **1. Спор о т.н. современных основных правах человека или основных правах человека «нового поколения»**

Как бы удивительно ни звучало, Хартия Европейского Союза по основным правам человека в отдельных ее частях более актуальна, нежели Основной Закон Германии. Например, Хартия регулирует существующие в сфере информационной и геномной технологии новейшие угрозы посредством подробного положения о защите

данных (статья 8 Хартии Европейского Союза по основным правам человека), а также запрет евгенической практики и репродуктивного клонирования человека по ст. 3 ч. 2 Хартии Европейского Союза по основным правам человека. Современным в данном понимании является основное право на хорошее управление по ст. 41 Хартии Европейского Союза по основным правам человека.

Очень спорным является вопрос запрета клонирования. Согласно его дословному значению, ст. 3 ч. 2 Хартии Европейского Союза по основным правам человека запрещает т. н. репродуктивное клонирование человека. В данном предписании в особенности консервативные члены Конвента видели своего рода смягчение общего запрета клонирования, поскольку таким образом возникает угроза имплицитного допущения терапевтического клонирования. Обе формы клонирования нацелены на образование эмбрионов: Первая форма - с целью репродукции, а вторая – с целью научных исследований. Соответствующие критические замечания не были предусмотрены и в дальнейшем. До сих пор слышны голоса о том, что речь идет о «языковом трюке», открывающем двери для дальнейшего развития биотехнологии в будущем. Между тем, рассмотрение ценностей о прочих формах клонирования и принятие законодательных решений передано согласно ст. 3 ч. 2 Хартии Европейского Союза по основным правам человека на уровень государств-членов Европейского Союза<sup>10</sup>.

## 2. Спор об основных социальных правах человека

Европейское Сообщество возникло в качестве экономического объединения, ясно и четко ориентированного на свободное перемещение лиц, товаров, капитала и услуг. «Вдохнуть ему душу» и устранить социальный дисбаланс в Европейском Союзе являлось дной из первоочередных целей Хартии Европейского Союза по основным правам человека. Превращение экономического сообщества в сообщество ценностей, а также сообщества права в сообщество прав было постоянным предметом обсуждения во время консультаций Конвента. Много аплодисментов заслужило поэтому высказывание бывшей Председательницы Федерального Конституционного суда Германии г-жи *Лимбах*, Хартия, мол, может помочь «цивилизировать капитализм»<sup>11</sup>.

Сфера основных социальных прав таила в себе огромное количество взрывчатого вещества. В пределах Конвента были представлены все возможные позиции:

абсолютный отказ от закрепления социальных прав, закрепление социальных прав, как минимум, в качестве программных предложений, формулировка основных социальных прав в виде настоящих прав обслуживания против Европейского Союза и государств-членов ЕС. Против такого социального образования Хартии Европейского Союза по основным правам человека критики называли, в основном, следующий аргумент: Основные социальные права слишком дорогостоящи, поскольку они перегружают предприятия и государственную казну, а также подвергают угрозе «Европейское экономическое пространство». Кроме этого, наивысшее недоверие вызвало «право на трудовую деятельность», порой неправильно понимаемое и толкуемое, как «право на рабочее место».

Конвент по основным правам выбрал, в конечном итоге, золотую середину. В главе «Солидарность» (Раздел IV) довольно сдержанными формулировками признаются те основные социальные права, которые были стандартом в государствах-членах ЕС. Это бесспорно является заслугой представителя Германского Бундестага в Конвенте, *Майера*. Названное им «трехкомпонентной моделью» компромиссное предложение<sup>12</sup> было одобрено большинством Конвента. В области «Второго компонента» модель переняла типологию экономических и социальных основных прав международных социально-правовых пактов. Модель была ориентирована на разработанное представление о «разделении на три части обязательственных уровней», определяя «слои воздействия» экономических и социальных основных прав. Согласно данному пониманию, из каждого основного социального права вытекают три обязанности для государства-члена ЕС или же самого Европейского Союза: Обязанности уважения и соблюдения, защиты и содействия. Применяя это к праву на работу (трудовую деятельность) или же, согласно ст. 15 Хартии Европейского Союза по основным правам человека, к праву «работать», это означает: Обязанность уважения и соблюдения обеспечивает, что осуществление профессиональной деятельности не должно несоразмерно ограничиваться. Обязанность защиты, в большинстве случаев направленная против третьих лиц, принуждает к надлежащему законодательству для защиты против расторжения трудовых отношений и, тем самым, незаконного увольнения. Обязанность содействия должна способствовать стимулированию государств-членов ЕС к созданию биржи труда. Т. е. это не исполнительный,

<sup>10</sup> Ср. с Боровским вступительные и дальнейшие указания, в Майер, Хартия Европейского Союза по основным правам, комментарий, третье издание, 2011г., ст. 3, сноска на полях 46.

<sup>11</sup> FAZ от 8.7.2000.

<sup>12</sup> Ср. Для подробностей Берндорфф, Основные социальные права в Хартии Европейского Союза по основным правам – состояние дискуссии и концепция, VSSR 2001, 1, 10-ая и последующие страницы, Берндорфф – Хартия Европейского Союза по основным правам – необходимость, процесс и воздействия, NdsVBl. 2001, 177, 179 и последующие страницы.

а превентивный характер основных социальных прав<sup>13</sup>.

В завершение одно замечание: закрепление основных социальных прав в Хартии Европейского Союза по основным правам человека, т. е. т. н. Третьей корзины, было необходимостью для Конвента. Своим письмом от 27 апреля 2000 г. Комитет ООН по экономическим, социальным и культурным правам направил «Предупредительные указания» в адрес Председателя Конвента, *Романа Герцога*. В письме извещалось о том, что закрепление основных социальных прав в Хартии Европейского Союза по основным правам человека стало бы нарушением Международного Пакта<sup>14</sup> по экономическим, социальным и культурным правам от 16 декабря 1966 г.<sup>15</sup>

### 3. Спор о запрете смертной казни, право на убежище и право на защиту меньшинств

То, что Хартия Европейского Союза по основным правам человека помимо правовой имеет еще и политическую нагрузку, стало очевидно на примере судебного процесса в Турции против *Абдуллы Оджалана*, когда возник спор о полном запрете смертной казни. Кроме этого, представитель правительства Испании *Берейхо* довольно энергично представил оговорки против запрета смертной казни. Правда, сама по себе смертная казнь в Испании отменена, однако Конституция Испании предусматривает допустимость смертной казни в военное время по предписаниям закона, который еще предстоит создать. Однако, недопустимо выходить за рамки нормативной базы прав человека, предусмотренной Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод. Ст. 2 ч. 2 Хартии Европейского Союза по основным правам человека свидетельствует о том, что замечания представителя правительства Испании не были учтены. Другой результат был бы невозможен для европейского сообщества ценностей, ибо сегодня в Европе уже давно господствует компромисс, что смертная казнь уже никак не совместима с «уровнем представлений о справедливости со стороны государств-членов ЕС»<sup>16</sup>.

После вступления в силу Амстердамского Договора

<sup>13</sup> См. Берндорфф, в: Майер: ст. 15, сноска на полях 15-ая и последующие..

<sup>14</sup> BGBl 1973 II, 1570.

<sup>15</sup> “The Committee ... would nevertheless like to point out that if economic and social rights were not to be integrated in the Draft Charter on an equal footing with civil and political rights, such negative regional signals would be highly detrimental to the full realization of all human rights at both the international and domestic level, and would have to be regarded as a retrogressive step contravening the existing obligations of Member States of the European Union under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.”

<sup>16</sup> Между тем, Испания воздержалась от возможности введения смертной казни в военное время. Боровский, в: Майер, ааО, Art. 2 RdNr. 24.

Европейский Союз ответственен и за политику права на убежище. Поэтому ст. 18 Хартии Европейского Союза по основным правам человека по праву предписывает право на предоставление убежища. Закреплению права на убежище предшествовали впечатлительные разногласия со многими вытекающими отсюда последствиями: Так, например, многие члены Конвента хотели предоставить право на убежище не только гражданам третьих стран, но и гражданам Европейского Союза. Определяющим фактором вне сомнения оказалась курдская проблема в Турции, тогдашней страны-кандидата. Недостаточно было осознано, что цели права на убежище, получить защиту от преследования в другой стране, по своей сути может быть достигнуты и предписаниями о получении вида на жительство европейского права. Тем самым, на сегодняшний день носителями права на убежище (согласно ст. 18 Хартии Европейского Союза по основным правам человека) являются и граждане государств-членов ЕС. Однако Протокол № 24 о предоставлении убежища предусматривает «Учитывая степень защиты основных прав и свобод человека в государствах-членах ЕС», что государства-члены ЕС считаются друг для друга безопасными странами происхождения с последствием, что заявление о предоставлении убежища систематически будет необоснованным<sup>17</sup>.

В первую очередь, европейские Зеленые высказывали точку зрения, право на убежище должно быть индивидуально обжалуемым правом. Большинство в Конвенте посчитало это предложение неприемлемым, большинство придерживалось мнения наличия одним правом меньше, желая толерировать всего лишь объективную гарантию права на убежище. По мнению Федеративной Республики Германия, дословное значение ст. 18 Хартии Европейского Союза по основным правам человека в ее сегодняшней версии неточно отображает истинную суть позиции в Конвенте. Стимулом является, в первую очередь, указание на название «право на убежище»<sup>18</sup>. Во время этих, крайне эмоциональных дискуссий на Пленуме Конвента разыгрывались самые буйные сцены. Европейский парламентарий *Фоггенхубер*, представляющий в Европейском Парламенте австрийских Зеленых, требовал в виде компенсации за чисто объективную гарантию права на убежище отмену ограничения права на свободное перемещение граждан ЕС и его распространения на граждан третьих стран. Если рассмотреть ст. 45 Хартии Европейского Союза по основным правам человека, станет очевидно, что требование г-на *Фоггенхубера* хотя бы частично было удовлетворено. Согласно данному предписанию, граждане

<sup>17</sup> Ср. Йохум, в: Теттингере/Штерн, Хартия Европейского Союза по основным правам человека, Общий Кельнский комментарий, 2006, ст. 18, сноска на полях 15.

<sup>18</sup> По содержательному значению см. Берндорфф, в: Майер, ст. 18, сноска на полях 13а.

третьих стран, имеющие правомерный вид на жительство, имеют право на свободное перемещение и вид на жительство «по положениям договоров», т. е. учитывая свою принадлежность к Европейскому Союзу<sup>19</sup>.

Еще буквально несколько слов о защите прав меньшинств по ст. 22 Хартии Европейского Союза по основным правам человека. Данная статья признает в Европейском Союзе культурное, религиозное и языковое разнообразие в Европе. Предписание закрепляет элементы защиты меньшинств, содействуя, тем самым, европейскому культурному наследию. Однако с точки зрения большей группы членов Конвента тут существовал большой пробел. Хартия Европейского Союза по основным правам человека не удовлетворяет случаи наличия грехов в области прав человека прошлого столетия: изгнание и этническую чистку. Естественно, в Конвенте этот вопрос обсуждался; даже бывший вице-президент Европейского Парламента *Фридрихс* повторно напомнил о необходимости закрепления права на защиту от изгнаний. Однако разработка Хартии Европейского Союза по основным правам человека была истинно политическим процессом. С правом на защиту от изгнания необходимо было бы связать право на возвращение в исконные территории. Плохой сигнал на фоне восточно-европейского расширения Европейского Союза, ибо Чехия считалась тогда страной-кандидатом в члены ЕС. Таким образом, не помогло бы и предъявление требований о возвращении отнятой собственности из-за конфискации и осуществления реформ послевоенных лет по ст. 17 Хартии Европейского Союза по основным правам человека - «*ratione temporis*» никак не могли быть задействованы. Ибо в качестве «*instantaneous acts*» они не вызывают никаких продолжающихся в настоящем правовых нарушений<sup>20</sup>.

#### 4. Спор о преамбуле

Разногласия возникли также в последний момент во время работы над формулировкой преамбулы Хартии Европейского Союза по основным правам человека. В отсутствие *Романа Герцога* представители лаицистических (светских) государств – Франции и Бельгии изъяли, благодаря Президиуму, Конвента указание в преамбуле на «религиозное наследие». Этому энергично противостояли консервативные Европейские Парламентарии и представители Австрии и Люксембурга. Был найден компромиссный вариант: заключительная версия Хартии Европейского Союза по основным правам человека

говорит в ее английской и французской версиях о «спиритуальном и моральном наследии». Никто не возражал, чтобы слово «спиритуальный» перевелось бы в немецком варианте как «духовно-религиозный». Под конец, не разъясненным оставался вопрос религиозной и трансцендентальной взаимосвязи; по судебной практике Суда Европейского Союза необходимостью единого толкования и применения всех официальных текстов запрещено изолированное рассмотрение отдельных предписаний в одном из его языковых вариантов. Здесь связанные с толкованием сложности могут быть заранее запрограммированы<sup>21</sup>.

#### V. Мониторинг Хартии Европейского Союза по основным правам человека – соотношение между Судом Европейского Союза (Люксембург) и Европейским Судом по правам человека (Страсбург)

Г-н *Фишбах* постоянно очень внимательно наблюдал за консультациями Конвента в Брюсселе. Г-н *Фишбах* был судьей Европейского суда по правам человека, ответственным за соблюдение выполнения предписаний Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Г-н *Фишбах* принимал участие в брюссельских рассмотрениях в качестве одного из четырех наблюдателей без права голоса. Он придерживался мнения, что Европейский Союз должен присоединиться к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, вступив, тем самым, в Совет Европы. Простая борьба за компетенции?

Суд Европейского Союза не раз предусматривал в прошлом судебную практику Европейского суда по правам человека из-за отсутствия собственного перечня основных прав человека, когда он применял судебную практику по основным правам человека в сфере применения гарантий Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Несмотря на то, что не было законного обязательства со стороны Европейского Союза делать представление в Европейский суд по правам человека, тем не менее, между ними существовала определенная кооперация. Тем самым, было предотвращено параллельное развитие основных прав человека в Европе. Европейский суд по правам человека имел определенное «верховенство толкования».

Ситуация резко изменилась со вступлением в силу Хартии Европейского Союза по основным правам человека. Правовая защита в сфере права сообщества и Европейского Союза приобрела свою самостоятельность,

<sup>19</sup> Сегодня это урегулировано в ст. 77 и последующих статьях о виде деятельности Европейского Союза.

<sup>20</sup> Ср. в отдельности Майера/Берндорффа, Хартия Европейского Союза по основным правам не обосновывает требования о возврате конфискованного имущества в Чехии, EuZW 2009, 793.

<sup>21</sup> Ср. указание на т.н. производства у Майера, в: Майер, Преамбула, сноска на полях 32; Штрайнци, Договор о виде деятельности Европейского Союза, второе издание, 2012г., преамбула, сноска на полях 9, сноска 15.

формально обособившись от Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Тем самым, Европейский Союз имеет собственный правовой текст. Это содержит определенную опасность, что могут возникнуть две параллельные правовые системы для защиты прав человека или двойные стандарты, «эксклюзивная правовая защита» для граждан 28 государств-членов ЕС и «базисная правовая защита» для стран-членов Совета Европы, присоединенных к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, не являющихся членами ЕС<sup>22</sup>.

С другой стороны, Суд Европейского Союза, несмотря на проделанную солидную работу, не признается «блюстителем основных прав человека»<sup>23</sup>. Меры, принятые общим законодателем в рамках Суда Европейского Союза, пока не характеризовались нарушением основных прав. Скептическое отношение Европейского суда по правам человека к идее создания Хартии Европейского Союза по основным правам человека не было обусловлено просто «непродуктивным конкурентным мышлением». Это было результатом серьезной обеспокоенности о конфликтном потенциале, существующем между двумя несовместимыми правовыми системами<sup>24</sup>.

Как предписывает ст. 52 ч. 3 Хартии Европейского Союза по основным правам человека, права, соответствующие гарантиям Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, имеют то же значение и те же правовые последствия. Однако проблема (необходимой) интегрированности решается несовершенно. Вводная статья второго предложения данного предписания, скорее всего, противостоит ориентации судебной практики Европейского суда по правам человека. Для предусмотрения этого не следует упускать из виду и связи с преамбулой (Пятое соображение или часть пятая). Неясно, какая правовая и, в первую очередь, политическая динамика будет существовать в будущем между Судом Европейского Союза и Европейским судом по правам человека. Абсолютно неясно, насколько и «в каком направлении» сможет разрядиться обстановка благодаря предусмотренному ст. 6 ч. 2 (нового) Договора о виде деятельности Европейского Союза обязательному вступлению Европейского Союза в

Совет Европы и, тем самым, обязательному присоединению к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод<sup>25</sup>.

## VI. Перспектива на будущее

После 1 декабря 2009 г. национальные суды уже не могут обойти стороной необходимость принятия в качестве масштаба основных прав человека по Хартии Европейского Союза по основным правам человека. Национальные суды действуют, тем самым, как «суды Европейского Союза»; их роль, как «продленная рука» европейской подсудности, в особенности вытекает из ст. 19 ч. 1 (нового) Договора о виде деятельности Европейского Союза. По крайней мере, национальные суды обязаны проверять при применении основных прав Основного Закона, что определено соответствующим европейским основным правом в толковании Судом Европейского Союза<sup>26</sup>. Время критики Хартии Европейского Союза и взятия масштабом основных прав Основного Закона должно предаться забвению, как подчеркивает бывший Председатель Верховного Федерального суда Германии *Хирш*<sup>27</sup>. «Критические рецензии» имели место на стадии возникновения Хартии, во время консультаций Конвента и последующих правительственных конференций. Поэтому теперь, учитывая настоящую правовую ситуацию 2014 года, следует заняться изучением положений Хартии Европейского Союза по основным правам человека, принимая участие в общеевропейской догматике по основным правам человека. «Метод Конвента» как процедура европейского законодательства имел большой успех.

<sup>22</sup> См. также Альбер/Видмайер, Хартия Европейского Союза по основным правам человека и ее воздействия на судебную практику, EuGRZ 2000, 497, 501 и последующие. Об общественной дискуссии по данному вопросу ср. разные статьи NZZ от 15.3.2000, FAZ от 25.9.2000 и 27.9.2000, а также NZZ от 30.9.2000 и 4.11.2000.

<sup>23</sup> Ср. Ресс, Права человека, Общее европейское право и национальное конституционное право, в: Галлер/Копецкий/Новак/Паульсон/Рашауер/Ресс/Видерин, Государство и право, Юбилейное издание в знак Гюнтера Винклера, 1997, стр. 897, 917-ая и последующие страницы.

<sup>24</sup> Поэтому – и что очень интересно – Швейцария, не входящая в Европейский Союз, энергично была включена в рассмотрение Хартии Европейского Союза по основным правам человека; Ср. Набгольца-Хайдегера в NZZ vom 4.11.2000.

<sup>25</sup> Инструктивно Шпикерманн, Последствия вступления ЕС в Совет Европы и присоединения к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод для отношений между Судом Европейского Союза и Европейским судом по правам человека, а также вытекающей из этого индивидуальной правовой защиты, 2013, стр. 171-ая и последующие страницы.

<sup>26</sup> Хирш, Включение Хартии Европейского Союза по основным правам человека в Конституционный Договор, в: Шварце, Конституционный проект Европейского Конвента, первое издание, 2004, стр. 111, 117.

<sup>27</sup> Хирш, Включение Хартии Европейского Союза по основным правам человека в Конституционный Договор, в: Шварце, Конституционный проект Европейского Конвента, первое издание, 2004, стр. 111, 124.

Маргарита Галстян<sup>1</sup>

## Избирательные права: Требование о постоянном проживании к кандидатам в рамках законодательства Армении

### I. Резюме

*Эта статья сосредоточена на праве на свободные выборы и в частности ограничениями прав выставлять свою кандидатуру на выборах. Целью данного исследования является обсуждение требования о постоянном проживании как критерия для кандидатов на национальных выборах, и показать противоречивость, которая существует между национальным и международным правом. В целях этого исследования был проведен сравнительный анализ армянского и международного избирательных законодательств и правил. Вместе с международными обязательными документами и прецедентным правом Европейского Суда по Правам Человека, представлены соответствующие международные требования, стандарты демократических выборов и комментарии. Этот анализ позволил мне представить и оценить право на свободные выборы в свете двух юрисдикций, чтобы обсудить противоречия и непоследовательность среди соответствующих частей законодательства, касающихся требования о постоянном проживании для кандидатов.*

### II. Введение

Право на свободные выборы является одним из прав человека первого поколения и стоит в основе гражданских и политических прав. Это право играет важную роль не только в измерении прав человека, но и в создании демократического государства и верховенства права. Этот подход также включен во Всеобщую Декларацию Прав Человека ООН, Статья 21.3 которой гласит, что воля народа должна быть основой власти правительства; эта воля должна выражаться в периодических и не фальсифицированных выборах<sup>2</sup>.

Право на свободные выборы также установлено Европейской Конвенции по Правам Человека. Согласно этому документу право на свободные выборы

состоит из избирательных прав и права участвовать в выборах (активные и пассивные избирательные права). В соответствии с этим инструментом избирательные права не являются абсолютными правами и могут быть предметом ограничений, налагаемых государствами. Такие ограничения могут быть возраст, гражданство, постоянное место жительства, судимость и т.д. Каждый из этих ограничений может иметь свои последствия для полного осуществления и реализации избирательных прав. По мимоупомянутых основных документов по правам человека, право избирать и участвовать в выборах, отражено также в различных документах, принятых региональными и международными организациями.

В соответствии с законодательством Армении (Конституция и Избирательный Кодекс), гражданин, чтобы иметь право на участие в выборах в качестве кандидата, *inter alia* с требованиями по гражданству и возрасту, должен иметь постоянное место жительства в стране. Это означает, что гражданин Республики Армения может быть зарегистрирован и баллотироваться в качестве кандидата на пост Президента или депутата парламента, если он/она постоянно проживал/а в стране за последние 10 и 5 лет соответственно. При составлении соответствующих положений Конституции Армении, были дебаты о том, были ли оправданы такие требования. Причиной такого высокого требования о постоянном проживании было обеспечение связи должностных лиц высокого уровня со страной. Тем не менее, требование о постоянном проживании стало умышленным инструментом в руках армянских властей. Требование о постоянном проживании также установлено Избирательным Кодексом Армении, который был принят в 2011 году. До принятия Избирательного Кодекса, Европейская Комиссия за демократию через право (далее как Венецианская комиссия) и Организация по Безопасности и Сотрудничеству в Европе/Бюро по демократическим институтам и правам человека (далее как ОБСЕ/БДИПЧ) опубликовали свое совместное экспертное заключение о Кодексе. Требование о постоянном проживании считается не соразмерными необоснованным<sup>3</sup>.

Актуальность исследования основана на армянском опыте избирательной администрации и произвольного осуществления требования о жительстве со стороны властей. Эта статья будет сосредоточена на армянские законодательные и нормативные пробелы, предусматривающие требование о постоянном проживании и представит международные стандарты и передовой

<sup>1</sup> Национальный правовой эксперт в портфолио по Интегрированному управлению границами Программы Развития ООН; Магистр прав области прав человека; Центрально-Европейский Университет. Магистр права; Американский Университет Армении.

<sup>2</sup> Всеобщая декларация прав человека, ст. 21 часть 3, 10 декабря 1948.

<sup>3</sup> Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия) и ОБСЕ /Бюро по демократическим институтам и правам человека. Совместное окончательное мнение об Избирательном кодексе Армении. Глава 7, пункты 37-38, Ор. No611/2011(2011).

опыт избирательного законодательства. Для исследования проводится анализ законодательства Армении. Одновременно анализируются соответствующие международные требования, стандарты, комментарии, а также прецедентное право Европейского суда по правам человека. Сравнительный анализ армянского и международного законодательств позволит мне представить и оценить право на свободные выборы в свете двух юрисдикций, чтобы обсудить противоречия и несоответствия среди надлежащих частей законодательств.

## 1. Избирательные Права в Законодательстве Армении

### 1.1. Правоизбирать и быть избранным

Право на свободные выборы является одним из прав человека первого поколения и стоит в основе гражданских и политических прав. Это право играет важную роль не только в измерении прав человека, но и в создании демократического государства и верховенства права. В 1995 году была принята Конституция Республики Армения, которая установила конституционную структуру правительства на основе разделения властей. В соответствии с общей основой конституционного строя Армении, власть принадлежит народу, который осуществляет его через выборы своих представителей и референдумы. Президент Республики и члены Национального Собрания, а также представители органов местного самоуправления избираются на основе всеобщего, равного и прямого избирательного права<sup>4</sup>.

25 ноября, 2005 года были приняты поправки к Конституции в рамках национального референдума. Хотя многие существенные изменения были внесены в области прав человека, положения, регулирующие избирательные права и требования к кандидатам в Президенты Республики и депутатов в Национальное Собрание не были изменены. Статья 30 Конституции Республики Армения<sup>5</sup> предусматривает избирательные права для граждан Армении, которые достигли 18-летнего возраста (зрелости), устанавливая, что каждый гражданин имеет право участвовать в выборах и референдумах.

Право голосовать и участвовать в выборах в дальнейшем разрабатывается в Избирательном Кодексе Республики Армения (далее как Избирательный Кодекс),

который был принят в мае 2011<sup>6</sup>. Избирательный кодекс устанавливает правовую основу для избирательных прав и системы, проведения выборов. Хотя были внесены многие изменения, положения, касающиеся требований к голосованию и правам быть кандидатом так же остаются неизменными как и в Конституции, несмотря на рекомендации, представленные в совместном заключении по проекту Избирательного Кодекса Венецианской комиссией и ОБСЕ/БДИПЧ, который будет обсуждаться более подробно позже<sup>7</sup>.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Избирательного Кодекса: «граждане Республики Армения, достигшие восемнадцатилетнего возраста день голосования, должны иметь право голоса в Республике Армения. Лица, не имеющие гражданства Республики Армения, имеют право голоса на выборах местного самоуправления, если до дня голосования, зарегистрированы в течение не менее шести месяцев в регистре населения общины, где выборы проводятся»<sup>8</sup>. Из статьи 2 видно, что первое предложение отражает вышеупомянутое конституционное положение, обеспечивая право голоса восемнадцатилетним гражданам Армении. В упомянутой статье, в частности, определяются национальные выборы, устанавливая, что это выборы Президента Республики, а также выборы в Национальное Собрание по пропорциональной избирательной системе<sup>9</sup>.

Избирательный Кодекс устанавливает принципы равного, прямого избирательного права и тайного голосования<sup>10</sup>, которые получили дальнейшее развитие в статьях 3-5. Особенно под равенством, статья 3 гласит, что участие в выборах должно быть на равных основаниях и избиратели имеют равное право избирать и быть избранным независимо от национального происхождения, пола, расы, языка, религии, политических или иных взглядов<sup>11</sup>. Следует отметить, что указанное положение обеспечивает равенство не только для избирателей, но и для кандидатов. Тем не менее, из формулировки статьи можно видеть, что основания для дискриминации являются исчерпывающими, положение предусматривает закрытый перечень, что можно рассматривать как пробел для обеспечения реального равенства и «запрещение дискриминации» по любым признакам. Следует отметить, что социальное происхождение или ситуация не включены в список, что очень важно в реализации политических прав. Такие основания, как гражданство и место жительства, так-

<sup>4</sup> Конституция РА ст. 2 и 3

<sup>5</sup> Конституция РА по состоянию на поправки от 25 ноября 2005 года, неофициальным переводом доступна по адресу: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1&lang=eng>

<sup>6</sup> РА Избирательный Кодекс, AL-164-N, (2011), неофициальный перевод по адресу: <http://www.legislationline.org/topics/country/45/topic/6>

<sup>7</sup> Заключительное совместное мнение по Избирательному кодексу у Армении сноски 3

<sup>8</sup> РА Избирательный кодекс ст. 2

<sup>9</sup> РА Избирательный кодекс ст. 2

<sup>10</sup> *Id.* ст. 1.1

<sup>11</sup> *Id.* ст. 3

же исключены (эти основания часто используются для исключения некоторых людей от выборов). В то время как Копенгагенский документ ОБСЕ от 1990 года по человеческому измерению<sup>12</sup> (OSCEC open Hagen document of 1990 on Human Dimension) (далее как Копенгагенский документ) и «Кодекс добросовестной практики при проведении выборов<sup>13</sup>» («The Code of Good Practice in Electoral Matters») (далее Кодекс добросовестной практики) Венецианской Комиссии устанавливают, что право на основе всеобщего и равного избирательного права должно быть без дискриминации по какому-либо признаку. Можно сказать, что существует несоответствие между международными стандартами и законодательством Армении в этом отношении.

### **1.2. Требование о Постоянном Проживании к Кандидатам Общенациональных Выборов**

Как видно, критериями реализации права голоса в национальных выборах являются гражданство и возраст. Никаких особых предписаний о постоянном проживании законом не предписано. В то время как, в случае критериев прав кандидатуры картина иная.

В соответствии со статьей 50 Конституции РА Президент страны избирается путем прямых выборов сроком на 5 лет. Как говорится в пункте 2 статьи 50» Президентом Республики может быть избранным каждое лицо, достигшее тридцати пяти лет, последние десять лет являющееся гражданином Республики Армения, постоянно проживающее в Республике последние десять лет и обладающее избирательным правом». Это положение отражено в статье 77 часть 1 Избирательного Кодекса. Данное положение предусматривает критерии для кандидатов в президенты страны. Среди других требований, чтобы иметь право участвовать в выборах, кандидат должен быть гражданином Армении в течении десяти лет и постоянно проживать в Армении предыдущие десять лет<sup>14</sup>. Это положение нашло свое отражение и в статье 77 часть 11 Избирательного Кодекса. Данное положение предусматривает критерии для кандидатов в президенты страны. Среди других требований, чтобы иметь право участвовать в выборах кандидат должен быть гражданином Армении в течении десяти лет и постоянно проживать в Армении на протяжении предшествующих десяти лет<sup>15</sup>.

В соответствии со статьей 63 Конституции РА

Национальное Собрание Армении состоит из 131 депутатов и избирается сроком на 5 лет<sup>16</sup>. Статья 64 предусматривает критерии для кандидатов в депутаты Национального Собрания: «Депутатом может быть избранным каждое лицо, достигшее двадцати пяти лет, последние пять лет являющееся гражданином Республики Армения, постоянно проживающее последние пять лет в Республике и обладающее избирательным правом.»<sup>17</sup> Данное положение отражено в статье 105 Избирательного Кодекса. И здесь, в частности гражданство и постоянное проживание за пять лет требуются в качестве критериев отбора для кандидатов.

Как видно из формулировки двух упомянутых статей, закон устанавливает минимальный срок гражданства и постоянного жительства, чтобы иметь право баллотироваться на национальных выборах. Во время разработки Конституции, когда статьи Конституции находились в обсуждении, статьи 50 и 64, которые устанавливают критерии для кандидатов для участия в национальных выборах, были также широко обсуждены. В начале 1990-х три основных фактора имели важное значение для установления требования о постоянном проживании для кандидатов в национальные выборы в Армении: Диаспора, вновь созданная республика и Нагорно-Карабахский конфликт.

Обоснованием для требований по гражданству и постоянное проживание на 10 и 5 лет предусмотренном в Конституции Армении было «защита» государства и желание, что бы потенциальные кандидаты на общенациональные должности (Президент и члены парламента) были хорошо осведомлены о ситуации в стране. Одной из причин было то, что после обретения независимости большое количество армян, проживающих за рубежом, начали возвращаться на родину. Однако другой, скрытой причиной этих положений могло быть тот факт, что среди этих репатриантов были те, которые занимались политикой и вскоре стали сильными политическими фигурами, создавая нежелательную конкуренцию для власти имущих.

При сравнении вышеобсуждаемых положений с международными стандартами можно снова вспомнить пункт равенства Избирательного кодекса. Как уже отмечалось, статья 3 дает полный список основ дискриминации, не говоря нечего о постоянном месте жительства, которое может быть и часто используется в качестве основания для дискриминации (и злоупотребляется) против кандидатов в общенациональных выборах. Хотя, и Копенгагенский документ и Кодекс Добросовестной Практики в Избирательных Вопросах устанавливают, что дискриминация по любым признакам должна быть устранена. Пункт 1.1 (с) Кодекс Добросовестной Практики в Избирательных Вопросах

<sup>12</sup> Копенгагенский документ 1990 года по человеческому измерению от 1990 года, пункт 7.3и 7.5

<sup>13</sup> Кодекс добросовестной практики избирательных вопросах Европейское Комиссии за демократию через право (Венецианская комиссия), CDL-AD (2002) 23 rev, 2002, пункт. р. 1.1 d.

<sup>14</sup> Конституция РА, ст. 50

<sup>15</sup> Конституция РА, ст. 50

<sup>16</sup> Конституция РА, ст. 63

<sup>17</sup> Конституция РА, ст. 64

указывает, что постоянное проживание должно требоваться от кандидатов для участия в национальных выборах.<sup>18</sup> Эти положения будут обсуждаться более подробно позже. Кроме того, в соответствии с пунктом 15 Комментарий 25 Генеральной Ассамблеи и ООН: «[...] Лица, которые в других случаях имели бы право участвовать в выборах, не должны быть исключены по таким необоснованным или дискриминационным требованиям, какими являются образование, место жительства или происхождения, или по причине политической принадлежности.»<sup>19</sup>

### 1.3. Регистрация Кандидатов

Соответствующие статьи Избирательного Кодекса предусматривают необходимые процедуры и документы, которые должны быть предоставлены в Центральную Избирательную Комиссию (далее как ЦИК) для регистрации кандидатов в национальных выборах. В числе других документов, кандидаты должны представить справку, подтверждающую, что кандидат постоянно проживал в Республике Армения в течение требуемого периода времени (десять лет для кандидатов в президенты и 5 лет для кандидатов в Национальное Собрание).<sup>20</sup> В соответствии с кодексом, уполномоченный государственный орган выдает вышеупомянутую справку в течение трех дней после получения запроса на это. Запрос может быть отказан и уполномоченный орган не должен выдать справку в случае, когда личные данные заявителя не соответствуют необходимым требованиям, указанные в соответствующих положениях Избирательного Кодекса.

Уполномоченный государственный орган должен представить справку о постоянном проживании для кандидатов в президенты республики и депутатов Национального Собрания. Порядок выдачи справки регулируется Законом о государственной регистрации населения и несколькими законами, в частности, Постановлением Правительства N1231-N (принятый 14.07.2005) по внедрению государственной системы регистрации народонаселения в Республике Армения и Постановлением Центральной Избирательной Комиссии N51-N (принятый 29.07.2011) об утверждении формы заявления для кандидатов о гражданстве и постоянном проживании в Республике Армения.

Статья 7 Закона о государственной регистрации населения дает определение постоянного проживания: «[...] Постоянное местожительства (жилья) считается территория, где житель имеет право на проживание,

которое он считает и заявляет, как его жилье. В случае изменения места постоянного проживания (жилья), человек обязан в семи дневный период, сообщить в письменной форме местному государственному регистру, где находится его/ее новое жилье. Каждый человек может быть зарегистрирован только в одном месте жительства (жилье).»<sup>21</sup> Часть 2 данной статьи гласит, что в случае выезда из Армении или проживания в другой стране на протяжении более шести месяцев граждане Армении обязаны информировать об этом консульского или дипломатического представителя Армении в соответствующей стране.<sup>22</sup> Однако в этой связи нет никаких других законодательных положений правовой защиты, если гражданин не сообщает о своем временном проживании или как этот факт может быть проверен с помощью других средств. Как можно видеть от определения «постоянное место жительства» из упомянутой статьи, постоянное место жительства является место, где человек имеет законное право на проживание (жилье), а не фактическое место проживания.

В соответствии со статьями 79.5 и 108, 4 Избирательного Кодекса, государственный уполномоченный орган выдает справку о постоянном месте жительства. Постановлением Правительства N1231-N Полиция РА назначена в качестве уполномоченного государственного органа для ведения государственного реестра населения. Однако ни сам кодекс, ни упомянутое выше законодательство не определяют, какой отдел Полиции РА должен нести ответственность для ведения государственного реестра населения, а также порядок выдачи справок о постоянном месте жительства кандидатов в президенты Республики и депутатов в Национальное Собрание. Обычно справку о ПМЖ выдается паспортно-визовым отделом полиции (далее как ПВО). На практике, чтобы получить справку кандидат должен подать заявление в территориальный отдел ПВО по месту жительства, который может представить справку на основании данных государственного реестра населения. Однако нет определенного механизма по проверке данных или как факт проживания должен быть проверен кроме записи в государственном реестре населения. Кроме того, нет никакого условия для подсчета необходимого 5 и 10 летнего периода постоянного жительства для кандидатов, особенно в тех случаях, когда потенциальный кандидат в подотчетный период был за границей в течение определенного периода. Законодательство не предусматривает, как долго потенциальный кандидат должен быть за границей, что бы ему было отказано в справке о постоянном проживании (например, 3 месяца, 6 месяцев или более 6

<sup>18</sup> Кодекс надлежащей практики в избирательных вопросах; примечание 13, пункт I.1.1.c.

<sup>19</sup> Замечание общего порядка №25, Генеральной Ассамблеи ООН, пункт. 15, ССРР/C/21/Rev.1/Add.7, 1996, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb>

<sup>20</sup> РА Избирательный Кодекс ст.79,105

<sup>21</sup> Закон РАо Государственном Регистре Населения Армении, art. 7.1, AL-419-N (2002)

<sup>22</sup> *Id.* часть 2

месяцев) и стать дисквалифицированным для того, чтобы выставить свою кандидатуру. Избирательное законодательство не предусматривает никаких положений для обжалования решения ПВО о невыдаче справки. Это решение может быть обжаловано на общих основаниях, установленных Законом об Основах Администрирования и Административном Производстве (в течение срока, указанного в законе).<sup>23</sup> Как мы знаем, в избирательных спорах быстрое рассмотрение споров является одним из важных элементов эффективности средств правовой защиты. Видно, что существует ясный нормативный пробел в законодательстве, что приводит к произволу и нарушению прав кандидатов.

Вопрос требования о постоянном проживании был обсужден «Совместном окончательном мнении об Избирательном Кодексе Армении» Венецианской Комиссии и ОБСЕ /БДИПЧ. В пунктах 37-38 говорится, что требования к кандидатам в президенты и депутаты Национального Собрания о 10-летнем и 5-летнем гражданстве и постоянном проживании являются чрезмерными и непропорциональными. В частности, установлено, что «За исключением в очень специфических ситуациях, которые вроде не существуют в Армении, эти ограничения не оправданы необходимостью защиты национальных или демократических интересов.»<sup>24</sup> Как видно из формулировки совместного окончательного заключения, требование гражданства и места жительства к кандидатам в общенациональных выборах считалось чрезмерным. Тем не менее, власти Армении не приняли во внимание эту рекомендацию при принятии Избирательного Кодекса.

Кроме того, как мы видели, существует четкий законодательный и нормативный разрыв для выдачи справки о месте жительства. Четко не устанавливается уполномоченный государственный орган, который выдает эту справку, нет четких правил о том, как справка должна быть выдана и никаких специальных механизмов для обжалования. Наложив чрезмерные и непропорциональные требования к потенциальным кандидатам, государственные власти не установили процедуры для выполнения этого требования, которые часто приводят к произволу. Самым тревожным является то, что большую часть времени этот произвол используется против оппозиционных кандидатов. Как уже обсуждалось, были «основания» для высоких требований к гражданству и постоянному месту жительства для Армении в 1990 году. Таково было мышление в 1995 году и это могло служить оправданием для тех положений, которые были включены в Конституцию, но оно не может быть оправданием для Армении в 2013 году.

<sup>23</sup> Закон РА об Основах Администрирования и Административном Производстве, глава 10, АЛ-41-Н (2004), регулирует процедуры жалоб и обжалования административных актов.

<sup>24</sup> Совместное окончательное мнение об Избирательного Кодекса Армении, сноска 3.

## 2. Избирательные Права Установленные Европейской Конвенцией по Правам Человека

### 2.1. Развитие права избирать и быть избранным

Правона свободные выборы в соответствии с Европейской Конвенцией по Правам Человека (далее Конвенции) предусмотрены статьей 3 Протокола № 1 к Конвенции. Согласно данной статье: «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются проводить с разумной периодичностью свободные выборы путем тайного голосования в таких условиях, которые обеспечивали бы свободное волеизъявление народа при выборе органов законодательной власти.»<sup>25</sup> Текст этой статьи можно рассматривать как «относительно скромную роль выборов в отношении взаимосвязи между правительством и народом.»<sup>26</sup> Этим можно объяснить текст статьи, который не содержит каких-либо четких индивидуальных прав и других требований для всеобщего избирательного права.

Похоже, что редакция статьи 3 Протокола № 1 предусматривает обязательство для государств-членов провести свободные выборы и не обеспечивает право физических лиц. Сначала этот подход был представлен Европейской Комиссией по Правам Человека (далее Комиссия). Общий вывод, что статья 3 не предусматривает индивидуальных прав избирать и быть избранным.<sup>27</sup> Однако позже эта позиция была изменена. В более позднем деле Комиссия установила индивидуальный характер права, предусмотренного соответствием со статьей 3 Протокола № 1. В деле W, X, Y и Z против Бельгии Комиссия заявила, что Статья 3 предусматривает все общие избирательные права и гарантии и в принципе, право избирать и быть избранным законодательный орган.<sup>28</sup> Комиссия признала, индивидуальный характер прав, указанных в статье 3. Несмотря на неявную редакцию указанной статьи, она предусматривает субъективные права человека, чтобы избирать и быть избранным, которые, как и другие права Конвенции имеют обязательную юридическую силу. Тем не менее, как и многие другие права, предусмотренные Конвенцией, права предусмотренные Статьей 3 не являются абсолютными и могут быть ограничены.

Как уже было сказано, право избирать и быть избранным, предусмотренное статьей 3 Протокола №

<sup>25</sup> Европейская Конвенция по Правам Человека и Основных Свобод, 4 ноября 1950, CE005

<sup>26</sup> Сьюзен Маркс, Европейская Конвенция по Правам Человека и «Демократического общества» 66 Brit. Y. Виз Int. law, 224 (1996).

<sup>27</sup> Петер Ван Диджек, Теория и Практика Европейского Суда по Правам Человека, (F. Hoof, et al. eds., 4th ed, Antwerp, Intersentina 2006) at 916-917

<sup>28</sup> Id.

не является абсолютным правом. В своем решении по делу Матье-Мозн и Клерфайт против Бельгии Суд заявил, что, учитывая формулировку статьи 3, есть возможность для подразумеваемых ограничений.<sup>29</sup> Так как нет ничего в тексте статьи 3 Протокола № 1 об ограничениях прав, предусмотренных в них, то суд по собственному усмотрению определяет объем и критерии «подразумеваемых ограничений».

В то же время, он признал, что государства имеют широкую свободу усмотрения в принятии прав избирать и быть избранным, при соблюдении определенных условий. Тем не менее, эти условия должны быть установлены таким образом, чтобы не ограничивать права или «... чтобы не ухудшить сам у их сущности и лишить их эффективности; что они преследуют законную цель, и что использованные средства не непропорциональны».<sup>30</sup> Сфера правил совместимых со статьей 3 Протокола № 1 весьма широка, так как его формулировка не предусматривает конкретные ограничения или определенную цель, которую должна преследовать эта мера.<sup>31</sup> При применении общего теста вности к ограничениям на избирательных прав, Суд подчеркивает законную цель, которая преследуется при обосновании ограничения.

## 2.2. *Требование о постоянном проживании как ограничение права выставить свою кандидатуру на выборах*

Прецедентное право Суда показывает, что различные ограничения и запреты на участие в выборах в качестве кандидата были признаны совместимыми со статьей 3. В деле М против Соединенного Королевства Суд признал законным ограничение лиц, являющихся членами одного законодательного органа, выставить свою кандидатуру на другую. Запрещение лиц двойным гражданством быть избранными в парламент также был признан совместимым со статьей 3, а также требования о предоставлении определенного количества подписи для регистрации и в качестве кандидата или платить депозиты.<sup>32</sup>

Следует отметить, что большинство решений Суда по пассивному избирательному праву были приняты против стран Восточной Европы, которые считаются как зарождающиеся демократии.<sup>33</sup> Таким образом, под-

ход Суда является осторожным вмешательством в регулирование и принятия соответствующих политических механизмов. Основное внимание Суда, при рассмотрении ограничений пассивного избирательного права, является «проверить на отсутствие произвола во внутри государственных процедурах, ведущих к лишению физического лица от возможности выставить свою кандидатуру».<sup>34</sup>

В рамках данного исследования важно остановиться на позиции Суда по поводу требования о постоянном проживании для кандидатов. Суд установил, что требование о постоянном проживании для кандидатов в основном совместимо со статьей 3 Протокола № 1. Этот подход был объяснен утверждением, что: «постоянно проживающий гражданин менее непосредственно или менее постоянно занимается повседневными проблемами своей страны и имеет меньше информации о ней».<sup>35</sup> Суд подчеркнул, что между кандидатом и государством должно быть продолжающееся связь. Это делает эффективным участие этого лица в политической жизни государства. В деле Мельниченко против Украины Суд посчитал, что требование о постоянном проживании для кандидатов в рамках украинского законодательства соответствует статье 3 Протокола № 1. Украинское законодательство требует непрерывное жительство в течение 5 лет для регистрации кандидатов. Заявителю было отказано в регистрации, на основании, что он на самом деле жил за границей и имел статус беженца. И здесь, Суд установил, что ценз требование о постоянном проживании может быть законным. Обоснованием такого жесткого требования может быть вызвано интересом государства обеспечить демократию и чтобы избиратели были должным образом проинформированы о квалификации кандидатов до избрания их в качестве своих представителей. Другим обоснованием может быть, чтобы кандидаты были знакомы с проблемами в стране, а также с работой парламента.<sup>36</sup> Необходимо обсудить определенные ограничения в свете политической эволюции страны. Таким образом, некоторые требования в одном государстве могут являться нарушением статьи 3 Протокола № 1, в то время как то же требование в другом государстве могут быть совместимы со статьей 3. Тем не менее, суд также несколько раз заявил, что права, предусмотренные Конвенцией и Протоколами к ней должны толковаться и применяться государствами-членами в порядке, чтобы сделать их практичным и эффективным, в противном случае эти права станут просто теоретическими или иллюзорными.

В деле Мельниченко суд сослался на требование о постоянном проживании для кандидатов впервые раз.

<sup>29</sup> Матье-Мозн и Клерфайт против Бельгии, Но 113, пункт 52

<sup>30</sup> Житонаси другие против Греции, 1 июля 1997 года, § 39, Отчеты о постановлениях и решениях 1997-IV, Подколзина против Латвии, заявление 46726/99, ЕСПЧ 9 июля 2002, пункт 33

<sup>31</sup> Сергей Голунок, Право на свободные выборы: Новые гарантии или двухмерная защита 27/3, NETN. Q.N.R 361, 364 (2009) at 372

<sup>32</sup> Асенцио Серкуеда против Испании; заявление 23151/94, ЕСПЧ, 9 мая 1994, и Суховетский против Украины; заявление 13716/02, ЕСПЧ, 01.Feb, 2005

<sup>33</sup> Петер Ван Диджек, Теория и Практика Европейского Суда по Правам Человека, (F. Hoof, et al. eds., 4<sup>th</sup> ed, Antwerp, Intersentiana 2006) at 916-917

<sup>34</sup> Мельниченко против Украины, нет. 17707/02, § 59, ЕСПЧ 2004-X

<sup>35</sup> Хилбе против Лихтенштейна (решение), №. 31981/96, ЕСПЧ 1999-VI

<sup>36</sup> Мельниченко против Украины, нет. 17707/02, пункт 51

В своем решении Суд отметил, что требование о постоянном проживании в отношении избирательного права не было как таковой нарушением статьи 3. Тем не менее, в деле Мельниченко Суд в очередной раз заявил, что толкование и применение прав, предусмотренных Конвенцией, должны быть эффективными и практичными. Права, предусмотренные в статье 3 и в частности право быть кандидатом, будет не эффективным, если «можно было произвольным образом лишать его любой момент.»<sup>37</sup> Суд также заявил, что, хотя государства имеют широкую свободу усмотрения в определении критериев отбора для кандидатов, достаточные процессуальные гарантии должны быть обеспечены, чтобы предотвратить произвол. Суд также заявил, что с учетом нарушения статьи 3 из-за требования о постоянном проживании, в каждом конкретном случае отдельный подход должен быть принят. Таким образом, в каждом конкретном случае следует рассматривать все соответствующие обстоятельства и факты. В этом случае, украинские власти не приняли во внимание особые условия отсутствия заявителя из страны и применили требование о постоянном проживании формальным произвольным образом, чтобы отказать в регистрации заявителя.<sup>38</sup> Принимая во внимание все относящиеся к делу факты реализации требования о постоянном проживании украинскими властями, Суд установил нарушение статьи 3.<sup>39</sup>

### 2.3 Другие международные документы:

#### Мягкое право

В отношении других международных документов по избирательным правам, стоит упомянуть органы Совета Европы, такие как Венецианская комиссия, а также ОБСЕ документы о выборах и избирательном праве.

Всеобщее и равно избирательное право без дискриминации по какому-либо признаку устанавливается Копенгагенским документом ОБСЕ 1990 года и Кодексом добросовестной практики при проведении выборов Венецианской Комиссии<sup>40</sup>. Хотя указанные документы не являются обязательными, они предоставляют полную интерпретацию избирательных правил и установление стандартов для демократических выборов. Суд часто ссылается на эти документы при интерпретации избирательных прав, гарантированных Конвенцией.

В преамбуле Копенгагенского документа страны-члены ОБСЕ признают важную роль выборов в создании политического плюрализма, развития демократических институтов и верховенства закона. Государства-члены также признают, что право на свободные выборы является фундаментальным правом человека, и оно должно-

быть всеобщим, равным, свободным и тайным. Для классификации выборов как демократические, избирательные процессы должны быть прозрачными, справедливыми и ответственными.<sup>41</sup> Хотя государства по собственному усмотрению устанавливают избирательную систему для национальных законодательных органов и других выборных должностных лиц, в соответствии с пунктом 7.2 Копенгагенского документа, по крайней мере, одна палата законодательного органа должна быть избрана путем прямых выборов. Более того, даже в случае непрямых выборов государства должны обеспечить волю избирателей, политический плюрализм и другие элементы для демократических выборов. Можно сказать, что Копенгагенский документ прямо указывает центральную роль избирательных прав и выборов в создании демократического государства.

В документе ОБСЕ/БДИПЧ «Существующие обязательства по проведению демократических выборов в государствах-участниках ОБСЕ», принципы, предусмотренные в Копенгагенском документе получили дальнейшее развитие.<sup>42</sup> В частности, оно объясняет элементы избирательных прав, таких как всеобщность и равенство голосования и право участвовать в выборах. Особенно Часть 6 документа описывает право выставлять свою кандидатуру на выборах, заявив, что государства-участники должны обеспечить право каждого гражданина на государственную должность. Пункт 6.3 гласит, что: «Никаких дополнительных квалификационных требований, в добавок к тем, которые применяются к избирателям, не могут быть наложены на кандидатов, кроме, для некоторых должностей, касающиеся возраста и продолжительности гражданства и /или постоянного проживания / места жительства...».<sup>43</sup> Из формулировки данного положения видно, что требования к кандидатам для участия в выборах не должны быть более строгими и обременительными, чтобы не ограничить характер права. Дополнительно изучено, что могут быть установлены разумные требования к регистрации, такие как личная информация, заявления о некоторых статусах (членство в партии, финансовое положение). Однако эти и другие требования должны быть необходимы для организации выборов и не должны быть» чрезмерно обременительными или потенциально дискриминационными».<sup>44</sup> Документ ОБСЕ «Существующие обязательства по проведению демократических выборов в государствах-участниках ОБСЕ» также предусматривает и объясняет требования к организации выборов, процедур голосования, избирательным кампаниям и финансированию избирательной кампании, жалобам и процедурам обжалования и т.д.

Другой мягкий правовой документ, который стоит об-

<sup>37</sup> *Id.* пункт 61

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> Кодекс надлежащей практики в избирательных делах, сноска 13, пункт. I.1.1.c

<sup>41</sup> Копенгагенский документ, сноска 12 пункт. 7

<sup>42</sup> ОБСЕ/ БДИПЧ Существующие обязательства по проведению демократических выборов в участников ОБСЕ, Варшава, 2003

<sup>43</sup> *Id.* пункт 6.3

<sup>44</sup> *Id.* пункт 33

судить это Кодекс добросовестной практики, принятый Венецианской Комиссией.<sup>45</sup> Вобщих замечаниях Кодекса добросовестной практики Венецианская Комиссия подчеркивает принципы «европейского избирательного наследия» и их взаимосвязь с демократическим государством и верховенством права. В частности, утверждается, что пять основных принципов избирательного наследия Европы являются базой для создания представительного правительства и демократии. «Во же время эти принципы могут быть реализованы,» если некоторые основные условия демократического государства, основанного на верховенстве права, такие как основные права, стабильность избирательного законодательства и эффективность процессуальных гарантий будут выполнены.»<sup>46</sup>

Давая подробные руководящие принципы по выборам, документ исследует пять основных принципов избирательного наследия Европы. Эти принципы всеобщего, равного, свободного, тайного и прямого избирательного права.<sup>47</sup> В соответствии с п.1.1 всеобщее избирательное право означает, что каждый человек имеет право избирать и быть избранным. Важно отметить, что в отношении требования о постоянном проживании для избирательных прав, Кодекс Добросовестной Практики утверждает, что требование о постоянном проживании может быть установлено как для избирателей, так и для кандидатов. Однако следует подчеркнуть, что, далее в пункте 1.1(с) говорится, что требование о постоянном проживании может быть применено только во время местных или региональных выборов.<sup>48</sup> Требуемая продолжительность постоянного проживания не должен превышать шести месяцев. Длительный период постоянного проживания может потребоваться только для защиты национальных меньшинств. Например, в деле Полаккой Гарофало против Италии, только те лица, которые постоянно проживали в области Трентино-Альто-Адидже не менее четырех лет, имели право голосовать на выборах регионального совета.<sup>49</sup> Таким образом, можно констатировать, что для таких общенациональных выборов, как выборы в парламент и президентские выборы, не следует требовать постоянное проживание в качестве критерия отбора.

### III. Заключение

Как уже отмечалось, Конституция Армении была принята в 1995 году, которая предусматривает общие положения избирательных прав. Эти положения получили дальнейшее развитие в Избирательном Кодексе. Как было представлено, в законодательстве Армении

и 5-летнее и 10-летнее требование о постоянном проживании установлены для кандидатов в депутаты парламента и президента государства соответственно. Было представлено законодательство, регулирующее регистрацию кандидатов на общенациональных выборах. Из обсуждения становится ясно, что существует законодательный и нормативный разрыв, который может часто приводит к нарушениям прав кандидатов.

В международной перспективе была представлена, что права избирать и быть избранным являются абсолютными и могут быть ограничены. Однако эти ограничения должны быть наложены таким образом, чтобы не нарушать сущность прав. Декларируя широкую свободу государств во введении ограничений, общий подход Суда заключается в том, что в любом случае эти ограничения должны быть по усмотрению и произвольно. Тот же подход был декларирован Судом в отношении требования о постоянном проживании для кандидатов в выборах.

Кроме того, были обсуждены не имеющие обязательной силы документы, такие как Копенгагенский документ ОБСЕ, существующие обязательства по проведению демократических выборов в государствах-участниках ОБСЕ и Кодекс добросовестной практики при проведении выборов. Как было представлено, эти документы утверждают, что там где должно быть ценз оседлости для кандидатов в национальных выборах.

Можно сказать, что национальные международные законодательства об избирательных правах являются сложными и неоднозначными. С одной стороны различные международные документы указывают, что не должно быть никаких требований о постоянном проживании для кандидатов на общенациональных выборах. С другой стороны, Европейский Суд по Правам Человека, на основе прецедентного права, считает, что требование о постоянном проживании не является нарушением как таковой. Тем не менее, очевидно одно: даже в случае ограничения права баллотироваться на выборах, эти ограничения должны быть законными и таким образом, чтобы не нарушить сущность права и не сделать его иллюзорным и неэффективным.

Сравнивая эти требования с армянским законодательством и нормативными актами, можно утверждать, что есть ряд недостатков и противоречий. Эти пробелы оставляют место для произвольной реализации, следовательно, нарушения избирательных прав Армении. Как основа гражданских и политических прав, избирательные права должны быть эффективными и доступными. Важность права на свободные выборы следует рассматривать не только в области прав человека, но и в рамках текущих процессов демократизации в стране. Рассмотрение указанных недостатков и выводы могут быть уточнены. Это может быть полезно особенно сейчас, когда Армения начала дискуссии и разработки новых конституционных поправок.

<sup>45</sup> Кодекс Надлежащей Практики в Избирательных Вопросах; примечание 13, пункт. I.1.1.c.

<sup>46</sup> *Ib.* пункт 2

<sup>47</sup> *Id.*, пункт I.3

<sup>48</sup> *Id.* пункт I.1(c)

<sup>49</sup> Европейская Комиссия по Правам Человека, Полаккой Гарофало против Италии, Но 23450/94, 15 сентября, 1997.

Одри Евгения Шлегел<sup>1</sup>

## Роль экспертов в «демократическом» законодательном процессе: эрозия народной власти?

### I. Введение: смещают ли эксперты народную власть?

Упрёк в «технократии» часто высказывается в адрес Европейского Союза (ЕС).<sup>2</sup> Технократия, или экспертократия является такой формой правительства, *при которой* его члены приобретают легитимность в силу своих специальных знаний, а не решения народа. Там, где эксперты уполномочены принимать законы, законодательство не может считаться «демократическим». Это проблема касается не только ЕС, но и большинства современных демократий, и вдвойне Грузии, которая осуществляет имплементацию правовых норм ЕС с целью присоединения к данной организации, а также укрепления демократических процессов в чисто национальных областях деятельности. *Вмешательство экспертов является необходимостью и закреплено в конституциональном порядке (I).* Однако, в современных демократиях нужны новые механизмы сдержек и противовесов для сбалансирования возрастающей власти экспертов (II).

### II. Роль экспертов в современных законодательных процессах

Демократия это «власть народа, избранная народом и для народа».<sup>3</sup> Реалии вынудили нас принять представительную демократию, чьей функцией является не «сделать демократию более демократической, а сделать демократию возможной (...), так как мы осознаем, что сам народ не может управлять системой»,<sup>4</sup> и что каждая единая служба исполнительной власти не может быть сформирована на основе выборов (в 1992 в США избранными были только 510 497 из 4 931 000<sup>5</sup>): экспертные знания часто играют важную роль в этом

деле. Таким образом, можно подумать, что возможно провести чёткое различие между демократически легитимным законодателем и исполнителями, к которым могут относиться эксперты, выбранные с соответствии со своей компетенцией, без угрозы демократическому характеру законодательства (1). Несомненно, существует практическая причина требовать, чтобы законодательство было демократическим (а), и принцип разделения властей нужен для того, чтобы обеспечить этот демократический характер (б).

Однако, эта грань стала стираться и следует опасаться, что законодательство больше уже не отражает волю народа (2): парламенты стали лишь «регистрационными палатами»<sup>6</sup> воли исполнительной власти и его экспертов (а), и парламентское законодательство предоставляет исполнительной власти такую свободу маневрирования при его исполнении, что исполнительная власть практически оказывается в позиции законодателя (б).

### 1. Легитимация демократии v. легитимация компетенции

а. В большинстве случаев, современные теории демократии восходят к Гоббсу, Локку и Руссо. Все «договорились», что народ является единственным источником суверенитета, так как «самый сильный никогда не бывает настолько силен, чтобы оставаться постоянно повелителем»<sup>7</sup>: ни одна форма правления не способна обеспечить такую политическую стабильность,<sup>8</sup> как демократически легитимное правление (современная теория идёт вразрез с гипотезой Платона, согласно которому «диктатура естественным образом произрастает из демократии»<sup>9</sup>). Согласно Карлу Шмитту,<sup>10</sup> народ должен быть признан естественным носителем суверенитета, так как он является единственным распорядителем власти (в физическом, если не в конституционном смысле), диктующим свою волю - в случае необходимости даже путём революции. Таким образом, стабильность является практическим обоснованием требования демократичности законодательства.

Существуют аргументы против подобного обоснования: судьи редко избираются, но готовность подчиниться правовой норме в той интерпретации, которую

<sup>1</sup> О. Е. Шлегел - научный сотрудник кафедры Французского и Европейского Публичного Права Саарландского университета (Германия). Она специализируется в области сравнительного права и имплементации наднациональных правовых норм. В настоящее время работает над докторской диссертацией, анализируя правовые отношения Европейского союза и Грузии.

<sup>2</sup> W. Münchau "The Dangers of Europe's Technocratic Busybodies". FT online. 24.07.2013.

<sup>3</sup> A. Lincoln, 16<sup>th</sup> US President. Gettysburg address, 19.11.1863.

<sup>4</sup> G. Sartori. Democratic Theory. 1965, c. 108.

<sup>5</sup> F. M. Shelley. Public geography of the USA. Guildford Press, 1996, c. 156.

<sup>6</sup> A. Poher. Speech to the French Senate. Journal officiel, Sénat, Débats parlementaires, 9.10.1986, 3891.

<sup>7</sup> J.-J. Rousseau. The Social Contract. Book I, chap. 3.

<sup>8</sup> UK Deputy Prime Minister Nick Clegg. 23.09.2013, UN General Assembly. „Only open societies, democracies guarantee long term stability“.

<sup>9</sup> Plato. 'Socrates-Adeimantus dialogue' in The Republic. The Internet Classics Archive. Tr. B. Jowett. Book VIII.

<sup>10</sup> C. Schmitt. Political Theology. University of Chicago Press. 2005 (1922). Tr. G. Schwab. Chap. 1.

предлагает судебная власть, само собой разумеющееся и реально встречающееся явление в демократиях: не потому ли, что судьи выносят решения «от имени народа» (фраза, открывающая французские и немецкие судебные решения)? Судьи, в конечном итоге, являются не более чем «устаи, глаголющими слова закона, пассивными существами, неспособными смягчить ни его силу, ни строгость»<sup>11</sup>, или, другими словами, «торговыми автоматами (...) выдающими решения».<sup>12</sup> Однако, слово «прецедентное право» ясно указывает на (одобренные<sup>13</sup>) законодательные полномочия судей.<sup>14</sup> Тем не менее, существует упре́к, что судьи могут навязать «народу (...) и его избранным представителям то, чего они не желают».<sup>15</sup> С учётом этого, демократическая легитимация обеспечивает одобрение.

б. Принцип разделения властей обеспечивает принятие законодательства только демократически легитимным парламентом. В исполнительной власти правительство *per se* имеет демократическую легитимацию, но ни все члены администрации до единого: действительно, «отбор на основе достоинств и заслуг поддерживается многими учёными, так как считается, что подобный метод отбора предоставляет наиболее квалифицированные кадры».<sup>16</sup>

Задача исполнительной власти состоит не более чем в применении законодательства, принятого законодательным органом: в отдельных случаях это может потребовать специальных знаний и, соответственно, появляется надобность в экспертах. В связи с этим, парламент определяет в своём законодательстве ориентиры общего курса, которые должны быть конкретизированы исполнительной властью, действующей в границах, очерченных парламентом.

Чтобы улучшить качество законодательства, многие парламенты в процессе законодательской деятельности обращаются за консультацией к экспертам. Одним из примеров может служить Гражданское Уложение Германии: оно иллюстрирует, что участие экспертов не отменяет демократического характера законодательного процесса до тех пор, пока последнее слово в этом деле остаётся за парламентом (и тут так-

же применяется теория Шмитта<sup>17</sup>). По той же причине никаких изменений не предвидится в связи с тем, что на сегодняшний день все больше и больше законопроектов инициированы исполнительной властью, ибо, в конечном итоге, проекты должны быть утверждены парламентом для приобретения законной силы. Парламент остаётся суверенным, а законодательный процесс демократическим.<sup>18</sup>

Следовательно, разделение властей гарантирует демократический характер законодательства (таким образом, делая нормы легитимными в глазах народа).

## 2. Стёртые грани между властями

а. И все-таки, являются эксперты всего лишь «советниками при принце»<sup>19</sup> или могут стать принцами? Страх де-локализации законодательных полномочий от законодательной власти к исполнительной выражается в описании парламента как «регистрационной палаты» - выражение, часто употребляемое для характеристики отношений между ЕС и национальными парламентами: если парламенты больше не являются последней инстанцией законотворчества, народ, который они представляют, по мнению Шмитта,<sup>20</sup> более не является суверенным, и, соответственно, законодательство не является демократическим. Директивы ЕС определяют общие цели, которые должны быть достигнуты, предоставляя государствам свободу в выборе средств. Однако, часто они настолько конкретизированы, что национальным парламентам остаётся лишь переместить их формулировки в национальное право.<sup>21</sup> Парламенты могут подвергнуться существенному давлению в этом вопросе. И в самом деле, Европейский суд правосудия (ЕСП) в деле *Francovich*<sup>22</sup> признал государства ответственными за любой ущерб, вызванный вследствие того, что государства не переняли директиву – даже если эта ответственность берёт начало в парламентских (не)решениях.<sup>23</sup> Хотя сказать «нет» определённому акту не означает отказ от всей концепции Европейской интеграции, которая всегда была объектом демократического одобрения

<sup>11</sup> *Montesquieu*. Spirit of Laws. University of Chicago Press. 1987 (1748). Tr. T. Nugent. Book VI, Chap. 2.

<sup>12</sup> *M. Weber* quoted by *L. A. Coser*. *Masters of Sociological Thought*. Waveland Pr. 2003. c. 231.

<sup>13</sup> *F. Gén*y. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 1899, Vol. 2. N° 156.

<sup>14</sup> *K. Dzehislarou*. "European Consensus and the Evaluative Interpretation of the ECHR". *German Law Journal*, 2011, cc. 1730-1745, (c.1731).

<sup>15</sup> *C. Grayling*, UK Justice Secretary, BBC Radio 4 Interview, 30.12.2013.

<sup>16</sup> *A. Watry*. 'The People Who Serve in the State Court Systems' in *S. O. Hogen* (ed.). *The Judicial Branch of State Government*. ABC-Clio. 2006. cc. 139-169 (c. 140).

<sup>17</sup> См. сноску 10.

<sup>18</sup> *J. D. Aberbach*, *R. D. Putnam*, *B. A. Rockman*. *Bureaucrats and Politicians in Western Democracies*. Harvard University Press. 1981. cc. 238-263.

<sup>19</sup> *N. Macchiavelli*. *The Prince*. Chapter XXIII. 1513

<sup>20</sup> См. сноску 17.

<sup>21</sup> *P. Bilancia*. *The Dynamics of the EU Integration and the Impact on National Constitutional Law*. Giuffrè. 2012. c. 97.

<sup>22</sup> ECJ, C-6/90, C-9/90, 19.11.1991.

<sup>23</sup> Commission 1998, C-250, 203-4; Commission 1999, COM (99) 301 final.

на национальном уровне<sup>24</sup>, Единственный способ избежать обязательства внедрения директивы в национальную правовую систему заключается в выходе из ЕС. В случае Грузии, страна явно добивается принятия в ЕС и, таким образом, уже перенимает его *acquis communautaire*, что является обязательным условием присоединения! Парламент Грузии находится в ситуации, когда он должен осуществить имплементацию Европейского права без формального решения о присоединении к ЕС. В то время как подобное требование правомерно в отношении государств-членов на основе демократического решения присоединиться к ЕС, подобное решение в Грузии можно найти только в том случае, если интерпретировать вновь принятое решение избрать про-европейские партии как решение о присоединении к ЕС, что, соответственно, оправдывает оказание давления на парламент предпринять необходимые шаги в этом направлении. Это теория пренебрегает важностью иерархии норм и формальной теорией права, помещая интерпретацию голосов избирателей на ту же иерархическую ступень, что и конституционную норму или право; грузинская ситуация проблематична и с точки зрения демократической теории и подобное решение избирателей с трудом может оправдать давление на грузинский парламент имплементировать европейское право.

Демократический характер законодательства может ещё больше ослабеть из-за того факта, что нужно все больше экспертных знаний для эффективной законодательной деятельности. Это толкает парламент на формальную передачу законодательных полномочий исполнительной власти, либо путём сокращения самой конституцией (см. статьи 31 и 34 Конституции Франции) их нормотворческой компетенции в пользу исполнительной власти, либо путём делегирования законодательных полномочий в строго определённых сферах исполнительной власти (как это предусмотрено статьёй 80 Основного закона Германии или Конституцией Объединённого Королевства<sup>25</sup>). Обе формы передачи власти оправданы необходимостью скорости и эффективности. Одной из гарантий обеспечения демократии является ограничение подобного рода делегирования полномочий в строго определённых вопросах. Другой гарантией может служить системное требование ратификации парламентом норм, установленных исполнительной властью, для вступления их в силу. Однако, правительства могут оказывать давление

на принятие норм или делегирование полномочий. В заключение, следует отметить, что подобная практика ограничивается принципом оговорки закона, предусмотренной статьёй 19 Основного закона Германии и статьями 5§1, 7§1, 8§2, 9§2 и 10§2 Европейской Конвенции по правам человека: согласно данному принципу, правовые постановления, порождающие определённые юридические последствия (как, в данном случае ограничение прав человека), имеют силу лишь в форме закона, а не в нормах меньшего юридического значения. В целом, подобная практика *per se* не отрицает демократического характера законодательства, но порождает вопросы относительно степени «демократии». Подобное делегирование нормотворческих полномочий от парламента к исполнительной власти встречается в утрированной форме в контексте Европейской интеграции.<sup>26</sup> И в случае Грузии, оно не может быть обосновано изначальным согласием народа присоединиться к ЕС.

б. Подобное делегирование может носить неформальный характер, при котором правоприменителям предоставляется столь обширная свобода действий, что они могут установить общие правила вместо простого решения индивидуальных дел: «в этом случае политика эффективно определяется народом, который осуществляет её»<sup>27</sup>(подобное наблюдение распространяется также на судей<sup>28</sup>), и политика отображает это в законодательстве.<sup>29</sup> Самостоятельность, оставленная за администрациями, долго была оправдана их деятельностью, которая представляет собой не более чем выполнение парламентских решений.<sup>30</sup> Администрации не узурпировали свои фактические полномочия, а получили их от исполнительной власти.<sup>31</sup> С развитием благосостояния стран<sup>32</sup> потребность в экспертных знаниях стала более острой, и, соответственно, законодательные мандаты более обширными:<sup>33</sup> для верховного суда США подобный широкий мандат необходим во

<sup>26</sup> P. Bilancia. Loc. cit. c. 97.

<sup>27</sup> M. Lipsky. 'Standing the Study of Public Policy Implementation on Its Head' in W. D. Burnham, M. Wagner Weinberg (ed.). American Politics and Public Policy. MIT Press. 1978. c. 397.

<sup>28</sup> D. Kairys. 'Legal Reasoning' in *The Politics of Law: a Progressive Critique*, n° 11. 1982. cc. 16-17.

<sup>29</sup> F. Dechesene, V. Dignum, Y. Tanin F. Dechense, et al. Advanced Agent Technology. AAMAS 2011 Workshops, Revised Selected Papers. 2011. c. 62.

<sup>30</sup> W. F. West. Controlling the Bureaucracy: Constitutional Constraints in Theory and Practice. Library of Congress. 1995. c. 5; также: W. Wilson. The Study of Administration. Political Sciences Quaterl, n° 56. 1941. cc. 481-506.

<sup>31</sup> J. E. Gruber. Controlling Bureaucracies: Dilemmas in Democratic Governance. University of California Press. 1992. c. 3.

<sup>32</sup> D. Christian. This Fleeting World: A Short Story of Humanity. 2007. p. 62. Also: A. Benz. Der moderne Staat. Oldenburg Wissenschaftsverlag. 2001. c. 192.

<sup>33</sup> W. F. West. Loc. cit. c. 6.

<sup>24</sup> N. Sitter. 'To Structure Political Conflicts: the institutionalization of referendums on European Integration in the Nordic Countries' in M. Setala, T. Schiller. Referendums and Representative Democracy. Routledge. 2009. c. 80, table 5.2

<sup>25</sup> UK House of Commons. Delegated Legislation, Brief Guide. 2011. c. 3.

избежание превращения «законодательной власти в бессмысленный» инструмент.<sup>34</sup> Присвоение «обширных и неопределённых мандатов» органам государственного регулирования приветствуется при условии, что цели, преследуемые подобными средствами, ясны.<sup>35</sup> Однако парламенты часто подвергаются критике из-за «отказа» от собственных полномочий в пользу администрации,<sup>36</sup> из-за неопределённых инструкций для администрации<sup>37</sup> или предоставления задачи определения содержания законодательства «дискреционным полномочиям исполнительной власти».<sup>38</sup> Это является распространённой практикой в ЕС, где Комиссии (исполнительный орган европейского права) были предоставлены широкие полномочия по существенному определению содержания норм конкурентного права посредством коммуникаций и руководящих указаний.

Помимо этого, Комиссия наделена полномочиями по расследованию, преследованию и решению дел по нарушению конкурентного права,<sup>39</sup> хотя и под судебным надзором ЕСП. Последний имеет лишь право отменить определённое решение, а не выносить решение относительно всего дела. Это является прямым ограничением судебной власти и косвенным образом - демократического характера законодательства ЕС, когда судьи более не контролируют применение норм, установленных в более или менее демократически легитимном законодательстве<sup>40</sup> (Европейский Парламент, сформированный на основе прямых выборов, в лучшем случае осуществляет законодательную деятельность вместе с Европейским Советом и без собственного права принимать законы).

Подобное положение дел объясняется необходимостью обеспечить эффективность права ЕС.<sup>41</sup> Тот факт, что Комиссия является наиболее эффективным институтом ЕС, никогда серьёзно не подвергался сомнению. Однако, следует различать два аспекта полномочий: первый связан с полномочиями по право применению (расследование, преследование и рассмотрение в суде), второй - с обширными полномочиями Комиссии как исполнителя конкурентного права для последующей конкретизации его положений. Первый вид

полномочий по право применению, естественно, не может передаваться другим основным институтам ЕС, так как они являются законодателями в формальном смысле: это было бы грубым нарушением принципа разделения властей, и без того плохо представленного в данной конфигурации.<sup>42</sup> Что касается второго вида полномочий, законодатели ЕС могли бы принимать более детальные правовые положения конкурентного права, ограничивая подобным образом свободу маневрирования Комиссии.

Концентрация (в скрытой форме) исполнительной и законодательной властей может иметь место при нехватке экспертов, когда эксперты выполняют функции как парламентских советников, так и экспертов по вопросам право применения, и судей (или по крайней мере, судебных экспертов). Это как раз случай Грузии, где конкурентное право преподаётся в университетах только с 2012 года: в стране наблюдается острая нехватка квалифицированных кадров, по крайней мере, в области конкурентного права. И сегодняшняя администрация обладает почти нулевым правоприменительным опытом в сфере конкурентного права, так как до 1996 года Грузия даже не имела законопроект о конкуренции, и данный законопроект был отвергнут уже в 2005 году! Новый законопроект находится на стадии рассмотрения, но отсутствие компетентных кадров приводит к ситуации, когда эксперты, которые предложили текст нового законопроекта в области конкуренции, могут стать членами и даже руководителями будущих властных структур конкурентного права, которые должны быть учреждены в 2014 году.

### III. Контроль власти экспертов

Господствующая практика делегирования компетенции требует институциональных решения по контролю исполнительной власти (1). Уже Монтескьё было очевидно, что «законодательное собрание состоит из двух частей, взаимно сдерживающих друг друга принадлежащим им правом отмены. Причём, обе они связываются исполнительной властью, которая в свою очередь связана законодательной властью».<sup>43</sup> Но сегодня следует обеспечить контроль не только над исполнительной властью, но и администрацией, и законодателям нужен не только контроль над исполнителями, но и защита от них (а). Монтескьё не коснулся роли судебной власти,<sup>44</sup> этих простых «уст, произносящих

<sup>34</sup> US Supreme Court. 310 US 381, 20.05.1940.

<sup>35</sup> J. M. Landis. The Administrative Process. Yale University Press. 1938. с. 66.

<sup>36</sup> US Supreme Court. 295 US 495, 27.07.1935.

<sup>37</sup> Conseil Constitutionnel, 85-191 DC, 10.07.1985.

<sup>38</sup> Conseil Constitutionnel, 83-162 DC, 20.07.1983.

<sup>39</sup> N. F. W. Hauger, C. Palzer, 'The Leviathan Role of the European Commission in the Light of Fundamental Rights'. World Competition, Vol. 36.2013, Issue 4. сс. 565-583.

<sup>40</sup> C. Siebers. The EU Constitution and the Union's Democratic Deficit' in K. M. Khovanova, N. Dogan, M. Kovalev. Expanded EU: From Autonomy to Alliance. 2008. сс. 121-132.

<sup>41</sup> S. Andersen. The Enforcement of EU Law: the Role of the European Commission. OUP. 2012. с. 161.

<sup>42</sup> D. Curtin. Executive Power in the EU: Law, Practice and the Living Constitutionalism. OUP. 2009. с. 50 ff.

<sup>43</sup> Montesquieu. Loc. cit. Book XI, Chap. 6.

<sup>44</sup> M. J. C. Vile. Constitutionalism and the Separation of Powers. Liberty Fund. 1998. сс. 83-107.

слова закона»,<sup>45</sup> однако судебный контроль стал ключевым свойством современных демократий. Но чтобы контроль был эффективным, этот контроль требует компетентности как контролёров, так и контролируемых (б).

В современной Грузии, проблема состоит не в контроле исполнительной власти, а в уполномочивании национальных институтов, особенно парламента, против администраторов ЕС. Этого можно достичь путём развития компетенции на национальном уровне, которая не будет подвержена влиянию институциональных решений (2). Компетенцию следует импортировать из-за рубежа (а), и одновременно формировать местных экспертов (б).

## 1. Институциональные решения: контроль исполнительной власти

а. Классическая и современная литература предоставляет нам ряд решений, для того, чтобы обеспечить контроль над исполнительной властью, и таким образом, гарантировать, чтобы законодательство, которое оно применяет, соответствовало тому, за что проголосовали представители народа: час вопросов, отведённый в парламенте для вопросов правительству (контролирующее воздействие на исполнительную власть которым нельзя пренебрегать<sup>46</sup>), парламентский контроль над планом действий правительства<sup>47</sup> и механизм создания следственных комиссий<sup>48</sup> обеспечивают прозрачность, в то время как объявление вотума недоверия, механизмы контроля бюджета, возможность отклонять или вносить изменения в законодательные инициативы гарантируют эффективный контроль исполнительной власти. Эти так называемые «привилегии отклонения»<sup>49</sup> могут привести к парализованности государства (разногласия по поводу федерального бюджета США в 2013 дважды привели к временному прекращению финансирования федерального правительства). Теория «рационального парламентаризма» была развита в ответ на эту проблему<sup>50</sup> (например, статья 69§2 Основного Закона Германии).

Однако, администрация живёт своей собственной

жизнью<sup>51</sup> и контроля над исполнительной властью (т.е. правительством) может быть недостаточно для обеспечения контроля над администрацией: необходимы новые механизмы по эффективному управлению автономной администрацией законодателями. Были проведены эксперименты, когда законодательной власти было предоставлено право расследовать действия администрации. Парламенты всегда располагали правом контролировать расходы правительства,<sup>52</sup> а администрация в основном получает финансирование от исполнительной власти. Однако, за возросшей институциональной автономией администрации последовала финансовая автономия (свобода (пере)распределять финансовые ресурсы между разными административными функциями),<sup>53</sup> таким образом парламенту необходимо предоставить возможность непосредственно контролировать расходы администрации, дабы удостовериться, что администрация согласовывает свои действия с законодательством.<sup>54</sup> Франция, например, приняла в 2011 “*Loi organique relative aux lois de finances*”, уполномочивающий парламентские комитеты инспектировать административные органы, допрашивать их членов и требовать предоставления любого необходимого документа, с целью осуществления контроля за тратой публичных средств соответствующего органа.

Однако, все эти предложения затрагивают только неформальную передачу законодательной власти парламентом исполнительной власти. Классические механизмы по обеспечению прозрачности деятельности исполнительной власти, особенно часы вопросов, имеют малозначительный сдерживающий эффект на практику делегирования полномочий экспертам, так как «бюрократы работают втёмную».<sup>55</sup> Соответственно, дальнейшие реформы необходимы для эффективного ограничения формального делегирования полномочий и обеспечения того, чтобы парламенты могли принимать свободные и информированные решения насчёт законодательных предложений. Это может быть предоставление большего времени парламентам для решения вопросов, требующих специальных знаний (вместо того, чтобы требовать от них принятия решений в минимальные сроки, как это уполномочены делать правительства Великобритании и Франции), и упразднение механизмов давления, предусмотренных,

<sup>45</sup> *Montesquieu*. Loc. cit. Book suggestion VI, Chap. 2.

<sup>46</sup> *R. C. Salmond*. Parliamentary Question Times: How Legislative Accountability Mechanisms Affect Citizens and Politics. Pro Quest. 2007. c. 4.

<sup>47</sup> *J. A. G. Griffith, M. Ryle*. Parliament: Functions, Practice and Procedures. Sweet and Maxwell. 2002. c. 497.

<sup>48</sup> US Supreme Court, 354 U.S. 178, 17.06.1957.

<sup>49</sup> См. сноску 43.

<sup>50</sup> *P. Laveaux*. Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir exécutif. 1998.

<sup>51</sup> *C. Spanou*. Citoyens et administration: les enjeux de l'autonomie et du pluralisme. L'Harmattan. 2003. c. 56. *M. Weber*. Wirtschaft und Gesellschaft, Vol. 1. Springer. 2013 (1922). cc. 376-390.

<sup>52</sup> *M. Elliott, R. Thomas*. Public Law. OUP. 2011. c. 429.

<sup>53</sup> OECD. Tax Administration in OECD and Selected Non-OECD Countries. Comparative Information Series. 2008.

<sup>54</sup> *F. J. Goodnow*. Comparative Administrative Law. Ulan Press. 2012 (1893). Vol. I, c. 264.

<sup>55</sup> *R. C. Salmond*. Loc. cit. cc. 263-281.

например, статьей 44 Конституции Франции и уполномочивающих правительство запретить внесение поправок в текст и вынуждать парламент принимать или опровергать текст единогласно. Далее, парламентам следует предоставлять больше следственных полномочий; помимо этого, им должны предоставлять возможность выбирать своих собственных экспертов (финансовая независимость необходима для этой цели<sup>56</sup>). Парламенты должны вернуть контроль над законодательным процессом, в том числе программой действия, а также над перераспределением личного состава и бюджета.<sup>57</sup>

б. Все эти механизмы контроля (и защита от) исполнительной власти были разработаны для двусторонних отношений между исполнительной и законодательной властями. Однако, администрация стала полноценным третьим действующим лицом среди государственных институтов и, таким образом, отношения стали трёхсторонними. Исходя из нежелания или неспособности исполнительной власти осуществлять контроль над администрацией, были созданы механизмы судебного контроля, иногда самими судьями, как, например, французским *Conseil d'Etat* в решении по делу *Cadot*.<sup>58</sup> На сегодняшний день, судебный контроль действий администрации признаётся фундаментальным правом статьей 24.1 Испанской Конституции, статьей 19 Конституции Германии и статьей 6 Европейской Конвенции по правам человека, а также самими судьями (например, в судебных процессах в сфере конкурентного права<sup>59</sup>). Право индивидуального обращения в суд увеличивает шансы того, что судьям придётся принимать решения в отношении правонарушений администрации, повышая подобным образом эффективность судебного надзора.<sup>60</sup> Однако, не следует пренебрегать опасностью отвлечения администрации от других своих обязанностей вследствие огромного числа исков.<sup>61</sup>

Эффективность судебного надзора измеряется не количеством петиций, представленных в судах, а их качеством и никто не может принять соответствующее решение по поводу вопроса, которого он не понимает: судьи должны разбираться в решаемых вопросах наравне с администрацией. Поэтому, юрисдикция в

отношении администрации предоставляется общим административным судам или специальным судам по определённым вопросам (требующим специальных знаний): в Грузии, Германии и Франции компетенцией контроля над расходами администрации обладают специальные учреждения (Служба государственного аудита, *Bundesrechnungshof*, *Courdes Comptes*). ЕС пошёл по тому же пути и создал европейский суд аудиторов. Эти высококвалифицированные специализированные судьи в силу своих специальных квалификаций находятся в привилегированном положении при осуществлении контроля над администрацией в этой области. Эффективность судебного надзора тесно связана со скоростью судопроизводства: решение против администрации, принятое слишком поздно, неэффективно для улучшения положения истца. Должны быть созданы специальные трибуналы для обеспечения своевременного разбирательства дел в тех сферах, которые порождают массовые жалобы: во Франции и Германии, юрисдикцией в отношении дел, решённых администрацией по вопросам социального обеспечения, обладают специальные административные суды.

Служба государственного аудита Грузии, сформированная больше наподобие органа преследования, нежели трибунала, была обвинена в превышении полномочий, когда она потребовала от суда оштрафовать физическое лицо за злоупотребление государственными средствами. Этот орган функционирует как административный орган и его члены по всей видимости не подчиняются тем стандартам, что и судьи: этот пример вызывает сомнения не столько по поводу степени доверия, которое следует оказать судебной власти, сколько по поводу вопроса «кто будет контролировать контролёров?»<sup>62</sup> Это очень актуальный вопрос в тех случаях, когда контроль администрации обеспечивается созданием органов государственного регулирования (другими словами: ещё больше администрации).

Помимо этого, в подобных ситуациях существует высокий риск сговора контролёра и подконтрольного. Это особенно очевидно во Франции, где самые высокопоставленные чиновники администрации и административные судьи избираются из одного состава студентов (*Ecole Nationale d'Administration*), которые получили недифференцированное образование и которые, соответственно, могут занимать должности как в администрации, так и в системе административной юстиции (*Conseil d'Etat* - высший административный суд, выполняющий также функции советника правительства). Термин «судья-администратор» иногда упо-

<sup>56</sup> World Bank paper, Common Wealth Parliamentary Association. Administration and Financing of Parliament. 2005. с. II.

<sup>57</sup> L. Favoreu, P. Gaia et al. Droit Constitutionnel. Dalloz.2009. с. 829.

<sup>58</sup> *Conseild'Etat* n°66154. 18.12.1889.

<sup>59</sup> ECJ, T-442/08, 12.04.2013.

<sup>60</sup> A. E. Dick Howard, Judicial Independence in Post Communist Europe' in P. H. Russel, D. M. O'Brien. Judicial Independence in the Age of Democracy. University of Virginia Press. 2001. сс. 100-101.

<sup>61</sup> J. Beckett. Public Management and the Rule of Law. Library of Congress. 2010. с. 77.

<sup>62</sup> J. S. Eckenrod. Who Controls the Controllers? A Case Study of Political Behavior. Allyn & Bacon.1976.

требуется вместо «административного судьи ...».<sup>63</sup> Учитывая это, возникает вопрос: что обеспечивает административный судья – применение демократического законодательства или защиту администрации?<sup>64</sup> Сговор может иметь место исходя из личных связей между членами контролируемого и подконтрольного органа – и это представляет настоящий риск в странах, где существует острая нехватка квалифицированных кадров и, соответственно, где скорее всего эти кадры готовились в одном и том же образовательном учреждении.<sup>65</sup> Этой угрозой для эффективного осуществления права и соответственно, демократической воли, не следует пренебрегать в такой стране, как Грузия, которая только начала формировать и комплектовать квалифицированный кадровый состав.

## 2. Грузия: укрепление местных институтов

а. Помощь в виде экспертов странам, проходящим процесс реформирования,<sup>66</sup> возросла за последние годы. ЕС особенно старателен в оказании помощи подобного рода. Такие (иностраные) эксперты не вносят вклад в демократическую легитимность правовой нормы, но приносят в результаты деятельности правительства легитимность другого рода: эффективную легитимность.<sup>67</sup> Однако достаточен ли аргумент эффективности для легитимации приобретения права демократического законодательства экспертами?<sup>68</sup> Есть ли выход из этого Левиафана экспертов?

Грузия воспользовалась консультированием иностранных экспертов после приобретения ею независимости от советского порядка в 1991 году. То же самое можно сказать и о многих других странах бывшего Советского Союза, которые перешли на рельсы демократического строительства после обретения независимости. Например, Румыния, в 2011 году привлекла французских экспертов для реформирования своего

гражданского кодекса<sup>69</sup> (Гражданского Кодекса 1865 года<sup>70</sup>, также разработанного на основе французского образца). Грузия также прибегала много раз к помощи иностранных экспертов в ее новейшей истории в процессе проведения массивных реформ. В первый раз при принятии Закона о предпринимателях в 1994 году и в последний в 2013-2014 годах при реформировании законодательства о конкуренции при поддержке Немецкого Общества Международного Сотрудничества (GIZ).

Особенную критику заслуживает трансфер так называемого института «сделки о признании вины» из США в грузинское уголовное право во время реформы уголовного права в 2004 году. Учитывая доминирующую роль прокуратуры и ее право широкой дискреции, от прокуроров требуется особенно высокая степень независимости<sup>71</sup> и автономии.<sup>72</sup> Иностраные эксперты, которые помогали «трансплантировать» систему «сделки о признании вины», игнорировали тот факт, что в Грузии эти аспекты все ещё не были достаточно развиты<sup>73</sup>. Это привело к тому, что этот правовой институт был вырезан из контекста<sup>74</sup> и искусственно внедрён, в результате чего грузинские суды потеряли свою функцию противостоящей прокуратуре силы<sup>75</sup>. Основным же результатом этих неконтролируемых занятий иностранных экспертов является увеличение недоверия населения по отношению к судебной власти в Грузии<sup>76</sup>. Другими словами, иностранная консультация принесла в этих случаях больше вреда, чем пользы. Даже и аргумент высокой квалификации не может оправдать передачу всей власти «эксперту Левиафану».

Согласно Гоббсу, Левиафан был создан как верховная власть<sup>77</sup> в условиях неспособности человека обеспечить порядок и безопасность другим способом, используя те средства, которые «он сочтёт необходи-

<sup>63</sup> P. Tifine. Droit administratif français. EJFA. 2012. Chap. 2, Sect. II.

<sup>64</sup> Quand le juge administratif est aussi administrateur, l'impartialité est mal administrée' in La Semaine Juridique, Administrations et Collectivités territoriales n°15. 16.04.2012.

<sup>65</sup> B. Masse, Rites scolaires et rites festifs: les manières de boire dans les grandes écoles' in Sociétés contemporaines, 2002/3, n°47. cc. 101-129.

<sup>66</sup> S. N. Kapova. 'Assistance or Cooperation' in F. van Den Berg, G. Jenéi, L. Leloup (ed.). East West Cooperation in Public Reform: Cases and Results in Central and Eastern Europe. IOS Press. 2002. cc. 28-32.

<sup>67</sup> A. Benz, Y. Papadopoulos. 'Actors, Institutions and Democratic Governance' in the same (ed.). Governance and Democracy. Routledge. 2006. cc. 273-295 (277).

<sup>68</sup> E. Copley. Modernism and the Culture of Efficiency: Ideology and Fiction. University of Toronto Press. 2009. c. 290.

<sup>69</sup> Borcan D., Dumitrache B. and others (2013) *Code civil roumain*, Dalloz, pp. 3-9.

<sup>70</sup> Société de législation comparée, „Le code civil français et son influence en Europe“ in *Revue de droit comparé*, Vol. 2 n°4, 1950, pp. 757-767 (764).

<sup>71</sup> Hodsson J., Roberts A., „Criminal Process and Prosecution“ in *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Cane P., Kritzer H. eds.) Oxford University Press, 2010, 64-95(82).

<sup>72</sup> Scott R. E., Juntz W. J. „Plea Bargaining as a Contract“ in *Yale Law Journal*, 1992, Vol. 101, 1909-1931 (1912).

<sup>73</sup> Транспаренси Интернешл Грузия, Сделка о Признании Вины в Грузии: Договоренная Справедливость, 15-ое Декабря, 2010, 3.

<sup>74</sup> Schauer F., *The Politics and Incentives of Legal Transplantation*, CID Working Paper N° 44 (Law and Development Paper n°2), April 2000, 2.

<sup>75</sup> Criminal Law Working Group of the Coalition for an Independent and Transparent Judiciary, *Application of Plea-Bargaining in Georgia*, 2012, 4.

<sup>76</sup> Транспаренси Интернешл Грузия, *loc. cit.*, 4.

<sup>77</sup> T. Hobbes. *Leviathan*. 1651. Part II, Chap. XVII.

мыми»<sup>78</sup> и против которых «никто не может, не нарушая справедливости, протестовать».<sup>79</sup>

Сегодняшнее положение в Грузии можно охарактеризовать как «Левиафан экспертов» за исключением того, что парламенту не запрещается выступать против предложенного законопроекта, однако *de facto* это невозможно на фоне отсутствия (местных) экспертов. Приглашение все большего количества иностранных экспертов может обеспечить многообразие мнений, но в Грузии проблема состоит в НЕДОСТАТКЕ местных экспертов. По этой причине, действия ЕС в Грузии принимает форму значительной финансовой поддержки (согласно веб-сайту ЕС, 180.7 миллионов евро за 2011-2013 годы) для обеспечения осуществления рекомендаций ЕС местными экспертами. Очевидно, ЕС рассматривает Грузию достаточно развитой для имплементации политики ЕС, не требующей помощи извне. Таким образом, в настоящем проблема в Грузии состоит не в том, чтобы найти экспертов вообще, но в том, чтобы укрепить местные власти посредством предоставления больше местных экспертов, ставя точку на зависимости от иностранных экспертов.

Механизм указания грузинским властям того, что следует быть предпринято, посредством «планов действия», предписанных институтами ЕС, детализированных Комиссией, подлежащих модификации в любое время и вылитых в финансы для обеспечения их имплементации, воспринимается как политика «кнута и пряника»<sup>80</sup> - если Грузия примет это и эти правила, она немного приблизится к ЕС.<sup>81</sup> Однако, пряники не выглядят столь привлекательными отчасти из-за противоречивой политики в отношении Грузии: глубокое и всестороннее соглашение о свободной торговле, которое было инициировано в ноябре 2013 года в Вильнюсе, характеризует Грузию как «восточно-европейское государство». Эта формулировка была интерпретирована как демонстрация дистанцирования от Грузии.<sup>82</sup> Более того, вторжение экспертов ЕС в законодательные процессы в Грузии может вызвать враждебное отношение грузинского народа, бросая тень на демократический характер грузинского законодательства.

Наличие иностранных экспертов недостаточно для обеспечения разнообразия мнений и демократических

дискуссий о законодательных мерах, которые должны быть предприняты, и местные эксперты, обученные иностранными экспертами, могут перенять мнение последних. Подобный феномен не согласовывается с понятием суверенного народа, принимающего демократические решения в отношении своего будущего.

б. Таким образом, очевидно, что для укрепления национальных властей (включая не только парламент, но и другие ключевые фигуры в демократическом законодательном процессе) число местных экспертов должно возрасти. С этой целью ЕС упростило процесс выдачи учебных виз грузинским студентам. Для обеспечения их эффективной мобильности, ЕС также включил Грузию в программу Erasmus Mundus. И в то время, как большинство студентов ЕС, которые пользуются возможностями Erasmus, больше участвуют в обменных программах, а не в программах для приобретения академической степени, Erasmus Mundus в Грузии имеет целью способствовать грузинским студентам приобрести степень бакалавра, магистра или доктора в университетах ЕС.

ЕС также стремится улучшить местные институты высшего образования посредством программы Tempus, которая способствует модернизации институтов высшего образования в соответствии с принципами болонского процесса (который облегчает признание академических степеней, приобретённых либо в Грузии, для студентов, подающих заявления в ЕС, либо в ЕС для возвращенцев).

С 2006 года уровень высококвалифицированных возвращенцев возрос<sup>83</sup> - тенденция, которая объясняется как следствие позитивного отношения к возвращению вообще.<sup>84</sup> Возвращения были также побуждены странами, являющимися излюбленными местами пребывания грузинских студентов (Германия, Великобритания, США) и поощряющими их участие в обменных программах вместо приезда «по собственной инициативе». Возвращение также поддерживаются такими программами как немецкий CIM (*Centrum für international Migration and Cooperation*), практически удваивающим местные зарплаты высококвалифицированным возвращенцам. Разнообразие возможностей учёбы за границей ведёт к диверсификации профилей возвращенцев - и, таким образом, к диверсификации мнений новых экспертов, что как следствие должно иметь диверсификацию мнений членов парламента и правительства. Подобные процессы сделают в перспективе возможным настоящие демократические дебаты в рамках грузинских законодательных процессов.

<sup>83</sup> Commission. Migration and Returns in Georgia - a Report by the Danish Refugees Council. 2007. с. 11.

<sup>84</sup> Commission. Loc. cit. с. 12.

<sup>78</sup> T. Hobbes. Loc. cit. Part II, Chap. XVII.

<sup>79</sup> T. Hobbes. Loc. cit. Part II, Chap. XVIII.

<sup>80</sup> UK House of Commons, Eastern Partnership in Vilnius: Carrots v. sticks'. последний просмотр: 26.11.2013. SNIA/6766. Library of the House of Commons.

<sup>81</sup> UK House of Commons, Eastern Partnership in Vilnius: Carrots v. sticks'. последний просмотр: 26.11.2013. SNIA/6766. Library of the House of Commons.

<sup>82</sup> A. Rettman. EU-Georgia Highlights Enlargement Fatigue. EU Observer, 08.07.2013.

Передача все большей законодательной власти (или фрагментов законодательного процесса таких, как оформление законодательного предложения в законопроект) экспертам считается легитимным в силу предполагаемых компетенций последних. Однако, характерной чертой современных демократий является то, что «дискуссии между экспертами свободны от политического процесса принятия решений и дебатов».<sup>85</sup> Если решения, принятые грузинскими экспертами, не подлежат демократическому контролю (т.е. рассмотрению народом и его представителями), формирование местных экспертных знаний или импортирование иностранных равнозначны созданию Левиафана экспертов. Однако опять-таки это не является спецификой Грузии, а только локальным выражением общей проблемы, существующей в настоящее время в любой современной демократии.<sup>86</sup>

#### **IV. Заключение: демократия имеет место не только в демократически избранных парламентах**

Подводя итоги, следует отметить, что на сегодняшний день лучшей формы легитимации законодательных норм чем демократическая, не найдено. Демократический характер законодательства может быть обеспечен только определённой степенью разделения законодательной и исполнительной власти, однако, эффективность и оперативность требуют вмешательства экспертов, не имеющих демократической легитимации со стороны ни одной из двух ветвей власти: эксперты обеспечивают «легитимность процесса формирования политики для народа» (output policy-making).<sup>87</sup> Их функция легитимации идет еще дальше: они способствуют тому, чтобы члены парламента принимали информированные решения по поводу законопроектов, предложенных правительством, консультируемым экспертами. Однако, возрастающая роль последних порождает страхи о том, что наши демократии превращаются в «технократии» или в «эксперткратии» - и этот страх вдвойне обоснован в Грузии.

Институциональные решения, уже применённые или обсуждённые в рамках других демократий могут быть применены в отношении Грузии для того, чтобы

ограничить эрозию демократического характера законодательного процесса. Левиафан Грузии состоит не просто из экспертов, а преимущественно из иностранных экспертов. Таким образом, наиболее неотложной проблемой является обеспечение контроля собственного законодательства в интересах грузинского государства и народа и прекращение зависимости от иностранных экспертов, что требует аккумулирования экспертных знаний на национальном уровне.

В заключение, следует учесть, что демократия имеет место не только в парламентах, «но также, и прежде всего, в газетах, книгах, на радио и телевидении, а также в любых других средствах общественного мнения».<sup>88</sup> Подобные формы демократического выражения требуют наличия людей, которые высказывают собственное мнение, прозрачности действий правительства, независимых средств массовой информации и всеобщего понимания того, что глас народа имеет значение. К последней категории, относятся, в том числе, избранные представители, которые обязаны прислушаться к мнениям, выраженным посредством этих каналов. Другими словами, то, что требуется сегодня в современных демократиях и также в Грузии - это более широкое участие общественности в демократических дискуссиях.

Однако воля, выраженная народом через эти каналы, должна быть преобразована непосредственно в законодательство для того, чтобы оно квалифицировалось как «демократическое». Для того, чтобы достичь этого результата, парламент, представляющий волю народа, наделённый (институциональной) властью и (техническими) средствами, не должен быть замещён никакой силой извне.

<sup>85</sup> S. Bartolini, „Taking Constitutionalism’ and Legitimacy’ Seriously“ in A. Glencross, A. H. Trechsel (ed.). EU Federalism and Constitutionalism. Lexington Books. 2010. с. 22.

<sup>86</sup> UK Cabinet Office. When Laws Become too Complex. 2013. Point 2.

<sup>87</sup> P. Bouwen, Business Interests in European Governance’ in S. Sissmans (ed.). Civil Society and Legitimate European Governance. Library of Congress. 2006. cc. 277-300 (293).

<sup>88</sup> S. C. R. McIntosh. Fundamental Rights and Democratic Governance. Ian Rangle Publishers. 2005. с. 153.

Эдгар Эдуардович Шатирян<sup>1</sup>

## Некоторые аспекты совершенствования правовых механизмов регламентации предвыборной агитации в Республике Армения

### I. Введение

Важными мероприятиями подготовительного этапа выборов являются надлежащая организация и проведение предвыборной агитации, для чего, в первую очередь, необходимо наличие четкого правового регламентирования, что, в свою очередь, несомненно, является важнейшей гарантией для роста общественного доверия к избирательному процессу. Пробелы и неточности правового регулирования в данной области имеют существенное влияние на процесс укоренения избирательной культуры, подобающей демократическому государству. Неравноценный выбор правовых критериев предвыборной агитации, так же как и массовые их нарушения, зачастую имеют колоссальное значение с точки зрения поддержания стойкости гарантий народовластия, закрепленных Конституцией. Представленные в рамках данной статьи предложения по совершенствованию механизмов правовой регламентации предвыборной агитации в Республике Армения, по нашему мнению, могут практически способствовать решению ряда проблем в данной сфере.

### II. Онеобходимости пересмотра правовых норм, определяющих период предвыборной агитации

Предвыборная агитация это тот промежуток времени, в течение которого для цели обеспечения кандидатам *равных возможностей* (подчеркивание наше) действуют установленные Избирательным кодексом РА правила использования общественного потенциала, осуществления агитации и обеспечения финансовой прозрачности.<sup>2</sup> В этом смысле, по нашему мнению, нормы Избирательного кодекса РА, определяющие период предвыборной агитации, являются проблематичными. Речь, в частности, идет о норме Избирательного кодекса РА, которая возвещает официальный старт предвыборной агитации, и связанной с этим проблемой обеспечения на практике равных возможностей

участникам избирательного процесса. Так, *официальный старт* предвыборной агитации в РА дается на 7-ой день, следующий за последним днем установленного Избирательным кодексом РА периода регистрации кандидатов и избирательных списков партий, и заканчивается за один день до дня голосования. В связи с этим, достойна внимания норма Избирательного кодекса РА, согласно которой установленность периода предвыборной агитации не ограничивает осуществление агитации в иной период, не запрещенный данным кодексом (подчеркивание наше) (ст.18, ч.1). Фактически, действующее правовое регулирование предоставляет возможность кандидатам, партиям, партийным блокам назначать неофициальную агитацию намного раньше, в результате чего между участвующими в выборах кандидатами, политическими силами возникает фактическое неравенство, обусловленное такими факторами, как, к примеру, осуществление скрытой агитации некоторыми средствами массовой информации до начала срока предвыборной агитации, установленного законом (что может проявляться как в пользу конкретных лиц, политических сил, так и против них), злоупотребление административным ресурсом и т.д.

Еще в постановлении ПКС-703 от 10 июня 2007 г. Конституционный суд РА постановил: «правоотношения, связанные с процессами, предшествующими голосованию, подвергнуты неудовлетворительному законодательному регулированию. В частности, имеется необходимость четкого и воспринимающегося однозначно определения выражения «предвыборная агитация», которое, как свидетельствует практика выборов в Национальное собрание РА 2007 г., зачастую отождествлялось с такими понятиями, как «политические процессы», «период проведения агитации и предшествующий ей» и др.» Конституционный суд РА счел необходимым предусмотреть в Избирательном кодексе РА однотипного, определенного порядка и условий содержания «предвыборной агитации» и применения этого института во времени<sup>3</sup>.

В принятом в 2011 г. Избирательном кодексе РА этот вопрос получил частичное решение. В частности, в части 1 статьи 18 дается определение периода предвыборной агитации, к чему мы уже обращались. Относящиеся к избирательной компании нормы Избирательного кодекса РА, которые гарантируют равные условия для всех участников избирательного процес-

<sup>1</sup> Доцент Кафедры конституционного права Юридического факультета ЕГУ, к.ю.н.

<sup>2</sup> См. Избирательный кодекс Республики Армения, ст.18, ч.1(прин. 26.05.2011г.).

<sup>3</sup> См. Постановление Конституционного суда РА ПКС-703 от 10 июня 2007 года по делу об оспаривании решения Центральной избирательной комиссии РА от 19 мая 2007г. N 149-А «Об избрании депутатов Национального собрания Республики Армения по пропорциональной избирательной системе» на основании обращений партийного блока «Импичмент», партий «Новые времена», «Оринац еркир» и «Республика».

са, применяются только в период официальной агитации, то есть не в ту почти целую неделю, которая следует за установленным Избирательным кодексом РА последним днем регистрации кандидатов и избирательных списков партий. По этому поводу еще в совместном заключении 2011 года БДИПЧ ОБСЕ и Европейской комиссии “Демократия посредством права” Совета Европы (Венецианской комиссии), относящемуся к проекту нового Избирательного кодекса РА, отмечено: “...официальный период агитации начинается не ранее, чем в 7-ой день, следующий за последним днем регистрации кандидатов и избирательных списков партий, предусмотренным Кодексом. Это создает возможную брешь (пробел) между регистрацией кандидатов и периодом извещения об агитации. БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия предлагают, чтобы данная статья была пересмотрена таким образом, чтобы дать возможность ликвидировать данную брешь (пробел)...”<sup>4</sup>. Данная проблема отражена также в окончательном докладе наблюдательской миссии БДИПЧ ОБСЕ относительно выборов Президента РА 18.02.2013 г., где отмечено: “Избирательный кодекс должен быть изменен, устанавливая, что период предвыборной агитации официально начинается самое позднее на следующий день после последнего срока регистрации кандидатов, чтобы правила, регулирующие агитацию, могли быть применимы”<sup>5</sup>.

Я связис упомянутой проблемой, рассмотрим действующие правовые регулирования в ряде государств. Так, в Республике Беларусь кандидаты в Президенты Республики, в депутаты *со времени их регистрации* (подчеркивание наше) имеют равные права выступать на предвыборных и иных собраниях, совещаниях, заседаниях, в печати, по государственному радио, а кандидаты в Президенты Республики Беларусь, в депутаты Палаты представителей - и по государственному телевидению<sup>6</sup>. Из анализа данной нормы следует, что предвыборная агитация стартует с момента регистрации кандидатов. Подобное правовое регулирование установлено и в Республике Казахстан, где предвыборная агитация начинается *с момента окончания срока регистрации* (подчеркивание наше) кандидатов. С момента окончания срока регистрации, кандидаты, политические партии, выдвинувшие партийный список, имеют право на агитацию и пропаганду своей предвы-

борной программы в печати и других средствах массовой информации<sup>7</sup>. В Республике Узбекистан предвыборная агитация начинается *со дня регистрации* (подчеркивание наше) кандидатов в Президенты Республики или в депутаты Центральной избирательной комиссией<sup>8</sup>. В Республике Туркменистан также агитация начинается *со дня регистрации* (подчеркивание наше) кандидатов<sup>9</sup>.

В Российской Федерации агитационный период начинается со дня выдвижения (подчеркивание наше) кандидата, списка кандидатов. Предвыборная агитация в каналах организаций телерадиовещания и в периодических печатных изданиях проводится в период, который начинается за 28 дней до дня голосования. В случае проведения повторного голосования агитационный период возобновляется со дня назначения соответствующей комиссией дня повторного голосования<sup>10</sup>.

Таким образом, анализ соответствующих норм избирательного законодательства ряда зарубежных стран показывает, что, как правило, предвыборная агитация начинается с момента завершения периода, установленного для регистрации участвующих в выборах индивидуумов и избирательных списков политических сил, и таковое правовое регулирование, по нашему мнению, полностью оправдано.

Исходя из вышеуказанного, предлагаем произвести соответствующее законодательное изменение в части 1 статьи 18 Избирательного кодекса РА, установив, что период предвыборной агитации начинается со следующего дня после установленного настоящим Кодексом последнего дня срока регистрации кандидатов и избирательных списков партий. Считаем, что законодательное закрепление данной нормы никоим образом не будет препятствовать реализации нормы, закрепленной в части 2 статьи 19 Избирательного кодекса РА, согласно которой порядок и график предоставления бесплатного и платного эфирного времени на общественном радио и общественном телевидении кандидатам в Президенты Республики, партиям, участвующим в выборах по пропорциональной избирательной системе и блокам партий во время общегосударственных

<sup>4</sup> См. п. 42 совместного заключения БДИПЧ ОБСЕ и Европейской комиссии “Демократия посредством права” Совета Европы (Венецианской комиссии) от 20.04.2011 относительно проекта нового Избирательного кодекса РА (CDL(2011)020).

<sup>5</sup> См. Заключительный доклад наблюдательской миссии БДИПЧ ОБСЕ относительно выборов президента РА 18.02.2013г. (Варшава, 08.05.2013г.), XIV Рекомендации, пункт 13.

<sup>6</sup> См. “Избирательный кодекс Республики Беларусь” от 11.02.2000г. N 370-З, ст.74, часть 1.

<sup>7</sup> См. Конституционный закон Республики Казахстан “О выборах в Республике Казахстан” от 28.09.1995г. N 2464, ст. 27, пункт 2, ст. 28, пункт 2.

<sup>8</sup> См. Закон Республики Узбекистан «О выборах Президента Республики Узбекистан» (дейст. ред.), ст. 28, Закон Республики Узбекистан «О выборах в ОлийМажлис Республики Узбекистан» (дейст. ред.), ст. 27.

<sup>9</sup> См. Закон Туркменистана от 4 мая 2013 года “Об утверждении и введении в действие Избирательного кодекса Туркменистана” (в силе с 01.07.2013г) ст. 63, часть 1.

<sup>10</sup> См. Федеральный закон от 12.06.2002 N 67-ФЗ “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации” (ред. от 07.05.2013), ст. 49, пункты 1, 2, 5.

выборов и выборов Совета старейшингорода Еревана, определяется Центральной избирательной комиссией на следующий день после окончания установленно-го срока для регистрации кандидатов, избирательных списков партий и их блоков. В результате предлагаемого законодательного изменения, конечно, увеличатся сроки предвыборной агитации. Данную проблему можно решить, изменив сроки представления необходимых документов для регистрации кандидатов, избирательных списков партий и их блоков, а также сроки их регистрации.

Считаем целесообразным пересмотреть также норму Избирательного кодекса РА, согласно которой установленность периода предвыборной агитации не ограничивает осуществление агитации в иной период, не запрещенный данным кодексом (ст. 18, ч. 1). Данное предложение отнюдь не подразумевает предусмотренные запрета на осуществление агитации, начиная со следующего дня после назначения выборов. Однако, с другой стороны, действующая правовая норма дает возможность участникам избирательного процесса активно осуществлять явную и (или) скрытую агитацию или антиагитацию до официального старта предвыборной агитации, что не только не способствует росту общественного доверия к избирательному процессу, но и еще более углубляет имеющееся недоверие.

### **III. Императив опубликования предвыборных программ и закрепления предъявляемых к ним законодательных требований**

Предвыборная агитация – это период времени, в течение которого кандидаты, партии (партийные блоки) должны представить избирателям свои программы и шаги, направленные на их претворение в жизнь. Между тем, в нашей реальности мы нередко становимся свидетелями не идеологической, а межличностной борьбы, и предвыборная агитация часто напоминает творческий конкурс политической рекламы с беспощадным применением приемов черного “PR”-а. Правда, избирателям, кандидатам, партиям, партийным блокам, участвующим в выборах по пропорциональной системе, Избирательный кодекс РА не запрещает вести агитацию также против кандидата, партии или партийного блока (ст. 18, часть 4), однако она должна проводиться незапрещенными законом формами, и предвыборная борьба должна проходить преимущественно в идеологической плоскости, вокруг реальности претворения в жизнь программных положений кандидатов, политических сил, механизмов приведения их в исполнение. В связи с этим четкую правовую позицию высказал Конституционный суд РА: “Одной из

серьезных проблем является необходимость закрепления требований, предъявляемых законом к предвыборным программам. В Избирательном кодексе РА об этих программах упоминается лишь в части 4 статьи 6, предусматривая, что “Во время общегосударственных выборов и выборов Совета старейшинг. Ереванакандидаты и участвующие в выборах по пропорциональной избирательной системе партии (партийные блоки) могут представить свои предвыборные программы установленным Центральной избирательной комиссией электронным способом для размещения их на интернет-сайте Центральной избирательной комиссии. Центральная избирательная комиссия размещает эти программы на интернет-сайте после представления до окончания следующего рабочего дня”. Посвященная предвыборной агитации глава 5 Кодекса, в основном, решает вопросы технически-организационного характера. Никак не объясняется, что из себя представляют предвыборные программы, представляющие само содержание предвыборной агитации и каким правовым требованиям они должны удовлетворять. Рассмотрение дела свидетельствует также, что данная норма имела формальный характер и что со стороны ни одной партии подобная программа не представлялась и не была размещена в интернете”<sup>11</sup>.

“Международная конституционно-правовая практика свидетельствует, что предусмотренная избирательным законодательством пропорциональная избирательная система может быть также такой, что избиратель отдает голоса какую-либо политическую силу на основании его политических ориентиров и представленных обществу программных подходов...”<sup>12</sup>.

“Оставляя вне правового регулирования требования, предъявляемые к предвыборным программам, создается ситуация, в которой объем и характер представляемых избирателям обещаний оставляется на абсолютное усмотрение политических сил. На практике программные положения отдельных политических сил отклоняются от характера ожидаемых государственно-властных функций. Более того, раздутые и неравнозначные обещания, которые содержат признаки части 7 статьи 18 Избирательного кодекса РА, потребуют равнозначной правовой оценки. Конституционный суд РА считает, что в условиях отсутствия

<sup>11</sup> См. Постановление Конституционного суда РА ПКС-810 от 30.06.2009г. по делу об определении вопроса соответствия статей 12 и 14 Закона Республики Армения “Регламент Национального собрания” Конституции Республики Армения.

<sup>12</sup> См. Постановление Конституционного суда РА ПКС-1028 от 31.05.2012г. по делу об оспаривании решения Центральной избирательной комиссии РА от 13 мая 2012г. N 265-А “Об избрании депутатов Национального Собрания Республики Армения по пропорциональной избирательной системе” на основании обращения партийного блока “Армянский национальный конгресс”.

соответствующих традиций предложение конкретных правовых требований к программным подходам участников избирательного процесса и их законодательное закрепление могут стать важным залогом организации демократических выборов”<sup>13</sup>.

Фактически, действующий Избирательный кодекс РА предусматривает во время общегосударственных выборов и выборов Совета старейшинг. Еревана усмотрение (подчеркивание наше), а не обязанность представления предвыборных программ электронным способом для размещения на сайте Центральной избирательной комиссии (ст.6, часть 4). Считаем, что данная норма Избирательного кодекса РА нуждается в изменении, предусматривая представление предвыборных программ в Центральную избирательную комиссию как обязанность. Кроме того, считаем целесообразным законодательно закрепить также обязанность кандидатов, партий (партийных блоков), участвующих в выборах по пропорциональной системе, публиковать свои предвыборные программы во время общегосударственных выборов и выборов Совета старейшинг. Еревана в газетах, учрежденных государственными органами или органами местного самоуправления, принимая во внимание также требование части 12 статьи 19 Избирательного кодекса РА, согласно которой учрежденные государственными органами или органами местного самоуправления газеты и журналы в период предвыборной агитации обязаны обеспечивать равные, непредвзятые условия для кандидатов, партий (партийных блоков) участвующих в выборах по пропорциональной избирательной системе. В части 4 статьи 6 действующего Избирательного кодекса РА необходимо предусмотреть также сроки представления предвыборных программ. В настоящее время таковые не установлены, что свидетельствует о том, что данная норма имеет большей частью формальный характер. Отмечено только, что Центральная избирательная комиссия размещает эти программы на своем интернет-сайте после представления и до окончания следующего рабочего дня.

В связи с этим, к примеру, в Российской Федерации политическая партия, выдвинувшая кандидатов, список кандидатов, которые зарегистрированы избирательной комиссией, не позднее чем за 10 дней до дня голосования публикует свою предвыборную программу не менее чем в одном государственном или муниципальном (соответственно уровню выборов)

<sup>13</sup> См. Постановление Конституционного суда РА ПКС-1028 от 31.05.2012г. по делу об оспаривании решения Центральной избирательной комиссии РА от 13 мая 2012г. N 265-A “Об избрании депутатов Национального Собрания Республики Армения по пропорциональной избирательной системе” на основании обращения партийного блока “Армянский национальный конгресс”.

периодическом печатном издании, а также размещает ее в информационно-телекоммуникационной сети “Интернет”. Для такой публикации используется бесплатная печатная площадь, предоставляемая избирательным объединением, кандидатам в соответствии с законами, либо такая публикация оплачивается из средств избирательного фонда политической партии, избирательного фонда кандидата, выдвинутого этой политической партией<sup>14</sup>. Вслучае неисполнения установленной обязанности со стороны политической партии избирательная комиссия вправе вынести указанной партии предупреждение. Сказанное относится также к кандидатам, нарушившим требования федерального закона “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации”<sup>15</sup>. Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена ответственность в виде административного штрафа за нарушение предусмотренных законодательством о выборах порядка и условий проведения предвыборной агитации на каналах организаций, осуществляющих теле- и (или) радиовещание, и в периодических печатных изданиях<sup>16</sup>. Административная ответственность предусмотрена также за нарушение порядка участия средств массовой информации в процессе информационного обеспечения выборов. В частности, нарушение главным редактором, редакцией средства массовой информации, организацией, осуществляющей теле- и (или) радиовещание, либо иной организацией, осуществляющей выпуск или распространение средства массовой информации, порядка опубликования (обнародования) материалов, связанных с подготовкой и проведением выборов, в том числе агитационных материалов, а равно нарушение в период избирательной кампании порядка опубликования (обнародования) указанных материалов в информационно-телекоммуникационных сетях, доступ к которым не ограничен определенным кругом лиц, влечет наложение административного штрафа<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> См. Федеральный закон от 12.06.2002 N 67-ФЗ “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации” (ред. от 07.05.2013), ст.48, пункт 10. См. Также Федеральный закон от 11.07.2001 N 95-ФЗ “О политических партиях” (ред. от 07.05.2013), ст.36, пункт 4

<sup>15</sup> См. Федеральный закон от 12.06.2002 N 67-ФЗ “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации” (ред. от 07.05.2013), ст.20, пункт 5.1.\

<sup>16</sup> См. “Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях” от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 07.06.2013), ст. 5.8.

<sup>17</sup> См. Там же, ст.5.5, часть 1.

Нарушение установленного законом порядка осуществления предвыборной агитации средствами массовой информации в Республике Армения влечет административную ответственность (КоАПст.407).

Согласно части 8 статьи 18 Избирательного кодекса РА кандидаты, партии (партийные блоки), участвующие в выборах по пропорциональной системе, а также другие участники выборов обязаны соблюдать установленный порядок организации предвыборной агитации. Избирательные комиссии контролируют соблюдение установленного порядка предвыборной агитации. В случае нарушения установленного порядка со стороны кандидатов, партий (партийных блоков), участвующих в выборах по пропорциональной системе, комиссия, зарегистрировавшая кандидата, партию, партийный блок обращается в правомочные органы с целью предотвращения нарушений или выносит *предупреждение* (подчеркивание наше) в отношении допустившего нарушение кандидата, партии, партийного блока и дает не превышающий 3 дня разумный срок для прекращения нарушения. В случае непрекращения нарушения в указанный срок, комиссия обращается в суд для признания *утратившей силу регистрацию* (подчеркивание наше) кандидата, избирательного списка партии, партийного блока. Считаем целесообразным применение указанных мер ответственности также и в случае непредставления Центральной избирательной комиссии в порядке, установленном комиссией и в сроки, установленные Избирательным кодексом РА предвыборных программ кандидатов, партий (партийных блоков), участвующих в выборах по пропорциональной избирательной системе на общегосударственных выборах и выборах Совета старейшин г. Еревана.

В качестве предвыборной программы политической партии может публиковаться и ранее принятая программа партии, однако это не означает, что понятия “программа политической партии” и “предвыборная программа политической партии” идентичны. Они могут не совпадать как по объему, так и по содержанию. Программу политической партии надо рассматривать как центральный документ, который составляет основу политической деятельности партии, в общем смысле, и агитационной работы, в частности. Согласно Закону РА “О политических партиях”<sup>03.07.2002г.</sup>, партия должна иметь программу, в которой указываются основные принципы, цели, задачи ее деятельности, а также способы достижения этих целей, пути и средства решения задач. Государственная регистрация изменений и дополнений, внесенных в программу партии, осуществляется в порядке процедуры, установленной для государственной регистрации партии (ст. 16). Предвыборная программа политической партии, являясь главным собирательным документом предвыборной кампании, служит целям, направленным на достижение определенного результата на выборах.

Согласно закону РА “О политических партиях”, ре-

шение о принятии программы партии принимается в течение учредительного съезда большинством голосов общего числа делегатов, организаторы которого минимум за месяц до проведения съезда публикуют также основные положения проекта программы партии на официальном интернет-сайте публичных уведомлений Республики Армения, находящемся по адресу <http://www.azdarar.am> (ст. 11, часть 2, ст. 12, части 1, 3). Программа политической партии является необходимым документом для государственной регистрации партии. В государственной регистрации партии может быть отказано, если положения программы партии противоречат законам РА (ст. 14, часть 1). Что же касается предвыборной программы политической партии, то порядок ее принятия законодательством РА не предусмотрен.

Одной из задач, требующих правового решения, является также закрепление законодательных требований, предъявляемых к предвыборным программам участников избирательного процесса, необходимость чего указана и Конституционным судом РА<sup>18</sup>. На практике, процесс выработки единых законодательных требований, предъявляемых предвыборным программам, может казаться нереальным, учитывая, к примеру, то обстоятельство, что положения программы политической партии и ее предвыборной программы зачастую являются тождественными. Тем не менее, предъявление определенных правовых требований к представляемым в Центральную избирательную комиссию предвыборным программам со стороны кандидатов, партий (партийных блоков), участвующих в выборах по пропорциональной избирательной системе во время общегосударственных выборов и выборов Совета старейшин г. Еревана может сыграть существенную роль в вопросе уточнения характера и объема представляемых электорату обещаний. Действующие правовые регулирования дают возможность участникам избирательного процесса включать нереалистичные обещания в положения своей предвыборной программы. Между тем, частью 7 статьи 18 Избирательного кодекса РА установлено, что во время предвыборной агитации, а также в день голосования и в день, предшествующий ему, кандидатам, партиям, партийным блокам запрещается лично или каким-либо иным способом, безвозмездно или на льготных условиях давать избирателям деньги, продукты питания, ценные бумаги, товары или оказывать услуги, а также

<sup>18</sup> См. Постановление Конституционного суда РА ПКС-1028 от 31.05.2012г. по делу об оспаривании решения Центральной избирательной комиссии РА от 13 мая 2012г. N 265-A “Об избрании депутатов Национального Собрания Республики Армения по пропорциональной избирательной системе” на основании обращения партийного блока “Армянский национальный конгресс”.

*обещать таковые* (подчеркивание наше). При нарушении данных условий предусмотрена административная ответственность. Так, в период, установленный законом для осуществления предвыборной агитации, осуществление одного (или нескольких) из вышеперечисленных действий под видом благотворительности или *каким-либо иным способом* (подчеркивание наше) влечет за собой назначение административного штрафа, если в данном случае не предусмотрена уголовная ответственность (КоАП, ст.40<sup>19</sup>).

В связи с затронутой постановкой вопроса, рассмотрим действующие правовые регулирования в некоторых странах. Так, в Избирательном кодексе Республики Беларусь содержатся нормы о предвыборных программах кандидатов в Президенты Республики, в депутаты. В соответствии с ними кандидаты в Президенты, в депутаты Палаты представителей имеют право бесплатно опубликовать свои предвыборные программы в объеме, соответственно, до 5 и 2 машинописных страниц в государственных средствах массовой информации, в средствах массовой информации, частично финансируемых из республиканского или местного бюджетов, а также в тех средствах массовой информации, одним из учредителей которых являются государственные органы или организации, представив тексты указанных программ не позднее, чем за 20 дней до выборов. Перечень средств массовой информации определяет Центральная комиссия. При опубликовании предвыборных программ соблюдается очередность их поступления. Тексты программ будущей деятельности кандидатов в Президенты, в депутаты определяются кандидатами. Программа кандидата не должна содержать пропаганды войны, призывов к насильственному изменению конституционного строя, нарушению территориальной целостности Республики Беларусь, социальной, национальной, религиозной и расовой вражде, оскорблениям и клеветы в отношении должностных лиц Республики Беларусь, других кандидатов в Президенты Республики, в депутаты. При нарушении указанных требований соответствующая избирательная комиссия вправе отменить решение о регистрации кандидата<sup>19</sup>.

Подобные положения содержатся в Конституционном законе Республики Казахстан “О выборах в Республике Казахстан”, согласно которому государство гарантирует кандидатам равное выделение средств для выступления со своими программами в средствах массовой информации. Каждому кандидату предоставляется средству 15-минутное выступление по телевидению, 10-минутное выступление по радио, а также на публикацию в печатных изданиях двух

статей в объеме не более 0,1 печатного листа. Кандидат, политическая партия выступают с предвыборной программой своей будущей деятельности, которая не должна провозглашать идеи насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики, подрыва безопасности государства, разжигания социальной, расовой, национальной, религиозной, сословной и родовой розни, культ жестокости и насилия, а также создание непредусмотренных законодательством военизированных формирований. В случае нарушения названных требований соответствующая избирательная комиссия вправе отказать кандидату в регистрации, политической партии в регистрации партийного списка, а в случае выдвижения кандидатами ли политической партией такой предвыборной программы после регистрации - отменить решение о регистрации кандидата или партийного списка<sup>20</sup>.

#### IV. Заключение

В результате системного обобщения вышеизложенного, представленные в рамках данной статьи предложения по внедрению или совершенствованию соответствующих правовых критериев, механизмов регламентации предвыборной агитации в Республике Армения, по нашему мнению, могут практически способствовать решению вышеобсужденных проблем, а следовательно и росту общественного доверия к избирательному процессу в целом.

<sup>19</sup> См. “Избирательный кодекс Республики Беларусь” от 11.02.2000 N 370-З, статьи 46, 75.

<sup>20</sup> См. Конституционный закон Республики Казахстан “О выборах в Республике Казахстан” от 28.09.1995 N 2464, ст. 28, пункт 3, ст. 29.

Тамар Гварамдзе<sup>1</sup>

## Необходимость Реформирования кодекса об административных правонарушениях

*В статье рассматривается вопрос о том, почему действующие законодательные регуляции административных правонарушений Грузии не отвечают вызовам, стоящим перед демократическим обществом. Статья состоит из двух частей: в первой главе рассматриваются различные экспертные оценки в связи с несоответствием правонарушений конституции и международным нормам. Во второй главе даётся краткий обзор того особого опыта, который имеется у различных правовых систем в сферерегулирования административных правонарушений. В виде заключения отмечается, что действующая система правонарушений неконституционна и нуждается в немедленном реформировании.*

### I. Введение

В преамбуле к Конституции Грузии закреплена воля грузинского народа относительно построения в Грузии демократического государства, в котором будут защищены общепризнанные права и свободы человека - главные ценности и принципы правового государства.<sup>2</sup> После обретения Грузией независимости в 90-х годах XX века в процессе строительства демократического государства были начаты и по сей день продолжают глубоконеправовые реформы. После принятия Конституции Грузии в 1995 году Грузия присоединилась ко многим международным соглашениям и договорам, которые защищают общепризнанные права и свободы человека. Благодаря важным реформам, проведённым в течение 23 лет в несколько этапов, в нашей стране удалось создать совершенно новое правовое пространство, в котором значительное место должны были занять и новые нормы, регулирующие публичный порядок.

К сожалению, всеобъемлющая правовая реформа не затронула право административных правонарушений, и по сей день в силе остаётся и действует именно

прежний Кодекс Грузинской ССР об административных правонарушениях (далее – КАП), который был принят Верховным Советом Грузинской ССР ещё в 1984 году.<sup>3</sup> Несмотря на неоднократные изменения и дополнения, которые вносились в этот кодекс, начиная с 1990 года, он не удовлетворяет стандартам законодательства демократического государства и не соответствует Конституции Грузии и международным механизмам защиты прав человека.

Цель современного права об административных правонарушениях – в процессе осуществления публичного управления обеспечить предотвращение правонарушений. Эта отрасль рассматривается как право о порядке публичного управления, которое обеспечивает соблюдение правопорядка в первую очередь путём использования превентивных механизмов.<sup>4</sup> Кроме того, эти нормы призваны обеспечить возложение адекватной ответственности на лиц, совершающих соответствующие нарушения. В противном случае невозможно будет достичь общественной стабильности, и будет нарушен важнейший принцип равенства перед законом.<sup>5</sup>

Рассмотренные в статье вопросы подтверждают, что КАП посягает на права и свободы человека чем он противоречит Конституции Грузии. Кроме того, вопрос о правонарушениях регулируется и другими актами, что делает систему ещё более неясной и не единообразной.

С другой стороны, на данном этапе отсутствует государственное видение и стратегия реформирования данной сферы.

В статье кратко будут рассмотрены те главные и узловые вопросы, которые ещё раз подтверждают, что необходимо немедленно начать реформирование сферы административных правонарушений, которая никоим образом не удовлетворяет требованиям, стоящим перед демократическим государством.

### II. Необходимость изменения Кодекса об административных правонарушениях

В Грузии, подобно другим республикам – членам бывшего Союза ССР, первые кодификации административных правонарушений возникли во второй по-

<sup>1</sup> Доктор права, ассистент-профессор юридического факультета Тбилисского государственного университета имени Ивана Джавахишвили; исполнительный директор неправительственного (некоммерческого) юридического лица - Ассоциации молодых юристов Грузии.

<sup>2</sup> Преамбула Конституции Грузии (опубликована в Ведомостях Парламента Грузии, 1995 г., №№ 31-33, с. 668), <www.matsne.gov.ge> [17.01.2014].

<sup>3</sup> Кодекс Грузии об административных правонарушениях (опубликован в Ведомостях Верховного Совета Грузинской ССР, 1984 г., №12, с. 421), <www.matsne.gov.ge> [17.01.2014].

<sup>4</sup> Содействие реформе права об административных правонарушениях (Общий обзор проекта) – Центр правовых исследований (экспертизы), Тбилиси, 2013 год, с. 1.

<sup>5</sup> Review of the draft code on administrative offences of Georgia as of June 2012, Denmark's Georgia Programme 2010-1013 Promotion of Judicial Reform Human and Minority Rights <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/expertises/Opinion%20Georgia%20Admin%20Offences%20Code.pdf> [09.01.2014]

ловине XX века.<sup>6</sup> КАП был принят ещё в 1984 году и подобно действующим в то время законодательным актам основывался на законе об основах административных правонарушений союзного значения.<sup>7</sup> Подобно законодательству того времени, в нынешней действительности неприемлемой является осуществляемая по советской методологии политика административных наказаний.<sup>8</sup>

Как уже отмечалось, после обретения Грузией независимости фундаментально изменилась правовая система страны, и было принято немало новых законов, однако исключение составил КАП. Этот кодекс исключителен, потому что власти на фоне нескольких безуспешных попыток<sup>9</sup> вместо того, чтобы реформировать сферу в целом, сумели осуществить лишь ее косметические преобразования путём внесения многочисленных изменений и дополнений. В то же время отдельными новыми законодательными актами удалось урегулировать правонарушения различных видов, что делает нормы, регулирующие административную ответственность, ещё более несистемными и не единообразными.

Подобно законодательному регулированию, скудными являются и теоретические оценки в этом направлении.

## 1. Кодекс об административных правонарушениях посягает на основные права и свободы человека

Исходя из разграничения различных видов юридической ответственности, в литературе считается, что административная ответственность, как более мягкая форма ответственности по сравнению с уголовной, не влечёт судимости, не связана с со строгими ограничениями личной свободы гражданина, не влечёт иных тяжких последствий, как это имеет место в случае применении уголовной ответственности и назначением наказания.<sup>10</sup> Идентичную позицию фиксирует

Верховный Суд Грузии в решении от 24 февраля 2009 года №8-1078-1040(з-08).<sup>11</sup>

С учётом отмеченного признается, что административные правонарушения – нарушения незначительного характера. Впрочем, это мнение совершенно не соответствует различным международным экспертным оценкам и утвердившейся практике Европейского суда по правам человека, а также противоречит Конституции Грузии. В отчёте Евросоюза за 2012 год, подготовленном в рамках партнёрства Дания-Грузия, отмечается, что согласно Европейской конвенции о правах человека и установившейся практике Европейского суда по правам человека эти нарушения в большинстве случаев являются носителями уголовно-правовой природы, и соответственно должны быть соблюдены гарантии правовой защиты подобно тому, как это делается при рассмотрении дел об уголовных преступлениях.<sup>12</sup> Среди вопросов, регулируемых КАП, особую критику вызывают нормы КАП, регулирующие административный арест.

Согласно КАП административный арест может назначаться лицу на срок до 90 дней.<sup>13</sup> По сравнению с другими видами административных взысканий, арест по своей продолжительности и тяжести представляет собой наиболее тяжкую форму вмешательства в права и свободы человека. Исходя из этого, чрезвычайно важно, чтобы ограничение свободы человека было законным, чему должно предшествовать справедливое разбирательство дела.

В рамках Проекта по усилению независимости и правовому укреплению правосудия<sup>14</sup> в 2013 году был подготовлен отчёт, в котором дана оценка анти конституционности КАП и указывается, что действующая система правонарушений Грузии нарушает права граждан Грузии и наносит вред международной репутации страны, так как устанавливает чрезмерно строгие взыскания, игнорируя гарантированное Конституцией право на справедливый суд.<sup>15</sup>

<sup>6</sup> Ю. А. Дмитриев, А. А. Евтева, С. М. Петров, Административное право, Российское юридическое образование, ред. Ю. А. Дмитриева, Москва, Издательство Эксмо, 2005, С. 277–278.

<sup>7</sup> Там же. С. 277–278.

<sup>8</sup> მ. სალხინაშვილი, ვ. ლორია, ადმინისტრაციული სახდელები და მათი გამოყენება, თბილისი, 2000წ. გვ. 14. (М. Салхинашвили, В. Лория, Административные взыскания и их применение, Тбилиси, 2000 г., С. 14).

<sup>9</sup> Там же. С. 4.

<sup>10</sup> Т. Гвамичава, Отличие административной ответственности от других видов юридической ответственности, Georgian Electronic Scientific Journal: Jurisprudence 2006 No1(7), С. 14 (на грузинском языке). <<http://www.google.ge/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fgesj.internet-academy.org.ge%2Fdownload.php%3Fid%3D1117.pdf&ei=VA9OUMzwO83DtAbHr4HoDg&usg=AFQjCNFp007cDivOG5Ppv1NuTVH-S7e6VwH>> [09.01.2014].

<sup>11</sup> Решение Верховного Суда Грузии от 24 февраля 2009 года №8-1078-1040(з-08). <http://prg.supremecourt.ge/default.aspx> [14.01.2014].

<sup>12</sup> Review of the draft code on administrative offences of Georgia as of June 2012. <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacity-building/Source/expertises/Opinion%20Georgia%20Admin%20Offences%20Code.pdf>> [09.01.2014].

<sup>13</sup> Кодекс Грузии об административных правонарушениях (опубликован в Ведомостях Верховного Совета Грузинской ССР, 1984 г., №12, ст. 421), <[www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge)> статья 32. [17.01.2014].

<sup>14</sup> Дополнительную информацию о «Программе по усилению независимости и правовому укреплению правосудия (JILEP) смотрите: <<http://www.ewmi-jilep.org/ka/about/about-jilep>> [17.01.2014].

<sup>15</sup> <<http://www.ewmi-jilep.org/ka/e-library/books/307-publications>> [17.01.2014].

В 2013 году в отчёте Хамерберга<sup>16</sup> в области прав человека - «...пройдённый период, сделанные шаги и существующие вызовы»—ещё раз подчёркивалось, что регулирование вопроса административного ареста в Грузии по-прежнему проблематично.<sup>17</sup> В нем подчёркивается, что в законе не предусматриваются основные требования, связанные с правами человека, включая право на судебную защиту. Автор отмечает, что в кодексе об административных правонарушениях вообще не упоминаются такие уголовно-процессуальные понятия, как «законная улика» или/и «незаконная улика», а также не объясняются стандарты обоснования, на основе которых судья выносит решение, тем самым судьям предоставляется возможность опираться лишь на меру наказания, которую требуют полицейские, и их показания. Кроме того, право на апелляцию может быть нарушено ввиду того факта, что отсутствуют установленные критерии законности даваемых в суде показаний и/или предъявляемых улик.<sup>18</sup> Таким образом, автор отчёта рассматривает административный арест как равноценное уголовному наказанию содержание под стражей. Более того, по рекомендации Хамерберга, власть должна рассматривать вопрос единой отмены содержания под стражей как наказания за административное правонарушение.<sup>19</sup>

С содержанием под стражей связаны также отчёты, подготовленные верховным представителем Евросоюза по вопросам внешней политики и безопасности в 2012 и 2013 годах, которые касаются осуществления европейской соседской политики в Грузии в 2011 и 2012 годах. В этих отчётах представитель Евросоюза подчёркивает, что необходимо пересмотреть и изменить порядок административного задержания в соответствии с нормами справедливого правосудия.<sup>20</sup> В отчёте этой же организации за 2013 год, в котором оценивались данные 2012 года, представительство также отмечает, что применение черес-

чур строгого административного задержания на срок до 90 дней за такое незначительное нарушение закона как, например, неподчинение полиции, по-прежнему остаётся предметом, вызывающим озабоченность. Административным заключённым обеспечиваются меньшие правовые гарантии, чем лицам, находящимся в предварительном заключении за совершение уголовного преступления.<sup>21</sup> Отмечается также, что в соответствии со стандартами справедливого суда подлежит пересмотру порядок административного задержания.<sup>22</sup>

В отчёте организации Human Rights Watch за 2012 год международная организация в связи с административным арестом указывает, что необходимо, чтобы при рассмотрении вопросов административного ареста государство обеспечивало реализацию права на справедливый суд и права на защиту, знакомило лицо с его правами, предоставляло стороне адекватное время для подготовки к процессу, обеспечивало соблюдение реальной состязательности сторон в ходе разбирательства дела.<sup>23</sup> Кроме того, по ее рекомендации административный арест как вид взыскания вообще подлежит отмене.<sup>24</sup>

Проблемам, связанным с административными правонарушениями, посвящены не только отчёты международных организаций, но на них нередко указывают и неправительственные организации, работающие в Грузии в области защиты прав человека.<sup>25</sup> Государство само выразило волю относительно проблематичности и необходимости изменить законодательство в области административных нарушений, и этот вопрос упомина-

<sup>16</sup> Томас Хамерберг, специальный советник Евросоюза по вопросам конституционной и правовой реформ и прав человека.

<sup>17</sup> Georgia in Transition, Report on the human rights dimension: background, steps taken and remaining challenges Assessment and recommendations by Thomas Hammarberg, Tbilisi, Georgia 2013 <[http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/press\\_corner/all\\_news/news/2013/human\\_rights\\_2013/human\\_rights\\_report\\_2013\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/press_corner/all_news/news/2013/human_rights_2013/human_rights_report_2013_en.htm)>[22.01.2014].

<sup>18</sup> Там же. <[http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/press\\_corner/all\\_news/news/2013/human\\_rights\\_2013/human\\_rights\\_report\\_2013\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/press_corner/all_news/news/2013/human_rights_2013/human_rights_report_2013_en.htm)>[22.01.2014].

<sup>19</sup> Там же. <[http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/press\\_corner/all\\_news/news/2013/human\\_rights\\_2013/human\\_rights\\_report\\_2013\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/press_corner/all_news/news/2013/human_rights_2013/human_rights_report_2013_en.htm)>[22.01.2014].

<sup>20</sup> Осуществление европейской соседской политики в Грузии в течение 2011 года. [http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/enprogressreport\\_2011\\_ka.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/enprogressreport_2011_ka.pdf)>[22.01.2014].

<sup>21</sup> Осуществление европейской соседской политики в Грузии, продвижение, достигнутое в 2012 году, и рекомендации к действию. <[http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/20130320\\_enpreport\\_ka.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/20130320_enpreport_ka.pdf)>[22.01.2014].

<sup>22</sup> Там же <[http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/20130320\\_enpreport\\_ka.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/20130320_enpreport_ka.pdf)>[22.01.2014].

<sup>23</sup> Administrative error, Georgia's Flawed System for Administrative Detention, Human Rights Watch, USA, 04.01, 2012 pp. <<http://www.hrw.org/reports/2012/01/04/administrative-error-0>> [21.01.2014]

<sup>24</sup> Там же <<http://www.hrw.org/reports/2012/01/04/administrative-error-0>> [21.01.2014]

<sup>25</sup> ადმინისტრაციულ პატიმრობასთან დაკავშირებული პრობლემები და რეკომენდაციები, თბილისი, 2011წ. ხელმისაწვდომია მოთხოვნის შემთხვევაში (Ассоциация молодых юристов Грузии, Проблемы и рекомендации, связанные с административным арестом, Тбилиси, 2011 г. Доступны по требованию). სისხლის სამართლის სტრატეგია და სამოქმედო გეგმა მიღებულ იქნა უწყვეტათაშორისი საკოორდინაციო საბჭოს მიერ 2009 წლის 27 ივლისს, აღნიშნული დოკუმენტი განახლებადია და უკანასკნელი მიღებულია 2013 წელს, რომელშიც რეფორმის ერთ-ერთ საკითხად აღნიშნულია ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის ცვლილებები. იხ. <<http://www.justice.gov.ge/AboutUs/Council/237>> [28.01.2014].

ется в Стратегии реформы уголовного права Грузии.<sup>26</sup>

По мнению Ассоциации молодых юристов Грузии<sup>27</sup>, неурегулированные вопросы или неэффективное регулирование встречаются на всех этапах, связанных с административным арестом, что вызывает повседневное нарушение прав человека, ущемление чести и достоинства людей в грубой форме.<sup>28</sup> Организация, в частности, указывает, что в процессе рассмотрения дел об административных правонарушениях не обеспечивается право лица на защиту (установление разумного времени на подготовку защиты, доступ к материалам дела, право требовать отсрочки процесса); полноценно не регулируются последовательность и процедуры рассмотрения дела об административном правонарушении в суде, вследствие чего применяются административно-процессуальный и гражданский процессуальный кодексы. Эти законодательные акты содержат нормы, регулирующие отношения истца и ответчика, что менее релевантно при состязании лица, составляющего протокол, и лица, привлечённого к ответственности, в ходе рассмотрения дел об административных правонарушениях. Это последнее имеет скорее больше общего с уголовным процессом, нежели с административным и гражданским процессами. Впрочем, на практике применяется усечённая форма гражданского процесса.<sup>29</sup> Законодательство вообще не признает права на молчание привлечённого к ответственности лица в судебном процессе, а также не содержит оговорки относительно того, что молчание не может считаться признанием вины.<sup>30</sup>

При рассмотрении дел об административных правонарушениях низок также стандарт доказывания.<sup>31</sup> Проблематичен также вопрос обжалования постановлений, принимаемых по поводу административных правонарушений.<sup>32</sup>

Интересно то, что в Конституционном Суде Грузии в настоящее время рассматривается иск<sup>33</sup>, в ко-

<sup>26</sup> Стратегия и план действий в области уголовного права были приняты Межведомственным координационным советом 27 июля 2009 года. Отмеченный документ обновляется и в последней версии принят в 2013 году, в котором в качестве одного из вопросов реформы отмечается необходимость осуществления изменений в Кодекс об административных правонарушениях. См. <<http://www.justice.gov.ge/AboutUs/Council/237>> [28.01.2014].

<sup>27</sup> Информация об организации доступна на: <[www.gyla.ge](http://www.gyla.ge)> [22.01.2014].

<sup>28</sup> Ассоциация молодых юристов Грузии, Проблемы и рекомендации, связанные с административным арестом, Тбилиси, 2011 г., С. 1. Доступны по требованию.

<sup>29</sup> Там же. С. 1-2.

<sup>30</sup> Там же. С. 1-2.

<sup>31</sup> Там же. С. 3.

<sup>32</sup> Там же. С. 3.

<sup>33</sup> Конституционный иск гражданина Реваза Копалиани, <[http://constcourt.ge/index.php?lang\\_id=GEO&sec\\_id=6&info\\_id=1182](http://constcourt.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=6&info_id=1182)> [22.01.2014].

тором обжалуются отдельные нормы КАП, которые, по мнению истца, противоречат Конституции Грузии и гарантированным конституционными нормами основным правам и свободам человека. В частности, истец, признавая административные правонарушения имеющими уголовно-правовую природу, оспаривает конституционность норм кодекса, согласно которым человек может подвергаться задержанию на 12 часов таким образом, чтобы задержанному лицу не были известны основания ограничения его свободы. Указывается также, что нормы кодекса вступают в противоречие с пунктом 5 статьи 18 конституции, согласно которому задержанному или арестованному лицу в момент задержания или ареста сразу же разъясняются основания ограничения его свободы; с пунктом 3 статьи 18 конституции, по которому задержанный должен предстать перед судом, если задержание или иное ограничение свободы длится дольше 48 часов; а равно с отдельными пунктами статьи 42 конституции, в соответствии с которыми гарантируется право на защиту, задержание человека разрешено особо уполномоченным на то лицом, допрос свидетелей стороны обвинения и защиты ведётся в одинаковых условиях.<sup>34</sup>

Исходя из проблематичности и важности вопроса, обсуждение в Конституционном Суде по данному иску будет иметь большое значение.

Таким образом, оценки внутринациональных и международных организаций, рассмотренные в отмеченной главе, ставят под сомнение соответствие КАП как Конституции Грузии, так и общепризнанным правам и свободам человека.

## 2. Бессистемность норм, регулирующих административные правонарушения

На практике сложности вызывает не только то, что КАП не соответствует стандартам защиты прав человека, но и то, что Парламент Грузии различными правовыми актами установил административную ответственность отношении конкретных видов нарушений по отдельным направлениям. Из-за этого в настоящее время в Грузии действуют с одной стороны Кодекс об административных правонарушениях, а с другой – иные правовые акты, устанавливающие административную ответственность за нарушения в сфере отдельных правовых отношений. Вместе с тем, здесь наиболее проблематично то, что такие отдельные законы устанавливают и определяют не только виды конкретных правонарушений, но и процедурные вопросы, касающиеся применения мер ответственности, пред-

<sup>34</sup> Там же.

усмотренных за совершение данных правонарушений, которые отличаются от регуляций, установленных КАП. Например: Налоговый кодекс Грузии,<sup>35</sup> Кодекс о безопасности и свободном обороте продукта<sup>36</sup>, Избирательный кодекс Грузии<sup>37</sup> не только устанавливают виды отдельных правонарушений, но и определяют процедуры применения ответственности регулируемых ими сферах. Такое не единообразное регулирование на практике порождает множество правовых проблем и также довольно проблематично с точки зрения реализации прав и свобод человека. Законодательство не конкретизирует, относятся ли разбросанные по различным административным актам независимые регуляции и соответствующие акты, устанавливающие соответствующие правонарушения, к административным правонарушениям, что не только теоретически, но и практически делает осуществимым нарушение принципа недопустимости возложения двойной ответственности за одно и то же нарушение.<sup>38</sup>

## II. Регуляция административных правонарушений в различных правовых системах и прецедентное право Европейского суда по правам человека

### 1. Опыт различных стран

В западных правовых системах, где, подобно грузинской системе, ответственность установлена как за преступления, так и проступки, актуален вопрос о различиях между административным проступком и уголовным преступлением. По старой классификации также, как в современном законодательстве, общественная опасность того или иного деяния признается объективным признаком, характерным для преступления, согласно которому между собой разграничиваются преступление и административный проступок. Юридическая наука и законодательство отличают друг от друга характер и степень общественной опасности. Чем выше общественная ценность объекта посягательства и возможный объем причинённого вреда, тем

проще правовая система обосновывает повышенную общественную опасность деяния, и наоборот.<sup>39</sup>

Грузинская научная литература по данному вопросу хранит молчание и не даёт научных оценок разграничения уголовной и административной ответственности, кроме отличий по степени опасности.<sup>40</sup> Не изучена грузинская система также применительно к стандартам европейского права.

Таким образом, в грузинской судебной практике черта между уголовными и административными правонарушениями и соответствующей ответственностью проводится, и они рассматриваются как различные виды ответственности, в отличие от прецедентного права Европейского суда по правам человека и систем многих западных государств.

С одной стороны, пробелы и недостатки действующей системы административных правонарушений подтверждают необходимость реформирования и изменения этой системы. Однако наряду с вопросом реформирования системы актуален и вопрос о том, в какой форме должно происходить изменение системы. В этом смысле весьма важен международный опыт, который необходимо учитывать. В настоящей главе даётся краткий обзор регуляций нескольких различных систем и подходов.

В некоторых правовых системах менее серьёзные с точки зрения общественной опасности деяния отграничены от уголовно-правовой сферы и регулируются административным или гражданским законодательством (Германия, Австрия, большинство постсоветских стран). Согласно второму подходу деяния той же категории остаются в рамках уголовного законодательства как институты особой правовой природы. Это мисдиминор–misdemeanour и фелони–felony.<sup>41</sup> Подобный подход характерен для систем общего права и отдельных континентальных систем права (Соединённое Королевство, США, Франция, Нидерланды, Эстония).<sup>42</sup> В США, которые относятся к системе общего права, в отличие от правовой системы Грузии, уголовная и административная ответственность не разграничиваются. В то же время, например, в США федеральный уголовный кодекс различает фелони и мисдиминор (felony and misdemeanour). Первый представляет собой эквивалент преступления, а другой – установлен на по-

<sup>35</sup> Налоговый кодекс Грузии опубликован в ССМ (Сакартвелос саканონმდებლობაში), 54, 12/10/2010, <[www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge)> [17.01.2014].

<sup>36</sup> Кодекс о безопасности и свободном обороте продукта (опубликован на веб-странице, 25/05/2012), <[www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge)> [17.01.2014].

<sup>37</sup> Избирательный кодекс Грузии (опубликован на веб-странице, 10/01/2012), <[www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge)> [17.01.2014].

<sup>38</sup> Тамар Гварамадзе, диссертационная работа на тему: Правовые основы налоговой ответственности, Тбилиси, 2013 г., С. 42-45 <[http://press.tsu.edu.ge/data/image\\_db\\_innova/Disertaciebi/tamar\\_gvaramaze.pdf](http://press.tsu.edu.ge/data/image_db_innova/Disertaciebi/tamar_gvaramaze.pdf)> [23.01.2014]

<sup>39</sup> К. Цхададзе, Административный проступок и его разграничение от уголовного преступления, журнал «Мартлმსაჯულეა» («Правосудие»), 2008 г. № 2, С. 125 (на груз. яз.)

<sup>40</sup> В. Лория, Грузинское административное право, под ред. Г. Гиоргадзе, издательство «Меридиан», Тбилиси, 2002 г., С. 374-375, (на груз. яз.)

<sup>41</sup> <<http://en.wikipedia.org/wiki/Felony>> [09.01.2014].

<sup>42</sup> Там же.

добие административного правонарушения. По своей сути как один, так и другой влекут за правонарушение уголовную ответственность в отличие от грузинской правовой системы, когда в зависимости от опасности деяния установлено два различных вида ответственности по различным сопутствующим правовым последствиям.<sup>43</sup> При этом в США среди самих этих двух категорий выделяются ещё подкатегории, по которым идёт разделение на фелоны и мисдиминоры.<sup>44</sup> В США felony условно признаются такие правонарушения, которые влекут ответственность в виде заключения под стражу на год или более года. Заключение под стражу на менее продолжительный срок назначается при совершении misdemeanor. Вместе с тем каждый конкретный случай, исходя из фактических обстоятельств дела, может считаться преступлением более тяжкой степени или сравнительно более мягким правонарушением и соответственно к лицу может быть применён более мягкий вид ответственности.<sup>45</sup> Грузинское законодательство строго соблюдает принцип легальности. В частности, исключение уголовной ответственности автоматически не влечёт административную ответственность, если то деяние, уголовное преследование за которое было прекращено, также не содержит признаков административного правонарушения.<sup>46</sup>

Подразделение деяний на felony и misdemeanor, как уже отмечалось, характерно для систем общего права. Однако в различных странах общего права постепенно появляется различное разграничение преступлений, каковыми являются правонарушения упрощённого судопроизводства и правонарушения, осуществлённые предъявлением обвинения. Таким образом, преступления в этих системах разграничиваются уже в ходе судопроизводства.<sup>47</sup> Указанное можно признать сходством с грузинской системой, когда рассмотрение уголовных и административных дел ведётся с соблюдением различных процедур.

Несмотря на то, что для стран континентального права преимущественно характерен второй подход, где различаются административные и уголовные на-

рушения и соответствующая ответственность, в самих странах этой системы тоже наблюдаются многообразные подходы. В некоторых из них (Италия, Испания) преступления упоминаются как деликты, тогда как во Франции, Бельгии и Швейцарии существует разграничение между преступлениями и менее опасными правонарушениями – деликтами.<sup>48</sup> В то же время в грузинской правовой системе деликтами считаются гражданские правонарушения, совершение которых соответственно влечет гражданско-правовую ответственность, которая в свою очередь отграничивается от административной и уголовной ответственности. Исходя из многообразия правовых систем довольно сложно обобщить и действующие в разных странах единые и универсальные понятия преступлений, административных правонарушений и деликтов.

## 2. Стандарты Европейского суда по правам человека применительно к административным и уголовным делам

Не только практика различных государств, но и Европейского суда по правам человека различна применительно к вопросу правовой природы административных правонарушений. Несмотря на то, что малозначительные нарушения в той или иной правовой системе отделены от уголовного права и представляют собой предмет, регулируемый отраслью административного права, если они являются частью уголовного права, Европейский суд по правам человека применяет в отношении всех государств-членов единый подход для распространения действия статьи 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Право на справедливое судебное разбирательство статьей 6 Европейской конвенции по правам человека ограничено только уголовным обвинением или гражданскими правами. Для того, чтобы заявитель мог оспаривать в Европейском суде по правам человека нарушение права на справедливый суд, подразумевающее много аспектов, ему нужно доказать наличие предусмотренного статьей 6 уголовного обвинения или гражданского права.<sup>49</sup> Стандарта для административных дел у Европейского суда по правам человека нет.

Относятся ли дела об административных правонарушениях к «уголовному обвинению», предусмотрен-

<sup>43</sup> Misprision of Felony, <Hhttp://www.law.cornell.edu/uscode/718/usc\_sec\_18\_00000004----000-.htmlH> [05.01.2014] и Petty Offense Defined <Hhttp://www.law.cornell.edu/uscode/718/usc\_sec\_18\_00000019----000-.htmlH> [05.01.2014].

<sup>44</sup> Сравните <Hhttp://www.statutes.legis.state.tx.us/docs/PE/html/PE.12.htmH> [05.01.2014].

<sup>45</sup> F. Arfa, Felonies and Misdemeanors, <Hhttp://www.bestdefender.com/felonies.htmlH> & What is a Felony <Hhttp://www.wisegeek.com/what-is-a-felony.htmlH> [05.01.2014].

<sup>46</sup> Кодекс Грузии об административных правонарушениях (опубликован в Ведомостях Верховного Совета Грузинской ССР, 1984 г., №12, ст. 421), статья 10, <www.matsne.gov.ge> [17.01.2014].

<sup>47</sup> F. Arfa, Felonies and Misdemeanors, <Hhttp://www.bestdefender.com/felonies.htmlH> [05.01.2014].

<sup>48</sup> <Hhttp://en.wikipedia.org/wiki/FelonyH> [05.01.2014].

<sup>49</sup> D. Vitkauskas, G. Dikov, Protecting The right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2012, pp. 7–23, <Hhttp://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb12\_fairtrial\_en.pdfH> [05.01.2014].

ному статьей 6, или же попадают под гражданско-правовую сферу защиты, это Европейский суд по правам человека в отдельных случаях устанавливает на основе критериев, утвердившихся в виде прецедентного права в течение многих лет.

Судебной практикой установлено три критерия, по которым суд определяет, является ли случай носителем уголовно-правовой природы. В частности: 1. Деяние должно быть отнесено законодательством государства-участника Европейской конвенции по правам человека к уголовному праву. 2. Деяние по законодательству государства-участника Европейской конвенции по правам человека к уголовному праву не относится, но исходя из его природы может иметь уголовный характер. 3. Наказание, назначенное за совершение того или иного преступления по своей природе является довольно тяжёлым.<sup>50</sup>

Европейский суд по правам человека по делу Зильберберг против Молдовы,<sup>51</sup> заявил, что названные выше условия, которые установлены на протяжении многих лет прецедентной практики Европейского суда по правам человека, альтернативны. Несмотря на это, последнее не исключает того, что второй и третий критерии будут применяться кумулятивно, когда каждый отдельно взятый критерий не даёт возможности сделать ясные выводы в связи с понятием «уголовного обвинения». В Молдове, против которой внёс жалобу Зильберберг, административные правонарушения и наказания разграничиваются подобно тому, как это происходит в Грузии. Европейский суд по правам человека в результате обсуждения данного дела и данных в его ходе оценок пришёл к заключению, что ответственность, установленная кодексом об административных правонарушениях, носила уголовно-правовую природу и налицо было обвинение уголовно-правовой природы.<sup>52</sup> В результате отмеченного заключения административные правонарушения были перенесены в особую правовую плоскость.

Европейский суд по правам человека по делу Яносевиц против Швеции, в котором заявитель жаловался на нарушение Швецией гарантированных ему права собственности и права на справедливый суд, указал, что наложение налоговых штрафов, которое предусматривается шведским законодательством, по своей природе носило уголовно-правовой характер, по-

скольку размер штрафов и цель их установления были карательного, а не компенсационного характера, в случае чего оно имело бы гражданско-правовой характер. Вместе с тем в данном случае споры, связанные с законностью решений применительно к наложению указанных штрафов, рассматривались бы административными судами, что, по мнению Европейского суда по правам человека, обеспечивало бы защиту интересов заявителя на национальном уровне и его доступ к суду. В этом случае суд оценил, насколько реальной была возможность плательщика обжаловать это решение, насколько он мог опровергнуть аргументы, представленные другой стороной, и обеспечивалась ли при этом состязательность сторон. Согласно этим принципам суд по конкретному делу признал, что государство не смогло обеспечить на основании вышеперечисленных критериев защиту права на доступ к справедливому судебному разбирательству.<sup>53</sup>

Европейский суд по правам человека по делу Галстян против Армении<sup>54</sup> дополнительно отметил, что в отдельных странах действуют нормы, определяющие административные правонарушения, которые по своей природе являются уголовными, хотя эти деяния не регулируются ни материальным, ни процессуальным уголовным законодательством, поскольку эти деяния очень тривиальны.<sup>55</sup> Согласно отмеченному толкованию Европейского суда, для целей статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод уголовными признаются те административные правонарушения, который носят преступный характер.<sup>56</sup> В этом же деле суд в связи со строгостью наказания указывает, что назначение наказания в виде содержания под стражей за нарушение закона вообще не относится к уголовно-правовой сфере, если наказание по своей природе, длительности и манере исполнения не причиняет явного вреда.<sup>57</sup> Как уже отмечалось, Европейский суд по правам человека не ограничивается лишь оценкой уголовно-правовой природы административного ареста в отдельных государствах-участ-

<sup>50</sup> Там же, [Hhttp://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacity-building/Source/documentation/hb12\\_fairtrial\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacity-building/Source/documentation/hb12_fairtrial_en.pdf) [17.01.2014].

<sup>51</sup> Решение Европейского суда по правам человека по делу Ziliberg v. Moldova, 2005, ECHR <[Hhttp://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119H](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119H)> [05.01.2014].

<sup>52</sup> Ziliberg v. Moldova, 2005, ECHR <[Hhttp://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119H](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119H)> [22.01.2014].

<sup>53</sup> Решение Европейского суда по правам человека по делу Janosevic v. Sweden, 2003, ECHR <[Hhttp://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60628H](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60628H)>

<sup>54</sup> Решение Европейского суда по правам человека по делу Galstyan v. Armenia <[Hhttp://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297H](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297H)> [16.01.2014].

<sup>55</sup> Там же <[Hhttp://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297H](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297H)> [16.01.2014].

<sup>56</sup> Решения Европейского суда по правам человека по делам: Ziliberg v. Moldova, ECHR <[Hhttp://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119H](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119H)> и Galstyan v. Armenia <[Hhttp://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297H](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297H)> [16.01.2014].

<sup>57</sup> Решение Европейского суда по правам человека по делу Galstyan v. Armenia <[Hhttp://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297H](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297H)> [16.01.2014].

никах конвенции, он определяет также, насколько относятся к уголовным наказаниям административные штрафы. Европейский суд по правам человека по делу Зильбер Берга отметил, что менее серьёзный характер наказания не лишает правонарушение уголовной природы. В деле Зильбер Берга на заявителя за участие в незаконной демонстрации был наложен штраф в размере 36 молдавских леев (на тот момент эквивалентных 3,17 евро). Максимальное наказание, которое можно было ему назначить, составлял штраф в размере 90 леев (на тот момент эквивалентных 7,94 евро). Суд постановил, что указанный штраф не преследовал целью компенсации причинённого вреда, а носил карательный и превентивный характер и зачислялся в государственный бюджет. Суд указывает, что уголовные санкции традиционно разграничивают по их карательной природе. Административный штраф, имеющий такую природу, по своей сути – уголовно-правовой.<sup>58</sup> Ещё раз необходимо отметить, что упомянутые дела представляют интерес и в том смысле, что как в Армении, так и в Молдове правовая система разграничивает уголовные и административные правонарушения подобно грузинской, и в то же время большинство штрафов, установленных КАП, носит именно карательный, а не компенсационный характер.

Приведённый в настоящей главе обзор подтверждает наличие в разных странах различных подходов к решению вопроса. Правительство Грузии не должно выбирать какую-либо конкретную модель, регулируемую правонарушения, автоматически. В рекомендациях европейского суда по этому вопросу отмечается, что выбор Грузии должен удовлетворять не только интересы грузинской власти, но и всех тех, в отношении кого могут применяться правовые механизмы, устанавливающие административную ответственность.<sup>59</sup>

### III. Заключение

Рассмотренные в статье вопросы доказывают, что действующая законодательная система регулирования правонарушений не в состоянии удовлетворять вызовы, стоящие перед демократическим обществом, и более того, противоречит Конституции Грузии.

Оценки международных и местных экспертов подчёркивают, что действующие законодательные регуля-

ции на практике ежедневно грубо нарушают права и свободы человека, противоречат Конституции Грузии. В то же время многообразие законодательства, регулирующего правонарушения, делает систему не единообразной, и отсутствует последовательный подход к вопросу.

Существующие законодательные регуляции нуждаются в системных и коренных преобразованиях и формулировании норм, устанавливающих административную ответственность в такой форме, которая будет соответствовать Конституции Грузии и обеспечит защиту прав человека.

Приведённый в статье краткий обзор подтверждает, что какого-либо единого универсального подхода к регулированию правонарушений в различных странах нет. Наряду с многообразием правовых систем различны и нормы, упорядочивающие регулирование административных правонарушений. Исходя из этого грузинское государство с учетом уголовной политики должно начать работу по реформированию системы административных правонарушений прежде всего с определения соответствующей модели, по которой оно будет регулировать административные правонарушения. В противном случае сохранение недемократичных регуляций, устанавливающих административную ответственность, причинит Грузии значительный вред на пути строительства правового государства.

<sup>58</sup> Решение Европейского суда по правам человека по делу Ziliberg v. Moldova, 2005, ECHR <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119H>> [22.01.2014].

<sup>59</sup> Review of the draft code on administrative offences of Georgia as of June 2012. <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacity-building/Source/expertises/Opinion%20Georgia%20Admin%20Offences%20Code.pdf>> [09.01.2014]

Гегам Варданович Геворгян<sup>1</sup>

## Правовые последствия концентрации, введенной в действие в нарушение законодательства, в Республике Армения

### I. Введение

*В статье представлены правовые последствия концентрации, введенной в действие в нарушение законодательства, а также правонарушений, допущенных в процессе действия концентрации. Правовые последствия условно подразделены на две части: на правовые последствия и штрафы, применяемые к запрещенной концентрации, которые подвергаются отдельному изучению. В работе особое внимание уделяется исследованию факторов, воздействующих на привлечение к ответственности и ее меру, проводятся параллели с опытом Европейского Союза. Проблема, являющаяся в работе предметом изучения, рассматривается как в теоретическом, так и практическом аспекте.*

#### 1. Правовые последствия, присяемые в отношении концентрации, выведенной в действие в нарушение законодательства

Правовые последствия, применяемые в отношении концентрации, введенной в действие в нарушение законодательства, условно можно подразделить на две группы: правовые последствия и штрафы, применяемые к запрещенной концентрации.

Часть 1 статьи 9 Закона Республики Армения «О защите экономической конкуренции»<sup>2</sup> (далее - Закон) устанавливает, что концентрация хозяйствующих субъектов до ее введения в действие подлежит декларированию, если:

1) общая стоимость (размер) активов или доходов участников концентрации или стоимость (размер) активов или доходов хотя бы одного из участников в последний предшествующий финансовый год их создания превысили стоимость (размер) активов или доходов, установленных решением Комиссии;

2) хотя бы один из участников концентрации имеет на каком-либо товарном рынке доминирующее положение.

<sup>1</sup> Преподаватель Академии государственного управления РА, к.ю.н., главный юрист государственного учреждения «Бюро по реализации программ» Национальный центр по урегулированию законодательства» Аппарата Правительства РА.

<sup>2</sup> Закон Республики Армения «О защите экономической конкуренции» от 6 ноября 2000 года, ЗР-112.

Части 2 и 3 статьи 10 того же Закона устанавливаются:

2. Концентрация, подлежащая декларированию или существенным образом препятствующая экономической конкуренции, в том числе приводящая к доминирующему положению или закрепляющая доминирующее положение, допускается на основании решения Комиссии, которое может содержать также условия и обязательства, подлежащие обязательному выполнению участником (участниками) концентрации.

3. Запрещается введение в действие подлежащей декларированию концентрации до вынесения Комиссией решения.

Таким образом, законодательством Республики Армения установлены случаи концентрации, которые подлежат декларированию до их введения в действие. В то же время, установлено, что запрещается введение в действие подлежащей декларированию концентрации до вынесения Комиссией решения.

Часть 4 статьи 10 устанавливает, что введенная в действие запрещенная концентрация подлежит ликвидации (расторжению, прекращению) в порядке, установленном законодательством. Это положение в случае выявления введенной в действие запрещенной концентрации позволяет Комиссии устранить ее. Это чрезвычайно важное положение, при отсутствии которого было бы невозможным восстановление конкуренции на общем рынке. Следует, однако, отметить, что не все незадекларированные концентрации подлежат ликвидации, а только те, которые вредят конкуренции, то есть, концентрация будет запрещена при предварительном декларировании. Схожие положения установлены также в законодательстве Европейского Союза и национальных законодательствах стран-членов ЕС.

Статья 8(4) Регламента 139/2004 Совета ЕС о контроле за концентрацией от 20 января 2004 года<sup>3</sup> устанавливает, что тогда, когда Комиссия ЕС посчитает, что концентрация уже введена в действие и сочтена несовместимой с Общим рынком, а также она введена в действие в нарушение условий, зафиксированных в решении о совместимости концентрации с Общим рынком, в случае отсутствия которых концентрация считалась бы несовместимой, то Комиссия может:

- потребовать от вовлеченных в концентрацию хозяйствующих субъектов ликвидировать концентрацию, в частности посредством ликвидации слияния или отчуждения всех паев или активов таким образом, чтобы была восстановлена ситуация, имеющаяся до введения концентрации в действие. При таких обстоя-

<sup>3</sup> Council Regulation (EC) N 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 024, 29.01.2004. P. 1-22.

тельствах, когда восстановление ситуации, имеющейся до введения в действие концентрации, невозможно посредством ликвидации концентрации, Комиссия ЕС может предпринять иные соответствующие меры, чтобы по возможности достичь такого восстановления;

- потребовать предпринятие любых иных соответствующих мер, чтобы было гарантировано, что вовлеченные в концентрацию хозяйствующие субъекты ликвидировали концентрацию или предприняли восстановительные меры, как это требовалось в решении.

§ 41 Закона Германии “О запрете на ограничение конкуренции”<sup>4</sup> устанавливает, что в тех случаях, когда концентрация запрещена и введена в действие, Bundeskartellamt должен предпринять соответствующие меры, чтобы ликвидировать концентрацию. Далее Закон устанавливает интересное положение о том, что ограничения конкуренции могут быть ликвидированы также иными средствами, чем восстановление прежнего положения. Для осуществления этого своего полномочия она может ограничить или запретить действие голосующих акций, закрепленных паем вовлеченного в концентрацию хозяйствующего субъекта, который является собственностью другого хозяйствующего субъекта или относится к нему. Bundeskartellamt может также назначить опекуна, который осуществит ликвидацию концентрации. Как видим, соответствующее законодательство Германии достаточно подробно и конкретно устанавливает регулирование в вопросе ликвидации незаконной концентрации.

Как уже было замечено, часть Закона РА “О защите экономической конкуренции” относительно требования ликвидации концентрации не содержит положений об иных мерах по восстановлению прежнего положения или ликвидации конкурентных ограничений, которые установлены в законодательстве ЕС. Положения о восстановлении прежнего положения имеют весьма существенное значение, так как прекращение концентрации не всегда влечет восстановление предконкурентного положения и установление конкурентного равенства. Надо, однако, отметить, что Закон РА “О защите экономической конкуренции” устанавливает одно общее положение (пункт “а” части 1 статьи 19), согласно которому Комиссия вправе принимать решения относительно прекращения нарушений настоящего Закона или устранения их последствий, восстановления первоначального положения, изменения или расторжения противоречащих настоящему Закону договоров хозяйствующими субъектами, государственными органами и их должностными лицами, за-

ключения ими договоров с другими хозяйствующими субъектами. Данное положение относится ко всем случаям искажения экономической конкуренции, в том числе и к введению в действие запрещенной концентрации. Тем не менее, можно установить четкий механизм, который доскональным образом урегулирует как любое антиконкурентное действие, так и восстановление конкуренции, искаженной введением в действие запрещенной концентрации.

Следует отметить, что законодательство, регулирующее сферу экономической конкуренции Республики Армения, не предусматривает положения относительно промежуточной ответственности или промежуточных действий, а также относительно прекращения концентрации, декларированной на основании неверной или ложной информации. Подобные положения, например, предусматривает Регламента 139/2004 Совета ЕС. Регламента 139/2004 устанавливает также промежуточные средства запрета концентрации, когда концентрация введена в действие в нарушение положений относительно прекращения и пока еще не принято решение о совместимости концентрации с Общим рынком или концентрация введена в действие в нарушение условий решения о совместимости с рынком и прочее. Промежуточные средства имеют целью прекращение нарушения до окончательного разрешения проблемы, что позволяет избежать тяжелых последствий.

Кроме этого, Регламент 139/2004 устанавливает, что Комиссия ЕС может признать решение о совместимости концентрации Общему рынку утратившим силу, когда оно принято на основании неверной информации, за которую ответственен один из хозяйствующих субъектов, либо когда оно принято обманным путем или когда вовлеченный в концентрацию хозяйствующий субъект допустил нарушение установленного решением обязательства. Это полномочие дает Комиссии ЕС возможность прекратить признанную совместимой с Общим рынком концентрацию, которая, однако, признана таковой на основании неверной информации, за которую был ответственен хозяйствующий субъект. Это является еще одним рычагом для того, чтобы сдерживать хозяйствующих субъектов от достижения желаемого результата незаконным путем.

Было бы логичным предусмотреть подобные положения в Законе РА “О защите экономической конкуренции”. Промежуточные средства ответственности являются необходимыми способами ответственности, которые дают возможность восстановить конкуренцию до вынесения окончательного решения относительно концентрации, что может продолжаться несколько месяцев. А отсутствие конкретного определе-

<sup>4</sup> Act against restraints of competition, 26 August 1998 Federal Gazette I p. 2546.

ния ответственности за неверную информацию, обман или невыполнение установленных обязанностей может привести к возникновению серьезных проблем. В частности, возникает вопрос, что следует делать в тех случаях, когда концентрация разрешена Комиссией на основании неверной информации или обмана? При любых обстоятельствах, конечно, можно руководствоваться положениями Закона РА “Об основах администрирования и административном производстве”<sup>5</sup> (в частности статьей 63) и признать решение Комиссии о разрешении концентрации утратившим силу. Учитывая, однако, особенности экономической конкуренции, а также регулирующего ее закона необходимо установление специальных механизмов ответственности именно в этом Законе. Ответственность следует установить также тогда, когда нарушены возложенные на хозяйствующих субъектов обязанности. Как уже отмечалось, Закон (статья 10) устанавливает случаи, когда на хозяйствующих субъектов возлагаются определенные обязанности. Невыполнение этих обязанностей также может привести к искажению конкуренции, ответственность за это также имеет важность.

## **II. Штрафы, налагаемые за правонарушения, совершенные в ходе декларирования и действия концентрации**

Санкции по ликвидации связанной с незаконными решениями или введенной в действие, запрещенной концентрации не могут быть достаточной угрозой в отношении некоторых сторон концентрации. Хозяйствующие субъекты, конечно, затрачивают время и ресурсы для организации процесса концентрации, однако очень возможно, что их потеря не станет достаточным основанием, чтобы удержать их от незаконных действий. Однако их может остановить риск проведения изучения Комиссией и возможность штрафа в случае выявления нарушения. Комиссия имеет полномочие на назначение штрафов в отношении тех хозяйствующих субъектов, которые нарушили правила конкуренции.

Закон РА “О защите экономической конкуренции” наделяет Комиссию полномочием на принятие решений о назначении штрафов в отношении хозяйствующих субъектов за нарушение как материальных, так и процедурных норм конкурентного законодательства. Часть 4 статьи 36 Закона устанавливает, что размер штрафа, назначаемого за недекларирование концен-

трации или введение в действие запрещенной концентрации, составляет до четырех процентов от прибыли участвующего в концентрации хозяйствующего субъекта в году, предшествующем его участию в концентрации, но не более чем пятьсот миллионов драмов. В случае осуществления в предыдущем году деятельности мене 12 месяцев размер штрафа, назначаемого за предусмотренное настоящей частью правонарушение, составляет до четырех процентов от прибыли участвующего в концентрации хозяйствующего субъекта в предшествующий его участию в концентрации, но не составляющий более чем 12 месяцев, период, и не может превышать пятьсот миллионов драмов.

Та же статья устанавливает также ответственность за нарушения, связанные вообще со всеми сферами экономической конкуренции. Таким образом, части 7-9 статьи 36 Закона устанавливают:

“7. Размер штрафа, назначаемого за непредставление хозяйствующим субъектом установленных предписанием председателя Комиссии или решением Комиссии либо законодательством документов или другой информации в установленный срок, или представление недостоверных или не полных сведений, составляет до пяти миллионов драмов.

8. Размер штрафа, назначаемого за препятствование выполнению Комиссией, членом или сотрудником Комиссии возложенных на них законодательством прав или обязанностей, составляет до двух миллионов драмов.

9. Размер штрафа, назначаемого за неисправление хозяйствующим субъектом зафиксированных решением Комиссии нарушений в установленный срок, невыполнение им в установленный срок предусмотренных решением условий, обязательств или предписаний, составляет до пяти миллионов драмов.”

При исчислении штрафа Комиссия учитывает все связанные с делом факты, как тяжесть, характер и продолжительность нарушения, так и подход субъекта к содеянному. При назначении штрафов Комиссия также пытается учитывать принцип равномерности, например, связав штраф с правонарушением, размер хозяйствующего субъекта, ставшего предметом проблемы, и его ответственность за правонарушение.

Таким образом, согласно части 2 статьи 31 Закона при применении мере ответственности Комиссия учитывает характер, продолжительность данного правонарушения, возможное или фактическое воздействие правонарушения на ситуацию с конкуренцией на рынке или на интересы потребителей, повторность нарушений настоящего Закона данным хозяйствующим субъектом, степень умысла хозяйствующего субъекта,

<sup>5</sup> Закон Республики Армения “Об основах администрирования и административном производстве” от 12 декабря 2004г., ЗР-41-Н.

мотивы и обстоятельства, побуждающие совершение хозяйствующим субъектом правонарушения, возможное влияние назначаемого штрафа на хозяйствующего субъекта, сферу и (или) историю деятельности данного хозяйствующего субъекта.

Закон довольствуется лишь перечислением фактов, учитываемых при применении ответственности, однако не содержит относительно этих какого-либо указания. Несмотря на то обстоятельство, что в рамках Закона нет указания относительно назначения штрафов, однако попытаемся проанализировать некоторые вопросы, связанные с назначением штрафов.

Закон устанавливает, что Комиссия может назначать штрафы с учетом степени умысла хозяйствующего субъекта. Следует отметить, что в деле концентрации в качестве хозяйствующих субъектов выступают также физические лица, что же касается юридических лиц, то они могут действовать только через посредство человеческого фактора и умысел и неосторожность являются следствием поведения директоров и работников последних.

Статья 14(2) Регламента 139/2004 ЕС также устанавливает схожее положение, согласно которому Комиссия ЕС может назначать штрафы, когда правонарушение совершено умышленно или по неосторожности.

«Умышленно» означает наличие умысла в ограничении конкуренции, а не умысла в нарушении правил. В деле *PVC Cartel II* суд общей юрисдикции установил, что для нарушения конкурентных положений Договора, когда учитывается, имело ли место умышленное действие, не существенно, чтобы хозяйствующий субъект быть осведомлен о том, что он нарушает эти правила, а достаточно того обстоятельства, что он не мог быть неосведомленным, что его действие имело целью ограничение конкуренции...<sup>6</sup>

Исчисление штрафов на основании полной оценки фактов означает, что оно не основывается лишь на исчисление по математической формуле, а включает правовую и экономическую оценку в каждом деле с учетом вышеупомянутых принципов. Следует заметить, что эта политика дает Комиссии возможность широкой свободы в действиях, позволяя ей персонализировать штрафы для каждого хозяйствующего субъекта, являющегося правонарушителем.<sup>7</sup>

Закон устанавливает верхний предел штрафа и отягощающие и смягчающие обстоятельства, в результате чего размер штрафа в каждом конкретном случае может быть разным.

К числу отягощающих обстоятельств можно причислить, например, рецидив или организаторскую роль в правонарушении, а в качестве смягчающего обстоятельства может учитываться способность уплаты штрафа. В данном случае Комиссия учитывает такие обстоятельства, как, в частности, увеличение безработицы или ухудшение в экономических сферах соответственно возвышению или упадку хозяйствующего субъекта. Несмотря на то, что прекращение правонарушения при изучении не является смягчающим обстоятельством, однако продолжение правонарушения после изучения считается отягощающим обстоятельством.<sup>8</sup>

Однако в рамках и отягощающих, и смягчающих обстоятельств отсутствует факт сотрудничества хозяйствующего субъекта с Комиссией, что считается довольно распространенной практикой в передовых странах.

Например, в ЕС в качестве отягощающего обстоятельства может выступать несотрудничество при изучении. Так, в деле *Professional Videotape* штрафы Sony были увеличены на 30 процентов за отказ отвечать на вопросы и сокрытие документов во время проверки.

В качестве смягчающего обстоятельства может выступать сотрудничество с Комиссией ЕС.

Хозяйствующие субъекты, которые признаны виновными или в отношении которых начат процесс вследствие антиконкурентного поведения, в результате которого они подвергнуты штрафу, не должны подвергаться ответственности за то же деяние во второй раз.

При назначении штрафов могут возникнуть трудности тогда, когда хозяйствующий субъект, который ответственен за нарушение правил конкуренции, более не существует (или не существует в той же форме). Когда один хозяйствующий субъект приобретает другого, покупая его долю, обычно возникает проблема. Покупатель берет на себя всю ответственность, так как правовой формат остается тем же. Трудности возникают тогда, когда покупатель приобретает бизнес и активы правонарушителя. В деле *Suiker unie*<sup>9</sup> новая компания приобрела активы, права и обязанности четырех кооперативов, которые были ликвидированы. Суд Европейского Союза решил, что новое предприятия несет ответственность за правонарушения, которые управлением кооперативов совершены посредством их координирующих органов, так как новое предпри-

<sup>6</sup> Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, 2011, p 1096

<sup>7</sup> Case T-150/89 *G. B. Martinelli v. Commission of the European Communities*

<sup>8</sup> Case T-13/03 *Nintendo Co., Ltd and Nintendo of Europe GmbH v Commission of the European Communities*. 30 April 2009.

<sup>9</sup> Case *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities*. Judgment of the Court of 16 December 1975.

нятие приобрело функции, собственность и персонал этого органа.

В отличие от законодательства РА законодательство ЕС установило также положения о периодических выплачиваемых пенях. Последние являются эффективным средством в борьбе с таким правонарушением, которые носят продолжительный характер и для устранения которых одновременно назначаемый штраф может быть не достаточным. Такими, например, являются установленные в законодательстве РА такие правонарушения, как непредставление в установленный срок установленных законодательством документов или информации либо представление недостоверных или неполных сведений, препятствование выполнению Комиссией своих прав и обязанностей, неисправление нарушений в установленный срок, невыполнение установленного срока предусмотренных решением Комиссии условий, обязательств или предписаний и прочее. Для этих правонарушений было бы более эффективными установление периодически выплачиваемых пеней до момента устранения соответствующего правонарушения, что заставит хозяйствующих субъектов быстрее устранить правонарушение.

Конкурентное право РА не устанавливает какого-либо вида санкций в отношении физических лиц (за исключением случаев, когда физическое лицо выступает в качестве хозяйствующего субъекта), или, так сказать, оно не наказывает личность. Последствием поведения работников, директоров, должностных лиц хозяйствующего субъекта, нарушающего конкурентное право, является наложение штрафа на хозяйствующего субъекта, а не на личность. Законодательства некоторых стран устанавливают уголовную ответственность для личности.<sup>10</sup> Самым известным из них являются США, где Акт Шермана может применяться и в уголовном, и в гражданском процессе. Основным аргумент, звучащий в пользу криминализации нарушений конкурентного права, заключается в том, что она имеет более эффективные профилактические последствия, чем санкции, применяемые к хозяйствующим субъектам.

В Великобритании также имеются санкции в отношении личности, которые вовлечены в нарушения правил конкурентного права. Enterprise Act-<sup>11</sup> а также Competition act-<sup>12</sup> устанавливают положения, которые предусматривают уголовную ответственность для личности, а также лишение права занимать опреде-

ленные должности. На расширение криминализации конкурентного законодательства идут Ирландия и Голландия.

Тем не менее, следует отметить, что применение административной ответственности к нарушившим конкурентное законодательство физическим лицам, которые выступают в качестве работников или должностных лиц хозяйствующего субъекта, приведет к достаточной мере бдительности. Некоторые правонарушения в своем большинстве связаны с поведением таких работников или должностных лиц, и их ответственность будет иметь большую профилактическую роль.

### III. Заключение

Таким образом, для борьбы с правонарушениями, допускаемыми в ходе декларирования и действия концентрации, и наличия более конкурентного рынка можно прийти к следующим заключениям:

- необходимо установление четких механизмов, что досконально отрегулирует как любое антиконкурентное действие, так и процесс восстановления конкуренции, искаженной вследствие введения в действие запрещенной концентрации;
- следует установить промежуточные средства ответственности, которые будут применяться до принятия Комиссией окончательного решения;
- Необходимо установить указатель применения обстоятельств, воздействующих на меру ответственности, а в эти обстоятельства включить обстоятельство сотрудничества с Комиссией, что сделает более эффективной борьбу с правонарушениями, имеющимися в сфере экономической конкуренции;
- Установление кроме штрафов периодически выплачиваемых пеней станет более эффективным средством в борьбе с некоторыми правонарушениями, совершаемыми в сфере экономической конкуренции.

<sup>10</sup> Katalin J. Cseres, Maarten Pieter Schnikel and Floris O. W. Vogel, Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States, 2006.

<sup>11</sup> Enterprise Act 2002

<sup>12</sup> Competition Act 1998

Вахтанг Гиоргадзе<sup>1</sup>

## Формирование стабильного правительства: полупрезидентская модель

### I. Введение

*Необходимым элементом демократического государства является законодательство, проникнутое принципом конституционализма – ограничением государственной власти за счёт увеличения свободы индивида. Однако цель конституционализма и демократического законодательства состоит не только в ограничении власти государства, но в том, чтобы создать такое государственное устройство, которое сможет функционировать эффективно.*

*В 2010 году в Конституцию Грузии были внесены изменения, согласно которым полномочия Президента Грузии в исполнительной власти были значительно ограничены. В результате конституционных поправок произошло усиление элементов парламентской республики, недостатком которой мы можем считать наличие нестабильного правительственного кабинета. Цель моего эссе – показать, насколько возможно по Конституции Грузии в редакции 2010 года сформировать стабильное правительство, которое сможет функционировать и осуществлять намеченные планы. С этой целью в статье будет рассмотрено, как происходит формирование исполнительной власти, будут объяснены механизмы объявления правительству вотума недоверия, а также рассмотрены случаи, когда власть президента и премьер-министра «накладываются» друг на друга, и наконец, нами будет сделан обзор действующей в Грузии избирательной системы, чтобы показать, насколько возможно сформировать в парламенте большинство, которое выдвинет кандидатуру премьер-министра.*

*Вообще, следует отметить актуальность этой темы в сегодняшней реальности, поскольку конституционные изменения, осуществлённые в 2010 году, только недавно вступили в силу, и пока сложно говорить о том, будет ли указанная модель работать на практике. Одной из целей настоящего эссе является именно то, чтобы объяснить заинтересованным читателям, соответствуют ли осуществлённые в 2010 году конституционные изменения типу законодательства демократического государства, и создать у них представление о возможных преимуществах и недостатках полу президентского режима.*

### II. Формирование правительства

В первую очередь необходимо вкратце пояснить, что подразумевается под полу президентским режимом. Эту концепцию впервые утвердил французский ученый-государствовед, профессор политической социологии Морис Дюверже в 1970 году.<sup>2</sup> Согласно его разъяснениям, полу президентский режим содержит три элемента: а) президент республики, избранный путем прямых выборов; б) он обладает значительной властью; в) он делит власть с премьер-министром, который обладает исполнительной властью и подотчетен парламенту. Несмотря на расплывчатость этой дефиниции, многие государства все-таки избрали полу президентский режим в качестве конституционной модели страны.<sup>3</sup> Нечёткость толкования обусловлена тем фактом, что в полу президентских государствах распределение власти между президентом и премьер-министром везде происходит по-разному.

В соответствии с Конституцией Грузии главой государства является президент, избираемый на 5-летний срок путём прямых выборов. Президент обладает властью, данной ему конституцией. Наряду с президентом исполнительной властью обладает премьер-министр, который подотчетен Парламенту Грузии. Необходимо отметить, что для полу президентского режима характерно наличие более или менее сильного президента, который делит власть с премьер-министром. Впрочем, согласно ныне действующей редакции конституции, роль президента в исполнительной власти значительно уменьшена, и он фактически зависит от премьер-министра.

Согласно Конституции Грузии в редакции 2010 года, после парламентских выборов прежнее правительство слагает с себя полномочия, и доверие должно быть выражено по отношению к новому кабинету. Правительство ответственно только перед парламентом. Роль президента в выдвижении кандидата на пост премьер-министра формальна, и он не может каким-либо серьёзным образом повлиять на парламент, если там сформировалось в результате выборов большинство. В соответствии со статьей 80 Конституции Грузии, партия с наилучшими результатами на парламентских выборах выдвигает кандидата на пост премьер-министра, которого президент представляет парламенту для получения доверия. Если парламент большинством голосов выразил доверие составу правительства, то даже в случае, если президент и не издаст соответствующий

<sup>2</sup> Robert Elgie, „Comparative European Politics: Semi-Presidentialism in Europe“, (Oxford University Press: 1998), с. 3.

<sup>3</sup> Matthew Soberg Shugart, „Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns“, (French Politics, 2005, 3, (323–351)) с. 323

<sup>1</sup> Студент 4 курса школы права Свободного университета.

правовой акт о назначении премьера, премьер-министр все равно будет считаться назначенным.

Если состав правительства не получит доверия парламента, то в 30-дневной срок после его представления в парламенте проводится голосование за тот же или обновлённый состав. Если и на этот раз парламент не сможет сделать выбор в пользу кандидата в премьер-министры, президент в 7-дневной срок назовёт кандидата, выдвинутого не менее чем 2/5 списочного состава парламента. Существует возможность того, что президент при выдвижении кандидата в премьеры станет оказывать определённое давление в случае, если парламент не сможет прийти к согласию. Однако, сложно утверждать, получит ли президент, даже в случае представления выдвинутого им кандидата, надёжную опору в исполнительной власти в лице премьера, так как сам премьер обладает достаточной властью и гарантиями, благодаря которым правительство может существовать и без президента. Такой факт был зафиксирован в Словении после выборов, состоявшихся в 1996 году.<sup>4</sup> Местная демократическая партия хотя и смогла сформировать большинство в парламенте, но и оппозиционной партии удалось набрать около 90 мандатов, в результате чего парламент не смог прийти к согласию по вопросу о том, кого назначить на пост премьер-министра. На фоне этого кризиса президент Милан Кучан выдвинул своего кандидата и сумел добиться того, что парламент признал выдвинутого им претендента на пост премьера. Соответственно, президент приобрёл в его лице хорошую опору в исполнительной власти. Такой манёвр президента имеет смысл тогда, когда и президент, и премьер-министр обладают значительной властью и оба в определённой степени зависят друг от друга. Впрочем, в сложившейся в Грузии обстановке, президент, который, по сравнению с премьер-министром, обладает весьма незначительной властью, в конечном итоге все равно не сможет влиять на премьера.

Если же в конце концов парламент все-таки не сможет избрать правительство, тогда президент согласно статье 79 Конституции Грузии должен в 3-дневной срок распустить законодательный орган и назначить повторные выборы.

В отличие от Грузии в полу президентской системе Австрии исполнительную власть назначает президент. Он назначает также премьер-министра и по представлению премьера других членов кабинета.<sup>5</sup> Также обстоит дело и во Франции, где и премьер и президент

обладают значительной властью: согласно конституции именно президент назначает на должность премьер-министра и имеет право распустить парламент после согласования с премьер-министром.

В соответствии со статьей 79 Конституции Грузии премьер-министр сам укомплектовывает состав правительства. Он не нуждается в контрассигнации президента и согласовании с ним с целью формирования кабинета. Именно премьер по конституции считается главой правительства. Правительство может обратиться к парламенту с законодательной инициативой. Правительство также будет нести полную ответственность за представление парламенту проекта бюджета. Премьер-министр будет наделён полными административными полномочиями. Фактически, в мирное время, когда в стране нет чрезвычайной ситуации, правительству, чтобы направлять политику, президент не нужен. Однако президент сохраняет за собой полномочие издавать во время чрезвычайного положения декреты, имеющие силу закона, для которых не требуется контрассигнации премьера. Президент может также объявить военное положение.

Если сравнивать власть президента и премьер-министра, можно увидеть, что президент зависит от премьера в вопросе осуществления правительственных планов, что выражается в том, что ему для этого нужна контрассигнация премьера. Что же касается кабинета министров, он конституцией наделён гораздо большей властью и может самостоятельно направлять политику, независимо от того, принадлежит президент к противоположному лагерю или нет.

Как можно оценить роль президента в исполнительной власти? Можно сказать, что президент по-прежнему остаётся «кризисным менеджером» страны, который может во время военного положения или иной сложной ситуации, когда государство лишено возможности нормально осуществлять конституционные полномочия, издавать декреты, по силе равные закону. Для того, чтобы президент не воспользовался такой возможностью для увеличения своей власти и мы не получили конституционную диктатуру,<sup>6</sup> когда одно лицо правит страной, издавая декреты, в конституции заложены соответствующие механизмы. В частности, если президент решит объявить войну или заключить мир, он должен не позднее 48 часов представить это решение парламенту на утверждение. Кроме того, издаваемые президентом декреты должны быть представлены парламенту. Во Франции суд уравнивает президентскую власть, когда президент правит страной с помощью декретов. Суд при этом обладает

<sup>4</sup> Oleh Protsyk, *Prime Ministers' Identity in Semi-Presidential Regimes: Constitutional Norms and Cabinet Formation Outcomes* (*European Journal of Political Research*, Vol. 44 (5), 2005.) c. 737.

<sup>5</sup> Robert Elgie, *Comparative European Politics: Semi-Presidentialism in Europe*, (Oxford University Press: 1998), c. 29.

<sup>6</sup> Cindy Skach, "The "newest" separation of powers: semi-presidentialism," in *International Journal of Constitutional Law* (Oxford University Press: 2007).

правомочием объявлять правовые акты главы государства утратившими силу, если они вступают в противоречие с конституцией.<sup>7</sup>

### III. Увольнение правительства в отставку и конструктивный вотум недоверия правительству

Согласно части первой статьи 78 конституции исполнительная власть подотчётно только Парламенту. Именно от объявления доверия парламенту зависит функционирование правительства. Одним из видов политической ответственности правительства является механизм вотума недоверия, в случае осуществления которого правительство автоматически объявляется распущенным.<sup>8</sup>

Действующая конституция Германии установила конструктивный вотум недоверия, цель которого – не допустить злоупотребления этим механизмом и обеспечить стабильное правительство.<sup>9</sup> Конструктивный вотум недоверия означает, что в случае выражения парламентского недоверия правительству необходимо, чтобы законодательный орган избрал его преемника. В противном случае объявить недоверие не удастся. Механизм вотума недоверия перераспределяется на три ветви власти – федерального канцлера, федерального президента и Бундестаг (нижнюю палату законодательного органа Германии). Гарантией защиты также является конституционный суд, который обладает правомочием обсуждать, насколько правильно эта власть была применена.<sup>10</sup>

Интерес представляет решение конституционного суда Германии по одному из дел, согласно которому суду надлежало обсудить, насколько конституционно был распущен законодательный орган. Согласно фактическим обстоятельствам в 2004 году, когда федеральный канцлер Германии Герхард Шредер представил план правительства, Бундестаг не выразил ему поддержку, что было вызвано недоверием не только со стороны других политических партий, но расколом в самой фракции Шредера. Канцлер ввиду отсутствия поддержки был вынужден обратиться к федеральному президенту по поводу роспуска Бундестага. Президент действительно учёл предложение канцлера.

Конституционный Суд обсудил, насколько правильно был распущен президентом Бундестаг. Суд отметил, что президент может распустить законодательный орган по предложению канцлера, если инициированное

канцлером объявление доверия не будет поддержано большинством Бундестага. Впрочем, у президента есть право самому принимать решение. Суд также отметил, что роспуск Бундестага только в том случае будет конституционным, если он удовлетворяет не только формальным требованиям, но и целям конституции. Цель конституции же состоит в том, чтобы обеспечить жизнеспособность правительства. А для существования жизнеспособного правительства необходимо, чтобы в Бундестаге постоянно было большинство, которое будет выражать поддержку правительственным программам. В такой ситуации, когда канцлер утрачивает в парламенте большинство, он вправе обратиться к федеральному президенту по поводу роспуска законодательного органа. В этой обстановке все зависит от оценки президентом политической ситуации, в соответствии с которой он должен принять решение. Политическая ситуация же, как отметил суд, оправдывала роспуск Бундестага. Соответственно суд признал решение федерального президента конституционным.<sup>11</sup>

В соответствии со статьей 67 основного закона Германии Бундестаг правомочен объявить недоверие федеральному канцлеру, который считается уволенным в отставку автоматически, если депутатскому большинству удастся избрать нового кандидата на пост канцлера. При этом федеральный президент обязан подчиниться законодательному органу и назначить нового канцлера.

Согласно статье 68 вопрос о доверии правительству может поставить и федеральный канцлер. Если он не получит доверия большинства Бундестага, он вправе обратиться к президенту и потребовать роспуска Бундестага. Впрочем, президент обладает дискреционным полномочием – он может учесть предложение канцлера или же не принимать его во внимание и не распустить Бундестаг.

Начиная с 1949 года конструктивный вотум недоверия применялся в Германии лишь дважды. Первый раз – в 1972 году против канцлера Вилли Брандта, когда эта попытка завершилась безрезультатно, а во второй – в 1982 году против канцлера Гельмута Шмидта, который был освобождён со своего поста, а новым премьером был назначен Гельмут Коль.<sup>12</sup>

Новая редакция Конституции Грузии утвердила конструктивный вотум недоверия, который как будто бы аналогичен тому, что действует в Германии. Однако, в отличие от Основного закона Германии новая редакция конституции содержит более сложный механизм объявления недоверия правительству.

Согласно статье 81 Конституции Грузии правом ини-

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Автандил Деметрашвили, Ираклий Кобахидзе, «Конституционное право» (Тбилиси, 2010), с. 244 (на груз. яз.)

<sup>9</sup> Andras Sajo, "Limiting Government: An introduction to constitutionalism", (Central European University Press, 1999), с. 225.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 2 BvE 4, 7/05, 25 August 2005.

<sup>12</sup> Heinz Dylong, Nancy Isenson, "A history of Germany's post war elections".

цировать вопрос о недоверии правительству обладают не менее двух пятых списочного состава парламента. Голосование в связи с постановкой вопроса о недоверии проводится не раньше 20 и не позднее 25 дней. Для начала процесса выражения недоверия необходимо заручиться поддержкой большинства списочного состава парламента. После этого парламент должен поставить на голосование вопрос о представлении президенту нового кандидата на пост премьер-министра. Если парламенту не удастся достичь согласия по вопросу о новой кандидатуре на пост премьера, процесс недоверия считается прекращённым автоматически. У президента остаётся определённое дискреционное полномочие, в частности он может не согласиться с представленной парламентом кандидатурой премьера. После этого парламент снова голосует за то же лицо. Чтобы преодолеть отказ президента, необходимо, чтобы кандидатура премьера была поддержана не менее чем тремя пятыми списочного состава парламента, и президент будет уже обязан представить парламенту новую кандидатуру премьера для объявления доверия. Доверие новому составу правительства выражается поддержкой большинства списочного состава парламента. В соответствии со статьёй 81 президент правомочен будет распустить парламент, если законодательный орган не сможет выразить доверие новому составу правительства.

Правом начать процедуру выражения вотума недоверия обладает и исполнительная власть. Согласно статье 81<sup>1</sup> Конституции Грузии правительство правомочно увязать вопрос недоверия с инициированным им законопроектом. Отмеченный метод хорошо апробирован в конституции Франции. Следует отметить, что этот механизм представляет собой усиление власти правительства по сравнению с парламентом, так как если парламент решит не поддерживать законопроект и соответственно начать процесс объявления недоверия, который, как отмечалось выше, является чрезвычайно сложным, то шанс успешно завершить его и заменить правительство весьма невелик. Если же парламент не сможет выразить правительству недоверие, законопроект согласно пункту 4 статьи 81<sup>1</sup> все равно будет считаться принятым. Такое же регулирование содержится в Конституции Пятой Французской Республики, в соответствии с которым правительство может связать законопроекты, вызывающие споры в обществе, с вопросом о вотуме недоверия. Если хотя бы 10 процентов состава парламента все-таки не выразят недоверия, законопроект считается принятым.<sup>13</sup> Необходимо подчеркнуть, что введение этого принципа в Конституцию Грузии противоречит принципам демократического государства. Этим изменением пра-

вительство сумело присвоить законодательную власть, что неоправданно, поскольку законодательным органом в демократическом государстве обладает избранный народом законодательный орган. Препятствием для возможности злоупотребления конструктивным вотумом недоверия является запрет, согласно которому члены парламента, требующие возбудить вопрос о недоверии правительству, согласно статье 81 конституции лишаются возможности снова поставить вопрос о недоверии правительству в течение 6 месяцев, в отличие, например, от Венгрии, где одни и те же парламентарии постоянно могут прибегать к этому механизму.<sup>14</sup>

Как видим, согласно новой редакции новой конституции процедура объявления недоверия правительству довольно усложнена. Положительной стороной этого может быть то, что правительство станет стабильным и сможет претворить в жизнь намеченные им планы. Хотя конституционализм требует, чтобы власть правительства не была неограниченной и ее уравновешивал законодательный орган. Как отмечал Конституционный Суд Германии,<sup>15</sup> одним из уравновешивающих деятельность правительства факторов мы можем считать представленные в парламенте оппозиционные партии, которые способны оказывать определённое воздействие на власть. Например, как известно, для принятия законопроекта необходимо большинство. Если оппозиционная партия владеет в законодательном органе от 2/5 до 3/5 количества мандатов, то есть, скажем, 80 местами, то этого хотя и недостаточно для выражения недоверия, если президент выступает против роспуска парламента (так как для преодоления отказа президента необходимо, чтобы хотя бы 3/5 списочного состава выразили своё согласие на это), но вполне достаточно для того, чтобы «провалить» какой-либо инициируемый правительством законопроект, так как 80 мандатов в Парламенте Грузии составляют большинство. Вместе с тем, одним из способов сбалансирования власти является то, что в процессе вотума недоверия участвуют три стороны – президент, премьер и парламент. Также, несмотря на то, что пока такой прецедент отсутствует, гарантом защиты мы можем считать конституционный суд. Он обладает конституционно предоставленным правом рассматривать споры между государственными органами, связанные с их компетенцией. Впрочем, по нашему мнению, главный минус, который может быть у конструктивного вотума недоверия, – это то, что большинство в парламенте может не доверять правительству, но правительство все равно сможет существовать и без него. В частности, ещё раз рассмотрим случай,

<sup>13</sup> Andras Sajó, "Limiting Government: An introduction to constitutionalism", (Central European University Press, 1999), с. 226.

<sup>14</sup> Ibid

<sup>15</sup> BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 2 BvE 4, 7/05, 25 August 2005.

когда более чем 2/5 депутатов парламента инициируют процедуру недоверия, но президент выступает против выдвижения кандидатуры нового премьера и в парламенте тоже 80 депутатов (которые реально представляют большинство) не составляют достаточного числа голосов, с помощью которого можно было бы преодолеть сопротивление президента.

Подытожив сказанное, можно утверждать, что исполнительная власть после введения конструктивного вотума станет более стабильной и сильной, сможет осуществлять намеченную политику. Однако, как нами отмечалось выше, существуют рычаги, уравновешивающие власть правительства.

#### IV. Накладка полномочий

Для осуществления власти президента в условиях полу президентского режима необходимо, чтобы у него была опора в парламенте в лице большинства. Если президент не владеет в парламенте большинством, можно получить ситуацию, когда премьер-министр и президент будут вынуждены существовать вместе. Такой случай называется кавитацией.<sup>16</sup> Преимущество кавитации состоит в том, что две исполнительные власти уравновешивают друг друга и не в состоянии направлять политику друг без друга, что может выражаться в обязательстве контрассигнации. Однако если власть согласно конституции распределена между президентом и премьер-министром нечетко, существует опасность правительственного кризиса, когда две исполнительные власти не могут поделить власть между собой.

В соответствии с пунктом третьим статьи 69 конституции в новой редакции Президент Грузии представляет Грузию в международных отношениях. Вместе с тем, полномочия президента в значительной мере ограничиваются пунктом первым статьи 73, который утверждает, что президент ведёт переговоры с иностранными государствами и международными организациями исключительно по согласованию с правительством. Что означает, что президент не может самостоятельно направлять внешнюю политику, заключать договоры и т. д. Он нуждается в объявлении доверия со стороны правительства по этим вопросам. На этом фоне существенно усилились права правительства. По конституции правительство будет иметь право осуществлять внешние сношения, этому будет способствовать право премьера формировать правительственный кабинет. Предоставление таких полномочий может породить проблему, в частности, касающуюся того, кто правомочен представлять стра-

ну вовремя определённых официальных встреч. Это подтверждают также примеры Австрии и Польши.

Согласно статье 65 Конституции Австрии федеральный президент Австрии является представителем государства в международных отношениях. Когда в 1995 году Австрия стала членом Европейского Союза, президент Т. Клециль заявил, что мог бы представлять в нем Австрию как официальный представитель, но премьер не согласился с этим, и президент подчинился его воле. Это можно объяснить тем, что президент не может определять внешнюю политику по собственной инициативе. Он во внешних сношениях нуждается в поддержке правительства.<sup>17</sup>

Перед такой же проблемой стоял Конституционный Трибунал Польши, рассматривая дело 2008 года,<sup>18</sup> в котором президент и премьер-министр Польши не смогли поделить власть, то есть прийти к согласию по вопросу, кому из них надлежало представлять государство в Евросоюзе. Суд в ходе обсуждения отметил, что спор о разграничении компетенций охватывал два аспекта: 1. Определение правомочного органа, который должен был представлять государство в Евросовете. 2. Наименование представителя Польши, который действовал бы в Евросовете от имени страны. Суд отметил, что несмотря на многократные попытки, все-таки не удалось провести черту между властью президента и премьер-министра. Суд постановил, что согласно конституции правительственный кабинет был правомочен и наделён функцией контроля за внешними сношениями. Однако в своём обосновании Конституционный Трибунал Польши отметил, что правомочие осуществлять государственную политику являлось прерогативой не только правительственного кабинета. Конституция закрепляла такое же правомочие и за президентом Польши. Правительство осуществляет свою власть во внешней сфере согласно принципам, сформулированным в конституции. Соответственно исполнительная власть сдерживается властью президента, который также признается представителем страны во внешних сношениях. Суд также отметил, что по конституции в исполнительной власти существует дуализм между президентом и премьер-министром. Президент действует в пределах своей ответственности. Он обладает правомочием действовать со статусом представителя страны во внешних сношениях. Однако он не в состоянии определять внешнюю политику государства самостоятельно. Он должен сотрудничать с правительством и вместе с ним определять внешнеполитические цели.

Конституция Польши определяла статус президента прежде всего как «верховного представителя» страны,

<sup>16</sup> Andrew Knapp, Vincent Wright "Government and Politics of France Forth Edition," (Taylor & Francis e-Library, 2006.), с. 112.

<sup>17</sup> Robert Elgie, *Comparative European Politics: Semi-Presidentialism in Europe*, (Oxford University Press: 1998), с. 35.

<sup>18</sup> The Constitutional Tribunal of Poland, Ref. No.Kpt 2/08, 20 May 2009.

а затем – его систематическую роль во внешних сношениях. Соответственно, роль президента во внешних сношениях по-прежнему сохраняется, но она ограничивается конституционными положениями, согласно которым он обязан сотрудничать с кабинетом министров. Суд отметил, что функция обязательства взаимного сотрудничества состоит в том, чтобы достичь компромисса в отношениях премьера и президента, что уменьшает шанс принятия единоличного решения.

В завершение суд отметил, что даже если бы президент не выразил готовность участвовать в заседании Евросоюза, он все равно вправе был бы изложить свои соображения как представитель страны во внешних сношениях. Поэтому суд постановил, что президент обладал конституционно гарантированной властью участвовать в заседании Евросоюза вместе с премьер-министром.

Важен также вопрос, кто несёт ответственность за оборону страны. Если президент и премьер принадлежат к одной и той же политической партии, сложностей не возникает, однако ситуация осложняется, когда оба представителя исполнительной власти представляют противоположные политические партии. Это противостояние особенно актуально в странах с «хрупкой» демократией, где военное противостояние не редкость. Когда два представителя исполнительной власти не в состоянии поделить власть и дают разные указания военным, непонятно, чьими приказами при этом должны руководствоваться силовые министры – премьер-министра, который их назначает на должность, или президента, который считается верховным главнокомандующим страны, или же в условиях конфликта исполнительной власти им самим надлежит установить конституционный порядок и взять власть в свои руки?

Согласно статье 69 Конституции Грузии Президент Грузии является верховным главнокомандующим Военных Сил Грузии. А также в соответствии с частью 3 статьи 73 конституции Президент Грузии по согласованию с правительством назначает на должность и освобождает от должности начальника Генерального штаба Вооружённых Сил Грузии и других военачальников. Из содержания этой статьи очевидно, что президенту для осуществления этого полномочия необходима контрассигнация премьера. Премьеру конституционными изменениями будет предоставлено полномочие формировать правительство, в том числе – привилегия назначать на должность силовых министров. Соответственно существует определённая опасность, что между президентом и премьер-министром возникнет конфликт в связи с безопасностью страны.

Правомочие по обеспечению обороны страны нечётко сформулировано в Конституции Пятой Французской Республики. Согласно статье 21 Конституции Франции

премьер-министр отвечает за национальную оборону, а также обладает властью устанавливать регуляции и назначать чиновников на военные должности. Однако статья 15 в то же время утверждает, что президент Республики является верховным главнокомандующим. В первые годы создания Пятой Французской Республики, когда президент де Голль фактически правил страной единолично, пренебрегая даже конституционными ограничениями в том смысле, что ограничивал парламентские процедуры законодательного рассмотрения, трудно себе представить, как смог бы ограничить его власть премьер-министр, который в период его правления сам являлся проводником идей Де Голля.<sup>19</sup>

В некоторых европейских республиках роль президента в военном деле носит чисто формальный характер. Взять хотя бы, к примеру, Австрию, конституция которой гласит, что президент является верховным главнокомандующим, но полным правомочием в отношении военных сил обладает силовой министр, и функция президента ограничивается лишь церемониальными полномочиями.<sup>20</sup>

Факт, что в имеющей такое историческое прошлое стране, которая постоянно находилась на грани войны и исторический опыт демократических институтов которой не столь уж и велик, в военной ситуации может возникнуть раскол между президентом и премьером. Представим себе, к примеру, ситуацию, когда президент объявляет военное положение, а в свою очередь премьер, назначивший силовых министров, отдаёт им распоряжение не начинать военных действий. Отсутствие разграничения власти может повлечь нарушение конституционного устройства и спровоцировать политическую дестабилизацию.

## V. Партийная система

Для того чтобы парламент смог выразить доверие правительству, необходимо, чтобы в парламенте сформировалось большинство. В процессе создания большинства большая роль отводится избирательной системе страны, тому, как комплектуется парламент – путём выборов, проводимых по мажоритарной, или пропорциональной системе. Мажоритарная избирательная система обеспечивает законодательный орган, представленный двумя или тремя участвовавшими в выборах партиями (*Duverger's law*).<sup>21</sup> Что же касается пропорци-

<sup>19</sup> Cindy Skach, "The "newest" separation of powers: semi-presidentialism," in *International Journal of Constitutional Law* (Oxford University Press: 2007).

<sup>20</sup> Robert Elgie, *Comparative European Politics: Semi-Presidentialism in Europe*, (Oxford University Press: 1998), с. 36.

<sup>21</sup> Kim, Jae-On; Ohn, Mahn-Geum "A Theory of Minor-Party Persistence: Election Rules, Social Cleavage, and the Number of Political Parties", (Oxford University Press, Vol. 70, No. 3 (Mar., 1992), pp. 575-599) с. 575.

ональной избирательной системы, она обеспечивает наличие многопартийной системы, так как парламентский мандат может быть получен в результате преодоления минимального избирательного барьера.<sup>22</sup> Недостаток пропорциональной избирательной системы заключается в том, что она вызывает поляризацию парламента и многопартийную систему. Соответственно существует вероятность того, что большинство в парламенте может не сформироваться. В 1994 году в Молдове были внесены изменения в избирательную систему, и в представительном органе страны получили мандаты депутаты, избранные по пропорциональной системе. Несмотря на то, что данные изменения усилили политические партии и позволили им получить места в законодательном органе, это обусловило то, что в парламенте возникла фракционная нестабильность. Например, аграрная партия Молдовы, которая в 1994–1998 годах владела в законодательном органе абсолютным большинством, во время новых выборов потеряла мандаты. Фракционная дезинтеграция была обусловлена именно введением в стране пропорциональной системы выборов, которая вызвала появления избирательной арены наряду с партиями индивидуальных актёров, которые смогли получить мандат, который означает один голос в законодательном органе.<sup>23</sup>

Поляризация партий и кризис в парламенте могут привести к ситуации, аналогичной той, которая возникла в Веймарской Республике в 1919 году. Веймарский парламент был представлен людьми с различными политическими взглядами, что определялось наличием в стране пропорциональной избирательной системы. За этим последовала фрагментация и законодательная не функциональность парламента Германии. В этот период страной правил президент путём декретов. Отмеченный случай с точки зрения конституционализма представляет большую опасность, поскольку то, что должно случаться лишь в исключительных и крайних случаях, фактически становится в стране основным правилом.<sup>24</sup>

Избирательная система Грузии является системой смешанного типа. Парламент укомплектовывается депутатами, избранными как в мажоритарном, так и пропорциональном порядке. Вместе с изменениями конституции были внесены изменения и в избирательную систему. С 2013 года в парламенте изменился порядок получения мандатов по пропорциональной системе. Минимальный барьер в избирательной системе составил 5 процентов. Если какой-либо партии удастся преодолеть

этот минимальный барьер, она автоматически получает 6 мандатов в парламенте. Сравнительно «слабые» партии приобретают возможность иметь своего представителя в законодательном органе. Вместе с тем при наличии пропорциональной избирательной системы шанс появляется у индивидуальных актёров, которые, не являясь членами какой-либо партии, могут получить парламентский мандат в законодательном органе, что в свою очередь угрожает процессу формирования большинства.

Парламентский кризис и частые случаи роспуска парламента являются неблагоприятным фактором точки зрения конституционализма, поскольку при этом открывается дорога для радикально настроенных политических групп. Эта ситуация подтверждается историческим опытом. В результате частых роспусков Веймарского парламента в законодательном органе получила места возглавляемая Адольфом Гитлером радикальная национал-социалистическая партия, которая затем установила диктатуру уже в самой Германии.<sup>25</sup>

## VI. Заключение

На основании вышеизложенных рассуждений можно утверждать, что конституционные изменения, осуществлённые в Грузии в 2010 году, имеют как положительные, так и отрицательные стороны. Положительным моментом следует считать введение в Конституцию Грузии конструктивного вотума недоверия, который фактически является гарантом того, что государство не останется без главы правительства. Однако в изменениях нуждаются сроки объявления недоверия, которые в ныне действующей редакции конституции довольно растянуты во времени, что осложняет процесс выражения недоверия правительству.

Положительной стороной можно считать также усиление элементов парламентской республики и сокращение полномочий президента, которые согласно прежней редакции Конституции Грузии фактически были неограниченными. Как негативное нужно оценивать то явление, что законодательная инициатива увязывается с вотумом недоверия, который противоречит принципам демократического государства, поскольку с помощью этого механизма правительство способно узурпировать законотворческое правомочие. Вместе с тем определённую опасность таит в себе отсутствие чёткого разграничения власти между президентом и премьером, что может послужить фактором, обуславливающим правительственный кризис.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Oleh Protsyk, *Prime Ministers' Identity in Semi-Presidential Regimes: Constitutional Norms and Cabinet Formation Outcomes* (*European Journal of Political Research*, Vol. 44 (5), 2005,) с. 736.

<sup>24</sup> Cindy Skach, "The "newest" separation of powers: semi-presidentialism," in *International Journal of Constitutional Law* (Oxford University Press: 2007), с. 5.

<sup>25</sup> BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 2 BvE 4, 7/05, 25 August 2005.

Агавни Акопян<sup>1</sup>

## О некоторых вопросах антимонопольного регулирования в Республике Армения

### I. Введение

*Конкуренция относится к числу важнейших стимулов повышения эффективности деятельности предприятий в странах с развитой рыночной экономикой, развитие которой способствует повышению общественного благосостояния. Опыт многих стран показывает, что в современных условиях стабильное развитие экономики невозможно без развития конкуренции и создания добросовестной конкурентной среды. Экономическая природа конкуренции связана с расщеплением экономической власти, а само наличие конкуренции, с одной стороны, указывает на возможность закрепления за хозяйствующими субъектами определенной экономической свободы, а с другой, - что особенно важно, - на рассредоточение экономической власти среди агентов рынка. Поэтому, роль конкуренции не исчерпывается лишь ограничительными воздействиями, а служит и питательной средой для развития предпринимательства. Проведение действенной антимонопольной политики важно для демократизации экономики, создания равных условий функционирования для всех хозяйствующих субъектов, недопущения централизации и концентрации рыночной власти в руках отдельных предпринимателей, развития малого и среднего предпринимательства. Эффективность антимонопольной политики обуславливает возможности развития национальной экономики и обеспечения стабильного экономического роста. Антимонопольная политика напрямую связана с созданием добросовестной конкурентной среды, что является важнейшей предпосылкой развития предпринимательства, привлечения иностранных инвестиций и развития рыночной конъюнктуры, предопределяя актуальность исследований, посвященных различным аспектам совершенствования антимонопольного законодательства и регламентирования конкурентных отношений.*

### II. Теоретические аспекты антимонопольного регулирования: за и против

Для развития конкуренции необходим ряд предпосылок: экономических, правовых, технологических,

социальных и т.п. Среди экономических предпосылок следует выделить рассредоточение рыночной власти, множественность предпринимательских структур и государственную поддержку предпринимательства. Что касается правовых предпосылок, то ради достижения общественно значимых результатов государство создает и использует специальную систему правил и мер, гарантирующих само наличие и защиту конкуренции. Деятельность такого рода является ключевым элементом государственного регулирования рыночных отношений и нуждается в основательном правовом оформлении. Так, по словам Фридриха фон Хайека, “действие конкуренции требует не только правильной организации таких институтов, как деньги, рынок и каналы информации, ... но и, прежде всего соответствующей правовой системы. Законодательство должно быть специально сконструировано для охраны и развития конкуренции”<sup>2</sup>. Не менее существенную роль играют технологические предпосылки. Доступность технологий и информационное обеспечение позволяют не только создавать параллельные производства и открывать новые рыночные ниши, но и способствуют укреплению конкурентоспособности формирующихся предпринимательских структур. Социальные предпосылки конкуренции связаны с появлением новой системы мотивации и преодолением управленческой психологии командно-административной системы – узкокорыстных интересов, доминирования текущих приоритетов над долгосрочными, стремлением к монополизму.

Термин “конкуренция” (competition, concurrence, Konkurrenz) происходит из позднелатинского слова “concurrentia” (от concurrere) – сталкиваться<sup>3</sup>. В современной науке и практике выработано многоплановое представление о конкуренции, что выразилось в различных определениях этого понятия. Так, ее называют основным механизмом осуществления взаимосвязи между производителями, свойством, чертой, атрибутом рынка, элементом хозяйственного механизма, главным двигателем общественного прогресса<sup>4</sup>.

Однако, не только роль конкуренции оценивается неоднозначно, но и целесообразность вмешательства государства в регулирование конкуренции и конкурентных отношений вызывает достаточно серьезные возражения как теоретического, так и практического характера. В экономической науке и практике по

<sup>2</sup> Хайек Ф. Дорога к рабству: Пер. С англ./Предисл. Н.Я.Петракова.- М.: Экономика, 1992, с.35

<sup>3</sup> Тотьев К. Конкурентное право (правовое регулирование деятельности субъектов конкуренции и монополий): Учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство РДЛ, 2003, с.16

<sup>4</sup> Жилинский С. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). М.НОРМА-ИНФРА-М, 1998, с.330

<sup>1</sup> Кандидат экономических наук, доцент, Главный специалист отдела внешних связей Армянского государственного экономического университета

вопросу целесообразности регламентирования указанных отношений существуют различные позиции. Так, Альфред Маршалл считал, что “регулирование конкуренции” – это вводящий в заблуждение термин, за которым скрывается возможность привилегированного класса производителей, часто использующих свою коллективную силу, чтобы воспрепятствовать попыткам способного человека подняться выше по общественной лестнице и догнать их<sup>5</sup>. Сторонники этой точки зрения полагают, что хозяйство, основанное на конкуренции, способно к саморегулированию, и отрицательно относятся к вмешательству государства в отношения конкуренции, полагая, что в этом основная причина монополизации экономики. Данная позиция основана на абсолютизации положительных свойств конкуренции и соответствовала условиям периода промышленного капитализма стран Западной Европы и США середины XIX века<sup>6</sup>. Господствовавшие в XIX веке идеи экономического либерализма (*laissez faire, laissez passer*) отводили государству роль “ночного сторожа”, определяющего лишь общие рамки экономического порядка, в котором каждому индивиду отводилась большая хозяйственная самостоятельность. Государственное вмешательство в экономическую жизнь в принципе признавалось нежелательным, поскольку оно с неизбежностью влекло за собой вторжение в пределы проявления свободы индивида, в пределы частных интересов собственника. Такое государственное регулирование условий предпринимательской деятельности, в особенности установление границ монополистической практики в торговле, рассматривалось противоречащим “естественному праву”<sup>7</sup>.

Ряд авторов говорят о декларативности положений антитрестовских законов. Так, по выражению С.Фишера, Р.Дорнбуша и Р.Шмалензи, “американское правительство в течение более десяти лет относилось к закону Робинсона-Патмана так же, как относятся, например, к существующим во многих крупных городах США законам, запрещающим плевать на тротуары, то есть законам, которые редко выполняются на практике”<sup>8</sup>. В связи с этим критики антитрестовских законов говорят о слабой эффективности последних, полагая, что они не в состоянии непосредственно препятствовать тайному сговору в отраслях с высоким уровнем концентрации.

По оценке Р.Крэндалла и К.Уинстона, существуют определенные проблемы, обуславливающие неэффек-

тивность антимонопольной политики вне зависимости от особенностей национального законодательства, а также механизмов, обеспечивающих его соблюдение, в частности:

- слишком большая длительность судебных процессов по антимонопольным делам;
- большие трудности с определением мер, которые предотвращали бы негативные последствия монополизации, что отчасти связано с проблематичностью идентификации соответствующих шагов для того или иного случая;
- значительные издержки разграничения слияний (сделок экономической концентрации), повышающих эффективность использования ресурсов и слияний, ограничивающих конкуренцию, ведущих к снижению благосостояния потребителей;
- сложности, связанные с формированием и реализацией мер антимонопольного регулирования в условиях “новой экономики”, которая характеризуется динамичной конкуренцией, быстрыми технологическими изменениями, высоким значением интеллектуальной собственности;
- существенное влияние политической составляющей на дела, связанные с нарушением антимонопольного законодательства<sup>9</sup>.

Достаточно распространенной является также точка зрения, согласно которой нормы антитрестовского законодательства направлены на защиту интересов монополистов. Так, по выражению Пола Хейне, конкуренцию обычно защищают законы, запрещающие конкуренцию, законы, которые во многих случаях приносят выгоду привилегированным производителям, ограничивая потребителей и непривилегированных производителей<sup>10</sup>. П.Хейне, в частности, отмечает, что законы редко поддерживают конкуренцию, гораздо чаще они поддерживают интересы защитников конкурентов, чем защитников конкуренции. По его словам, странно, хотя и не удивительно, что часто люди отождествляют защиту конкурентов с сохранением конкуренции, в действительности, это скорее противоположности. Для подтверждения вышеприведенных доводов, Пол Хейне приводит знаменитое выражение экономиста Джорджа Стиглера: “призрак сенатора Шермана является неофициальным членом совета директоров любой крупной компании”.

Противоположной точки зрения придерживаются П.Самуэльсон, В. Ойкен, Дж. Гэлбрайт, обосновывая необходимость регулирования государством конку-

<sup>5</sup> Маршалл А. Принципы политической экономии. М., Прогресс, 1983, с.63

<sup>6</sup> Паращук С. Конкурентное право (Правовое регулирование конкуренции и монополии). М.: Городец-издат, 2002, с.27

<sup>7</sup> Жидков О. Законодательство о капиталистических монополиях. М.: “Юридическая литература”, 1968г. с.15

<sup>8</sup> Фишер С., Дорнбуш Р., Шмалензи Р. Экономика. М.: Дело, 2001, с.258-259

<sup>9</sup> Crandall R., Winston C. Does antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence. – Journal of Economic Perspectives, 2003, vol.17, No 4, p.13

<sup>10</sup> Хейне П. Экономический образ мышления. – Пер. с англ. М.: Изд-во “Новости” при участии изд-ва “Catalaxy”, 1991, с.292

рентных отношений тем, что в период научно-технического прогресса рыночное хозяйство неспособно к саморегулированию, усиление экономического господства монополий приводит к нарушению прав предпринимателей, потребителей и к дестабилизации экономики в целом. В связи с этим возникает необходимость определения пределов вмешательства государства в отношения конкуренции<sup>11</sup>. По выражению Пола Самуэльсона, государство должно в строго определенном объеме регулировать конкурентные отношения и создавать необходимые условия для их поддержания, развития и оздоровления, принимая на себя «функции, с которыми конкурентный механизм справляется плохо»<sup>12</sup>. По выражению Дж.Гэлбрайта, функция государства осуществлять посредническую цель – обуздывать тех, кто силен и содействовать тем, кто слаб<sup>13</sup>. Так, ордолибералы считали, что целью законодательства о монополиях и контроля над деятельностью монополий должно быть побуждение носителя экономической власти к такому образу действий, как если бы существовала полная конкуренция. По их мнению, неограничительная политика является наиболее важным инструментом поддержания конкуренции, а содействие конкуренции в рамках комплексной государственной политики конкурентного порядка является мощным стимулом, не позволяющим отдельным предприятиям устанавливать властные позиции на рынках. По словам одного из лидеров Фрайбургской школы, крупного центра неолиберализма в Германии, Вальтера Ойкена, контроль над деятельностью монополий в условиях конкурентного порядка должен быть настолько решительным, чтобы оказывать сильное профилактическое воздействие. В.Ойкен особо подчеркивает, что «политико-экономическая деятельность государства должна быть направлена на создание форм экономического порядка, а не на регулирование экономического процесса»<sup>14</sup>. Представители неолиберальной концепции государственного регулирования экономики, памятуя о напутствии Людвига Эрхарда: «конкуренция везде, где возможно, регулирование – там, где необходимо», доказали правомерность ограниченного участия государства в экономических процессах и большего его содействия свободному и стабильному функционированию предпринимателей как условия устранения неравновесия в экономике.

С нашей точки зрения, государство, обеспечивая необходимое регулирование «правил игры» на рынке, должно посредством пресечения экономической деятельности, направленной на монополизацию и злоупотреблению рыночной властью, обеспечивать поддержку конкуренции. В частности, для поддержания условий существования свободного рыночного хозяйства, государство должно следить за соблюдением «правил» добросовестной конкуренции, контролировать условия ценообразования продукции естественных монополий, пресекать попытки установления дискриминационных цен, а также обеспечивать защиту прав потребителей. Необходимость регламентирования конкурентных отношений обусловлена тем, что функционирование рыночной системы содержит стихийное регулирование, которое необходимо корректировать и дополнять целенаправленным воздействием на экономическую систему с целью уменьшения негативных проявлений рыночной стихии. Причем, регулирующая функция государства приобретает особое значение в экономиках переходного периода в связи с задачами формирования эффективной конкурентной среды, создания условий для экономического роста и повышения конкурентоспособности национальной экономики. Концепция, согласно которой чем меньше государственного вмешательства в экономику, тем больше возможностей для ее либерализации и восстановления рыночного равновесия, может привести к еще большей неуправляемости и свертыванию национального производства. Переход к рыночной экономике требует от государства более зрелого подхода в использовании различных методов экономической политики, позволяющих сгладить отрицательные эффекты рыночного механизма и поддержать макроэкономическое равновесие системы в целом. Причем, при проведении конкурентной политики важно не допустить использование со стороны определенных экономических групп конкурентного регулирования с целью защиты своих монопольных позиций. Опасность заключается в осуществлении политики, создающей преимущества отдельным хозяйствующим субъектам за счет и возможно, в ущерб другим, что может привести к трансформации антимонопольной политики в промонопольную политику.

В то же время, несмотря на то, что бесспорным кажется тезис о том, что особенно в переходный период регулирование конкурентных отношений и контроль над соблюдением норм конкурентного законодательства являются предпосылкой развития эффективной конкурентной среды, нельзя допустить смещения ориентира конкурентной политики с развития конкуренции на ее регулирование. Кроме того, следует учитывать, что в условиях рыночной экономики, к форми-

<sup>11</sup> Соревнование и конкуренция: критика антимарксистских взглядов./ Под ред. И.Чангли, С.Смолякова и др. М. Политиздат, 1983, с.182

<sup>12</sup> Соревнование и конкуренция: критика антимарксистских взглядов./ Под ред. И.Чангли, С.Смолякова и др. М. Политиздат, 1983, с.182

<sup>13</sup> Гэлбрайт Дж. Экономические теории и цели общества. М.: «Прогресс», 1976, с.67

<sup>14</sup> Ойкен В. Основные принципы экономической политики. М.: Прогресс, 1995, с.429

рованию которой стремятся государства с переходной экономикой, роль конкурентного ведомства рассматривается в качестве института, способствующего формированию эффективной конкурентной среды, и методы государственного регулирования, свойственные административно-командной экономике, просто неприемлемы, поскольку искажают суть государственного регулирования в условиях рыночной экономики. Проведение конкурентной политики ни в коем случае не должно подрывать устои рыночно-конкурентного механизма хозяйствования, поскольку в этом случае вектор регулирования может развернуться в сторону, обратную от желаемых параметров эффективности.

### **III. Правовые основы антимонопольного регулирования в Республике Армения**

Либерализация экономики Республики Армения, начатая с начала 90-х годов, дала толчок развитию рыночной среды, становлению новых субъектов рынка, изменению соотношения конкурентных и монопольных структур. Конкурентно-рыночные начала трудно, противоречиво, порой в маргинальных формах утверждали себя в качестве неотъемлемой части механизмов хозяйствования, однако развитие рынка и конкуренции не снимает вопроса о том, какого рынка, какой конкуренции, какой ценой и с какими последствиями для эффективности экономики мы хотим. Особенности принятой модели армянских реформ и проводимой макроэкономической политики обусловили совершенно новые соотношения реального, торгово-посреднического и финансового секторов экономики. Исходные условия и методы рыночных реформ не могли не привести к формированию монополистических рынков и ограничению конкуренции со всеми вытекающими отсюда последствиями. В создании реальных конкурентно-рыночных начал большую роль могла сыграть приватизация собственности, однако спешка, схематизм и унификация сложнейших вопросов перераспределения собственности не позволили приватизации выполнить функцию катализатора формирования полноценных и продуктивных конкурентных отношений. С сожалением можно отметить, что за годы реформ вопросы конкурентной политики и механизмов регулирования конкурентных отношений так и не вошли в число приоритетных направлений экономических реформ. Нельзя не заметить, что либерализация армянской экономики была предпринята при отсутствии налаженной системы конкурентного регулирования и контроля. Помимо этого, становление рыночной экономики в Армении столкнулось с монополизмом особого рода, своим рождением он обязан нерыночной

среде и по своему генезису кардинально отличается от монопольных отношений, естественным образом вырвавшихся из концентрации и централизации капитала в процессе конкурентной борьбы.

Среди предпосылок формирования конкурентной среды на внутреннем товарном рынке можно выделить принятие Закона РА “О защите экономической конкуренции” от 6 ноября 2000г., цель которого защита и поощрение экономической конкуренции, способствование развитию предпринимательства и защите интересов потребителей в Республике Армения. С уверенностью можно отметить, что необходимость принятия вышеуказанного закона чувствовалась еще в начале трансформационных процессов, и вероятно это позволило бы избежать многочисленных нежелательных явлений. По сути, переход к рынку в Республике изначально был невозможен без развития конкуренции и ограничения монополистической деятельности, тем более что для формирующегося рынка Республики Армения была характерна высококонцентрированная структура, что было связано как с наследием административной системы, так и с особенностями трансформационных процессов.

В Республике Армения среди правовых предпосылок формирования конкурентной среды немаловажную роль играют нормативно-правовые акты, регламентирующие конкурентные отношения. Законодательство о защите экономической конкуренции Республики Армения, в частности включает следующие нормативно-правовые акты:

- Конституция Республики Армения;
- Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, подписанное между Республикой Арменией и государствами-членами Европейского Сообщества (вступило в силу 1 июля 1999 года);
- Гражданский Кодекс Республики Армения;
- Закон РА “О защите экономической конкуренции”;
- Постановления правительства РА и ведомственные акты Государственной комиссии по защите экономической конкуренции РА.

Согласно статье 43 (1) Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, действующее законодательство РА должно быть приведено в соответствие с законодательством Евросоюза. В рамках соглашения, предусмотренное законодательное сотрудничество между сторонами должно охватывать также сферу защиты экономической конкуренции. Согласно статье 8 Конституции РА, в Республике Армения гарантируются свобода экономической деятельности и свободная экономическая конкуренция. Очевидно, что государство обязано не только провозглашать эти права, но и обеспечивать условия для практической свободы экономической деятельности, однако этого не достаточно.

Учитывая, что эта свобода не является абсолютной, необходимо четко обозначить рамки, пределы ее осуществления. Правовые предпосылки для их установления предусмотрены в Конституции РА, исходящей из того, что определенные действия хозяйствующих субъектов на законном основании могут ограничиваться с целью защиты интересов других предпринимателей и всего общества. Согласно статье **33.1 Конституции РА**, каждый имеет право заниматься предпринимательской деятельностью, не запрещенной законом, запрещаются злоупотребление монопольным или доминирующим положением на рынке и недобросовестная конкуренция. Законом могут устанавливаться ограничения конкуренции, возможные виды монополии и их допустимые размеры, если это необходимо для защиты интересов общества. Установление обязанности государства поддерживать конкуренцию – не самоцель, и данную обязанность следует рассматривать в контексте с другими положениями Конституции Республики Армения. Так, согласно статье 4 Конституции РА, важнейшим принципом формирования конституционного строя является приоритет прав и свобод человека. Их защита и соблюдение – обязанность государства. В экономической сфере к таким неотчуждаемым, непосредственно действующим правам и свободам относится закрепленная в Конституции РА свобода экономической деятельности, которая являясь комплексной категорией, включает в себя права, предусмотренные и гарантированные соответствующими нормативно-правовыми актами: право субъекта экономической деятельности начинать, вести и прекращать ее в любой не запрещенной законом сфере и форме; право получать, использовать и передавать достоверную экономическую информацию, свободу от принудительной и юридически необоснованной деятельности как со стороны других хозяйствующих субъектов, так и со стороны государства и его органов; право на защиту интересов экономической деятельности на обжалование решений и действий (бездействий) органов государственной власти (местного самоуправления) и должностных лиц, если такие решения и действия приводят к ограничению данной свободы. Весь этот комплекс правомочий вводится в действие и обеспечивается различными правовыми нормами, но построенными на базе единого принципа свободы экономической деятельности, который в полной мере может быть зачислен в арсенал основных начал правового регулирования конкуренции.

Конкурентные отношения в Республике Армения регулируются также нормами Гражданского Кодекса РА. Согласно статье 12 Гражданского Кодекса РА, не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление

доминирующим положением на рынке. При этом само доминирующее положение на рынке не является незаконным, но незаконно злоупотребление доминирующим положением. Исходя из этого, можно констатировать, что антимонопольное законодательство РА ближе к европейской модели антимонопольного регулирования, в которой запрещается не само доминирование на рынке, а ее злоупотребление.

В РА специальным нормативно-правовым актом законодательства о защите экономической конкуренции является Закон РА “О защите экономической конкуренции” от 06.11.2000г. В вышеуказанном законе содержится понятийный аппарат законодательства о защите экономической конкуренции, положения о Государственной комиссии по защите экономической конкуренции, требования государственного контроля над экономической концентрацией, правила об ответственности за нарушение законодательства о защите экономической конкуренции и т.д. Примечательно, что принятие данного закона было обусловлено не осознанием необходимости наличия антимонопольного законодательства, правового регламентирования конкурентных отношений, защиты экономической конкуренции на товарных рынках, а членством Республики Армения во Всемирной Торговой Организации, поскольку наличие соответствующего закона являлось одним из условий членства страны в ВТО. Между тем, в отличие от нашей Республики, в остальных республиках бывшего СССР создание конкурентного законодательства и формирование соответствующих конкурентных ведомств началось уже в начале 90-х гг., что, безусловно свидетельствует о том, что формирование конкурентной политики данных стран было осуществлено в русле институциональных преобразований, необходимых для перехода от командно-административной к рыночной экономике. В частности, в таких странах, как Российская Федерация, Казахстан, Латвия, Молдова и Украина конкурентные законы были приняты еще в 1991 году. В 1992 году соответствующие законы были приняты в Беларуси, Литве, Таджикистане и Узбекистане, в 1993 году – в Азербайджане и Эстонии, в 1994 году – в Киргизии, а в 1996 году – в Грузии. Фактически, к тому периоду, когда в Армении в 2000 году был принят закон “О защите экономической конкуренции”, почти все республики бывшего СССР (кроме Туркменистана) не только сформировали конкурентные законодательства, но и с учетом реалий экономического развития и приоритетов конкурентной политики своих стран успели усовершенствовать нормативно-правовую базу защиты экономической конкуренции, модифицировав отдельные положения конкурентных законов.

Большое практическое значение имеет проблема эффективности норм законодательства о защите эконо-

номической конкуренции, едва ли критериями такой эффективности могут стать показатели роста числа дел, рассмотренных и выигранных Государственной комиссией о защите экономической конкуренции, или роста количества взысканных штрафов. Согласно отчету о деятельности Государственной комиссии по защите экономической конкуренции за 2012 год, в 2012 году сумма штрафов, примененная к хозяйствующим субъектам составила 274 млн драм, из которых 130 млн за злоупотребление доминирующим положением, 110 млн драм за различные проявления недобросовестной конкуренции, 30 млн драм за антиконкурентные соглашения и 4 млн драм за непредоставление Комиссии необходимой информации в установленные законодательством сроки. Примечательно, что если в 2012 году сумма примененных Комиссией штрафов составила 274 млн драм, то в 2011 году она составила 350 млн драм, в 2010 году – 37 млн драм, в 2009 году – 10 млн драм, в 2008 году – 9 млн драм<sup>15</sup>. Как свидетельствуют вышеприведенные статистические данные, за указанный промежуток времени сумма штрафов существенно увеличилась: так в 2012 году по сравнению с 2008 годом сумма штрафов увеличилась более чем в 30 раз.

Эффективность правовых норм обычно характеризуется соотношением между фактическим результатом их действия и теми социальными целями, для достижения которых эти нормы были приняты. Таким образом, эталоном оценки результативности правовых норм выступает цель их применения. Общими и специальными целями законодательства о защите экономической конкуренции, сформулированными в Конституции РА и Законе “О защите экономической конкуренции” (ст.1), провозглашены: гарантирование свободного развития и равной правовой защиты всех форм собственности, свободы экономической деятельности, свободной экономической конкуренции, а также защита и поощрение экономической конкуренции, способствование развитию предпринимательства и защите интересов потребителей в Республике Армения. Очевидно, что оценкой результативности проводимой в РА конкурентной политики могло бы стать совершенствование конкурентной среды РА, укоренение принципов добросовестной конкурентной борьбы, улучшение позиций местных товаропроизводителей на местном и внешнем рынках, защита хозяйствующих субъектов от недобросовестных конкурентов, недопущение попыток злоупотребления доминирующим положением со стороны предприятий, обладающих соответствующим положением и т.д. Только при обеспечении указанных целей проводимая конкурентная политика могла бы расцениваться как эффективная и

способствующая повышению конкурентоспособности национальной экономики.

#### **IV. Анализ конкурентной среды Республики Армения, приоритеты развития антимонопольной политики**

Согласно данным, опубликованным аналитической группой Всемирного экономического форума, в 2013 году Армения улучшила позиции по индексу глобальной конкурентоспособности, заняв 79 место среди 148 стран (Global Competitiveness Index)<sup>16</sup>. Однако, в списке стран Европы и Центральной Азии Армения занимает последнее место с точки зрения эффективности антимонопольной политики и интенсивности внутренней конкуренции. Такой низкий показатель отражает отсутствие динамики в экономике Армении, что, в свою очередь, является причиной высокой безработицы и низких доходов населения. О низкой эффективности антимонопольной политики Республики Армения свидетельствуют высокие показатели концентрации на различных товарных рынках, серьезные барьеры входа на рынок, монополия и олигополия структура большинства товарных рынков, доминирование определенных компаний одновременно в нескольких секторах экономики.

Согласно докладу Всемирного Банка за 2013 год, монополии и олигополии контролируют до 60% армянского рынка, причем этот показатель выше только в Азербайджане (70% и более). Примечательно, что государство вместо того, чтобы создавать равные условия функционирования для всех хозяйствующих субъектов, фактически осуществляет протекционистскую политику по отношению к конкретным компаниям, предоставляя им необоснованные преференции, используя систему государственных закупок, результатом чего является высококонцентрированная структура товарных рынков, существенное сокращение как внутренних, так и иностранных инвестиций, отток капитала, сокращение уровня занятости, ухудшение макроэкономических показателей и т.д. На протяжении всего периода экономических преобразований в Республике Армения роль и приоритетность конкурентной политики настойчиво пренебрегалась, между тем, однозначно, что именно отсутствие добросовестной конкурентной среды является одной из причин низкой эффективности функционирования экономики.

Растущая высококонцентрированность товарных рынков Республики приобретает стабильную тенденцию роста, что не может не вызывать серьезных

<sup>15</sup> [http://www.competition.am/uploads/resources/Report\\_2012\\_vor\\_29\\_04\\_13\\_102\\_arm.pdf](http://www.competition.am/uploads/resources/Report_2012_vor_29_04_13_102_arm.pdf)

<sup>16</sup> [http://www.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2013/10/03/000333037\\_20131003152734/Rendered/PDF](http://www.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2013/10/03/000333037_20131003152734/Rendered/PDF)

опасений, помимо этого, наиболее высококонцентрированными являются те товарные рынки, на которых реализуются продукты первой необходимости. Анализ структуры различных товарных рынков позволяет сделать небезосновательное заключение о том, что рентабельные и достаточно заманчивые рынки не привлекают новых компаний, и даже более того, отпугивают уже действующие на рынке компании, в результате чего они существенно сокращают либо объемы производства, либо объемы импорта, что с экономической точки зрения является достаточно интересным и порой парадоксальным явлением. Следует отметить, что многочисленность участников товарных рынков не всегда является гарантией низкой концентрации рынка, поскольку на различных рынках наблюдается большее количество оперирующих хозяйствующих субъектов, однако анализ их рыночных долей показывает, что де-факто рынки являются высококонцентрированными. Следует иметь в виду, что в результате формального увеличения числа хозяйствующих субъектов невозможно обеспечение снижения экономической концентрации, поскольку реально не создаются новые конкурирующие участники рыночных отношений (перераспределение активов происходит внутри одной группы лиц). Хозяйствующие субъекты могут применять практику последовательного создания дочерних компаний с целью перевода в них активов и оставления в материнских компаниях “безнадежных” долгов.

В формировании добросовестной конкурентной среды большую роль могли бы выполнить соответствующие институты, в частности Государственная комиссия по защите экономической конкуренции. Однако указанная структура скорее всего занята применением штрафных санкций, выявлением не причин, а последствий антиконкурентной практики хозяйствующих субъектов. Государственная комиссия по защите экономической конкуренции очень часто занята констатацией фактов, декларированием высоких показателей концентрации товарных рынков, а не раскрытием причин высококонцентрированности, выявлением барьеров входа хозяйствующих субъектов на товарные рынки, минимизацией препятствий, ограничивающих развитие конкуренции, выявлением отрицательных последствий отдельных направлений макроэкономической политики на развитие конкуренции. Порой заманчивые и сулящие большие доходы отрасли оказываются под фактическим контролем отдельных хозяйствующих субъектов, следствием чего являются ограниченные возможности остальных участников предпринимательского оборота начинать и развивать деятельность в определенных отраслях экономики РА. О существовании обозначенных препятствий, в частности, свидетельствует тот факт, что в течение нескольких лет фактическое соотношение по-

зиций и долей реализации продукции участников товарных рынков в основном не подверглось существенным изменениям. Причем, особо настораживает то, что одна и та же компания, оперируя на разных товарных рынках и осуществляя технологически не взаимосвязанную деятельность, становится доминирующей на нескольких товарных рынках. С учетом вышесказанного, одним из основных направлений деятельности конкурентного ведомства РА должно быть именно раскрытие препятствий осуществления предпринимательской деятельности, с целью обеспечения равных условий и предпосылок развития для всех субъектов хозяйствования. Причем, Государственная комиссия по защите экономической конкуренции должна принимать во внимание также возможность согласованного действия функционирующих участников конкретного товарного рынка, направленного на недопущение конкурента в отрасль или ограничение перспектив его продвижения.

В настоящее время в Республике Армения приоритетом защиты экономической конкуренции должно являться обеспечение сбалансированного сочетания мер защиты внутреннего рынка с повышением конкурентоспособности продукции национальных производителей на международном рынке.

Несмотря на то, что защита экономической конкуренции включает как антимонопольное регулирование, так и более сложные действия государства по развитию и поощрению конкуренции на товарных рынках, в Республике Армения деятельность Государственной комиссии по защите экономической конкуренции сконцентрирована исключительно на запретительном регулировании и сводится к разработке перечня видов деятельности, подлежащих запрету. Однако, очевидно, что антимонопольное регулирование является лишь одним из направлений защиты экономической конкуренции, которым отнюдь не исчерпывается конкурентная политика. Обоснованием вышесказанного является то, что модификация законодательства о защите экономической конкуренции в РА не направлена на предупреждение и пресечение возможных правонарушений в сфере защиты экономической конкуренции, а направлена на выявление уже совершенных нарушений. Очевидно, что подобный подход обуславливает приоритеты деятельности Государственной комиссии по защите экономической конкуренции и препятствует превращению конкурентной политики в действенный стимулятор рыночных отношений, препятствуя разработке подходов, способствующих развитию предпринимательства в стране. В связи с этим, важнейшим приоритетом защиты экономической конкуренции в Армении должен быть переход от пассивного конкурентного регулирования к активной поддержке и развитию конкуренции, от чисто административных ме-

тодов регулирования к более прогрессивным методам защиты и поощрения конкуренции.

Одним из ключевых приоритетов защиты экономической конкуренции в Республике Армения является повышение статуса Государственной комиссии по защите экономической конкуренции среди представителей предпринимательского оборота. Вопрос заключается в том, что в Армении роль конкурентного ведомства недооценивается не только на государственном уровне, но и самими хозяйствующими субъектами, чьи интересы призвано защищать конкурентное ведомство. Причем, восприятию конкурентного ведомства в качестве действующей структуры, призванной поддерживать конкурентную среду в Республике Армения, поможет лишь эффективная деятельность Комиссии, на практике доказывающей действенность своей политики и приверженность своему назначению. Очевидно, что игнорирование значимости конкурентного ведомства долгие годы было обусловлено недопониманием и недооценкой конкурентной политики как эффективного средства воздействия на трансформационные процессы, как средства пресечения антиконкурентной практики, как направления государственной политики, обеспечивающей повышение конкурентоспособности национальной экономики.

Для усиления роли и повышения статуса конкурентного ведомства необходимо наделение конкурентного ведомства соответствующими полномочиями, вовлечение конкурентного ведомства в систему государственных органов, ответственных за реализацию экономических преобразований, вовлечение конкурентного ведомства в трансформационные процессы, обуславливающие формирование экономико-правовых предпосылок, необходимых для осуществления действенной конкурентной политики. Кроме того, для проведения эффективной конкурентной политики конкурентному ведомству должны быть предоставлены полномочия координации деятельности отраслевых регулирующих агентств, поскольку их распоряжения зачастую непосредственно воздействуют на конкурентную ситуацию на том или ином отраслевом или товарном рынке.

## V. Вместо выводов

Анализ конкурентной политики и конкурентной среды Республики Армения позволяет констатировать роль государства в формировании конструктивных рамок предпринимательской деятельности, добросовестной конкурентной среды и соответствующих институтов для становления предпринимательства в стране. Очевидно, что с учетом необходимости построения в стране социально-ориентированной рыночной экономики конкуренция должна рассматриваться не в качестве конеч-

ной цели конкурентной политики, а в качестве средства для достижения более общих целей, связанных с повышением эффективности функционирования экономики. Не вызывает сомнения, что конкурентное ведомство может обеспечить необходимые условия для монополизации экономики, недопущения использования административного ресурса для приобретения или усиления доминирующего положения хозяйствующих субъектов, однако важно, чтобы проведение конкурентной политики не подрывало устойчивости рыночно-конкурентного механизма хозяйствования, так как в этом случае вектор регулирования может развернуться в сторону обратную от желаемых параметров эффективности.

Действенность конкурентной политики обусловлена реальной независимостью конкурентного ведомства, причем ведомство должно быть независимо как от других государственных структур, так и от ведущих хозяйствующих субъектов, доминирующих на различных товарных рынках и обладающих достаточной властью для воздействия на деятельность ведомства, призванного обеспечивать необходимую среду для развития предпринимательства. Необходимость контроля за деятельностью хозяйствующих субъектов, обладающих доминирующим положением, обусловлена тем, что указанные предприятия обладают возможностью существенного воздействия не только на конкурентную среду того товарного рынка, на котором они оперируют, но и на конъюнктуру смежных рынков, в некоторой мере даже предопределяя возможности и перспективы развития соответствующих отраслей хозяйства. Определенные недочеты в конкурентной политике скорее всего обусловлены не столько пробелами законодательства, сколько отсутствием решимости проведения эффективной конкурентной политики, недопускающей необоснованное усиление позиций определенных хозяйствующих субъектов. Помимо этого, конкурентная политика обусловлена не только уровнем развития конкурентного законодательства, но и приоритетами экономического развития страны и другими направлениями макроэкономической политики государства. Причем, взаимосвязь конкурентной политики с другими направлениями экономической политики отнюдь не носит одностороннего характера, поскольку конкурентная политика в свою очередь обуславливает возможности развития остальных направлений макроэкономической политики. С учетом значимости роли конкурентной политики в продвижении экономических реформ совершенствование системы защиты экономической конкуренции, в сочетании с поддержкой предпринимательства и защитой прав потребителей выступают в качестве существенных условий успешного социально-экономического развития Республики Армения.

Нона Зубиташвили<sup>1</sup>

## Гарантии права собственности партнера в обществе с ограниченной ответственностью

### I. Введение

*Одним из индикаторов степени демократичности законодательства является то, насколько оно обеспечивает защиту основных прав и свобод. Исключение не составляет и законодательство, регулирующее сферу предпринимательской деятельности. Право собственности – право, признанное и защищенное конституцией. Однако оно не относится к группе прав абсолютного характера (неограниченных прав). Несмотря на то, что в Грузии наиболее распространенной организационно-правовой формой предприятий является общество с ограниченной ответственностью (далее – ООО), действующая редакция Закона Грузии «О предпринимателях» неполноценно регулирует правовые основания недобровольной утраты права собственности партнера. Впрочем, имеется единообразная судебная практика, которая более или менее отвечает на «открытые» вопросы законодательства. Цель настоящей статьи – обобщение правовых оснований утраты права собственности (путем исключения) на долю в ООО против воли партнера на основании законодательства Грузии и грузинской судебной практики. Работа состоит из двух основных частей. В первой части рассматриваются основания (недобровольной) утраты права собственности партнера ООО, а вторая часть касается соответствия этого случая конституции.*

### II. Основания утраты права собственности на долю в ООО

В ООО как организационно-правовой форме партнер имеет право собственности только на долю – нематериальное имущественное благо.<sup>2</sup> Несмотря на то, что одним из (но не единственным) компонентом определения рыночной стоимости доли является то

имущество, которое аккумулировано в ООО,<sup>3</sup> собственность партнера распространяется только на долю, а не имущество, эквивалентное этой доле. Долей признается совокупность прав и обязанностей, которой лицо обладает исходя из членства в ООО.<sup>4</sup> На начальном этапе имущество ООО создается на основе вкладов собственностипартнеров.<sup>5</sup> Однако с момента передачи/осуществления вклада собственность на него переходит как к независимомусубъекту.<sup>6</sup> Таким образом, имущество, переданное ООО в виде вкладов, или имущество, впоследствии приобретенное в результате предпринимательской деятельности, является собственностью самого ООО. Этот особый режим разделения собственности с одной стороны, обеспечивает защищенность имущества корпорации от личных кредиторов партнера, а с другой – предоставляет партнеру привилегии защиты, исходя из принципа ограничения ответственности, что в свою очередь исключает удовлетворение требования кредиторов ООО за счет личного имущества партнера.<sup>7</sup> Наоборот, если партнер злоупотребляет организационно-правовой формой ООО и в глазах кредитора корпорации не производит четкую демаркацию имущества, действует принцип сквозной ответственности, который обеспечивает личную ответственность партнера перед кредиторами ООО.<sup>8</sup>

Утрата права собственности на долю может происходить добровольно и недобровольно. В первом случае налицо уступка партнером доли в пользу другого партнера или третьего лица безвозмездно, по собственной воле или ее отчуждение за плату. Доля – оборотоспособный объект, и соответственно ее отчуждение сво-

<sup>3</sup> Сравн. статья 309<sup>14</sup> Гражданского кодекса Грузии устанавливает критерии, которые должен учитывать суд при определении справедливой цены при обязательной продаже акций, одним из которых являются активы общества.

<sup>4</sup> Верховный Суд Грузии, решение палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве от 30 августа 2000 года № 3з/421.

<sup>5</sup> Статья 3(5) Закона Грузии о предпринимателях.

<sup>6</sup> Иракий Бурдули, Имущественные отношения в акционерном обществе (особенно в процессе его формирования) на примере грузинского и австрийского права, Тбилиси, 2008, с. 129).

<sup>7</sup> Henry Hansmann, Reiner Kraakman, Richard Squire, Law and Rise of the Firm, Harvard Law Review, Vol. 119, No 5, 2006, 1338; статья 3(4) Закона Грузии о предпринимателях.

<sup>8</sup> Георгий Джугели, Ответственность акционеров за обязательства корпорации – Нарушение корпоративной оболочки, Южнокавказский юридический журнал, 03/2012, 59-60. Независимо от наличия правовых оснований (статья 3(6) закона о предпринимателях), в практике Верховного Суда Грузии отсутствует прецедент возложения сквозной ответственности (в практике есть лишь два дела, в которых кассатор указывал на злоупотребление правовыми формами ограничения ответственности, хотя суд не дал разъяснений ни по одному из случаев). См. определение Верховного Суда Грузии от 7 марта 2013 года #as-1162-1091-2013 и решение от 13 мая 2013 года #as-286-272-2013).

<sup>1</sup> Приглашенный лектор Тбилисского государственного университета имени Ивана Джавахишвили и докторант этого же университета.

<sup>2</sup> Решение Конституционного Суда Грузии от 29 января 1998 года № 2/36-7. Согласно статье 152 Гражданского кодекса Грузии доля представляет собой нематериальное имущественное благо.

бодно. В то же время уставом могут предусматриваться определенные ограничения, например, путем установления права преимущественной закупки, однако, исходя из сущности собственности, предусмотренное уставом условия полного запрета на ее отчуждение не допускается, поскольку такое ограничение вступает в противоречие с сущностью права собственности, установленного статьей 170(1) Гражданского кодекса Грузии. Устав признается сделкой (соглашением партнеров), и, соответственно в силу статьи 54 Гражданского кодекса Грузии условие устава, запрещающее отчуждение доли, должно быть признано недействительным как противоправная сделка.

В любом случае изменение собственника доли приобретает юридическую силу с момента регистрации в предпринимательском реестре.<sup>9</sup> В регистрирующей орган должен быть представлен правоустанавливающий документ нового собственника.<sup>10</sup> В случае уступки или отчуждения таким документом является договор об уступке или купле-продаже доли. Что же касается недобровольной утраты собственности, при этом необходимо наличие вступившего в законную силу решения суда.<sup>11</sup> Вообще, такой случай имеет место, когда происходит исключение партнера из общества или доля партнера как нематериальное имущественное благо вопреки воле партнера обращается к исполнению на основании вступившего в законную силу решения. Этот последний случай представляет собой вопрос, который исчерпывающим образом регулируется процессуальным и исполнительным правом.<sup>12</sup> Что же касается исключения партнера, то отмеченный вопрос законом о предпринимателях детально не регулируется. Закон Грузии о предпринимателях, в частности его статья третья в качестве единственного основания для исключения партнера указывает нарушение партнером обязательства по внесению вклада. В настоящей подглаве рассматриваются те основания, которые могут стать предпосылкой для исключения партнера.

<sup>9</sup> Статья 5<sup>1</sup>(5<sup>5</sup>) Закона Грузии о предпринимателях.

<sup>10</sup> Статья 5<sup>1</sup>(2) Закона Грузии о предпринимателях. Сделка должна быть надлежащим образом удостоверена в нотариальном порядке или регистрирующим органом. Порядок удостоверения подписи регистрирующего органа в свою очередь определяется Законом Грузии о публичном реестре.

<sup>11</sup> Верховный Суд Грузии, определение палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве от 9 марта 2001 года № 3з/303-01, решение от 22 июля 2010 года № as-1157-1419-09.

<sup>12</sup> Напр. согласно статье 198 Гражданского процессуального кодекса Грузии с целью обеспечения иска может применяться наложение ареста на имущество ответчика (в том числе на нематериальное имущественное благо и соответственно долю). После вступления в законную силу решения, в обеспечение исполнения которого был наложен арест, к исполнению может быть обращена и доля.

## 1. Нарушение партнером обязательства как материальное основание для утраты собственности

В результате обобщения Закона Грузии «О предпринимателях» и практики Верховного Суда Грузии можно сделать вывод, что основанием для исключения партнера из ООО является нарушение партнером обязательства.<sup>13</sup> Под этим понимается как обязательство, прямо предусмотренное законом о предпринимателях, вытекающее из партнерства (осуществление вклада), так и нарушению любого другого обязательства, предусмотренного уставом (например, обязанности преданности: запрет конкуренции, запрет на заключение сделки с самим собой и т. д.), которое по своему характеру исключает сохранение доверия и продолжение деловых отношений между партнерами. Действительно, закон о предпринимателях не указывает на обязанность партнера быть преданным, однако в случае отсутствия регулирования уставом обязанности этой категории могут распространяться на основе общего стандарта добросовестности, который согласно части 3 статьи 8 Гражданского кодекса Грузии распространяется на любого участника частноправовых отношений. Таким образом, если подытожить сказанное, первой предпосылкой для исключения партнера может быть нарушение им обязательства, предусмотренного законодательством или уставом.

## 2. Неосуществление партнером вклада

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона Грузии «О предпринимателях» осуществление вклада является основной обязанностью партнера ООО, которая должна быть выполнена в согласованный срок. Если же партнер не осуществит вклад в оговоренный срок, налицо нарушение обязательства. Однако нарушение обязательства *ipsos facto*, не порождает права на исключение. «*Paqtasunta servanda*» (обязательство должно быть выполнено) обозначает тот «промежуток», который существует между неисполнением/ненадлежащим исполнением обязательства и исключением (как ответственность за нарушение обязательства *ex ante*). В случае неосуществления вклада в первоначально определенный срок общество должно потребовать от партнера исполнения обязательства и назначить ему разумный срок для этого. Такое суждение в определенной мере подкрепляется тем обстоятельством, что Закон Грузии «О предпринимателях» предоставляет общему собранию право требовать от партнеров осуществления

<sup>13</sup> Статья 3(7) Закона Грузии о предпринимателях.

ния вклада.<sup>14</sup> Логически право требовать исполнения может существовать только в отношении требования, срок исполнения которого наступил. Право требования общества возникает после того, как партнер пропустит первоначальный срок. Таким образом, собрание должно принять решение о требовании вклада, что само по себе подразумевает и определение дополнительного срока для осуществления.<sup>15</sup> После безрезультатного истечения дополнительного срока возникает право собрания принять решение об исключении партнера. Законом Грузии «О предпринимателях» как *lex specialis*, дополнительный срок устанавливается.<sup>16</sup> Поэтому можно в качестве *analogia legis*, распространить часть вторую статьи 399 Гражданского кодекса Грузии, согласно которой для расторжения долгосрочного договора, если одним из оснований расторжения является нарушение обязательства, необходимо соблюдение условий, установленных статьей 405. Несмотря на то, что закон о предпринимателях не предусматривает обязательности установления дополнительного срока, в пределах уставной автономии может быть также назначен дополнительный срок. В таком случае безрезультатное истечение дополнительного срока становится предпосылкой для исключения, независимо от того, что Законом Грузии «О предпринимателях» такое условие не предусматривается.

### 2.1. *Нарушение партнером обязанности преданности*

Нарушение партнером обязанности преданности, в отличие от неосуществления вклада, требует особой оценки. Оценка должна даваться с учетом ряда критериев. В первую очередь следует установить, какую конкретно обязанность нарушил партнер. Нужно проверить, действовал ли он в соответствии с интересами общества, а если нет, то какой вред был причинен обществу. Необходимо найти правовое основание для распространения в отношении партнера нарушенной фидуциарной обязанности. Если обязанность предусматривалась соглашением, то правовым основанием будет соглашение пар-

тнеров. В том случае, если подобная обязанность соглашением партнеров не предусматривается, единственным основанием нарушения обязанности будет такое толкование частнопроводного стандарта добросовестности, которое оправдывает возложение ответственности. В таком случае решающим будет не определение фидуциарной обязанности конкретно, а определение общего обязательства, вытекающего из учреждения общества. Исходной точкой для определения данного обязательства может быть цель общества и суть партнерских отношений, как средство достижения этой цели. Коммерческое общество создается с целью извлечения прибыли. Обществополучает прибыль, которую в конце хозяйственного года партнеры, как правило, делят между собой в соответствии со своими долями.<sup>17</sup> Подобная конструкция деятельности требует от партнера не ущемлять цели общества и не получать такую прибыль, которая исходя из организационно-правовой формы общества могла бы распределяться в порядке, согласованном уставом. Таким образом, партнер обязан действовать в соответствии с интересами общества. Именно это обязательство является самым общим обязательством партнера, вытекающим из учреждения общества, которое должно выполняться добросовестно.

В юридической литературе отмечают, что тест, применяющийся при оценке нарушения партнером фидуциарной обязанности, требует более детальной оценки, нежели оценка действий директора на основании правила предпринимательского суждения (*business judgment rule*).<sup>18</sup> При оценке нарушения фидуциарной обязанности партнером проверяются не только основания для решения/деяния партнера, но и правильность и результаты такого решения/деяния и факт причинения вреда. Этот подход мы встречаем и в единообразной практике Верховного Суда Грузии. В решении по делу ООО «Арго», принятом в 2009 году, установленным фактическим обстоятельством было признано то, что партнер оказывал как физическое, так и моральное давление на остальных партнеров. Естественно, что такие деяния не соответствуют разумному ожиданию партнеров и сохранение между ними партнерских отношений может даже стать невозможным, но суд считает, что такие деяния все-таки не создают легитимного основания для исключения партнера из общества и утраты им

<sup>14</sup> Подпункт «б» пункта 6 статьи 9<sup>1</sup> Закона Грузии о предпринимателях. Однако исходя из текста закона осуществление этого права не может нами признаваться обязательством, ввиду которого исключение на практике может происходить без установления дополнительного срока.

<sup>15</sup> Напр., если собрание приняло решение потребовать от партнера осуществить вклад до 10 августа, то разница между определенным для вклада первоначальным сроком и сроком, определенным решением собрания, представляет собой дополнительный срок для исполнения обязательства.

<sup>16</sup> В результате реформы Закона Грузии «О предпринимателях», проведенной в 2008 году, специальный дополнительный срок был отменен. Закон Грузии № 5913, 26.03.2008.

<sup>17</sup> Статья 8 Закона Грузии о предпринимателях.

<sup>18</sup> Tommas M. Madden, Do Fiduciary Duties of Managers and Members of Limited Liability Companies Exist as with Majority Shareholders of Closely Held Corporation, *Duquesne Business Law Journal* [Vol. 12:211], 2010, 226.

собственности (на долю), поскольку не подтверждается факт причинения вреда обществу в результате таких деяний.<sup>19</sup>

### 3. Процедура исключения партнёра из общества

Исключение партнера – крайняя мера, допустимая только в особом случае, и она должна основываться на явно противоречащих закону и интересам общества деяниях подлежащего исключению партнера, в результате чего сохранение партнерских отношений становится невозможным.<sup>20</sup> Создание конфликтной ситуации в обществе из-за осуществления партнером законных действий не может вменяться в вину лицу, осуществлявшему законное действие.<sup>21</sup> На практике нередки случаи, когда одним из оснований для исключения является возбуждение партнером иска против остальных партнеров или директора общества, в результате чего становится невозможно сохранить партнерские отношения между партнерами. Однако согласно практике Верховного Суда Грузии возбуждение партнером иска для защиты собственных прав или законных интересов не может признаваться деянием, причиняющим вред обществу.<sup>22</sup>

Деяние, причиняющее вред обществу, *ipso facto*, не порождает достаточного основания для применения права на исключение. Верховный Суд Грузии по одному из дел постановил: «Исключение партнера в любое время и по любому основанию недопустимо. Оно может применяться в том случае, когда с данным партнером невозможно продолжать дальнейшую деятельность общества».<sup>23</sup> Совершение партнером такого противоправного деяния, которое не связано с интересами или деятельностью общества, не может становиться основанием для его исключения из общества. Лишь нарушение обязанностей, взятых перед обществом, яв-

ляется материальным основанием для исключения.

Как отмечалось выше, Закон Грузии «О предпринимателях» не устанавливает прямого права на исключение. Закон указывает, что собрание общества правомочно применить те дополнительные права, которыми оно обладает в отношении партнера исходя из учреждения общества или/и управления обществом.<sup>24</sup> Верховный Суд Грузии же именно под таким дополнительным правом подразумевает право на исключение партнера.<sup>25</sup>

Разумеется, предметом критического обсуждения является то, представляет ли собой право на исключение то право, которое вытекает из учреждения общества или /и управления обществом. Общество создается с целью извлечения прибыли, соответственно вместе с учреждением общества партнеры принимают на себя обязательство действовать таким образом, чтобы не создавать угрозу цели общества. Правда, Закон Грузии «О предпринимателях» такое обязательство констатирует, однако это обязательство проистекает из учреждения общества и его цели. Следовательно, если один из партнеров создает опасность достижению цели общества, будут задействованы обязанности остальных партнеров по обеспечению защиты общества от этой опасности. Именно механизмом исполнения этой «обязанности» является применение права на исключение партнера. Таким образом, право на исключение партнера является дополнительным правом партнеров, вытекающим из учреждения общества.

#### 3.1. Предпосылки для применения права на исключение

Вообще, обязанность добросовестности защищает каждого партнера от деяний остальных партнеров,<sup>26</sup> а это означает, что исключение партнера должно происходить в рамках принципа добросовестности. Общепризнанным является принцип, что на всех участников договора/соглашения возлагается обязанность действовать справедливо и добросовестно.<sup>27</sup> Аналогично этот принцип действует и применительно к соглашению партнеров. Соответственно недобросовестное действие одного участника соглашения не освобождает другую сторону от обязанности действовать добросовестно. Именно поэтому партнеры, дей-

<sup>19</sup> Верховный Суд Грузии, определение палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве от 23 февраля 2009 года № 1075-1245-08.

<sup>20</sup> Верховный Суд Грузии, решение палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве от 2 ноября 2009 года № зб-812-1099-09.

<sup>21</sup> Верховный Суд Грузии, определение палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве от 14 сентября 2001 года № 3з/787-01.

<sup>22</sup> Определение Верховного Суда Грузии от 23 апреля 2013 года № зб-171-164-2013.

<sup>23</sup> Решение Верховного Суда Грузии от 24 июля 2007 года № зб-390-741-07. Необходимо отметить, что согласно прецедентному праву США при оценке такой ситуации вместо «невозможности» применяется критерий «разумно непрактично». Meghan Gruebner, Delaware's Answer to Management Deadlock in the Limited Liability Company: Judicial Dissolution, *The Journal of Corporation Law Spring, 2007* [32 *Iowa J. Corp. L.* 641], 3.

<sup>24</sup> Статья 9<sup>1</sup>(б «б»)) Закона Грузии о предпринимателях.

<sup>25</sup> Верховный Суд Грузии, решение от 24 июля 2007 года № зб-390-741-07, а также Решение от 23 февраля 2008 года № зб-1075-1245-08.

<sup>26</sup> Jeff Schwartz, Good Faith in Partner Expulsion: Application of a Contract Law Paradigm, *Chapman Law Review*, 2005 [9 *Chap. L. Rev.*], 5.

<sup>27</sup> Статья 8(3) Гражданского кодекса Грузии, в США: *Restatement (Second) of Contracts*, (1981) Sec. 205; *UCC Sec. 1-203*.

ствующие от имени общества, должны произвести исключение добросовестно. Тот факт, что в основе исключения партнера лежит его недобросовестное действие вопреки интересам общества, *ipso facto* не предоставляет исключению статус добросовестного деяния.<sup>28</sup> Таким образом, принцип добросовестности требует, чтобы партнеры не злоупотребляли правом на исключение лишь с той целью, чтобы завладеть долей исключаемого партнера и тем самым извлечь личную выгоду (*self gain*) или имущественное преимущество (*gain a bussiness or property advantage*). Суды США, например, оценивают добросовестность исключения на основании следующего теста: 1. Исключение должно оправдываться легитимными предпринимательскими целями (*justified by the legitimate business reasons*). 2. Исключение должно быть мотивировано личными интересами (*self gain/bussiness or property advantage*).<sup>29</sup> К сожалению, Верховный Суд Грузии не оценивал данный вопрос под таким углом зрения ни в одном споре об исключении.

Согласно единообразной практике Верховного Суда Грузии установлено, что для исключения партнера недостаточно лишь наличия материального основания исключения – только нарушения партнером своих обязанностей без причинения вреда.<sup>30</sup>

Решение общего собрания – лишь первая ступень процедуры исключения. Как уже говорилось выше, исключение партнера из рядов партнеров должно происходить на основании регистрации соответствующих изменений в регистрационных данных общества путем отмены права собственности этого партнера. Это может осуществляться на основании либо договора, либо судебного решения. Соответственно общество не сможет исключить партнера и зарегистрировать изменения в правомочном органе только по решению общего собрания. Подобное регулирование – значительная гарантия защиты права собственности.

Таким образом, решение собрания партнеров об исключении партнера прямо не влечет его исключения из общества. Эта предпосылка является основанием для того, чтобы общество обратилось с иском об исключе-

нии партнера в суд. Окончательное решение об исключении партнера из общества принимает именно суд. Решение вопроса об исключении партнеров в порядке бесспорного производства не допускается. Согласно новой судебной практике исключение партнера может производиться только путем искового производства.<sup>31</sup>

Итак, процедурными предпосылками для исключения партнера являются: 1) принятие общим собранием решения об исключении;<sup>32</sup> 2) внесение обществом иска с требованием об исключении партнеров суд; 3) удовлетворение судом иска в случае наличия материальных оснований для исключения; 4) регистрация на основании решения суда изменений в регистрационных данных общества в правомочном органе.<sup>33</sup>

### 3.2. Компенсация доли

Как уже отмечалось, правомочием на принятие решения об исключении партнера из общества обладает общее собрание общества. Решение на собрании принимается большинством голосов, а исключаемый партнер права голоса не имеет.<sup>34</sup>

Ни Закон Грузии «О предпринимателях», ни судебная практика не говорят об обязательстве компенсации доли исключенного партнера после принятия решения об исключении партнера. Исходя из того, что исключение влечет недобровольную утрату права собственности на долю, это должно происходить взамен компенсации. Этот подход разделяет и грузинская юридическая литература.<sup>35</sup> Однако обязательство компенсации не может рассматриваться в качестве бесспорного обязательства. Например, когда исключение происходит на начальном этапе по основанию невнесения первичного вклада, компенсация партнеру не выплачивается, так как с его стороны не имело места осуществления действия, несущего выгоду для общества. Если же материальным основанием для исключения является нарушение партнером обязанности преданности или иное причиняющее вред недобросовестное деяние, в этом случае в силу согласования сторон может происходить взаимозачет обязательств,

<sup>28</sup> В качестве основания отмеченного мы можем рассматривать принцип “*ex dolo malo non oritur actio*” (*a right of action cannot arise out of fraud*). Этот принцип встречается в прецедентном праве США. В частности, исключение партнера не удовлетворяет стандарт у добросовестности, если исключенному партнеру не предоставлялась возможность защищать себя (процессуальная претензия) либо отсутствовал и легитимные основания для исключения (материальная претензия); *Holman v. Coie*, 522 P.2d 515, 519 (Wash. Ct. App. 1974).

<sup>29</sup> Jeff Schwartz, Good Faith in Partner Expulsion: Application of a Contract Law Paradigm, *Chapman Law Review*, 2005 [9 Chap. L.Rev.1], 4.

<sup>30</sup> Верховный Суд Грузии, решение палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве от 9 ноября 2009 года № 5б-812-1099-09 по делу ООО «Эка».

<sup>31</sup> Верховный Суд Грузии, решение палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве от 23 января 2001 года № 3з/841, решение Верховного Суда Грузии от 23 февраля 2009 года № 5б-1075-1245-08; а также решение 2010 года № 5б-764-715-2010.

<sup>32</sup> Указанное подразумевает добросовестное осуществление общим собранием партнеров «дополнительного права» на исключение.

<sup>33</sup> Верховный Суд Грузии, решение от 21 июля 2011 года № 5б-1060-1090-2011.

<sup>34</sup> Закон Грузии о предпринимателях, статья 9<sup>1</sup>(3).

<sup>35</sup> Ладо Чантурия, Тедо Нинидзе, Комментарий к закону о предпринимателях, Тбилиси, издание третье, 2002, с. 288 (на груз. яз).

и общество освобождается от обязательства выплаты компенсации, а если партнер не согласен на вычет требований, у общества все равно остается право требовать от партнера возмещения вреда. Соответственно, исключенный партнер получит компенсацию только в том случае, если стоимость доли превышает размер вреда.

При выплате компенсации руководящим принципом для общества должна являться защита капитала. Компенсация может быть денежной либо в виде выделения доли в натуре.<sup>36</sup> Хотя компенсация не означает, что партнеру будет возвращено существовавшее им вклад. Вкладом может быть недвижимое имущество, выполняющее важную функцию в деятельности общества. Соответственно этот вклад не может быть возвращен партнеру. Вкладом может быть, например, один миллион лари, но доля партнера в капитале – 20%. Исключенный партнер должен получить компенсацию, адекватную стоимости 20-процентной доли, размер и вид которой не зависят от размера осуществленного им вклада/вкладов. Общество не обязано возвращать в виде компенсации доли неденежный вклад партнера в уставный капитал либо денежный вклад в том же размере. Вклад – часть капитала общества и соответственно – собственность общества. В условиях рыночной экономики общество наряду с прибылью может также нести убытки, в результате чего меняются объем капитала и соответственно стоимость доли.

Компенсация должна быть адекватна рыночной стоимости доли на момент исключения партнера. Целесообразно, чтобы общее собрание положило в основу определения компенсации компетентное заключение об оценке доли подлежащего исключению партнера. С выплатой компенсации капитал общества сокращается. Поэтому следует стратегически рассчитать, выплата какого вида компенсации будет наименее убыточной для общества. В доктрине распространено мнение, что компенсация доли в случае выхода из общества допускается, если тем самым создается угроза капиталу или собственности общества в целом.<sup>37</sup> Однако в случае исключения, с учетом недобровольного характера утраты собственности, компенсация должна осуществляться обязательно. Кроме того, может возникнуть спор о том, что исключение партнера без компенсации повлечет неосновательное обогащение остальных партнеров, поскольку путем перераспределения доли исключенного из общества партнера размер их имущества увеличится без ответного «исполнения». Воз-

можно, компенсация не будет выплачена немедленно. Однако ее размер должен быть установлен решением партнеров. У исключенного партнера всегда должно быть право на гарантированное требование компенсации. Требование станет гарантированным, если о нем будет существовать решение партнеров.

### 3.3. Исковое производство об исключении в суде. Возможная подсудность арбитражу

После того, как партнеры на общем собрании примут решение об исключении, общество должно внести иск в суд против подлежащего исключению партнера. Соответственно истцом в таком споре выступает общество, а ответчиком – исключаемый партнер. Необходимость искового производства об исключении установлена грузинской судебной практикой. Кроме того, в отношении одного из споров об исключении партнера из общества Верховный Суд Грузии дополнительно указал, что «судебная защита при исковом производстве об исключении должна быть полной, что означает не только возможность лица обратиться в суд, но и обязательство суда вынести справедливое и обоснованное решение. Суд обязан оценить, насколько правомочно было общество исключить партнера».<sup>38</sup>

Интересно, спор какой категории представляет собой исключение партнера из общества. Согласно единообразной практике Верховного Суда Грузии исключение партнера относится к неимущественным спорам. В частности, предметом спора является право собственности партнера на долю. Долей же признается не размер вклада в уставный капитал, а совокупность тех прав и обязанностей, которые лицо имеет исходя из членства в ООО.<sup>39</sup> Споры об исключении придает имущественный характер требование компенсации доли, которое является ответным требованием исключенного партнера после исключения. Впрочем, право требовать компенсацию возникнет после того, как суд по правам человека осуществит исключение партнера. Соответственно споры об исключении партнера и выплате ему компенсации обществом не могут быть объединены в один спор.

Закон Грузии об арбитраже определяет дела, подсудные арбитражу, и ограничивается лишь имущественными спорами.<sup>40</sup> Указанное исключает компетенцию арбитража в отношении споров об исключении. В том случае, если соглашением партнеров установлено, что споры, возникшие между партнерами, подсудны

<sup>36</sup> Там же, с. 282.

<sup>37</sup> Ладо Чантурия, Тедо Нинидзе, Комментарий к закону о предпринимателях, Тбилиси, издание третье, 2002, с. 283 (на груз. яз.)

<sup>38</sup> Верховный Суд Грузии, решение палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве от 22 июля 2010 года № 26-1157-1419-09.

<sup>39</sup> Верховный Суд Грузии, решение палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве от 30 августа 2000 года № 33/421.

<sup>40</sup> Закон Грузии об арбитраже, пункт 2 статьи первой.

какому-либо конкретному арбитражу, это арбитражное соглашение будет недействительно, так как противоречит закону.<sup>41</sup> Если же арбитраж все же разрешит спор об исключении партнера путем искового производства, апелляционный суд Грузии не признает такое арбитражное решение. Соответственно невозможно будет привести решение в исполнение – зарегистрировать изменения и исключить исключенного партнера из реестра регистрирующем органе.<sup>42</sup>

Таким образом, в пределах существующего правового регулирования исключение партнера – предмет только искового производства в суде в отличие от спора о компенсации доли, который является имущественным спором и подпадает под компетенцию арбитража.

### III. Примирительность исключения партнёра к праву собственности

Исключение партнера подразумевает утрату партнером права собственности на долю и приобретение права собственности на его долю остальными партнерами. Нужно отметить, что в решении Верховного Суда Грузии мы встречаем термин «лишение собственности». В частности в принятом в 2009 году решении по делу ООО «Арго» читаем: «Факт осуждения за нанесение побоев и проявление насилия... не мог быть основанием для исключения из партнерства в обществе и лишения партнера собственности (доли в обществе).»<sup>43</sup> Однако необходимо заметить, что в решениях Верховного Суда термин «лишение собственности» применяется не в конституционно-правовом разрезе. В случае исключения налицо ограничение, а не лишение собственности в конституционном понимании.<sup>44</sup>

Кроме того, Верховный Суд Грузии рассматривает исключение как неимущественный спор, что также подтверждает то, что в случае исключения предметом спора является право (право собственности на долю), а не имущество.

<sup>41</sup> Там же, статья 9(1).

<sup>42</sup> Закон Грузии об арбитраже, подпункт «а.б» статьи 45.1., а также статья 256<sup>23</sup> Гражданского процессуального кодекса Грузии; отказ в признании решения по основанию недействительности арбитражного соглашения также предусматривается Международной конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года, статья II («Ньюйоркская» конвенция), для Грузии вступившая в силу по постановлению Парламента Грузии от 3 февраля 1994 года.

<sup>43</sup> Решение Верховного Суда Грузии от 23 февраля 2009 года № зб-1075-1245-08; а также решение № зб-764-715-2010: «Для исключения партнера из общества, то есть лишения его собственности, необходимо наличие судебного решения».

<sup>44</sup> Сравн., Решение Конституционного Суда Грузии от 18 мая 2007 года № 2/1-370,382,390,402,405, которым было установлено несоответствие действующей в тот период регуляции закона о предпринимателях, касающейся обязательной продажи акций, частям первой и 2 статьи 2 Конституции Грузии.

Следовательно, возникает вопрос, представляет ли собой применение права на исключение, предусмотренного Законом Грузии «О предпринимателях», ограничение собственности, и если да, то насколько оно конституционно.

## 1. Общий обзор права собственности

«Право собственности – неотъемлемая и высшая человеческая ценность, общепризнанное основное право.»<sup>45</sup> Значение права собственности бесспорно, хотя оно не относится к группе абсолютно обеспеченных и неограниченных прав. Согласно изменениям, внесенным в Конституцию Грузии в 2010 году, в прямо определенных законом случаях и установленном порядке допускается ограничение прав собственности для необходимых общественных нужд таким образом, чтобы не извращалась суть права собственности, а лишение собственности для необходимых общественных нужд допускается в прямо установленных законом случаях по решению суда или в случае неотложной необходимости, установленной органическим законом, при условии полного и справедливого возмещения. Возмещение освобождается от каких-либо налогов и сборов.<sup>46</sup>

Конституция Грузии закрепляет право собственности, однако одновременно с этим не дает дефиницию понятия собственности. Дефиницию собственности мы встречаем в Гражданском кодексе Грузии, который толкует собственность как совокупность прав владения, пользования и распоряжения имуществом (вещью).<sup>47</sup> Считается, что все субъекты частного права одновременно с этим являются и субъектами права собственности.<sup>48</sup>

## 2. Легитимность недобровольной утраты собственности на долю

Согласно установившейся практике Конституционного Суда Грузии для необходимых общественных нужд допускается ограничение права собственности в прямо определенных случаях и установленном порядке, таким образом, чтобы не нарушалась сущность права собственности.

Практикой Конституционного Суда Грузии признается, что право собственности обременено социальной функцией и необходимость ограничения права собственности прежде всего обусловливается социальной

<sup>45</sup> Решение Конституционного Суда Грузии от 21 июля 1997 года № 1/51.

<sup>46</sup> Конституция Грузии, статья 21.

<sup>47</sup> Гражданский кодекс Грузии, статья 170.

<sup>48</sup> Ладо Чантурия, Собственность на недвижимую вещь. Сравнительное правовое исследование на примере немецкого права, издание второе, Тбилиси, 2001, с. 85 (на груз. яз).

функцией собственности.<sup>49</sup> Собственность обязывает собственника, она обременена умеренной и необходимой функцией.<sup>50</sup> Указанное же подразумевает, что собственность на долю также обязывает партнера не применять членство в обществе во вред обществу, остальным партнерам и кредиторам общества. А в том случае, если партнер использует свою собственность на долю, которая обуславливает его членство в обществе, во вред обществу, он должен быть готов к таким негативным последствиям, как исключение из общества и как результат – лишение собственности.

Вмешательство в сферу, защищенную основным правом, и посягательство на собственность со стороны государства налицо, когда существует антиконституционный закон.<sup>51</sup> С учетом отмеченного субъекты частного права могут фактически ограничить право собственности на основании того закона, который предусматривает возможность неправомерного ограничения собственности. Таким образом, в этом случае участие государства ограничивается принятием ограничительного закона. При оценке легитимности предусмотренного законодательством ограничения применяется принцип соразмерности. В свою очередь функция принципа соразмерности это обеспечение справедливых отношений между противоположными интересами таким образом, чтобы в жертву малоценному благу не было принесено благо более высокой ценности.<sup>52</sup> В случае рассмотрения исключения партнера в разрезе принципа соразмерности мы приходим к выводу о том, что ограничение права собственности может быть оправдано в таких условиях, когда продолжение деловых отношений между партнерами невозможно и выбытие партнера из общества – единственный выход для «спасения» общества. Сохранение цели общества – более высокоценное благо по своим материальным результатам (не только для партнеров, но и для других лиц, например, нанятых лиц, контракторов общества и других), чем право собственности партнера на долю, которое является абсолютным благом и само по себе ничего не несет конкретному партнеру, если в обществе не будут аккумулироваться материальные средства.

Конституционное оправдание ограничения права собственности в конечном итоге зависит от принципа соразмерности. Если изданный государством с целью ограниче-

ния права собственности нормативный акт удовлетворяет принципу соразмерности, его конституционность обеспечена.<sup>53</sup> Как уже отмечалось выше, исключение оправдывается принципом соразмерности. Верховный Суд Грузии однозначно постановил, что исключение партнера является крайней мерой и ее применение допускается только путем искового производства в случае, когда продолжать деятельность общества вместе с подлежащим исключению партнером невозможно. Соответственно, право на исключение может быть реализовано только тогда, когда достичь легитимной цели – продолжать предпринимательскую деятельность иным способом – не представляется возможным. Исключение производится на основании пункта 9<sup>1</sup> Закона Грузии «О предпринимателях», которая предоставляет собранию компетенцию принимать решение по следующему вопросу: «Применение того дополнительного права, которое, исходя из учреждения общества или управления обществом оно имеет по отношению к директору или (и) партнеру». Окончательно же исключение из общества и утрата права собственности на долю производится по решению суда. При ограничении права собственности необходимо, чтобы установился справедливый баланс между противоположными интересами.<sup>54</sup>

#### IV. Заключение

Закон о предпринимателях предусматривает важную гарантию защиты права собственности на долю – обязательность регистрации собственности в регистрирующем органе. Указанное обеспечивает то, что изменение права собственности против воли партнера может происходить только на основании судебного решения, что также является гарантией защиты собственности и для партнера. Однако с другой стороны тот же закон вообще не регулирует процедуру исключения партнера из общества и отношения между исключенным партнером и обществом после его исключения (обязательство компенсации). Хотя недобровольная утрата права собственности на долю в случае толкования во взаимосвязи закона и судебной практики Верховного Суда Грузии попадает в рамки легитимного ограничения права собственности.

Впрочем, однозначно, что грузинское законодательное регулирование в этом смысле нуждается в совершенствовании. В частности, демократичность закона о предпринимателях в смысле защиты собственности как фундаментального основного права будет бесспорна, если законом будут предусматриваться исчерпывающие основания, процедуры исключения партнера и условия выплаты компенсации.

<sup>53</sup> Там же, с. 181.

<sup>54</sup> Право собственности и право на справедливый суд, Материалы Международной научно-практической конференции, Тбилиси, 2005, с. 17).

<sup>49</sup> Решение Конституционного Суда Грузии от 21 июля 1997 года № 1/51: «Осуществление права собственности не должно нарушать прав и свобод других лиц, а пользование собственностью одновременно с этим должно служить общему благосостоянию».

<sup>50</sup> Бесо Зоидзе, Конституционный контроль и ценностный порядок в Грузии, Тбилиси, 2007, 91 (на груз. яз).

<sup>51</sup> Там же, Бесо Зоидзе, с. 98, а также Комментарий к Конституции Грузии, глава вторая, Гражданство Грузии, основные права и свободы человека, Тбилиси, 2013 год, с. 215 (на груз. яз).

<sup>52</sup> Константин Кублашвили, Основные права, Тбилиси, 2003, с. 180 (на груз. яз).

Вахтанг Бачиашвили<sup>1</sup>

## Защита интересов стороны договора путем адекватного толкования норм гражданского кодекса Грузии (ГКГ), регулирующих стандартные положения договора, и необходимость реформирования норм, содержащих пробелы

### I. Общий обзор

*Исходя из заявленных Грузией целей евроатлантической интеграции, в качестве главного требования, предъявляемого стране стратегическими партнерами, упоминается либерализация и демократизация законодательства. Это последнее же подразумевает наличие регуляций, продиктованных защитой достоинства индивида. Цель статьи – путем сравнительно-правового анализа национального законодательства, регулирующего стандартные условия договора, разработать такие рекомендации, учет которых, по мнению автора, позволит грузинскому государству предпринять важные шаги к достижению названных выше исторических целей. Статья состоит из четырех глав. В I главе – «Общий обзор» – внимание заострено на значении исследуемого вопроса, а также намеченной цели и методе исследования. II глава касается применимости стандартных договорных условий к принципу свободы договора. Эта часть посвящена обсуждению статуса участников стандартного договора и сути стандартных договорных условий. В III главе рассматриваются процедурные и сущностные аспекты включения в договор стандартных договорных условий, а также роль диспозитивного права при недействительности стандартных условий договора, а в IV главе в виде выводов сформулированы результаты исследования и рекомендации для законодателя.*

### II. Введение

Краеугольным камнем договорно-правовых отношений являются принципы частной автономии и свободы договора<sup>2</sup>, что обуславливает возникновение обязатель-

ства, основанного на частной инициативе индивида, и определение его содержания на основании желания осознанного ограничения. Требование о выполнении обязательства основывается не на публичном принуждении, легитимированном административным актом, а добровольном желании лица, выполнить определенное действие с целью получения выполнения взамен.

Параллельно с ускорением технологического прогресса меняется содержание интеракции любого типа между членами общества, что порождает естественную необходимость изменения форм этой интеракции. Правовые нормы не должны становиться искусственным барьером для актов коммуникации, действующих самостоятельно и принявших вид сформировавшейся практики. В этом случае вся тяжесть новой интерпретации устаревших норм ляжет на судебную власть, что негативно отразится на конституционном принципе разделения властей и станет поводом для усиления скепсиса в отношении идеи кодификации законодательства.

Во избежание подобных сложностей законодателем вводится институт стандартных условий договора (далее – стандартные договорные положения), который, с одной стороны, путем формального ограничения абсолютного понимания идеи свободы договора, способствует осуществлению трансакций в ускоренном порядке и создает институциональные основы для повышения благосостояния и уровня жизни, а с другой устанавливает возможность более качественной ревизии договорных условий, нежели это возможно в случае с индивидуально согласованными условиями.

Цель настоящей статьи – в результате анализа национального законодательства, регулирующего стандартные положения договора, продемонстрировать характеризующие его основные особенности и во избежание регулирования, содержащего недостатки, разработать, с одной стороны, рекомендации относительно его адекватного толкования, а с другой – внесения соответствующих законодательных изменений.

В статье применяется метод сравнительного изучения. Соответствующие нормы ГКГ<sup>3</sup> рассматриваются применительно к соответствующим нормам Гражданского Уложения Германии.<sup>4</sup> В свою очередь, в части, касающейся регулирования стандартных положений договора Гражданского Уложения Германии, производится имплементация соответствующих норм руково-

<sup>1</sup> Докторант юридического факультета ТГУ, советник службы правового обеспечения юридического департамента Канцелярии Правительства Грузии

<sup>2</sup> В связи с принципом частной автономии см. Кереселидзе, Самые общие системные сведения частного права, Тбилиси, 2009, с. 8 и последующие; а в связи с принципом свободы договора см.: Чантурия, Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии, книга третья, Тбилиси, 2001, с. 57 и последующие).

<sup>3</sup> Гражданский кодекс Грузии, Парламентисуцкебани, законодательное дополнение, 1997, № 31, 1.

<sup>4</sup> Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz vom 18. 08. 1896, RGBl. # 21, с. 195.

дящей Директивы Совета Евросоюза<sup>5</sup> (далее – Директива). С этой точки зрения будут проанализированы и отдельные нормы Директивы. Наряду с Директивой не менее важен механизм регулирования, избранный Принципами европейского договорного права<sup>6</sup> (далее – Принципы), которому в статье также уделяется надлежащее внимание.

### III. Примирительность стандартного договорного положения к принципу свободы договора

Стандартное договорное положение – своеобразная антитеза принципа свободы договора. Эта регуляция не является результатом консенсуса сторон. В формировании ее содержания участвует воля только одной стороны. Вопрос использования стандартных договорных положений создает однозначную проблему для традиционного договорного принципа, согласно которому основание для легитимации сдерживающей (ограничивающей) договор силы создают автономия сторон и их желание или согласие<sup>7</sup>. Однако стандартное договорное положение не может считаться нормативным актом не из-за его сути, а ввиду отсутствия публичной дискреции его создателя. «Хотя стандартные условия и устанавливают правила общения между сторонами, однако они не являются нормами права, поскольку их целью является регулирование отношений только между конкретными лицами, несмотря на то, что они используются применительно ко многим лицам»<sup>8</sup>. Вводя сравнительно гибкий механизм ревизии стандартного договорного положения, составленного с формальным игнорированием принципа свободы договора, право определенным способом компенсирует этот важнейший принцип частного права. Эта компенсация выражается во введении дополнительных оснований для недействительности стандартного договорного положения, в отличие от случая с индивидуально согласованными договорными условиями.

## 1. Практическое назначение стандартного договорного положения

Стандартное договорное положение – это гибкий механизм для лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, которым ежедневно приходится оформлять с потребителями множество договоров единообразного типа. Он, не затягивая процесс переговоров, касающихся договора, обеспечивает реализацию продукции и услуг и мгновенное удовлетворение обоюдных интересов сторон договора без некомфортных формальностей. ГКГ, как и Гражданское Уложение Германии, помещает нормы, регулирующие стандартные договорные положения, в обязательственное право. Интеграция материально-правовых норм, регулирующих стандартные договорные положения, в общую часть обязательственного права не подразумевает, что под сомнение ставится вопрос их применения в отношении договоров вещного права. Избранное системное регулирование свидетельствует только о том, что центр тяжести права в области стандартных договорных положений находится в договорах обязательственного права.<sup>9</sup>

Для обозначения понятия лица, разрабатывающего стандартные договорные положения, ГКГ использует термин „sy“ («шетавазებელი» – «предлагающая сторона»), ею может быть любой субъект.<sup>10</sup> «Необязательно, чтобы предлагающая сторона занимала на рынке господствующее положение. Выступить с предложением стандартных условий может любое лицо, которому приходится на одних и тех же условиях заключать договоры с множеством контрагентов».<sup>11</sup>

Подобную позицию занимают Принципы, решающим для которых является не статус предлагающей стороны, а сам по себе факт неучастия другой стороны договора в разработке положений. В отличие от него статья 2 Директивы присваивает статус предлагающей стороны продавцу или поставщику, которым может быть как физическое, так и юридическое лицо частного или публичного права, при заключении договора действующее в рамках своих торговых, бизнес- или профессиональных интересов. С учетом того обстоятельства, что правомочием по составлению договора в одностороннем порядке может недобросовестно воспользоваться предлагающая сторона, для другой стороны договора в равной мере не играют роли ни

<sup>5</sup> COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:NOT,17.04.2013>

<sup>6</sup> Principles of European Contract Law, [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_partI\\_og\\_II.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm), 16.12.2012. Принципы европейского договорного права – модельный закон, так называемый „soft law“, который был разработан Комиссией по европейскому договорному праву. В комиссии председательствовал профессор датского права Оле Ландо, ввиду чего указанные Принципы упоминаются еще и под альтернативным названием «Принципы Ландо».

<sup>7</sup> Wilhelmsson, Standard Form Conditions, Towards a European Civil Code, Third Edition, Kluwer Law International, 2004, с. 432

<sup>8</sup> Чантурия, (сн. 2), с. 185

<sup>9</sup> Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Köln – München, 2008, с. 117

<sup>10</sup> Заалишвили, Системные особенности регулирования потребительских частноправовых отношений в грузинском законодательстве, Самартлисжурнали №№ 1-2, Тбилиси, 2010, с. 69 (на груз. яз.).

<sup>11</sup> Чантурия, (сн. 2), с. 184.

формально-технический, ни социально-экономический статус первой стороны договора. С учетом этого обстоятельства регулирование ГКГ совпадает с подходом Принципов, что может только приветствоваться.

Стандартное договорное положение должно быть сформулировано предлагающей стороной. Решающим является то, чтобы одна из сторон сама или посредством вспомогательного лица требовала включения в договор положений, составленных ею или третьим лицом, и тем самым исключить возможность другой стороны повлиять на содержание договора в одностороннем порядке.<sup>12</sup>

Таким образом, непосредственное участие предлагающей стороны в процессе составления положений не является обязательным. Достаточно ее инициативы о включении этих положений в договор.

Особая привлекательность стандартных договорных положений состоит в том, что они сформулированы заранее. Заранее формулируются те условия договора, содержание которых установлено еще до заключения договора.<sup>13</sup> Достаточно, чтобы положение с временной точки зрения существовало до заключения договора с тем намерением, что оно должно использоваться для включения в будущие договоры.<sup>14</sup> Закон не требует письменной формы.<sup>15</sup> Несмотря на это, преобладающая часть применяемых на практике стандартных договорных положений существует именно в письменном виде. Это важно как для определения точного содержания, так и для доказывания. Существование стандартных договорных положений должен обосновывать тот, кто на них опирается, то есть сторона, противоположная предлагающей стороне.<sup>16</sup> Тогда как носителем бремени доказывания наличия индивидуального соглашения является предлагающая сторона.<sup>17</sup>

Согласно статье 342 ГКГ для признания положения стандартным необходимо наличие цели его многократного применения. На многократности заостряет внимание также §305(1) Гражданского Уложения Германии. Предлагающая сторона должна иметь намерение применить положение минимум в трех дого-

ворах.<sup>18</sup> При этом не имеет значения, произойдет ли это впоследствии на самом деле. При первом же применении мы имеем дело со стандартными договорными положениями.<sup>19</sup> §310 (3) Гражданского Уложения Германии даже однократное применение положения в случае с двумя потребительскими договорами считается достаточным для того, чтобы оно было признано стандартным. В этом случае потребитель заслуживает особой защиты, поскольку из-за предварительного формулирования он не мог повлиять на содержание договорных условий.<sup>20</sup>

Принципы вместо стандартного договорного положения применяют термин «индивидуально несогласованное положение», которому противопоставляют понятие «индивидуально согласованное положение». Принципы разграничивают стандартные положения и другие индивидуально несогласованные положения и эти последние признают более широкими.<sup>21</sup> В Принципах не дается точной дефиниции «индивидуально согласованного положения», и оно, видимо, должно толковаться таким образом, как это делается в руководящей Директиве Совета Евросоюза.<sup>22</sup>

Согласно Директиве положение всегда будет считаться индивидуально несогласованным, если оно составлено заранее и поэтому потребитель не мог повлиять на его содержание, особенно в случае с заранее сформулированными стандартными договорами.<sup>23</sup> Однозначно, что и Директива подобно Принципам делает акцент на индивидуально несогласованном положении и признает стандартное договорное положение одной из его разновидностей.

Дефиниция «индивидуально несогласованное положение» более гибкая и позволяет лучше идентифицировать суть проблемы. С точки зрения стороны, которая не могла повлиять на содержание положения, в равной мере неважно, было ли это положение заранее сформулировано для многократного применения или создано для данного конкретного договора.<sup>24</sup>

Для эффективного обеспечения правового блага, защищенного принципом свободы договора, важно, чтобы ГКГ распространил нормы, регулирующие стандартные договорные положения и на индивидуально

<sup>12</sup> BGHZ 130, 57; HammNJWRR 99, 999., цитируется по: Prütting/Wegen/Weinreich, BGBKommentar, Luchterhand, 2006, с. 446.

<sup>13</sup> Hk-BGB/Schulte-Nölke § 305 Rn. 3., цитируется по: Looschelders, (сн. 9), с. 118

<sup>14</sup> MuKo/Basedow §305 Rn 13., цитируется: Prütting/Wegen/Weinreich, (сн. 12), с. 445.

<sup>15</sup> BGHNJW 99, 2180., цитируется: Prütting/Wegen/Weinreich, (сн. 12), с. 445

<sup>16</sup> BGHZ 118, 238., цитируется: Prütting/Wegen/Weinreich, (сн. 12), с. 447

<sup>17</sup> BGHZ 153, 152., цитируется: Prütting/Wegen/Weinreich, (сн. 12), с. 447

<sup>18</sup> BGH NJW 02, 138; Münch WM 05, 931., цитируется: Prütting/Wegen/Weinreich, (сн. 12), с. 446

<sup>19</sup> BGH NJW 04, 1454; ZIP 01, 2288., цитируется: Prütting/Wegen/Weinreich, (сн. 12), с. 446

<sup>20</sup> Vgl. Leuschner, AcP 207 (2007), 491 (505), цитируется: Looschelders, (сн. 9), с. 118

<sup>21</sup> Lando/Beale, Principles of European Contract Law, Parts I and II, London/Boston, 2000, с. 149

<sup>22</sup> Wilhelmsson, (сн. 7), с. 435

<sup>23</sup> COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:NOT>, 17.04.2013

<sup>24</sup> Wilhelmsson, (сн. 7), с. 435

несогласованные положения. Признание конкретного положения стандартным по формальным критериям должно считаться решением вопроса не по сути, а по процедуре, что создает проблему применительно к принципу частной автономии и обеспечиваемому законом праву стороны быть защищенной от несправедливого ограничения, и делает его неэффективным защитным механизмом.

1. Применительность стандартного договорного положения к существенным условиям договора

Коллизия стандартного договорного положения с принципом свободы договора наглядно проявляется в объеме прав и обязанностей сторон, регулируемых стандартным положением. То, насколько содержание конкретного договора охватывается стандартным положением, обуславливает степень ущемления принципа свободы договора в пользу стандартного положения. Стандартные договорные положения не могут существовать, если они подробно согласованы сторонами. К индивидуальному соглашению должны предъявляться строгие требования, поскольку сторона договора обладает возможностью влиять на содержание договора.<sup>25</sup>

Из договорных положений следует выделить существенные условия договора. Договорными положениями являются все регуляции, которые по своей объективной сути создают у адресата воли представление о возможности определения содержания договорно-правовых отношений.<sup>26</sup> Среди них - существенные договорные условия, которые представляют собой основную мотивацию договорного сдерживания сторон. Таким образом, они не поддаются регулированию стандартными положениями. Они в любом случае являются предметом индивидуальных переговоров сторон, и соответственно невозможно сделать их составной частью стандартных договорных положений. Тем самым сохранена фундаментальная суть принципа свободы договора, которая состоит в том чтобы не допустить возникновения обязательства, связанного с основным интересом, без двустороннего волеизъявления сторон.

## 2. Критерии признания «слабой стороной» договора

Вопрос применения стандартного договорного положения ставит на повестку дня необходимость введения понятия «слабой стороны» договора. Слабость стороны заключается не только в ее неопытности, но и в невозможности получения надлежащих консуль-

таций при принятии мгновенного решения. Участие в договоре слабой стороны само по себе создает проблему для идеи равенства сторон договора. Именно поэтому законодатель, вводя дополнительные регуляции их защиты, пытается восстановить нарушенный баланс.

Некоторые авторы оспаривают оправданность существования понятия слабой стороны под тем предлогом, что если такая категория будет существовать, то это станет основанием для оправдания неразумного поведения и небрежности определенных лиц и у них будет возможность пользоваться высокими стандартами правовой защиты в любой ситуации.<sup>27</sup> «С учетом этих соображений, они приходят к выводу, что основанием для специального регулирования являются не «слабость» потребителя, а коллективные интересы».<sup>28</sup>

Имеет смысл проанализировать целесообразность применения по отношению к этим лицам равных стандартов защиты при заключении договора со стандартными положениями, заключенного с участием как потребителя, так и профессионального предпринимателя, и признания обеих категорий слабой стороной.

А)

В нормах, регулирующих стандартные договорные положения, ГКГ не использует понятие потребителя. Другая сторона договора классифицируется как предприниматель и остальные категории. Несмотря на это, при толковании в юридической литературе понятия другой стороны договора применяется термин «потребитель».<sup>29</sup> Параграфы 305-310 Гражданского Уложения Германии - это нормы, созданные путем имплементации Директивы, поэтому при толковании понятия потребителя используется подпункт «б» статьи 2 Директивы, согласно которому потребителем является любое физическое лицо, при заключении договора действующее без предпринимательских, бизнес- или профессиональных интересов. Практически идентичное толкование понятия потребителя содержится в § 13 Гражданского Уложения Германии. Как Директива, так и Гражданское Уложение Германии при толковании понятия потребителя пользуются методом негативного толкования.<sup>30</sup>

Для справедливой защиты интересов другой стороны договора важно сформулировать точную дефини-

<sup>25</sup> BGH, NJW 2000, 1110 (1111), цитируется: Looschelders, (сн. 9), с. 118

<sup>26</sup> BGHZ 133, 187; WM 05, 875., цитируется: Prütting/Wegen/Weinreich, (сн. 12), с. 445

<sup>27</sup> Rinkes J.G.J., European Consumer Law: Making Sense, The Yearbook of Consumer Law, Edited by Twigg-Flesner C., Parry D., Howells G., Nordhausen A., Ashgate, 2008, 15., цитируется: Заалишвили, (сн. 10), с. 57

<sup>28</sup> Заалишвили, (сн. 10), с. 57

<sup>29</sup> Чантурия, (сн. 2), с. 180 и последующие

<sup>30</sup> В связи с негативным и позитивным толкованием понятия потребителя см. подробно: Кардава, Сравнительно-правовой обзор европейских стандартов защиты прав потребителей на примере договора, заключенного на улице, Обзор грузинского права - специальное издание, Тбилиси, 2007, с. 146 ( на груз. яз.)

цию понятия потребителя. В 2012 году Парламентом Грузии был принят Кодекс о безопасности и свободном обороте продукта (далее – Кодекс),<sup>31</sup> с принятием которого был объявлен утратившим силу Закон Грузии «О защите прав потребителей» от 20 марта 1996 года<sup>32</sup>. Кодекс не дает даже такого содержащего пробелы толкования,<sup>33</sup> какое приводилось в Законе Грузии «О защите прав потребителей». Исходя из отмеченного, потребителем может считаться даже и юридическое лицо. Приведенная в части 3 статьи 319 ГКГ фрагментарная дефиниция, устанавливающая дополнительную гарантию защиты лиц, действующих в непредпринимательских целях или для удовлетворения насущных потребностей, должна быть признана несоответствующей международным стандартам формулирования понятия потребителя.

«В потребительских директивах статус потребителя присвоен физическим лицам как, бесспорно, слабой стороне. Юридическое лицо не представляет собой объект интереса, кроме отдельных исключительных случаев. В директивах акценты переносятся на защиту действующих на рынке слабых субъектов, создание для них благоприятных правовых условий и специальных гарантий, что означает, что физическое лицо находится под постоянным и особым вниманием. Меры специальной защиты не связаны с юридическим лицом по той простой причине, что юридическое лицо, приобретая продукцию или услуги, представлено профессионалами – юристами, экономистами, товароведом и т. д. Для юридического лица характерна высокая степень владения информацией и знаний, к чему добавляются финансовые возможности. Оно лучше обеспечивает свою защиту, чем физическое лицо.<sup>34</sup>

Исходя из аргументов в пользу дополнительных гарантий защиты «слабой стороны», недопустимо распространять на юридическое лицо как потребителя такие же стандарты, как это должно происходить в случае с потребителем – физическим лицом. Совершенно неразумно, например, признавать слабой стороной действующее с юридическим профилем Н(Н)ЮЛ и распространять на него дополнительные гарантии защиты. Судья должен точно определять субъекты, достойные защиты, и до соответствующих законодательных изменений и имплементации современной дефиниции понятия пользователя присваивать этот статус потребителям – физическим лицам, как очевидно явно слабой стороне.

<sup>31</sup> www.matsne.gov.ge, 25/05/2012, 240110000.05.001.016708

<sup>32</sup> პარლამენტის უწყობის (Парламентის უწყობის), # 007, 30.04.96, с. 7 (на груз. яз.)

<sup>33</sup> В связи с пробелами в понятии потребителя см. подробно Заалишвили, (сн. 10), с. 65-67.

<sup>34</sup> Кардава, (сн. 30), с. 144

Б)

Поскольку цель регуляции, регулирующей стандартное договорное положение, – адекватная защита слабой стороны, заслуживает внимания случай, когда предлагающая сторона оформляет договор с профессиональным предпринимателем и применяет стандартные договорные положения. Возможность одностороннего определения содержания договора и в данном случае содержит риск недобросовестного поведения, хотя важно выяснить, должен ли предприниматель пользоваться таким же стандартом защиты, как это целесообразно в случае с потребителем.

Задача норм, регулирующих стандартные положения, – защита рыночной экономики от недобросовестных положений. Целевой сферой являются правовые отношения в целом, а не только защита потребителя.<sup>35</sup> Исходя из этого, полностью игнорировать стандарт защиты предпринимателя недопустимо.

Согласно пункту первому статьи 2 Закона Грузии «О предпринимателях»<sup>36</sup> субъектами предпринимательской деятельности выступают как индивидуальные предприниматели, так и предпринимательские субъекты, действующие в организационно-правовой форме юридического лица. В соответствии с частью 2 статьи 343 ГКГ в случае с предпринимателем стандартное договорное положение может стать составной частью договора, независимо от отсутствия процедурных аспектов, предусмотренных частью первой этой же статьи. Исходя из отмеченного, ГКГ наделяет субъектов предпринимательской деятельности более низким стандартом защиты, нежели предусматривает это в случае с непредпринимательскими лицами.

Регулирование, содержащееся в Директиве, упорядочивает вопрос включения стандартных договорных положений в договор, заключенный между потребителем и предпринимателем или поставщиком. Таким образом, регулирование вопроса участия в договоре субъекта предпринимательской деятельности выходит за рамки сферы, регулируемой Директивой. Гражданское Уложение Германии, несмотря на то, что содержит правовые нормы, созданные в результате имплементации Директивы, не разделяет другую сторону договора на потребителя и предпринимателя, хотя §310 (3) Гражданского Уложения Германии предусматривает для потребителя дополнительные гарантии по сравнению с лицом, не имеющим такого статуса. Весь дух Принципов построен на идее принципа равенства

<sup>35</sup> Coester-Waltjen, European and German Law on Product Liability and Standard Form Contracts, [http://s-space.snu.ac.kr/bitstream/10371/9027/1/law\\_v42n2\\_071.pdf](http://s-space.snu.ac.kr/bitstream/10371/9027/1/law_v42n2_071.pdf), 18.04.2013

<sup>36</sup> Ведомости Парламента Грузии, 1994, с. 455

сторон, поэтому прямое регулирование дополнительных гарантий защиты слабой стороны договора в нем не предусматривается. Несмотря на это, признание принципа добросовестности действующей нормой логически обуславливает надлежащую защиту стороны договора от неразумных и несправедливых стандартных договорных положений.

Действующая регуляция ГКГ должна быть признана образцом оптимального решения вопроса. Она разграничивает лицо, действующее в коммерческих целях, и субъекта с мотивацией потребителя и, устанавливая для этого последнего более высокий стандарт защиты, пропорционально восстанавливает дисбаланс равенства сторон.

#### IV. Инкорпорирование стандартного договорного положения в договор

Для адекватной защиты интересов стороны договора важно рассмотреть предпосылки, при наличии которых стандартное договорное положение может быть признано составной частью договора. Необходимо отметить, что защита стороны договора подразумевает также защиту не только контрагента предлагающей стороны, но и самой этой стороны, так как цель законодателя – защитить как первую сторону, доказывающую отсутствие этих предпосылок, так и другую сторону, обосновывающую выполнение всех определенных законом требований. В связи с инкорпорацией в договор стандартных договорных положений выделяются процедурные и сущностные требования.<sup>37</sup> Процедурные требования делают акцент на формальные обстоятельства, подлежащие учету во время заключения договора, а сущностные требования рассматривают содержание стандартного договорного положения в разрезе добросовестности, справедливости и разумности.

##### 1. Процедурный аспект

Регулирование процедурного аспекта содержится в части первой статьи 343 ГКГ. Оно состоит из двух частей и включает возможность предлагающей стороны по месту заключения договора сделать наглядную надпись, а для другой стороны договора – ознакомиться с содержанием этих условий и при согласии принять их. Практически на такие же критерии ссылается § 305 (2) Гражданского Уложения Германии.

А)

Другая сторона договора должна быть информиро-

вана о действии стандартных договорных положений. Подпункт «а» части первой статьи 343 ГКГ делает акцент на наглядную надпись и указания на стандартные положения. § 305 (2) 1 Гражданского Уложения Германии исключает требование относительно наглядности в том случае, когда оно, исходя из своеобразия заключения договора, может быть достигнуто только путем преодоления несоразмерных трудностей. В этом случае требование, касающееся наглядной надписи, заменяется требованием указать на наличие этих положений на визуально заметном месте.

Указание на используемые стандартные договорные условия должно быть сделано во время заключения договора.<sup>38</sup> Принципы признают требование, касающееся информирования стороны, выполненным и тогда, когда ей эта информация была предоставлена до заключения договора.<sup>39</sup>

Надлежащее информирование о стандартных договорных положениях будет налицо также в том случае, если положения напечатаны на обратной стороне предложений, содержащих оферту, или на содержимом пакета таким образом, чтобы оферта содержала указание на стандартные положения.<sup>40</sup>

Не принимается во внимание указание о стандартных договорных положениях в квитанциях, счетах-фактурах и предназначенных для исполнения договора других документов, поскольку договор в принципе считается уже заключенным до передачи этих документов.<sup>41</sup>

Стандартные договорные положения, вместе с акцептом поставщика направленные на оферту потребителя, могут рассматриваться как модифицированный акцепт. Стандартные положения, которые продавец посылает вместе с заказанными покупателем товарами, могут стать составной частью договора, если покупатель получит товары. Впрочем, стандартные положения, отправленные поставщиком вместе с накладной, которые потребитель получит после исполнения обязательства, не ограничивают его.<sup>42</sup>

Сторона не считается надлежащим образом информированной о стандартных положениях, если эта информация просто упоминается в договоре, даже в том случае, если договор подписан от имени этой стороны, кроме случаев, когда она располагала информацией о стандартных положениях до этого, например, если в сходных договорах, ранее оформленных между сторонами, информирование стороны осуществлялось с

<sup>38</sup> Looschelders, (сн. 9), с. 119

<sup>39</sup> см. PECL, Art. 2(104) 1

<sup>40</sup> Lando/Beale, (сн. 21), с. 149

<sup>41</sup> Palandt-Heinrichs Rz 30., цитируется по: Kropholler, Studienkommentar BGB, 6. Auflage, München, 2003, с. 180

<sup>42</sup> Lando/Beale, (сн. 21), с. 150

<sup>37</sup> Wilhelmsson, (сн. 7), с. 432

соблюдением правил. В этом случае даже простое упоминание о стандартных положениях может считаться достаточным.<sup>43</sup>

Заслуживающее внимание регулирование в связи с требованием информирования другой стороны содержится в статье 1341 Гражданского кодекса Италии, согласно которому стандартные положения, составленные одной из сторон, применяются в отношении другой стороны, если при заключении договора этой последней было или могло быть известно о них в случае проявления обычной деловой заботливости.<sup>44</sup> Итак, устанавливая обязанность внимательности стороны, итальянское право предстает перед нами более доброжелательным по отношению к стороне, которая стремится достичь действенности своих стандартных положений.<sup>45</sup>

Б)

Согласно подпункту «б» части первой статьи 343 ГКГ другая сторона договора должна иметь возможность ознакомиться с содержанием стандартных договорных отношений и в случае согласия, принять эти условия. Как правило, уже самой возможности ознакомиться с содержанием этих условий бывает достаточно для удовлетворения этой предпосылки. Ознакомится ли сторона с ними на самом деле, для инкорпорации значения не имеет.

Что же касается согласия стороны договора, оно должно быть выражено явно или конклюдентно.<sup>46</sup> Оно не связано с формой.<sup>47</sup> Как правило, бывает достаточно того, что потребитель явно не противится их включению в договор.<sup>48</sup>

## 2. Сущностный аспект

Цель сущностного аспекта – с соблюдением формального критерия игнорировать сдерживающую силу стандартного договорного положения, ставшего составной частью договора, в том случае, когда оно вопреки принципу добросовестности определяет права и обязанности сторон таким образом, что это явно причиняет вред другой стороне договора.

Базисная проблема процедурного решения состоит в том, что даже информированное согласие, которое было достигнуто ввиду неблагоприятной позиции сто-

роны договора, не в состоянии обеспечить добросовестность договора. Оно не исключает необходимости разрешения по сути.<sup>49</sup>

Законодательные акты содержат как отдельные статьи, которые предусматривают недействительность стандартного договорного положения, противоречащего принципу добросовестности, и тем самым суд создает праву весьма широкую арену для разрешения индивидуальных случаев, так и различные статьи, которые исходят из общего принципа добросовестности и являются его своеобразной конкретизацией,<sup>50</sup> хотя содержат предпосылки более четко определенного применения.

А)

Согласно статье 344 ГКГ необычное по форме стандартное договорное положение не становится составной частью договора. При толковании данной статьи комментарий акцентирует внимание на объективном критерии. «Чтобы положение стандартного условия было признано необычным, оно должно быть необычным не только для данного конкретного потребителя, но и для потребителя среднего уровня, заключающего аналогичные договоры».<sup>51</sup> §305с (1) Гражданского Уложения Германии делает акцент на необычных стандартных положениях в зависимости от обстоятельств, которые приобретают особое значение тогда, когда исходя из внешней сути договора другая сторона договора не может ожидать такого положения. Избранный Гражданским Уложением Германии критерий склоняется к содержательному решению вопроса. Подобную позицию занимает и комментарий, однако путем прямого осмысления содержания статьи 344 ГКГ на передний план выступает вопрос формы. Впрочем, она должна толковаться с тем же содержанием, как и в Гражданском Уложении Германии.

Статья 345 ГКГ требует толкования нечеткого стандартного договорного положения в пользу другой стороны. Ту же позицию занимает §305с (2) Гражданского Уложения Германии.

Согласно статье 5:103 Принципов, когда значение индивидуально несогласованных положений неясно, предпочтение может быть отдано толкованию вопреки интересам той стороны, которая включила это положение в договор.<sup>52</sup>

Это положение основывается на той идее, что сторона, которая составила спорное положение или це-

<sup>43</sup> Antonioli/Veneziano, *Principles of European Contract Law and Italian Law, A Commentary*, Kluwer Law International, 2005, с. 98

<sup>44</sup> Там же, с. 99

<sup>45</sup> Там же, с. 100

<sup>46</sup> Looschelders, (сн. 9), с. 119

<sup>47</sup> BaRoth/JBecker §305 Rn 66., цитируется по: Prütting/Wegen/Weinreich, (сн. 12), с. 449

<sup>48</sup> BaRoth/JBecker §305 Rn 66., цитируется по: Prütting/Wegen/Weinreich, (сн. 12), с. 449

<sup>49</sup> Wilhelmsson, (сн. 7), с. 438

<sup>50</sup> Подробно о конкретизации принципа добросовестности см.: Иоселиани, *Принцип добросовестности в договорном праве (Сравнительно-правовое исследование)*, Картели самартлис мимохилва (Обзор грузинского права) – специальный выпуск, Тбилиси, 2007, с. 34 и далее.

<sup>51</sup> Чантурия, (сн. 2), с. 190

<sup>52</sup> Т. н. *Contra proferentem rule*

льный контракт, несет риск его любых недостатков.<sup>53</sup> Оно дает рекомендацию тем современным судьям и ученым, которые отчаянно ищут механизмы борьбы с несправедливыми стандартными положениями договоров.<sup>54</sup>

Необходимо учитывать, что содержащийся в Принципах порядок толкования положений против стороны, составившей договор, носит рекомендательный характер. Он выполняет функцию гайдлайна.<sup>55</sup> С учетом отмеченного судья может, принимая во внимание отдельные обстоятельства, индивидуально толковать несогласованное положение в пользу той стороны, которая включила его в договор.<sup>56</sup>

Как в ГКГ, так и в Гражданском Уложении Германии отрицается функция гайдлайна *Contraproferentemrule*. Законодательные акты однозначно защищают интересы другой стороны договора и требуют толкования в ее пользу.

Б)

Указанного вопроса касается статья 346 ГКГ. Она признает недействительным стандартное договорное положение, которое вопреки принципам доверия и добросовестности вредно для другой стороны договора. Стандартом защиты, установленным отмеченной статьей, может пользоваться любой контрагент лица, выступающего с предложением, независимо от того, является ли оно потребителем или профессиональным предпринимателем.

Сфера, регулируемая указанной статьей, имеет длительную историю. «Во многих странах до принятия соответствующих законов судом объявлялись недействительными договоры, в которых стандартные условия противоречили принципу добросовестности».<sup>57</sup> До изменений 1976 года суды стремились ограничить применение недобросовестных и однозначно неразумных стандартных договорных положений путем использования нормы, регулирующей публичный порядок.<sup>58</sup>

Что должно считаться противоречащим принципу добросовестности, в ГКГ не определено. Соответственно, весь риск «оживления» содержания этой статьи переходит на судебную власть.

В §307 (2) Гражданского Уложения Германии содержатся более четкие критерии того, когда положе-

ние признается недобросовестным. Отмеченное лицо в том случае, когда положение не соответствует основной идее той диспозиционной нормы, во избежание которой вводилось стандартное договорное положение, или исходя из природы договора основные права и обязанности сторон ограничиваются таким образом, что это создает угрозу достижению цели договора. «Соглашение об исключении ответственности на основании стандартного условия договора не должно считаться также действительным, если оно несоразмерно ухудшает положение лица или если стандартное условие не соответствует целям законодательного регулирования».<sup>59</sup> «Противоречащим принципу доверия и добросовестности должно признаваться положение, которое, исходя из природы договора так ограничивает права, что создается угроза достижению цели договора».<sup>60</sup>

Стандартные договорные положения недействительны, если они вопреки принципу добросовестности ставят одну сторону договора в непропорционально неблагоприятное положение. Указанное условие лицо, если предлагающая сторона путем составления содержания договора в одностороннем порядке злонамеренно стремится вместо того, чтобы проявить необходимое внимание, осуществить собственные интересы, не учитывая интересов другой стороны договора.<sup>61</sup>

В соответствии со статьей 3 (1) Директивы положение противоречит принципу добросовестности, если оно создает значительный дисбаланс прав и обязанностей сторон и этот дисбаланс причиняет вред потребителю. На дисбаланс, который вредит контрагенту, указывает также статья 4:110 (1) Принципов. Дисбаланс может носить экономический или юридический характер. В первом случае экономические последствия в значительной мере унизительны для другой стороны. Во втором случае положение может быть признано вносящим дисбаланс, если оно предоставляет права только одной стороне.<sup>62</sup>

Следует учитывать то обстоятельство, что Директива касается только потребительских договоров, то есть договоров, заключаемых между профессионалом и потребителем, а Принципы распространяют сферу, регулируемую статьей, на все договоры, в том числе –

<sup>53</sup> Lando/Beale, (сн. 21), с. 294

<sup>54</sup> Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1992, с. 641

<sup>55</sup> Bush/Hondius/Kooten/Schelhaas/Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, 2002, с. 250

<sup>56</sup> Lando/Beale, (сн. 21), с. 294

<sup>57</sup> Германия, ВГН, 1956 год, 29 октября, цитируется по: Иоселиани, сн. 50, с. 40

<sup>58</sup> Coester-Waltjen, (сн. 35)

<sup>59</sup> Coester-Brandenburg, *Dieteleologische Reduktion*, 1983, S. 52, цитируется по: Чачава, *Конкуренция требований и оснований для требования* (Институт европейского и сравнительного права), Тбилиси, 2011, с. 132

<sup>60</sup> Westermann, *Das neue Kaufrecht*, NJW, 2002, S. 242., цитируется по: Чачава, (сн. 59), с. 132

<sup>61</sup> Vgl. BGHZ 90, 280 (284); Palandt/Grueneberg §307 Rn. 8. Zu einzelnen Beispielen Brox/Walker, BGB AT, Rn. 236b m. w. N., цитируется по: Looschelders, (сн. 9), с. 121

<sup>62</sup> Lando/Beale, (сн. 21), с. 269

на коммерческие и административные договоры.<sup>63</sup>

Нужно отметить, что в соответствии с Принципами сторона может оспорить недобросовестное положение, тогда, как согласно Гражданскому кодексу Италии такое положение считается аннулированным и такая отмена применяется только в пользу потребителя.<sup>64</sup>

Важно, чтобы ГКГ учел международный стандарт и дал определение, руководствуясь четкими критериями принципа добросовестности.

В)

Статьи 347-348 ГКГ содержат дополнительные критерии защиты от несправедливых стандартных договорных положений тех физических лиц, которые не занимаются предпринимательской деятельностью. Приложение к Директиве касается практически идентичных оснований, которые признаются недобросовестными. Исходя из сферы его регулирования, оно (Приложение) является дополнительным стандартом защиты интересов потребителя. §§308-309 Гражданского Уложения Германии – нормы, созданные в результате имплементации Директивы. Исходя из этого, ими тоже устанавливается стандарт защиты потребителя.

Термин «физическое лицо, которое не занимается предпринимательской деятельностью», еще больше расширяет категорию лиц, пользующихся стандартом защиты, нежели это возможно в случае с обычным потребителем. В соответствии с пунктом 3 статьи первой Закона Грузии «О предпринимателях»<sup>65</sup> предпринимательской деятельностью не считается деятельность физических лиц в области искусства, медицинская, архитектурная, адвокатская или нотариальная, аудиторская, консультационная (в том числе - налоговых консультантов), сельскохозяйственная или лесохозяйственная деятельность физических лиц. Исходя из этого, действующий со статусом физического лица адвокат или нотариус считается лицом, правомочным пользоваться стандартом защиты, предусмотренным вышеуказанными статьями ГКГ. Уравнивание обладающего специальными знаниями адвоката и нотариуса с потребителем не может признаваться правильным, именно поэтому для обозначения категории лиц, пользующихся привилегией, определенной этими статьями, должно применяться понятие потребителя.

Надо учитывать, что комментарий при толковании вышеупомянутых статей отмечает, что они направлены на защиту прав физических лиц-предпринимателей.<sup>66</sup> Чтобы установить содержание понятия

непредпринимательского физического лица, важно проанализировать понятие предпринимательского физического лица, сформулированное в статье 36 Налогового кодекса Грузии,<sup>67</sup> в которую вместе с индивидуальным предпринимателем попадает и физическое лицо, определенное пунктом 3 статьи первой Закона Грузии «О предпринимателях». Исходя из указанного, можно заключить, что и автор комментария не подразумевает под категорией лиц, пользующихся стандартом защиты, физических лиц, определенных пунктом 3 статьи первой Закона Грузии «О предпринимателях». С учетом сказанного, необходимость использования термина «потребитель» становится еще более очевидной.

Не менее важным является системное регулирование статей 347-348 ГКГ. Как одна, так и другая статьи содержат аналогичные преамбулы и, на первый взгляд, оставляют впечатление искусственно разделенной статьи. Однако §§308-309 Гражданского Уложения Германии, регулирующие аналогичные вопросы, в качестве разграничительного критерия принимают императивный и диспозитивный характер правовой нормы, замененной стандартным договорным положением. §308 регулирует вопрос отсутствия сдерживающей силы у стандартного договорного положения, заменяющего императивную норму, а §309 позволяет лишить сдерживающей силы стандартное договорное положение, заменяющее диспозитивную норму, если налицо предусмотренные этой статьей предпосылки. Так можно объяснить мнение отдельных авторов<sup>68</sup> о том, что статья 347 касается недействительности, а статья 348 - оспариваемости стандартного договорного положения.

Исходя из отмеченного, статья 348 ГКГ подлежит адекватному толкованию, а в случае подготовки законодательных изменений термин «недействительно» должен быть заменен термином «оспариваемо».

### 3. Коллизия стандартных договорных положений

Коллизия стандартных договорных положений толкуется как случай, когда обе стороны договора имеют свои стандартные условия, которые противоречат друг другу, например, договор, заключенный между двумя предпринимателями.<sup>69</sup> В основе решения указанного вопроса лежат разные теории, требующие подробной характеристики. В результате анализа данных теорий можно сделать вывод, что при рассмотрении избранной теории регулирования четко проявятся особенно-

<sup>63</sup> Antonioli/Veneziano, (сн. 43), с. 220

<sup>64</sup> Там же, с. 224

<sup>65</sup> Ведомости Парламента Грузии, 1994, №№ 21-22, с. 455

<sup>66</sup> Чантурия, (сн. 2), с. 196

<sup>67</sup> Сакартвелоссаканонмдебломацне № 54, 12.10.2010, с. 343

<sup>68</sup> Тодуа/Вилемс, Обязательственное право, Тбилиси, 2006, с. 90

<sup>69</sup> Kropholler, (сн. 41), с. 180

сти как различных стран, так и правовых систем.

А)

Согласно «теории первого выстрела» сторона, зажившая о получении оферты, не должна иметь права менять ее условия. При этом будут действовать стандартные положения первого оферента.<sup>70</sup> Последователем «теории первого выстрела» является Голландия. Если оферта и акцепт указывают на различные стандартные договорные положения, второе указание обычно силы не имеет.<sup>71</sup> Основная идея этой теории основывается на предположении, что акцепт обычно выражается в ответе «да» или «нет» на предложение оферента, а из-за стандартных положений измененного договора мы имеем дело с модифицированным акцептом и соответственно для заключения договора необходим акцепт первоначального оферента.

Б)

«Теория последнего выстрела» утвердилась в Англии.<sup>72</sup> Согласно этой теории действуют стандартные договорные положения той стороны, которая указала на них последней, поскольку последняя сторона, которая посылает стандартные положения, признается контролирующей договор и, следовательно, субъектом, «выигравшим битву».<sup>73</sup>

Согласно «теории первого выстрела» и «теории последнего выстрела» решение вопроса признается разрешением проблемы согласно процедурному критерию, так как при договорной процедуре время указания на стандартные договорные положения становится решающим фактором для применения того или иного стандартного положения.<sup>74</sup>

В)

Принцип исключения – один из самых ранних принципов решения вопроса коллизии. В ряде случаев судам Германии удавалось разрешить проблему путем его применения. В соответствии с решением высшего суда земли Кобленц,<sup>75</sup> когда стороны ссылаются на коллизионные стандартные положения, ни одно из этих положений не становится составной частью договора. Несмотря на это, договор признается заключенным, если очевидно, что стороны не желали недействитель-

ности договора только потому, что не смогли достичь согласия в отношении стандартных договорных положений.

Указанное мнение разделяют Сакко и Де Нова, которые считают, что в случае существования коллизионных положений оба стандартных положения должны считаться недействительными и договор восполняется соответствующими положениями кодекса с той целью, чтобы не создавалась угроза его действительности.<sup>76</sup>

Принцип исключения игнорирует соглашение обеих сторон, в том числе и в той части, в которой их стандартные положения совпадают друг с другом. Поэтому он не может считаться оптимальным вариантом для решения вопроса.

Г)

Принцип перекрывания отражен в статье 2:209 Принципов. Его суть выражается в том, что стандартные положения только в том объеме определяют содержание договора, в каком они соответствуют друг другу. Коллизионные стандартные положения исключают друг друга. Если ни одна из сторон не изъявляет желания включить в договор составленные другой стороной стандартные положения, соответственно ни одна из них не перевесит другую. Предоставление стороне права «выиграть борьбу за стандартные положения первым или последним выстрелом» привело бы нас к результату, зависящему от фактора случайности.<sup>77</sup> Разрешением вопроса по Принципам называют сущностным, а не процедурным методом решения.<sup>78</sup> Он уважает соглашение сторон в той его части, где их позиция едина и дает возможность применения норм диспозитивного права только применительно к вопросам, регулируемым коллизионными стандартными положениями договора. Поскольку противоречащие друг другу стандартные положения исключают друг друга, их место должно быть восполнено применительным правом, обычаями и принципом добросовестности.<sup>79</sup>

Было бы целесообразно принять в ГКГ позицию Принципов и соответственно в случае коллизии стандартных договорных положений в качестве метода разрешения проблемы применять принцип перекрывания.

1. Роль диспозитивного права при недействительности стандартного договорного положения

ГКГ не содержит прямой нормы, которой бы определялись правовые последствия недействительности стандартного договорного положения. Содержащееся в статье 342 ГКГ указание на то, что посредством

<sup>70</sup> Lando/Beale, (сн. 21), с. 182

<sup>71</sup> Dutch Civil Code Art. 6:225(3), цитируется по: Wilhelmsson, (сн. 7), с. 438

<sup>72</sup> See *B.R.S. v Arthur Crutchley* (1967) 2 All E. R. 285, as well as *Butler Machine Tool Co. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* (1979) 1 All E.R. 965, цитируется по: Wilhelmsson, (сн. 7), с. 438

<sup>73</sup> Antonioli/Veneziano, (сн. 43), с. 135

<sup>74</sup> Wilhelmsson, (сн. 7), с. 438

<sup>75</sup> OLG Koblenz WM 1984, 1347 et seq.; цитируется по: Schlechtriem Peter, *Battle of the Forms in International Contract Law*, translation by Martin Eimer, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem5.html>, 19.04.2013

<sup>76</sup> Antonioli/Veneziano, (сн. 43), с. 136

<sup>77</sup> Lando/Beale, (сн. 21), с. 183

<sup>78</sup> Wilhelmsson, (сн. 7), с. 438

<sup>79</sup> Antonioli/Veneziano, (сн. 43), с. 134

стандартного договорного положения устанавливаются правила, отличающиеся от норм, установленных законом, или восполняющие их, позволяет логично предполагать, что диспозитивное право займет место недействительных стандартных договорных положений. Отмеченное также проистекает из общего принципа добросовестности, признанного частью 3 статьи 8 ГКГ.

Место не включенных в договор или недействительных стандартных договорных положений занимают диспозитивные нормы закона. Если же законодательное регулирование данного вопроса отсутствует, «дыры» в договоре должны быть восполнены методом расширенного толкования договора.<sup>80</sup>

В отличие от ГКГ Гражданское Уложение Германии содержит специальное регулирование этого вопроса. Согласно §306 Гражданского Уложения Германии отношения, регулируемые не включенным в договор или недействующим стандартным договорным положением, регулируются в соответствии с законодательными нормами, регулирующими этот вопрос. Однако договор не будет иметь сдерживающей силы, если содержание определенного этим методом договора порождает недопустимое бремя для стороны договора.

Целесообразно было бы учесть аналогичную норму Гражданского Уложения Германии в ГКГ как с точки зрения адекватной защиты интересов стороны договора, так и наступления справедливых последствий, вытекающих из принципа добросовестности.

## V. Выводы

В результате сравнительного анализа предусмотренных ГКГ норм, регулирующих стандартные договорные положения, по нашему мнению, было бы целесообразно предложить несколько важных рекомендаций, которые, будучи учтены, позволят сделать его еще более совершенным с точки зрения решения данного вопроса и весьма приблизить к процессу европейской унификации права, что в свою очередь сыграет значительную роль в процессе интеграции грузинского законодательства в общеевропейское правовое пространство:

- Правовые нормы, регулирующие стандартные договорные положения, должны распространяться на любые индивидуально несогласованные положения, поскольку в обоих случаях есть риск недобросовестного поведения предлагающей стороны договора;
- Контрагент стороны, предлагающей индивидуаль-

но несогласованное положение, должен подразделяться на потребителя и всех остальных субъектов и только потребителя следует наделять дополнительными гарантиями защиты;

- В ГКГ должна быть сформулирована такая дефиниция потребителя, какую предусматривает Директива. Потребитель в частности должен толковаться как физическое лицо, которое при заключении договора действует без предпринимательских, бизнес- или профессиональных интересов;
- При решении вопроса о недействительности положения, противоречащего принципу добросовестности, в статье 346 ГКГ должны быть сформулированы такие же четкие критерии, как в §307 Гражданского Уложения Германии;
- Важно, чтобы с целью отличия преамбулы, определенной статьями 347-348 ГКГ, статья 348 ГКГ при наличии определенных этой статьей предпосылок указывала на возможность применения права оспаривания;
- При решении вопроса коллизии индивидуально несогласованных положений следует применять принцип перекрывания, как это предусмотрено в статье 2:209 Принципов;
- В случае недопустимости инкорпорации в договор индивидуально несогласованного положения ГКГ должен четко указать, что при определении прав и обязанностей, регулирующихся этим положением, применяется диспозитивное право, кроме случаев, когда такое изменение порождает несправедливые последствия для другой стороны договора.

<sup>80</sup> Looschelders, (сн. 9), с. 120

Тигран Артурович Маркосян<sup>1</sup>

## **Проблемы пересмотра в гражданском судопроизводстве вступивших в законную силу судебных актов в результате отмены лежащих в их основе судебных и административных актов**

### **I. Введение**

*Права и свободы человека, считающиеся в современном мире основной опорой правового государства и конституционной демократии, будут носить декларативный характер, если не будут гарантированы эффективными механизмами восстановления нарушенных прав. В этом ряду достоин внимания институт пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам, связанные с которым проблемы – в общем целом, а предложенные к исследованию в настоящей работе вопросы – в частности, сравнительно мало изучены научными кругами. В подобных условиях необходимость верного выявления содержания этого основания пересмотра судебных актов в правоприменительной практике, устранения упущений и недостатков в действующем гражданско-процессуальном законодательстве и развития имеющегося правового регулирования объективным образом придают актуальность настоящей работе.*

### **II. Закрепление в гражданском процессуальном кодексе РА основания пересмотра вступивших в законную силу судебных актов, вынесенных на основании кассации судебного акта и отмены административного акта**

Действующее гражданское процессуальное законодательство предоставляет возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в числе других случаев также при тех обстоятельствах, когда судебный акт или административный акт, заложенный в основу судебного акта, по какой-либо причине соответственно кассируется или отменяется. В частности, согласно части 4 статьи 204.32 Гражданского процессуального кодекса РА<sup>2</sup> (далее – сокращенно “ГПК”): “Вновь открывшиеся обстоятельства являются основанием для пересмотра судебного акта, если отменен тот судебный акт, решение

суда, решение административного органа или органа местного самоуправления которые послужили основанием для вынесения данного решения”.

Закрепление этой группы вновь открывшихся обстоятельств в первую очередь обусловлено необходимостью учета предопределения вступивших в законную силу судебных актов (от латинского термина §Praejudicio”). Преюдициальная связь между актами правосудия проявляется в том, что вступивший в законную силу первичный судебный акт предопределяет содержание вновь выносимого судебного акта в части, которая относится к фактам, уже установленным по другому рассмотренному прежде делу. При этом требуется всего лишь представление вступившего в законную силу решения или приговора по рассмотренному прежде делу, которые в виде исключения считаются имеющими заранее установленную силу (ГПК часть 2 статьи 53).

Это объясняется тем обстоятельством, что факты, которые установлены вынесенным по первичному делу решением или приговором, считаются достоверными, то есть соответствующими действительности.<sup>3</sup> Именно по этой причине в качестве производной предопределенности вступившего в законную силу судебного акта выступает обязанность суда по внесению подобного обстоятельства во вновь выносимый судебный акт, а воля участвующих в деле лиц в этом вопросе не может иметь какого-либо воздействия. Следовательно, кассация первичного судебного акта произвольно должна приводить к недоказанию считающихся предопределенными обстоятельств другого судебного акта, вынесенного на его основании.

Одновременно следует учитывать, что предопределенность судебных актов не носит абсолютного характера и имеет объективные пределы действия. Иначе говоря, оно только в определенных пределах предполагает для участвующих в деле лиц освобождение от обязанности доказывания, а также запрет на повторное доказательство или опровержение подобных обстоятельств в дальнейшем судопроизводстве.

Согласно части 2 статьи 52 ГПК обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением суда по ранее рассмотренному гражданскому делу, при рассмотрении в суде другого дела между теми же лицами вновь не подлежат доказыванию. К анализу этого правила Кассационный суд РА обратился в ряде своих постановлений, в том числе в постановлении по гражданскому делу № 3-39 (КС) от 29 февраля 2008 года, и сформулировал принципиальный подход в связи с случаями, когда обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением суда по ранее рас-

<sup>1</sup> Ассистент Кафедры гражданского судопроизводства ЕГУ, к. ю. н.

<sup>2</sup> Принят 17.06.1998г. См. ОВРА 1998.09.09/20(53).

<sup>3</sup> См. *Осокина Г.Л.*, Курс гражданского судопроизводства России. Общая часть: Учебное пособие. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2002, стр. 524-525:

смотренному гражданскому делу, не могут считаться predetermined. Так, согласно указанному постановлению: “Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением суда по ранее рассмотренному гражданскому делу, по смыслу части 2 статьи 52 Гражданского процессуального кодекса РА имеют значение predetermined для рассматриваемого дела, кроме тех исключительных случаев, когда:

а) это установленное обстоятельство не относится к предмету иска по ранее рассмотренному гражданскому делу (не причисляется к ряду обстоятельств, подлежащих доказыванию) и (или)

б) это обстоятельство установлено с грубым нарушением формальных процессуальных правил либо одной из сторон в условиях ограниченности процессуальных возможностей”.

В отличие от вступившего в законную силу решения суда по ранее рассмотренному гражданскому делу, все установленные которым обстоятельства, за исключением вышеупомянутых случаев, обязательны при новом рассмотрении дела, вступивший в законную силу приговор суда по уголовному делу обязательен для суда только по тем фактам, согласно которым установлены определенные действия и совершившие их лица. При этом не любые установленные вступившими в законную силу приговором суда действия являются predetermined, а только те, которые посредством которых проявляется объективная сторона соответствующего преступления.<sup>4</sup>

Таким образом, можно сделать вывод, что кассация predetermined для судебного акта решения или приговора по вновь открывшимся обстоятельствам может рассматриваться в качестве основания для пересмотра судебных актов при условии, если соблюдены пределы predetermined первичного судебного акта. В противном случае можно говорить о допущенной судом судебной ошибке, при условии которой пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам, по нашему мнению, станет замаскированным протестом и может привести к нарушению принципа правовой определенности.

Кроме этого, следует иметь в виду, что связь между вынесенными по гражданским делам судебными актами может проявляться также посредством их обязательности. Суть этого признака в общем целом выражена в статье 14 ГПК, согласно которой вступившие в законную силу судебные акты обязательны не только для участвующих в деле лиц, но и для всех государственных органов, органов местного самоуправления, их должностных лиц, юридических лиц и граждан и подлежат исполнению на всей территории Республи-

ки Армения. Указанные субъекты обязаны уважать авторитет судебного акта, содействовать своими действиями его исполнению, учитывать судебный акт в процессе своей деятельности и не могут исходить из предположения, что вступивший в законную силу судебный акт не является верным, так как судебный акт, а сформулированные в нем судом властные заповеди, с момента вступления в законную силу, приобретают силу правового акта.<sup>5</sup>

В контексте вышеизложенного считаем, что кассацию судебного акта как вновь открывшееся обстоятельство следует квалифицировать даже в том случае, когда последний не являлся predetermined и был заложен в основу судебного акта, подлежащего пересмотру. При этом сказанное относится не только к кассации решения, но и любого вынесенного по гражданскому делу судебного акта, так как в пункте 4 статьи 204.32 ГПК используется понятие “судебный акт”, каковым являются выносимые по гражданским делам и решение, и постановление, и платежные распоряжения (статья 13 ГПК).

Параллельно судебным актам законодатель причислил к обсуждаемой группе вновь открывшихся обстоятельств отмену тех административных актов, которые также послужили основанием для вынесения пересматриваемого судебного акта.

Следует отметить, что в науке о судопроизводстве вопрос квалификации отмены административных актов по вновь открывшимся обстоятельствам зачастую объясняется тем, что административные акты для дела, рассматриваемого в порядке гражданского судопроизводства, также могут иметь predetermined значение, если они были вынесены в пределах компетенции соответствующих органов и должностных лиц.<sup>6</sup> Между тем, подобный подход не может считаться приемлемым, так как predetermined является признаком законной силы исключительно решений и приговоров суда.

Отношения, связанные с принятием, исполнением административных актов и рядом других вопросов, регулируются Законом РА “Об основах администрирования и административном производстве”.<sup>7</sup> Часть 1 статьи 53 указанного Закона посвящена определению понятия, согласно которому: “Административным актом являются имеющие внешнее воздействие решение, распоряжение, приказ или иной индивидуальный правовой акт, которые приняты административным органом в целях урегулирования конкретного дела в сфере общественного права

<sup>4</sup> См. Постановление Кассационного суда РА по гражданскому делу № 3-1091 (КС) от 5 сентября 2007 года.

<sup>5</sup> См. С. Г. Мезрян, Судебные акты по гражданским делам суда первой инстанции. Ереванский госуниверситет, Ереван, Издательство ЕГУ, 2010г., стр.161.

<sup>6</sup> См. Резуенко А.Н., Пересмотр судебных актов, вступивших в законную силу, по вновь открывшимся обстоятельствам как стадия гражданского процесса. Дис. ... канд. юрид. наук – Волгоград, 2001, стр. 80.

<sup>7</sup> Принят 18.02.2004г. См. ОВРА 2004.03.31/18¥317) стр. 413.

и направлены на установление, изменение, ликвидацию или признание прав и обязанностей для лиц”.

Кассационный суд РА, обращаясь к вопросу возникновения правовых последствий административных актов, в своих постановлениях неоднократно подчеркивал то обстоятельство, что неоспоренный административный акт является правомерным, и какое-либо лицо, в том числе государственный орган, не может ставить под сомнение его правомерность. Согласно Кассационному суду РА: ”Если административный акт не был оспорен, не установлена его ничтожность, не признан неправомерным – недействительным, не утратил свою силу, следовательно каждый согласно статье 5 Конституции обязан исходить из той презумпции, что он был принят в пределах полномочий, отведенных Конституцией или законами”.<sup>8</sup>

Основываясь на вышеизложенном можно согласиться с точкой зрения И. Г. Фильченко относительно того, что использование административных актов в качестве основы выводов суда обусловлено юридической силой этих актов.<sup>9</sup> При этом суд может на их основании делать выводы как относительно прав и обязанностей сторон, так и считать установленными другие фактические обстоятельства дела.

При обсуждении проблемы пересмотра судебных актов вследствие отмены административных актов достоин внимания вопрос, с какого момента он отменен? Дело в том, что статья 64 Закона РА ”Об основах администрирования и административном производстве” предусматривает возможность утраты юридической силы неправомерного административного акта как с момента принятия решения о его признании недействительным, так и с момента принятия административного акта. А при отмене административного акта в первом случае, то есть с момента принятия решения о признании недействительным, он не юридические последствия именно с этого момента. Следовательно, если административный акт утрачивает силу с момента принятия решения о его признании недействительным, то при таких условиях, по нашему убеждению, это не должно становиться основанием для пересмотра вступившего в законную силу судебного акта, так как до принятия решения о признании недействительности, которое включает также период вынесения подлежащего пересмотру судебного акта, административный акт считается действующим и подлежащим исполнению.

В юридической литературе часто звучат мнения о том, что признание нормативных правовых актов недействительными также может явиться основанием

для пересмотра вступивших в законную силу судебных актов. Так, например, согласно Ю. А. Попову в случае признания нормативных правовых актов недействительными также имеются все основания для пересмотра судебных актов по основаниям этой группы вновь открывшихся обстоятельств.<sup>10</sup>

В отличие от Ю. А. Попова, И. А. Петрова признание нормативных правовых актов недействительными рассматривает в аспекте вновь открывшихся обстоятельств в тех исключительных случаях, когда соответствующий нормативный правовой акт признается недействительным с момента утраты силы.<sup>11</sup> При этом этот подход нашел свое отражение также в правоприменительной практике Российской Федерации.<sup>12</sup>

Между тем, применимость как первой, так и второй точек зрения в условиях действующего гражданского процессуального законодательства служит поводом для определенных сомнений. Проблема заключается в том, что часть 4 статьи 204.32 ГПК не зафиксировала признание нормативных правовых актов недействительными в аспекте вновь открывшихся обстоятельств.

Считает, что использование в указанном положении выражения ”решение органа местного управления” отдельно от административных актов также не создает оснований для такого вывода, так как в нем нет указания о нормативном характере решения органа местного самоуправления. А это обстоятельство позволяет сделать вывод, что в этом случае законодатель имел в виду индивидуальные правовые акты органа местного самоуправления. При этом, как это следует из сопоставления статей 3 и 52 Закона РА ”Об основах администрирования и административном производстве”, индивидуальный правовой акт органа местного самоуправления также является административным актом, при условии которого говорить о нем отдельно в пункте 4 статьи 204.32 ГПК не так уж и верно.

Исходя из изложенного считаем, что точки зрения авторов рассматривающих признание нормативных правовых актов недействительными в аспекте вновь открывшихся обстоятельств кажутся уязвимыми.

С другой стороны, однако, считаем целесообразным рассмотреть поднятый вопрос с точки зрения особенностей момента признания нормативных правовых актов недействительными и применения последствий

<sup>8</sup> См., например, постановление Кассационного суда РА по административному делу № КС/3986/05/09 от 25 июня 2010 года.

<sup>9</sup> См. Фильченко И.Г., Процессуальные гарантии принятия обоснованного судебного решения в гражданском процессе. Дис.канд. юрид. наук – Воронеж, 2010, стр. 164.

<sup>10</sup> См. Попова Ю.А., Судопроизводство по делам, возникающим из публично-правовых отношений (теоретические проблемы). Краснодар, КГАУ, 2002, стр. 159.

<sup>11</sup> См. Петрова И.А., Пересмотр судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам в гражданском и арбитражном процессах (сравнительно-правовой аспект). Дис. ... канд. юрид. наук – Москва, 2010, стр. 135.

<sup>12</sup> См. Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по гражданским делам / сост. д-р юрид. наук, проф. А.П. Сергеев. – 4-е изд., переб. и доп. – М.: Проспект, 2009, стр. 1111-1112.

их недействительности.

Регулированию указанной проблемы посвящена статья 199 Кодекса административного судопроизводства РА<sup>13</sup>, согласно которой признанный недействительным нормативный правовой акт, как правило, утрачивает силу с момента официального опубликования решения административного суда о его признании недействительным, а основанные на нем административные или судебные акты, принятые и исполненные в период, предшествующий принятию решения административного суда, пересмотру не подлежат, но не могут более применяться с момента вступления в силу решения административного суда. То есть, законодатель согласно общему правилу предусмотрел в качестве срока утраты силы нормативных правовых актов момент вступления в силу решения об этом административного суда, обратную силу этому обстоятельству не придал.

А во всех тех случаях, когда признание нормативного правового акта утратившим силу с момента его вступления в силу может повлечь тяжелые последствия для общества и государства, законодатель сделал исключение из указанного правила и допустил признание нормативного правового акта именно с момента его вступления в силу. При этом, в качестве логического продолжения такого исключения, предусмотрено также требование о пересмотре судебных актов, вынесенных на основании таких актов. В частности, согласно части 8 статьи 199 Кодекса административного судопроизводства РА ставшие неоспариваемыми судебные акты, включая и вступившие в законную силу судебные акты, относительно применения нормативных правовых актов, признанных недействительными с момента их вступления в силу, а также нормативных правовых актов, принятых или воспроизводящих их содержание на этом основании, должны по требованию заинтересованных лиц пересматриваться принявшими их государственными органами или органами местного самоуправления, если они приняты в последние два года утраты силы нормативных правовых актов, признанных недействительными, - в соответствии с правилами, установленными для пересмотра соответствующего индивидуального акта по вновь открывшимся обстоятельствам.

В контексте вышеизложенного становится очевидной имеющаяся несоответствие между ГПК и частью 8 статьи 199 Кодекса административного судопроизводства РА в том аспекте, что ГПК не зафиксировал определенные механизмы для обеспечения пересмотра судебных актов, вынесенных на основании нормативных правовых актов, признанных недействительными с момента их вступления в силу. Следовательно, в целях восполнения имеющегося правового пробела

необходимо признание недействительным нормативного правового акта с момента его вступления в силу также предусмотреть в ГПК в ряду оснований пересмотра судебных актов, а предусмотренное частью 8 статьи 199 Кодекса административного судопроизводства РА двухгодичное ограничение отменить.

Возвращаясь к исследованию вновь открывшихся обстоятельств, предусмотренных статьей 204.32 ГПК, следует отметить, что для них, в отличие от предусмотренных пунктами 1-3 статьи 204.32 ГПК, не характерны признаки существования и неизвестности по объективным причинам при рассмотрении дела. Сказанное обусловлено тем обстоятельством, что кассация судебных актов и отмена административных актов независимо от момента утраты последними силы в объективной реальности возникают после завершения рассмотрения дела, при условиях которого эти обстоятельства по существу не могут являться вновь открывшимися.<sup>14</sup> Именно по этой причине они скорее являются новыми обстоятельствами, которые, как справедливо отмечает С. С. Завриев, всего лишь приравнены законом к вновь открывшимся обстоятельствам.<sup>15</sup> А при рассмотрении вопроса с этой точки зрения более верным кажется их закрепление в рядк новых обстоятельствах ГПК, что следует из необходимости внедрения одинаковых критериев в основу правового регулирования вопроса, являющегося предметом проблемы.

### III. Выводы

Таким образом, сопоставимый анализ подходов, встречающихся в науке о праве гражданского судопроизводства, действующего законодательства и сформировавшейся судебной практики позволяет зафиксировать, что действующее гражданское судопроизводство содержит пробелы и упущения. Основываясь на этом обстоятельстве предлагаем дополнить статью 204.33 ГПК пунктами 3 и 4 следующего содержания:

§4) кассирован тот судебный акт, то решение суда или признан недействительным с момента принятия тот административный акт, которые послужили основанием для вынесения данного судебного акта

5) административный суд признал недействительным с момента вступления в силу тот нормативный правовой акт, на основании которого вынесен данный судебный акт.

<sup>14</sup> См. Пункт 39 решения Европейского суда по правам человека *Булгакова против России* от 18 января 2007 года.

<sup>15</sup> См. *Завриев С.С.* Пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определений, постановлений президиума суда надзорной инстанции, вступивших в законную силу, в гражданском процессе. Дис. ... канд. юрид. наук – Москва, 2008, стр. 51.

<sup>13</sup> Принят 05.12.2013г. См. ОВРА 2013.12.28/73№1013). Ст. 1, 1186.1.

Захария Швелидзе<sup>1</sup>

## Степень Европеизации Трудовых Регуляций в Закавказском Регионе: Сравнительный Анализ Трудовых Стандартов Армении, Азербайджана и Грузии

### I. Вступление

Как отмечено в стратегическом документе под названием Европейская Политика Соседства (ЕПС) Европейский Союз (ЕС) заинтересован в стабильности и развитии Южного Кавказа.<sup>2</sup> ЕС желает видеть прочную, надежную и устойчивую приверженность к демократии, принципам верховенства закона и уважения прав человека, а также прогресс на пути развития рыночной экономики. Степень заинтересованности ЕС в укреплении связей с каждым из партнёров в рамках ЕПС зависит от степени понимания и разделения общих ценностей. Эти приоритеты инкорпорированы в совместно согласованных планах действий, который охватывает следующие ключевые области – укрепление демократии и принципа верховенства закона, поощрение и защита прав и основных свобод человека, таких как гендерное равенство, права профсоюзов и другие основные трудовые стандарты.<sup>3</sup> Согласно планам действий,<sup>4</sup> страны будут продолжать делать усилия для обеспечения имплементации основных трудовых стандартов в соответствии с Европейскими стандартами и соответствующими конвенциями Международной Организации Труда (МОТ). В силу соглашения о

партнёрстве и сотрудничестве ЕС (СПС) с Арменией<sup>5</sup>, Азербайджаном<sup>6</sup> и Грузией<sup>7</sup>, участники признают важность сближения действующего и будущего законодательства с правовой системой ЕС. Согласно СПС, страны будут стремиться достигнуть того, чтобы национальное законодательство постепенно пришло в соответствие с регуляциями ЕС. Процесс сближения распространится на разные области законодательства и защита работников отнесена к числу приоритетных областей гармонизации. Учитывая это, в рамках представленной работы проведен сравнительный анализ трудовых стандартов Армении, Азербайджана<sup>8</sup> и Грузии<sup>9</sup>. Сравнительный анализ будет сосредоточен на степени соответствия национальных трудовых регуляций с директивами ЕС. Для этой цели данное исследование рассматривает минимальные требования, предусмотренные существующим законодательством и охватывает стандарты, предназначенные для улучшения условий труда и защиты прав работников. В частности, будут изучены следующие вопросы: формы трудовых договоров, трудовая дискриминация, рабочее время и сверхурочная работа, увольнение, коллективные сокращения, смена собственника. Методология сравнения трудовых стандартов основывается на работах Блока, Берга и Робертса, в рамках которых они исследуют и сравнивают трудовые стандарты ЕС и США.<sup>10</sup> Каждому исследуемому стандарту будет присвоен балл в соответствии со следующей схемой: юрисдикциям целевых стран с правовым регулированием, обеспечивающим наибольшую защиту работникам, будут присвоены максимальные десять баллов. Юрисдикции, в рамках которой не существует стандарта, принятого в другой юрисдикции, будет присвоено ноль баллов. Юрисдикции, которая приняла более слабые правовые положения по сравнению с другой

<sup>1</sup> Захария Швелидзе является докторантом и приглашенным лектором Тбилисского государственного университета и старшим адвокатом адвокатского бюро «Гвинадзе и партнеры».

<sup>2</sup> В 2004 году Армения, Азербайджан и Грузия были включены в ЕПС.

<sup>3</sup> Коммюнике Комиссии от 12 мая 2004 года, «Европейская Политика Соседства – Стратегический Документ», COM(2004) 373, P10-11. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0373:FIN:EN:PDF>, (просмотр 7-го августа 2013 года)

<sup>4</sup> План действия ЕС и Армении можно найти на: [http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action\\_plans/armenia\\_enp\\_ar\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action_plans/armenia_enp_ar_final_en.pdf) (просмотр 7-го августа 2013 года); План действия ЕС и Азербайджана можно найти на: [http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action\\_plans/azerbaijan\\_enp\\_ar\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action_plans/azerbaijan_enp_ar_final_en.pdf) (просмотр 7-го августа 2013 года); План действия ЕС и Грузии можно найти на: [http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/eu\\_georgia/booklet\\_a4\\_2\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/eu_georgia/booklet_a4_2_en.pdf) (просмотр 7-го августа 2013 года).

<sup>5</sup> СПС ЕС и Армении можно найти на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21999A0909%2801%29:EN:NOT> (просмотр 7-го августа 2013 года).

<sup>6</sup> СПС ЕС и Азербайджана можно найти на: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21999A0917\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21999A0917(01):EN:NOT) (просмотр 7-го августа 2013 года).

<sup>7</sup> СПС ЕС и Грузии можно найти на: [http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/eu\\_georgia/eu\\_georgia\\_pca\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/eu_georgia/eu_georgia_pca_en.pdf) (просмотр 7-го августа 2013 года).

<sup>8</sup> Тексты армянских и азербайджанских трудовых законов взяты из NATLEX, базы данных МОТ по национальным трудовым законодательствам: [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex\\_browse.byCountry?p\\_lang=en](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.byCountry?p_lang=en) (просмотр 7-го августа 2013 года).

<sup>9</sup> Работа исследует грузинское трудовое право в определенной степени учитывая регуляции, которые были в силе до поправок, внесенных в трудовой кодекс в июле 2013 года.

<sup>10</sup> Richard N. Block, Peter Berg & Karen Roberts, Block R. Berg, P. and Roberts, K. *Comparing and Quantifying Labor Standards in the United States and the European Union*, [http://www.ilo.org/public/english/iira/documents/congresses/world\\_13/track\\_3\\_block.pdf](http://www.ilo.org/public/english/iira/documents/congresses/world_13/track_3_block.pdf) (просмотр 7-го августа 2013 года).

юрисдикцией, будут присвоены пять баллов. Помимо этого, в статье предложена схема оценки правовых стандартов.<sup>11</sup> Баллы каждого стандарта будут умножены на коэффициенты, присвоенные стандарту. Очки каждого стандарта для каждой юрисдикции будут затем суммированы для получения общей оценки юрисдикции. В заключении, страны будут ранжированы в соответствии с полученными оценками. В результате, в подлежащей работе оценивается, насколько трудовые стандарты целевых стран соответствуют стандартам ЕС.

## II. Трудовые Договоры

### 1. Армения

Согласно трудовому кодексу Армении, трудовой договор должен быть составлен в письменной форме.<sup>12</sup> Трудовой кодекс позволяет заключить срочный трудовой договор, если трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок из-за природы работы или условий ее выполнения. В трудовом кодексе также перечислены основания для заключения срочного договора.<sup>13</sup>

### 2. Азербайджан

Как установлено азербайджанским трудовым кодексом, трудовой договор должен быть заключен в письменной форме.<sup>14</sup> Более того, к трудовому кодексу в качестве образца прилагается обязательная форма трудового договора, подразумевая, что трудовые договоры должны быть составлены в соответствии с этим приложением.<sup>15</sup> Трудовой договор должен быть заклю-

чен на неопределенный<sup>16</sup> или определенный срок, не превышающий 5 лет.<sup>17</sup> Согласно трудовому кодексу, заключение срочных договоров разрешено, когда, учитывая особенности трудовых обязанностей, сроки и условия их исполнения, работа не имеет постоянного характера.<sup>18</sup>

### 3. Грузия

В соответствии с трудовым кодексом Грузии работнику и работодателю предоставлялась свобода заключения устного трудового договора. Поправки к трудовому кодексу от 4 июля 2013 года (поправки 2013 года) предписывают, что, если трудовые отношения продолжаются более трех месяцев, трудовой договор обязательно должен быть заключен в письменной форме. Трудовой кодекс не ограничивал использование последовательных срочных трудовых договоров, однако в соответствии с поправками 2013 года, если продолжительность трудовых отношений не превышает одного года, срочный трудовой договор может быть заключен только в особых случаях.<sup>19</sup> Таким образом, заключение срочного контракта сроком более одного года не требует наличия соответствующих оснований, установленных Трудовым кодексом. Однако, поправка 2013 года устанавливает другое ограничение в связи с заключением срочного договора - трудовой договор считается заключенным на неопределенный срок, если он заключен на срок более тридцати месяцев или если трудовые отношения продолжаются вследствие двух или более последовательных срочных договоров и продолжительность этих трудовых отношений превышает тридцать месяцев. Срочные трудовые договоры считаются последовательными, если существующий трудовой договор продлевается сразу после истечения срока действия договора или если период между истечением срока одного трудового договора и вступлением в силу последующего не превышает шестидесяти

<sup>11</sup> Стандарту увольнения отведен коэффициент 1; стандарту формы трудового договора – 0.9; стандарту трудовой дискриминации – 0.8; стандарту рабочего времени и сверхурочной работы – 0.7; стандарту коллективного увольнения – 0.6; стандарту смены собственника – 0.5.

<sup>12</sup> Армения: Трудовой Кодекс 2004 года, статьи 14(1)б 85(1).

<sup>13</sup> Срочные договоры могут быть подписаны с сотрудниками, которые занимают выборные должности, выполняют сезонные работы, заменяют временно отсутствующих работников, исполняют временную работу максимум в течение двух месяцев, как это разрешено трудовым кодексом, который позволяет заключение временных договоров на срок, не превышающий двух месяцев.

<sup>14</sup> Азербайджан: Трудовой Кодекс 1999 года: статья 44(1). В соответствии с условиями и определениями, предусмотренными трудовым кодексом договор определен как письменный договор, заключенный между работодателем и работником на индивидуальной основе и предусматривающий основные условия трудовых отношений, а также права и обязанности сторон. Статья 7.2 также поясняет, что трудовые отношения возникают после письменного заключения договора.

<sup>15</sup> Статья 44 (3) предписывает, что трудовой договор должен быть подписан в двух экземплярах, по одному для каждой из сторон.

<sup>16</sup> Статья 45 (4) устанавливает, что трудовой договор может быть заключен на неопределенный срок, если известно заранее, что работа, которая должна быть выполнена, имеет постоянный характер.

<sup>17</sup> Азербайджан: Трудовой Кодекс 1999 года: статья 45(1).

<sup>18</sup> В этой связи в статье 47 перечислены случаи, когда допускается заключение срочного договора: например, замена временно отсутствующего работника, сезонная работа, краткосрочные работы в сфере реконструкции-строительства.

<sup>19</sup> В соответствии со статьей 6 (1)<sup>2</sup>, за исключением, когда срочный договор заключен на год или на срок более одного года, срочный договор может быть заключен только, если работа связана с: а) выполнением конкретной работы; б) выполнением сезонной работы, в) временным увеличением объема работы; г) заменой временно отсутствующего сотрудника после прекращения с ним трудовых отношений; е) другими объективными обстоятельствами, при которых цель использования срочных договоров оправдана.

дней. Все вышеуказанные ограничения не распространяются на работников новоучрежденных предпринимательских организаций.<sup>20</sup>

#### 4. Регуляция ЕС

На уровне ЕС срочные договоры регулируется директивой совета 1999/70/ЕС от 28 июня 1999 года (о рамочном соглашении по срочной работе, заключенном Европейской конфедерацией профсоюзов (ЕКП), Союзом конфедераций промышленников и Работодателей Европы (СКПРЕ) и европейским центром работодателей и предприятий (ЕЦРП)<sup>21</sup>), на основании которых, в целях предотвращения злоупотребления последовательными срочными трудовыми договорами, государства-члены, при отсутствии адекватных правовых мер по предотвращению злоупотребления, обязуются, учитывая потребности конкретных отраслей и/или категорий работников, установить один или несколько из следующих механизмов: (а) объективные причины, оправдывающие продление таких договоров или отношений; (б) максимальную общую продолжительность последовательных срочных трудовых договоров или отношений; (в) количество обновлений таких договоров или отношений.<sup>22</sup> Все три исследуемые юрисдикции допускают использование срочных договоров, но предусматривают соответствующие основания для его заключения (в Грузии ограничения касаются срочных договоров продолжительностью менее одного года). Помимо этого, трудовые кодексы Азербайджана и Грузии ограничивают общую продолжительность срочных договоров. Что же касается требований о письменной форме, в соответствии с директивой совета 91/533/ЕЕС от 14 октября 1991 года (об обязанности работодателя информировать работников об условиях, применимых к договору или трудовым отношениям), работодатель обязан сообщить работнику необходимую информацию не позднее двух месяцев после начала работы, в одной из следующих форм: в письменном трудовом договоре, письме-обязательстве, или в письменном документе, содержащем информацию

о важнейших элементах трудовых отношений.<sup>23</sup> И в этом отношении, исследованные юрисдикции выполняют требования ЕС, так как они в обязательном порядке требуют заключения письменных трудовых договоров. В виде исключения, в Грузии работодателям и работникам разрешено заключать устные трудовые соглашения продолжительностью не более трех месяцев. Сфера применения директивы 91/533/ЕЕС позволяет государствам-членам не применять директиву в тех случаях, когда договоры или трудовые отношения длятся менее одного месяца. Несмотря на разрыв в два месяца, Грузии, вместе с Арменией и Азербайджаном, должно быть присуждено наибольшее количество очков - десять.

### III. Запрет Трудовой Дискриминации

#### 1. Армения

В трудовом кодексе Армении регулирование анти-дискриминационной концепции достигается за счет трех статей. В первую очередь, следует отметить, что идея равноправия вводится в качестве одного из основных принципов трудового законодательства.<sup>24</sup> Более того, в силу статьи 114(4) увольнение считается незаконным в тех случаях, когда причины расторжения договора связаны с полом, расой, национальностью, языком, происхождением, гражданством, социальным положением, вероисповеданием, семейным положением, возрастом, мнением или взглядами, членством профсоюза, политической партии или объединения. Кроме того, статья 178 (1) постановляет, что мужчины и женщины должны получать заработную плату в одинаковом размере за равноценную работу.

#### 2. Азербайджан

Статья 16 трудового кодекса запрещает дискриминацию в сфере трудовых отношений по гражданству, полу, расе, вере, национальности, языку, месту жительства, имущественному положению, общественно-социальному происхождению, возрасту, семейному положению, убеждению, политическим взглядам, принадлежности к профессиональным союзам или

<sup>20</sup> Ограничения срочных договоров не распространяются на субъектов предпринимательской деятельности, если после официальной регистрации такого субъекта не прошло сорока восьми месяцев («ново-учрежденное деловое предприятие»), при условии, что для целей данного исключения, продолжительность срочных договоров составляет не менее трёх месяцев.

<sup>21</sup> Директива вводит в действие рамочное соглашение о срочных договорах, заключенного 18 марта 1999 года между общими межотраслевыми организациями (ЕКП, СКПРЕ и ЕЦРП).

<sup>22</sup> Foster, N. Blackstone's Statutes EC Legislation, Oxford, University Press, 2006.

<sup>23</sup> По крайней мере информацию о личности сторон, месте работы, характере или типе работы, оплате труда и рабочем времени. Смотрите директиву совета 91/533/ЕЕС от 14 октября 1991 года об обязанности работодателя информировать работников об условиях, применимых к договору или трудовым отношениям на веб-странице: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1991:28:8:0032:0035:EN:PDF> (просмотр 7-го августа 2013 года).

<sup>24</sup> Трудовой Кодекс Армении 2004 года, статья 3(1.3).

другим общественным объединениям, служебному положению, а также другим факторам, не связанным с деловыми качествами, профессиональными навыками, результатами труда работника. Трудовой кодекс также расширяет сферу действия антидискриминационных норм путем запрещения предоставления прямого или косвенного преимущества, льгот или ограничения права на запрещенных основаниях.

### 3. Грузия

Трудовой кодекс запрещает любые формы дискриминации в сфере трудовых и предтрудоустройственных отношений на основе расы, цвета кожи, языка, этнической и социальной принадлежности, национальности, происхождения, экономического положения или статуса, места жительства, возраста, пола, сексуальной ориентации, инвалидности, принадлежности к религиозному или любому другому объединению, семейного положения, политических или иных взглядов.<sup>25</sup> Трудовой кодекс Грузии запрещает притеснение (как форму прямой дискриминации), которое определяется как поведение, направленное на или результирующее в унижении сотрудников либо попирающее их достоинство. Он также законодательно закрепляет институт обоснованного неравного обращения.<sup>26</sup> В соответствии с поправками 2013 года бремя доказывания отсутствия неравного обращения перекладывается на работодателя: если работник представит достаточные доказательства нарушения работодателем антидискриминационных норм, то бремя доказывания, что такая дискриминация не имела места, возлагается на работодателя.<sup>27</sup>

### 4. Регуляции ЕС

Законодательство ЕС в значительной степени способствовало развитию института трудовой дискриминации, ибо положительные правовые развития в этой области на европейском уровне имели место благодаря существованию ЕС.<sup>28</sup> С 1975 года до настоящего времени был принят ряд важных директив, регулирующих

вопросы трудовой дискриминации.<sup>29</sup> По сравнению с регуляциями ЕС и трудовым кодексом Грузии, трудовые кодексы Армении и Азербайджана не предусматривают следующие основания дискриминации: раса, этническая принадлежность, сексуальная ориентация, инвалидность. Основываясь на строго ограниченных положениях, можно сказать, что Армения не имеет законодательства, запрещающего дискриминацию в области трудовых отношений. В отличие от грузинского законодательства, трудовой кодекс Азербайджана не регулирует институт притеснения и не предусматривает норму об обоснованном неравном обращении. Таким образом, Грузия имеет более высокий антидискриминационный стандарт, получая в результате десять баллов, в то время как Азербайджан набирает пять баллов, а Армения - ноль.

## IV. Рабочее Время

### 1. Армения

В Армении рабочее время не должно превышать восьми часов в день и сорока часов в неделю. Продолжительность рабочего дня в сумме со сверхурочными часами, не должна превышать двенадцати часов, а рабочее время за неделю, включая сверхурочное время - сорока восьми часов. Продолжительность сверхурочной работы в течение последовательных двух дней не должна превышать четырех часов, а годовое ограничение сверхурочной работы составляет 120 часов. Помимо нормальной почасовой оплаты труда, сверхурочная работа возмещается в размере дополнительных пятидесяти процентов от почасовой оплаты труда. Работники имеют право на ежедневный перерыв не менее

<sup>25</sup> Грузия: Трудовой Кодекс 2006 года, статья 2(3).

<sup>26</sup> Согласно Бленпейну, обоснованное неравное обращение называется дифференциацией. См. Roger Blanpain, *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment*, Roger Blanpain, (General Editor), *Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, 451.

<sup>27</sup> Грузия: Трудовой Кодекс 2006 года, Статья 40<sup>2</sup>(3).

<sup>28</sup> Clare Kilpatrick, *Emancipation Through Law or the Emasculation of Law? The Nation-State, the EU, and Gender Equality at Work*, Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl, Karl E Klare, (Editors), *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford University Press, 2002, с. 493.

<sup>29</sup> Директива совета 75/117/ЕЭС от 10 февраля 1975 года о сближении законов государств-членов, связанных с применением принципа равной оплаты труда мужчин и женщин; директива совета 76/207/ЕЭС от 9 февраля 1976 года о реализации принципа равного обращения для мужчин и женщин в отношении доступа к труду, профессиональной подготовке и продвижению по службе, и условий труда с изменениями директивы 2002/73; директива совета 79/7/ЕЕС от 19 декабря 1978 года о постепенной реализации принципа равного обращения для мужчин и женщин в вопросах социального обеспечения; директива совета 96/97/ЕС от 20 декабря 1996, вносящая изменения в Директиву 86/378/ЕЕС об осуществлении принципа равного обращения для мужчин и женщин в профессиональных схемах социального страхования; директива совета 97/80/ЕС от 15 декабря 1997 года о бремени доказывания в случаях дискриминации по признаку пола; директива совета 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 о реализации принципа равного отношения к людям, независимо от расового или этнического происхождения; директива совета 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 года, устанавливающая общие рамки для равного обращения в области труда и профессиональных занятий, см. Foster, *Blackstone's Statutes EC Legislation*.

чем на тридцать минут, и не более двух часов. Рабочее расписание сотрудников не может включать воскресенье (а также субботу и воскресенье во время пятидневной рабочей недели).<sup>30</sup>

## 2. Азербайджан

Согласно трудовому кодексу Азербайджана, ежедневное рабочее время ограничивается восьмью часами, в то время как максимальная продолжительность рабочего времени в неделю не должна превышать сорока часов. Сверхурочная работа не должна превышать четырех часов в течение двух последовательных дней и двух часов в течение двух дней подряд в вредных и опасных рабочих условиях. За каждый час сверхурочной работы работник должен получить возмещение по меньшей мере в двойном размере ставки почасовой оплаты труда. Трудовой кодекс запрещает возмещение за сверхурочную работу в форме предоставления дополнительного выходного дня. Работнику должно быть выделено время на отдых и предоставлен обед в течение рабочего дня, но Трудовой кодекс не определяет продолжительности перерыва.<sup>31</sup> Как правило, работник имеет пятидневную рабочую неделю с двумя выходными днями. Работодатель может установить шестидневную рабочую неделю в учреждениях, где пятидневная рабочая неделя не считается целесообразной.<sup>32</sup> Что касается гарантий минимального свободного времени, работнику должно быть предоставлено двенадцать последовательных часов между рабочими днями и минимум сорок два непрерывных часа в течение рабочей недели.<sup>33</sup>

## 3. Грузия

В соответствии с трудовым кодексом обычное рабочее время составляет сорок часов в неделю. Законодательство предусматривает исключение из этого основного стандарта рабочего времени, в соответствии с которым рабочее время не должно превышать сорока восьми часов в неделю на предприятиях, имеющих особые режимы работы, где процесс производства/

<sup>30</sup> Армения: Трудовой Кодекс 2004 года, статьи 139, 146(1), 152, 155(1), 184.

<sup>31</sup> Азербайджан: Трудовой Кодекс 1999 года, статьи 89(2), 100, 165, 103.

<sup>32</sup> В соответствии со статьей 90 (3), для шестидневной рабочей недели: (I) когда продолжительность рабочей недели составляет сорок один час, продолжительность рабочего дня не должна превышать семи часов; (II) когда рабочая неделя составляет тридцать шесть часов, ежедневные рабочие часы ограничены шестью часами; (III) когда рабочая неделя ограничена двадцатью четырьмя часами, ежедневное рабочее время ограничено четырьмя часами.

<sup>33</sup> Азербайджан: Трудовой Кодекс 1999 года, статья 104.

работа требует более восьми часов непрерывной работы. Трудовой кодекс не предусматривает положения о перерыве в течение рабочего дня или периода отдыха в пределах рабочей недели. Максимальное рабочее время также не закреплено законодательно. Однако, дневной лимит рабочего времени (двенадцать часов) проистекает из минимального объема ежедневного свободного времени - время отдыха между рабочими днями не должно быть меньше двенадцати часов. Трудовой кодекс не устанавливает ограничения в отношении сверхурочной работы. Таким образом, максимальная продолжительность сверхурочного труда подлежит свободному соглашению сторон. Поскольку закон не устанавливает объема ежедневного отдыха и отдыха в течение всей рабочей недели, получается, что разрешается работать максимум двенадцать часов в течение семи дней в неделю, которые приравниваются к восьмидесяти четырем рабочим часам в неделю, из которых сорок часов работы будет квалифицироваться как обычные рабочие часы, а остальные часы - как сверхурочная работа.<sup>34</sup> Сверхурочная работа возмещается по повышенной ставке нормальной почасовой заработной платы, и точная сумма компенсации определяется соглашением сторон. В качестве альтернативы, стороны могут договориться о выделении дополнительного отпуска работнику вместо сверхурочной платы.<sup>35</sup>

## 4. Регуляции ЕС

Согласно директиве ЕС 2003/88/ЕС (о некоторых аспектах организации рабочего времени), в среднем рабочее время в течение семидневного периода, включая сверхурочное рабочее время, не должно превышать сорока восьми часов в течение периода, не превышающего четыре месяца. В соответствии с директивой, ежедневное время отдыха должно состоять как минимум из последовательных одиннадцати часов в течение двадцати четырех часов. Кроме того, если рабочий день составляет шесть часов, каждый работник имеет право на перерыв. И, наконец, директива предусматривает, что за семидневный период каждый работник имеет право на минимальный непрерывный период свободного времени в течение двадцати четырех часов.<sup>36</sup> Трудовые кодексы Армении и Азербайджана в основном соответствуют директиве о рабочем времени. Что касается Грузии, трудовой кодекс

<sup>34</sup> Zakaria Shvelidze, *Working Time Regulation in Georgia*, Volume 1, No. 1-2 March-June, E-Journal of International and Comparative Labour Studies, 2012.

<sup>35</sup> Грузия: Трудовой Кодекс 2006 года, статьи 14, 17.

<sup>36</sup> Foster, Blackstone's Statutes EC Legislation, с. 384.

не соответствует регуляции ЕС, поскольку в законе не предусмотрено право работника на перерыв в течение рабочего дня и на минимальный период непрерывного отдыха продолжительностью в двадцать четыре часа в течение семи дней. Хотя нормальное рабочее время в неделю составляет сорок часов, сверхурочная работа может быть продлена до восьмидесяти четырех часов в течение недели. На основании вышеизложенного, Грузии присуждается пять баллов, Армении и Азербайджану – десять.

## V. Увольнение

### 1. Армения

Работодатель может расторгнуть трудовой договор на следующих основаниях: ликвидация компании, тяжелые экономические обстоятельства, не связанные с поведением работника,<sup>37</sup> неспособность работника занимать должность или выполнять рабочие функции,<sup>38</sup> восстановление предыдущего работника, невыполнение работником своих договорных обязательств или нарушение трудовой дисциплины без уважительных причин,<sup>39</sup> потеря доверия к работнику,<sup>40</sup> долгосрочное отсутствие сотрудника с места работы из-за временной нетрудоспособности,<sup>41</sup> появление сотрудника на рабочем месте под воздействием алкоголя или наркотиков, отсутствие на работе в течение целого дня без предоставления уважительной причины, отказ работника пройти обязательный медицинский осмотр, достижение пенсионного возраста.<sup>42</sup> В дополнение к необходимости обоснования увольнения,<sup>43</sup> работодатель,

в зависимости от основания увольнения,<sup>44</sup> обязан послать за две недели<sup>45</sup> или за два месяца<sup>46</sup> предварительное уведомление.<sup>47</sup> Если работника увольняют из-за восстановления предыдущего сотрудника или работник появился на рабочем месте под воздействием алкоголя / наркотиков, или работник достиг пенсионного возраста, работодатель должен сделать уведомление в зависимости от стажа службы работника.<sup>48</sup> Предварительное уведомление перед расторжением трудового договора не требуется, если потеря доверия к сотруднику, или долговременное отсутствие работника на рабочем месте (из-за временной нетрудоспособности) или отсутствие работника на работе в течение целого дня без предоставления уважительной причины являются основанием для прекращения договора.<sup>49</sup> Компенсация при увольнении составляет месячную зарплату. При определенных обстоятельствах компенсация увеличивается в зависимости от стажа работника.<sup>50</sup>

### 2. Азербайджан

Трудовой кодекс предусматривает исчерпыва-

<sup>44</sup> Когда работодатель прекращает трудовые отношения на основании того, что работник регулярно не выполняет свои договорные обязанности или нарушает трудовую дисциплину без уважительных причин, или работник отказывается пройти обязательный медицинский осмотр, работодатель должен сделать уведомление за две недели.

<sup>45</sup> Когда ликвидация компании или неспособность работника занимать должность/выполнять рабочие функции является основанием для расторжения договора, работодатель обязан дать письменное уведомление за два месяца.

<sup>46</sup> В соответствии со статьей 115(4), в период предварительного уведомления уволенному сотруднику должно быть предоставлено свободное время для поиска новой работы.

<sup>47</sup> В соответствии со статьей 115(2) трудового кодекса, в случае несоблюдения срока уведомления, работодатель обязан выплатить работнику штраф за каждый просроченный день уведомления, который исчисляется на основании размера средней часовой заработной платы работника.

<sup>48</sup> В соответствии со статьей 115, работодатель должен предварительно уведомить тех, кто служил до одного года, по крайней мере за четырнадцать дней, за тридцать пять дней – сотрудников, прослуживших до пяти лет, за сорок два дня – работников, служивших от пяти до десяти лет, за сорок девять дней – тех, кто прослужил пятнадцать лет и, наконец, за шестьдесят дней – сотрудников со стажем более шестнадцати лет службы.

<sup>49</sup> Армения: Трудовой Кодекс 2004 года, Статья 123.

<sup>50</sup> Как указано в статье 129, если работника увольняют по причине восстановления предыдущего сотрудника или работник появился на рабочем месте под действием алкоголя/наркотиков, или работник достиг пенсионного возраста, компенсация выплачивается на основании следующей схемы: сотрудникам, прослужившим до одного года с одним работодателем, предоставляется средняя зарплата в размере десяти дней службы; от одного до пяти лет - средняя зарплата в размере двадцати пяти дней службы; от пяти до десяти лет - средняя зарплата в размере тридцати дней; от десяти до пятнадцати лет - средняя зарплата в размере тридцати пяти дней; более пятнадцати лет - средняя зарплата в размере сорока дней.

<sup>37</sup> Изменения в объеме производства или в экономических, технологических или управленческих условиях, сокращение.

<sup>38</sup> В соответствии со статьей 120 (3), неспособность работника занимать должность или выполнять рабочие функции оценивается работодателем.

<sup>39</sup> В соответствии со статьей 121 (1), работник может быть уволен на указанном основании, если работник был наказан дважды.

<sup>40</sup> Как описано в статье 122, потеря доверия с точки зрения данной статьи может возникнуть вследствие: (i) совершения работником (ответственного за имущество и материальные ценности) действий, в результате которых работодателю был нанесен финансовый ущерб, (ii) совершения работником (выполняющего педагогические функции) акта, несовместимого с его/ее работой; (iii) раскрытия работником формальной, торговой или технологически конфиденциальной информации.

<sup>41</sup> В силу статьи 113 (6) долгосрочное отсутствие на рабочем месте означает, что период нетрудоспособности превышает 120 последовательных дней или в течение последних двенадцати месяцев - 140 дней.

<sup>42</sup> Армения: Трудовой Кодекс 2004 года, статья 113.

<sup>43</sup> Как говорится в статье 115 (3), предупредительное уведомление должно содержать основание и причины увольнения.

ющий перечень оснований для увольнения и прекращения трудового договора (по инициативе работодателя): ликвидация предприятия, сокращение численности или штатов персонала,<sup>51</sup> отсутствие квалификации или профессиональных навыков,<sup>52</sup> невыполнение работником трудовых обязанностей или функций по трудовому договору, включая грубое нарушение, как это определено Трудовым кодексом.<sup>53</sup> Работодателю запрещено расторгать трудовой договор с некоторыми сотрудниками даже в случаях грубых нарушений.<sup>54</sup> Что же касается предварительного уведомления - в случае сокращения работодатель должен уведомить работника по крайней мере

<sup>51</sup> Во время сокращения, люди с высшей квалификацией и профессиональным уровнем, сохраняют свои должности. При равной квалификации, следующие сотрудники имеют приоритетное право сохранить работу при сокращении: члены семей шехидов (гражданское население, погибшее в военной операции 1990 против демонстрантов против советского режима, а также люди, которые по в борьбе за свободу, суверенитет и территориальную целостность Азербайджана); участники войны; супруги солдат и офицеров; лица, имеющие на иждивении двух и более детей, не достигших 16 лет; лица, получившие на данном предприятии трудовое увечье или профессиональное заболевание; лица, имеющие статус вынужденного переселенца и беженца.

<sup>52</sup> Решение о квалификации сотрудников, знаний и профессиональной пригодности для выполнения возложенных на него обязанностей принимается органом по оценке навыков, состоящий из сотрудников и представителей профсоюзов и назначается работодателем.

<sup>53</sup> Статья 72 предусматривает следующие случаи грубого нарушения: отсутствие на работе в течение всего дня без уважительной причины, за исключением случаев личной болезни или смерти близких родственников; появление на рабочем месте под воздействием алкоголя, наркотических средств или других одурманивающих веществ; причинение материального ущерба владельцу предприятия в результате виновных действий или бездействия работника; нанесение вреда здоровью товарищей по работе или их гибель по этой причине вследствие несоблюдения правил безопасности, как результата виновных действий или бездействия работника, умышленное разглашение производственной, коммерческой или государственной тайны, нанесение серьезного ущерба законным интересам работодателя, предприятия или владельца предприятия в результате грубых ошибок или незаконных действий, совершенных в течение рабочего дня, неоднократное нарушение трудовых обязанностей, если дисциплинарные санкции уже были применены в отношении работника в течение последних шести месяцев, совершение преступления или административного правонарушения на рабочем месте.

<sup>54</sup> Согласно статье 79 Трудового кодекса, трудовой договор не может быть расторгнут со следующими сотрудниками или в следующих ситуациях: с беременными женщинами и женщинами, имеющими детей в возрасте до трех лет, с сотрудниками, чьим единственным источником дохода является предприятие, где они работают, и которые воспитывают детей дошкольного возраста, с работниками, которые временно утратили трудоспособность, из-за членства в профсоюзах или политических партиях, с работниками, которые находятся в отпуске, в командировке, или вовлечены в коллективных переговорах между предпринимателями и профсоюзами. Это ограничение не распространяется на расторжение трудового договора на основании ликвидации предприятия или истечения срока действия договора.

за два месяца до ожидаемого расторжения трудового договора. С согласия работника, срок уведомления может быть заменен двухмесячной средней заработной платой.<sup>55</sup> Работодатель не обязан делать предварительное уведомление и выплачивать компенсацию, если основанием для увольнения служит невыполнение работником трудовых обязанностей/ функций. Если трудовой договор расторгается на основании ликвидации предприятия или сокращения штатов, работодатель выплачивает пособие в размере не менее средней месячной заработной платы, и если уволенный работник остается без работы еще в течение двух месяцев, работодатель должен заплатить бывшему сотруднику двухмесячную среднюю заработную зарплату.<sup>56</sup> Когда на основании смены собственника работодатель увольняет руководящий персонал, он должен заплатить среднемесячную зарплату как минимум в трехкратном размере.

### 3. Грузия

До вступления в силу поправки 2013 года, работодатель мог свободно уволить работника без предварительного уведомления с обоснованием или без него, и работник имел право, по крайней мере, на пособие, эквивалентное месячной зарплате. В противовес этому, поправка 2013 года перечисляет основания для увольнения: экономические обстоятельства, технологические или организационные изменения, влекущие за собой сокращение кадров, истечение срока трудового договора, завершение работы, предусмотренной трудовым договором, несовместимость квалификационных или профессиональных навыков работника с занимаемой должностью, грубое нарушение трудовых обязанностей, как это определено трудовым договором, неоднократное нарушение трудовых обязанностей в течение одного года после наложения дисциплинарных санкций, долгосрочная неспособность работника,<sup>57</sup> другие объективные обстоятельства, оправдывающие увольнение.<sup>58</sup> Правила, касающиеся оснований расторжения трудового договора, носят императивный характер и работодатель

<sup>55</sup> Азербайджан: Трудовой кодекс 1999 года: Статьи 77 (1) и 77 (4). В соответствии со статьей 77 (2), в течение двухмесячного срока уведомления, пострадавшему работнику должно быть предоставлено не менее одного оплачиваемого выходного дня в неделю, чтобы найти другую работу.

<sup>56</sup> Азербайджан: Трудовой кодекс 1999 года: Статья 77 (3).

<sup>57</sup> Когда период неспособности превышает сорок последовательных календарных дней или в течение шести месяцев - шестьдесят календарных дней.

<sup>58</sup> Грузия: Трудовой кодекс 2006 года, Статья 37 (1).

должен разъяснить причину увольнения.<sup>59</sup> Работодатель обязан направить письменное уведомление работнику за тридцать календарных дней до увольнения и выдать компенсацию в размере, по крайней мере, тридцати календарных дней, за исключением случаев, когда основанием для увольнения служит нарушение трудовых обязанностей. Альтернативно, работодатель вправе дать трехдневное предварительное письменное уведомление работнику и выплатить компенсацию, по крайней мере, за два месяца в течение тридцати календарных дней.<sup>60</sup>

#### 4. Регуляции ЕС

ЕС законодательно не регулирует вопрос увольнения на уровне сообщества, однако на основе устава действует запрет против несправедливого увольнения. В соответствии со статьей 30 (защита в случае необоснованного увольнения) в Хартии Европейского Союза об Основных Правах каждый работник имеет право на защиту от необоснованного увольнения, в соответствии с законодательством сообщества и национальным законодательством и практикой.<sup>61</sup> Кроме того, необходимо обратиться к Конвенции 158 МОТ о Прекращении Трудовых Отношений.<sup>62</sup> Согласно статье 4 упомянутой конвенции трудовые отношения не расторгаются, если нет законных оснований для такого расторжения, связанного со способностями или поведением работника или вызванного производственной необходимостью предприятия, учреждения или службы. Конвенция устанавливает процессуальные требования, а, именно, уволенный работник вправе получить в течение разумного периода уведомление или, в качестве альтернативы, компенсацию. Кроме того, работник, с которым трудовые отношения были прекращены, имеет право на: (а) пособие, размер которого зависит, в частности, от стажа работы,

(б) страхование от безработицы.<sup>63</sup> Таким образом, при рассмотрении стандартов расторжения договора подлежащая работа будет сосредоточена по меньшей мере на следующих аспектах: основания увольнения, предварительное уведомление и компенсация при увольнении. Как уже отмечалось выше, юрисдикции всех трех стран предусматривают исчерпывающий перечень оснований увольнения. Таким образом, работодатели во всех трех странах должны строго соблюдать основания прекращения трудовых отношений и представить обоснование. Увольнение, не основанное на законных обстоятельствах, будет считаться необоснованным. Что касается предварительного уведомления - исследованные трудовые кодексы налагают подобное обязательство на работодателей. Азербайджанский трудовой кодекс устанавливает высокий стандарт и требует соблюдения двухмесячного срока уведомления. Все три страны предусматривают обязательство по выплате компенсации уволенным работникам, однако, важный элемент – компенсация в зависимости от продолжительности службы, недостаточно интегрирован в анализируемые правовые системы (только в Армении, и то при определенных обстоятельствах, объем компенсации варьируется в зависимости от продолжительности службы работника (стажа)). Исходя из вышесказанного, Армении, Азербайджану и Грузии должны быть присвоены по ровну пять баллов.

## VI. Сокращение Штатов

### 1. Армения

В соответствии с трудовым кодексом Армении сокращение штатов имеет место, когда в течение двух месяцев работодатель по экономическим причинам (ликвидация компании или сокращение штатов) увольняет десять процентов рабочей силы (не менее десяти человек) вне зависимости от общего числа работников. В случае коллективного сокращения работодатель уведомляет Государственную службу занятости и представителя работников, по меньшей мере, за три месяца до предполагаемой реализации решения. Трудовой кодекс не предусматривает перечень информации, который должен предоставляться представителям

<sup>59</sup> Работник имеет право направить письменный запрос работодателю с требованием разъяснения основания увольнения в течение тридцати календарных дней после получения уведомления об увольнении. Работодатель, в течение семи календарных дней со дня получения такого запроса, должен обосновать в письменном виде основания для расторжения договора. В течение тридцати календарных дней после получения письменного обоснования, работник имеет право обжаловать решение работодателя о расторжении договора в суде. Если работодатель не предоставит письменное обоснование расторжения контракта, бремя доказывания фактических обстоятельств спора лежит на работодателе.

<sup>60</sup> Грузия: Трудовой Кодекс 2006 года, Статья 38.

<sup>61</sup> Хартия Европейского Союза об Основных Правах, (2000/С 364/01), [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf), (просмотр 7-го августа 2013 года).

<sup>62</sup> Исследуемые страны не ратифицировали Конвенцию МОТ 158 о Прекращении Трудовых Отношений.

<sup>63</sup> Конвенция МОТ о Прекращении Трудовых Отношений (№158), [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312303](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312303) (просмотр 7-го августа 2013 года).

Государственной службы занятости/работникам.<sup>64</sup>

## 2. Азербайджан

Согласно трудовому кодексу Азербайджана, в случае смены собственника, новому владельцу компании запрещено проводить любое массовое сокращение. Для целей настоящей статьи, массовое расторжение трудовых договоров означает, что в течение трех месяцев с даты смены собственника на предприятии правопреемник увольняет: (I) по крайней мере, пятьдесят процентов работников в компаниях, где работают не менее 100, но не более 500 работников, (II) по меньшей мере, сорок процентов работников в учреждениях, имеющего в штате более 500 и менее 1000 сотрудников, (III) по меньшей мере, тридцать процентов работников в компаниях с более 1000 сотрудниками. По-видимому, данное положение не регулирует массовое увольнение вообще, а запрещает сокращение только во время смены собственника. Трудовой кодекс не дает определение коллективных сокращений (количество уволенных сотрудников, размер организации, период увольнения), которое позволит квалифицировать сокращение как массовое. Кодекс не устанавливает специальные процедуры, которые необходимо соблюдать при массовых увольнениях. Таким образом, можно сделать вывод, что Трудовой кодекс Азербайджана не регулирует вопрос массовых увольнений.

## 3. Грузия

Поправка 2013 года ввела институт массового сокращения, который имеет место, когда в течение пятнадцати дней работодатель увольняет по меньшей мере 100 сотрудников по экономическим, технологическим или организационным причинам, вне зависимости от размера учреждения. При массовом увольнении работодатель обязан направить письменное уведомление пострадавшим сотрудникам, а также в Министерство труда, здравоохранения и социальной защиты Грузии, по крайней мере за сорок пять календарных дней.

## 4. Регуляция ЕС

Для целей директивы совета 98/59/ЕС от 20 июля 1998 года (по сближению законодательств государств-членов, касающихся массовых сокращений)

«массовое сокращение» означает увольнение по одной или нескольким причинам, не связанным с отдельными работниками, где, в зависимости от выбора государств-членов, число уволенных сотрудников составляет: (i) в течение тридцати дней: - по крайней мере, десять человек в учреждениях, где работают более двадцати и меньше 100 работников, - по крайней мере, десять процентов из числа работников в учреждениях, где работает не менее 100, но не более 300 работников, - по крайней мере, тридцать человек в учреждениях, которые имеют в штате 300 и более работников, (II) или, по крайней мере, двадцать человек в течение девяноста дней, независимо от количества сотрудников, обычно работающих в соответствующих учреждениях.<sup>65</sup> Кроме того, директива устанавливает правила по информированию,<sup>66</sup> консультациям<sup>67</sup> и процедурам массовых сокращений. Как было сказано выше, азербайджанский трудовой кодекс не предусматривает понятие массовых сокращений. В Армении и Грузии определение массовых сокращений ограничено в том смысле, что нормы о коллективных сокращениях относятся лишь к массовым увольнениям, основанным на экономических факторах, в то время как директива рассматривает коллективные сокращения как увольнения по любому одной или нескольким причинам, не связанными с отдельным работником или его поведением. С точки зрения защиты работника зрения, армянский трудовой кодекс устанавливает более широкое регулирование, чем грузинский кодекс.<sup>68</sup> В обо-

<sup>65</sup> Foster, Blackstone's Statutes EC Legislation, 363.

<sup>66</sup> Чтобы дать возможность представителям рабочих сделать конструктивные предложения, работодатели должны заблаговременно в ходе консультаций: (а) обеспечить их всей необходимой информацией и (б) в любом случае в письменной форме уведомить их о: (I) причинах запланированных сокращений, (II) количестве работников, которые будут уволены, (III) количестве и категориях обычно нанятых сотрудников, (IV) периоде, в течение которого запланированное сокращение должно быть осуществлено, (V) критериях для выбора рабочих, которые будут сокращены, если национальное законодательство и/или практика предоставляет подобное право работодателю, (VI) методы вычисления любых компенсаций, кроме тех, вытекающих из национального законодательства и / или практики.

<sup>67</sup> Если работодатель размышляет о массовом сокращении, он должен заблаговременно начать консультации с представителями трудящихся с целью достижения соглашения. Эти консультации должны, как минимум, затронуть вопрос о путях и средствах предотвращения коллективных увольнений или уменьшения числа работников, которых может затронуть сокращение, и смягчении последствий путем использования таких социальных мер, как, в частности, оказание помощи для перехода на другую службу или переподготовка уволенных работников.

<sup>68</sup> Квалифицирующее число сотрудников в Армении составляет десять процентов (как минимум, десять работников) от общего числа работников и 100 в Грузии; период исчисления массовых сокращений в Армении составляет два месяца и только пятнадцать дней в Грузии; срок уведомления составляет три месяца в Армении и сорок пять дней в Грузии.

<sup>64</sup> Исключением является статья 116, согласно которой, если массовые увольнения обусловлены банкротством работодателя, Государственной службе занятости должна быть предоставлена следующая информация: пол, возраст и профессия пострадавших сотрудников.

их случаях соответствующие законодательные акты не содержат ограничения размера предприятий, где происходят увольнения. При «коллективных сокращениях», применяются конкретные процедуры, которые предусматривают предварительное уведомление работников и государственного органа. Изученные юрисдикции не затрагивают вопроса о том, какая информация должна быть сообщена сотрудникам/органам государственной власти, какие должны быть критерии отбора сотрудников, которые будут уволены, каковы обязанности работодателя рассмотреть другие меры, прежде чем расторгнуть трудовые отношения, какие категории сотрудников имеют право на особую защиту, каковы обязательства работодателя по составлению социального плана и выплате компенсации при увольнении, каков приоритет обратного приема на работу. Следовательно, Армении и Грузии присуждается пять баллов, Азербайджану - ноль баллов.

## VII. Смена Собственника

### 1. Армения

Армянское трудовое законодательство не предусматривает права работников при передаче права собственности на предприятие. Этот стандарт в недостаточной мере затрагивается статьей 126 Трудового кодекса, согласно которому смена собственника или реорганизация не являются законным основанием для расторжения трудового договора, если нет избытка рабочей силы и не планируется сокращение.

### 2. Азербайджан

В случае смены собственника, действующие трудовые договоры и их условия, подписанные бывшим владельцем со всеми работниками, остаются в силе. Только трудовые договоры с руководящим персоналом (директорами, их заместителями, главным бухгалтером и руководителями ключевых департаментов, наделенных управленческими функциями) могут быть расторгнуты или изменены в связи с изменением собственника предприятия.<sup>69</sup> Помимо этого, как предусмотрено в разделе 6.2 азербайджанского трудового кодекса, запрещаются массовые увольнения на основании смены собственника в компании.

### 3. Грузия

Грузинский трудовой кодекс не предоставляет ни-

какой правовой защиты работникам в случае смены собственника или других структурных изменений.

## 4. Регуляции ЕС

ЕС оказывает существенную защиту работникам в случае смены собственника на предприятии. Согласно Блоку, Бергу и Робертсу, ЕС требует, чтобы правопреемник соблюдал трудовой договор, а также основные условия труда, предоставленные бывшим владельцем. Сотрудники защищены от увольнения исключительно из-за изменения владельца, и имеют право на получение информации и консультации со своими представителями. При наличии коллективного договора необходимо его соблюдение.<sup>70</sup> Учитывая подход ЕС, Азербайджану следует присвоить пять баллов, в то время как Армении и Грузии - ноль.

## VIII. Заключение

Как показано на схеме №1, в Армении, Азербайджане и Грузии действуют равноценные регулирования по трудовым договорам и увольнениям. Исследованные трудовые кодексы предусматривают основания заключения срочных договоров. При этом суммарный срок срочных договоров ограничен в Азербайджане (пять лет) и Грузии (тридцать месяцев), по истечении которого считается, что работник оформил договор на неопределенный срок действия. По всей видимости, стандарт стран Закавказья требует, чтобы увольнения были обоснованы и чтобы были соблюдены законные основания расторжения трудовых отношений. Признается также принцип предварительного уведомления о расторжении договора, однако обнаруживается определенная непоследовательность в отношении защиты доходов работника, так как сумма компенсации при увольнении не зависит от продолжительности непрерывной службы. В Азербайджане и Армении, национальные законодательства предусматривают детальное регулирование рабочего времени. Грузия имеет более низкий стандарт по рабочим часам, поскольку сторонам трудовых отношений предоставляется право согласовать восемьдесят четыре рабочих часа в течение недели. Антидискриминационное законодательство является единственным стандартом, по которому Грузия выше, чем другие исследуемые страны и влияние регуляции ЕС в этом отношении несомненно. Очевидно, что странах Закавказья инструменты по массовым сокращениям и смене собствен-

<sup>69</sup> Азербайджан: Трудовой кодекс 1999 года: Статья 63.

<sup>70</sup> Block, Berg, Roberts, Comparing and Quantifying Labor Standards, 2003.

ника слабы. Правила о коллективных сокращениях в Азербайджане отменены, в то время, как в Армении и Грузии попытка регулирования массовых сокращений привела к таким стандартам по защите работников, которые являются слабее, чем стандарт ЕС. Аналогично, Азербайджан предоставляет недостаточную защиту работникам в случае смены собственника, в то время как Армения и Грузия не регулируют этот вопрос вообще. В заключение можно сделать вывод, что различие в трудовых стандартах исследуемых юрисдикций может быть объяснено разными подходами к процессу формирования трудового законодательства. Грузинское трудовое право, после поправки 2013 года создает более сбалансированную нормативно-правовую базу. Благодаря своему нелиберальному наследию, грузинское трудовое законодательство<sup>71</sup> все еще служит пристанищем некоторых элементов дерегулирования (например, восемьдесят четыре рабочих часов в неделю, включая сверхурочную работу, заключение срочного договора допускается в случае объективных обстоятельств, объективные обстоятельства могут быть основанием для увольнения). Армянское трудовое законодательство централизует трудовые отношения. В некотором смысле, армянский трудовой кодекс в строгом порядке устанавливает сроки и условия работы с целью защиты работников. В Азербайджане наблюдается чрезмерное вмешательство в трудовые отношения (например, обязательная форма трудового договора, запрещение возмещения сверхурочной работы в форме дополнительного выходного дня). Учитывая это, в плане действий ЕС/Азербайджану рекомендуется рассмотреть перспективы ослабления строгих положений по увольнению.<sup>72</sup>

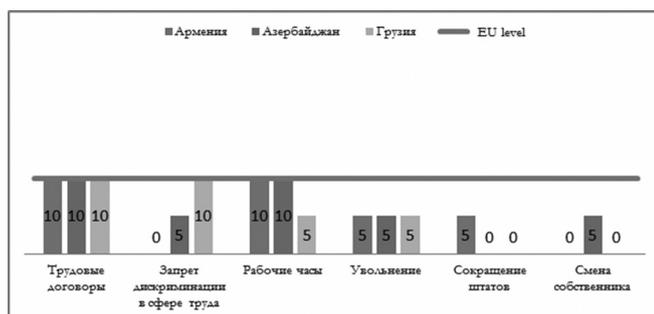


Схема №1. Степень Соответствия Исследованных Трудовых Стандартов с Регуляциями ЕС.

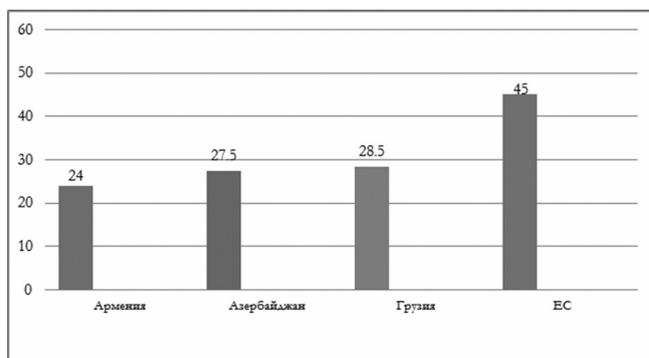


Схема №2. Степень соответствия исследованных юрисдикций с регуляциями ЕС (по схеме оценки правовых стандартов)

В целом, схема №2 указывает, что Армения, Азербайджан и Грузия предоставляют примерно эквивалентную защиту работникам, в то время как уровень стандартов труда ЕС значительно выше, чем в исследуемых юрисдикциях. Хотя схема №1 иллюстрирует примеры соответствия конкретных трудовых стандартов с регуляцией ЕС, в широком контексте это не гарантирует приближение к развивающимся стандартам ЕС. Выявленные недостатки в национальных трудовых законодательствах и отсутствие некоторых компонентов в рамках каждого стандарта, приводят, в конечном итоге, к низкому уровню соответствия исследованных национальных законов о труде со стандартами ЕС. В 1999 г. в Азербайджане, в 2004 г. в Армении и в 2006 г. в Грузии были предприняты попытки реформирования законов о труде советских времен. Тем не менее, проблема несоответствия со стандартами ЕС остается нерешенной, требуя дальнейшей модернизации трудового законодательства в закавказском регионе.

<sup>71</sup> Zakaria Shvelidze, *Transition from Soviet to Liberal Labour Law: Labour Standards in Georgia*, <http://ilera2012.wharton.upenn.edu/RefereedPapers/ShvelidzeZakaria%20ILERA%20updated.pdf>, (accessed 7 Aug. 2013).

<sup>72</sup> План Действий ЕС/Азербайджан (2006), [http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action\\_plans/azerbaijan\\_enp\\_ap\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action_plans/azerbaijan_enp_ap_final_en.pdf)

Армен Левонович Кинакцян<sup>1</sup>

## Актуальные проблемы правового регулирования свободы и защиты информации

*В настоящей работе рассмотрены основные актуальные научные и практические вопросы правового регулирования свободы и защиты информации, в частности, проведен анализ его важности в аспекте развития демократического законодательства в условиях информационного общества, представлено современное состояние правового регулирования свободы и защиты информации на примере разных стран, затронуты институциональные проблемы правового регулирования свободы и защиты информации, представлены структура законодательства РА в этой сфере и основные направления его дальнейшего развития.*

### I. Введение

Свобода и защита информации является важнейшим условием строительства любого независимого, демократического, социального, правового государства, с учетом, в частности, реалий современной информационной эпохи.

Не может государство в силу своей независимости не обеспечивать свободу личности и общества в отношении поиска, получения и использования информации, необходимой для жизнедеятельности и развития, и одновременно ни одно государство не может не владеть сведениями, подлежащими засекречиванию, которые относятся к политической, экономической, военной областям, правоохранительной деятельности и другим сферам. В конфиденциальности нуждаются также отдельные сведения, связанные с лицами и организациями, которые получены в ходе нотариальной, коммерческой, банковской, медицинской деятельности и опубликование которых может существенным образом причинить вред их законным интересам.

С точки зрения демократии важной является не только доступность информации, необходимой для развития общественно-политической жизни, свобода средств информации, но и защита информации, содержащей личную и семейную тайну человека, обеспечение тайны переписки, почтовых, телеграфных и иных сообщений.

Возможность получения и сообщения информации является обязательным условием и, одновременно,

средством жизнедеятельности для каждого человека, как члена общества. Для того, чтобы государство считалось действительно социальным, оно должно создавать такие условия, которые, прежде всего, обеспечат достойную жизнь для каждого человека. А в современную информационную эпоху эти условия, наряду с социальной справедливостью, материальным благосостоянием и социальным обеспечением людей включают также наличие возможностей поиска и использования данных, необходимых для их информационного обеспечения, духовно-культурного развития человека.

Правовое регулирование свободы и защиты информации на основе принципов демократического законодательства имеет существенное значение для становления правового государства. В условиях такого государства свобода и защита информации гарантированы законом, и любое их ограничение также должно быть предусмотрено законом и применяться по надлежащей правовой процедуре<sup>2</sup>.

### II. Значение правового регулирования свободы и защиты информации в условиях научно-технического прогресса и формирования информационного общества

Исходя из социальных, экономических, научно-технических, культурных, бытовых потребностей, а также других потребностей личности, общества и государства неуклонное и прогрессирующее развитие возможностей оперативного обмена информацией любого характера несомненно является величайшим достижением цивилизации. Они также являются неопределимым средством создания духовных и материальных благ, повышения эффективности работы в сфере управления, связи и других областях<sup>3</sup>.

Учитывая громадное социально-политическое значение свободы и защиты информации, в ходе их правового регулирования необходимо, прежде всего, последовательно исследовать тот круг гносеологических, исторических и юридических проблем, которые возникли в этой сфере, а также опираться на научно-обоснованные представления относительно их решения, используя мировой опыт.

<sup>2</sup> Определение суверенного, демократического, социального и правового государства согласно *Айвазяну Н. А.* (ответственный редактор), Конституционное право Республики Армения, 4-е доработанное издание, Ереван, 2008г., стр.116-135.

<sup>3</sup> Об этом подробнее: А. Л. Кинакцян, Некоторые актуальные вопросы информационной безопасности / Государство. История. Экономика. Культура. (Сборник материалов третьей научной сессии профессорско-преподавательского состава, аспирантов и магистрантов Ереванского университета "Гладзор"), Ереван. 2009г., стр. 75-77.

<sup>1</sup> Кандидат юридических наук, доцент, преподаватель Ереванского университета «Гладзор»

Свобода и защита информации в гносеологическом смысле с первого взгляда могут даже показаться противоречащими друг другу понятиями (в том смысле, что если что-то защищается, значит его оборот или доступность ограничены). Однако с учетом сегодняшних реалий возникает совершенно обратная картина: если информация не защищена надлежащим образом, значит имеется угроза ее свободе (свободному обороту или доступности). Таким образом, свобода и защита информации по отношению друг к другу находятся в такой диалектической связи, которая в ее философском представлении определяется как взаимосвязь и обусловленность явлений. Более того, установление ограничений свободы информации, разработка механизмов ее защиты неразрывно связаны с еще одним законом философии – с единством и борьбой противоположностей. Это означает что сегодня человечество, с учетом реалий информационной эпохи, более чем когда-либо стоит перед задачей балансировки свободы информации как фундаментальной ценности и средств и методов, обусловленных необходимостью ее защиты. Яркими доказательствами сказанного являются развернувшиеся в недавнем прошлом и еще продолжающиеся события вокруг основанного Джулианом Ассанжем сайта WikiLeaks и сотрудника спецслужб США Эдварда Сноудена, которые кратко определяются как утечка и разглашение закрытой (защищенной) информации. Игнорируя то обстоятельство, что речь идет о не находящейся в обороте и защищенной законом информации, которая, в частности, включает секретную дипломатическую переписку Соединенных Штатов, основатель WikiLeaks в качестве цели создания своего сайта провозгласил следующее: «... довести до общества важные новости и информацию..., опубликовать первоисточники параллельно с новостями сайта таким образом, чтобы читатель и историки смогли увидеть истину и доказательство ее существования»<sup>4</sup>. А сотрудник разведывательных служб США Эдвард Сноуден, опубликовав около двух миллионов файлов, содержащих закрытую информацию, заявил, что: «... не может со спокойной совестью позволить Правительству США нарушать конфиденциальность частной жизни, свободу Интернета и основные свободы людей всего мира посредством громадной системы контроля, которую они тайно разрабатывают. ... Я не хочу жить в мире, где не существует конфиденциальности частной жизни, и, следовательно, нет свободы

интеллектуальных исследований и творчества...»<sup>5</sup>.

В современных условиях информация превратилась в один из главных факторов исторического развития человечества<sup>6</sup>. Известны многочисленные определения понятия информации<sup>7</sup>. Например, в энциклопедическом словаре под авторством А. Котенева и А. Лекарева нашли место 28 таких определений<sup>8</sup>.

Оборот информации сегодня имеет исключительно практическое значение. Своевременность и достоверность информации зачастую играет определяющую роль даже в будничной жизни<sup>9</sup>. Согласно некоторым авторам, не исключено, что науки, изучающие разные стороны информации, преподнесут человечеству такие «сюрпризы», которые внесут серьезные, даже коренные изменения в сегодняшнее философское мировоззрение, заставив пересмотреть современные решения многочисленных философских вопросов.<sup>10</sup> А по мнению С. Акопяна, посредством компьютерных технологий и информатики новый смысл получают крылатые слова Ф. Бекона «Знание - сила» - знание и наука, действительно, становятся громадными, непревзойденными производительными силами в развитии общества, обеспечивающими научно-технический прогресс<sup>11</sup>.

Этим прогрессом обусловлено то, что объемы знаний, а следовательно и информации, преумножаются из года в год<sup>12</sup>. В результате этого в развитых промышленных странах сформировалось, так называемое, по-

<sup>4</sup> См., в частности: Горбатюк Н. WikiLeaks. Разоблачения, изменившие мир. Москва, 2011г.; WikiLeaks – The New York Times // Topics.nytimes.com. <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/organizations/w/wikileaks/>.

<sup>5</sup> См., в частности: U.S. charges Snowden with espionage / <http://www.washingtonpost.com/world/national-security/us-charges-snowden-with-espionage/2013/06/21/>; Edward Snowden says motive behind leaks was to expose «surveillance state» / <http://www.washingtonpost.com/politics/edward-snowden-says-motive-behind-leaks-was-to-expose-surveillance-state/2013/06/09/>; <http://www.fondsk.ru/news/2014/01/13/strategicheskie-posledstviya-razo-blachenij-edvarda-snoudena-i-25138.html>.

<sup>6</sup> В РА официальное определение информации дано в одном из постановлений Правительства, согласно которому информация – это сведения или сообщения, которые представлены в форме, пригодной для сообщения, хранения или переработки. См. Постановление Правительства РА от 16. 03. 1999 г. № 152 «Об организационных мерах по созданию и внедрению единой государственной информационной системы РА». Официальный бюллетень РА № 7 (73). Ереван, 23.03.1999г.

<sup>7</sup> См. А. Л. Кинакцян, Некоторые актуальные вопросы информационной безопасности / Государство. История. Экономика. Культура. (Сборник материалов третьей научной сессии профессорско-преподавательского состава, аспирантов и магистрантов Ереванского университета “Гладзор”), Ереван. 2009г., стр. 75-77.

<sup>8</sup> Котенев А. А., Лекарев С. В. Современный энциклопедический словарь по безопасности. Москва, 2001г., стр. 151-152.

<sup>9</sup> С. Берберян, Информационный всплеск в компьютерной сети и сетевых услугах / В мире науки. № 2. Ереван, 2007г., стр. 56.

<sup>10</sup> М. В. Асатрян, Введение в философию. Учебное пособие. Ереван, 2004г., стр. 59-61.

<sup>11</sup> С. М. Акопян, Теория и история философии. Общий курс философии для студентов ВУЗ-ов, Ереван, 2007г., стр. 384.

<sup>12</sup> Согласно В. И. Ярочкину они удваиваются раз в пять лет. См. Ярочкин В. И. Информационная безопасность. Москва, 2006, стр. 3-5.

стпромышленное, а затем информационное общество<sup>13</sup>. Одной из присущих такому обществу черт считается то, что информационные технологии и коммуникации приобретают фундаментальную роль в экономике, и объем их внедрения в значительной мере предопределяет общий уровень развития страны. Стержневыми компонентами информационного общества считаются информация и знание. Информация, а также средства ее хранения, передачи и получения рассматриваются в качестве важного стратегического потенциала<sup>14</sup>.

### III. Современное состояние правового регулирования свободы и защиты информации

Примечательно, что прогнозы относительно формирования информационного общества делались еще в 60-е годы прошлого века. Первыми теоретиками информационного общества являлись М. Маклюэн, Д. Белл, И. Масуда, Э. Тофлер, Ф. Дракер, П. Стоуэн, М. Кэстелс и некоторые другие авторы. В США и Японии еще в конце 80-х годов были разработаны национальные проекты, которые по существу провозглашали перспективу перехода к информационному обществу. В 90-е годы они приобрели более целевое содержание. В частности, в Соединенных Штатах был принят стратегический документ, который был озаглавлен: «Программа действий администрации США в сфере национальной информационной инфраструктуры» (The National Information Infrastructure: Agenda for action, 1993). Комиссией Европейского Союза была утверждена программа действий «Путь Европы к информационному обществу» (Europe's Way to the Information Society. An action plan 1994). В 1995г. Финляндия, а в 1996г. Германия приняли свои правительственные программы: «Путь Финляндии к информационному обществу. Национальная стратегия.» (Finland's Way to the Information Society. The national strategy) и «Путь Германии к информационному обществу» (Germany's Way to the Information Society)<sup>15</sup>. В Республике Армения основы формирования информационного общества заложены в Постановлении Правительства РА от 16 марта 1999 г. № 152 «Об организационных мерах по созданию и внедрению единой государственной информационной системы РА»<sup>16</sup>. В Российской Федерации в 2008 году утверждена

«Стратегия развития в РФ информационного общества»<sup>17</sup>.

С течением времени, особенно в условиях развития глобализационных процессов, проблема информационного общества постепенно приобретает трансграничный характер. «Информационно-коммуникационные технологии являются одним из важнейших факторов, содействующих формированию информационного общества XXI века. Их революционному воздействию подвергаются образ жизни, образование и труд людей, а также отношения правительства и гражданского общества», - говорится в принятой по итогам саммита руководителей стран Большой восьмерки «Окинавской хартии развития информационного общества»<sup>18</sup>.

Наряду со статьей 19 Всеобщей декларации прав человека, статьей 19 Международного пакта «О гражданских и политических правах», статьей 10 Европейской конвенции «О правах человека», Хельсинкским заключительным актом, соответствующие положения документов, посвященных проблемам формирования и развития информационного общества, придают целостность международно-правовым основам свободы и защиты информации. Об актуальности проблем, возникших в результате информатизации глобального общества, в том числе проблем правового регулирования свободного оборота и защиты информации свидетельствуют, в частности, международные конференции, проведенные под эгидой Организации Объединенных Наций в 2003г. в Женеве и в 2005г. в Тунисе.<sup>19</sup> По их итогам приняты следующие документы:

- Женевская декларация о принципах «Построение информационного общества как глобальная задача нового тысячелетия»;
- Женевская программа действий;
- Тунисское обязательство;
- Тунисская программа построения информационного общества.<sup>20</sup>

В указанных и во всех посвященных проблемам информационного общества документах центральное место занимают вопросы обеспечения свободного обращения информации, защиты личных данных, предупреждения их распространения электронным способом и другие вопросы, связанные с правовым обеспечением свободы и защиты информации. Как

<sup>13</sup> См., в частности, А. Казарян, Информационное общество в контексте глобальной политики / Закон и реальность. № 8. Ереван, 2009г., стр. 21-28.

<sup>14</sup> Родичев Ю. А. Информационная безопасность: нормативно-правовые аспекты. Учебное пособие. Санкт-Петербург, 2008г. С. 7

<sup>15</sup> См., в частности, Г. Сукиасян, Информационное общество. Социально-политические проблемы. Ереван, 2009г., стр. 7-9.

<sup>16</sup> См. Официальные ведомости РА, № 7 (73), Ереван. 23.03.1999г.

<sup>17</sup> Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации (Утверждена Президентом РФ 7 февраля 2008г, № Пр-212) / <http://www.rg.ru/2008/02/16/informacia-strategia-dok.html>

<sup>18</sup> См. <http://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/2000/documents/charter.html>

<sup>19</sup> Официальный сайт Экспертного совета по информационно-коммуникационным технологиям <http://www.un.org/esa/coordination/ecosoc/itforum/ict.htm>

<sup>20</sup> См., в частности, Информационное общество. №6, Москва, 2010г. С. 36.

справедливо отмечает Я. Родичев: «В настоящее время для обеспечения защиты информации требуется не просто разработка частных механизмов, а системный подход, который предполагает применение взаимосвязанных комплексных средств, включая специальные аппаратно-программные средства, организационные меры, нормативно-правовые акты». При этом он замечает, что развитие теории информационной безопасности, принятие международных стандартов и правовых норм, обеспечивающих необходимый уровень защиты информации, не соответствует сегодняшнему бурному развитию средств обработки информации<sup>21</sup>. В силу этого, очевидным образом ощущается необходимость более адекватного правового регулирования прав человека и гражданина в информационной сфере. В связи с этим, например Н. Виноградова считает, что в России сегодня необходимо разработать концепцию системы нормативно-правового регулирования обеспечения прав граждан на получение информации и информационной прозрачности власти.<sup>22</sup>

Важное место вопросам обеспечения свободного обращения и защиты информации, информационных свобод и прав человека и гражданина уделяется в национальных законодательствах. Так, Конституцией РА закреплена свобода поиска, получения, распространения сведений и идей посредством любого информационного средства, независимо от государственных границ, право ознакомления с касающимися человека сведениями в государственных органах и органах местного самоуправления, исправления недостоверных сведений о нем, устранения сведений, приобретенных незаконным путем, конфиденциальности его личной и семейной жизни, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, связанные с ними другие фундаментальные права и свободы человека и гражданина, гарантированы свобода средств информации и других информационных средств, наличие и деятельность независимых общественных радио и телевидения, предлагающих многообразии передач информационного характера<sup>23</sup>.

Конституцией Грузии установлено, что личная жизнь каждого человека, включая, в частности, его личные записи, переписку, переговоры по телефону или другим техническим средствам, а также полученные по

<sup>21</sup> Родичев Ю.А. Информационная безопасность: нормативно-правовые аспекты. Учебное пособие. Санкт-Петербург, 2008г. С. 12, 13

<sup>22</sup> Виноградова Н. В. Особенности нормативно-правового механизма защиты информационных прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. №2(19). Москва, 2011г. С.125.

<sup>23</sup> Конституция Республики Армения (с изменениями), статьи 23, 27 // Официальный бюллетень РА, Специальный выпуск, Ереван, 2012г., стр. 20-23.

этим средствам извещения неприкасаемы. Закреплены право каждого на свободное получение и распространение информации, свобода средств информации, а также запрет на цензуру и монополизацию государством или отдельными лицами средств информации или других средств распространения информации.<sup>24</sup>

Конституцией Азербайджанской Республики провозглашается право каждого на соблюдение личной и семейной тайны. Не разрешается собирать, хранить, использовать и распространять сведения о личной жизни кого бы то ни было, без его согласия. Предусмотрено, что государство гарантирует право каждого на конфиденциальность переписки, почтовых, телеграфных сообщений, а также сведений, сообщаемых по другим средствам связи. Установлена также свобода каждого на поиск, приобретение, сообщение, составление и распространение информации законным путем. Отмечено, что гарантируется свобода средств массовой информации, запрещается государственная цензура средств массовой информации, в том числе и в печати.<sup>25</sup>

Таким образом, сформирована иерархия правовых актов, регулирующих отношения в сфере информации, во главе которой стоят международно-правовые документы, конституции государств, за ними следуют внутригосударственные законы и подзаконные акты.

#### IV. Институциональные проблемы правового регулирования свободы и защиты информации

Права и свободы лиц, полномочия государственных органов и органов местного самоуправления в области свободного оборота и защиты информации, а также другие вопросы, относящиеся к сфере информации, составляют предмет изучения информационного права (data protection law) и права средств информации (media law).<sup>26</sup> В объективном смысле оба они являются институтами права. Предмет информационного права составляют общественные отношения, связанные с правовым регулированием оборота информации, формированием и использованием информационных ресурсов, созданием и использо-

<sup>24</sup> См. Конституция Грузии, статьи 20, 24 // Конституции Азербайджана, Армении и Грузии. Реформы Права и Юстиции на Южном Кавказе. Сборник материалов №27, стр. 105, 106.

<sup>25</sup> См. Конституция Азербайджанской Республики, статьи 32, 50 // Конституции Азербайджана, Армении и Грузии. Реформы Права и Юстиции на Южном Кавказе. Сборник материалов №27 стр. 14, 18.

<sup>26</sup> См. более подробно: А. Л. Кинакцян, Об информационном праве // Новый "Гладзор" в лабиринте науки. Сборник материалов 6-й научной сессии профессорско-преподавательского состава, аспирантов и магистрантов Ереванского университета "Гладзор", Ереван. 2013г., стр. 102-105.

ванием информационных систем, которые обеспечивают процессы информатизации, удовлетворение требований пользователей, а также информационную безопасность всех участников отношений в данной сфере<sup>27</sup>. Предмет права средств информации могут составлять вопросы свободы, условий деятельности средств массовой информации, в частности вмешательства СМИ и журналистов в частную жизнь человека, правомерности вмешательства государства в профессиональную деятельность СМИ и журналистов, лицензирования в сфере телекоммуникаций и другие смежные вопросы<sup>28</sup>. Таким образом, предметы обоих этих институтов права в том или ином объеме соотносятся с информационной сферой, одним из стержневых компонентов которой являются проблемы свободы и защиты информации. Согласно разделу 2 Концепции информационной безопасности РА, информационная сфера представляет из себя совокупность субъектов, собирающих, формирующих, распространяющих и использующих информацию, информации и информационной инфраструктуры, а также система регулирования возникающих в ходе этих процессов общественных отношений, которая, имея важную функцию систематизации и регулирования общественной жизни, активно воздействует на политические, экономические, военные и иные компоненты безопасности РА.<sup>29</sup> На основании вышеуказанного нельзя исключать формирование более обобщенного, синтезированного комплексного института под названием информационное право - information law.

Что касается методов, используемых указанными институтами права, то ими являются все строящиеся на основе императива и диспозитива регулирующие способы известных общей теории права фундаментальных универсальных методов – разрешение, обязательство, запрет. То есть, эти институты права не имеют своих специфических методов. Следовательно, правовое регулирование свободы и защиты информации происходит именно при сочетании этих методов на основе взаимодополнения и комплексного подхода.

Отдельный интерес представляет вопрос принципов правового регулирования свободы и защиты информации. Так как свобода и защита информации,

как уже было отмечено, являются составляющими предмета информационного права, их правовое регулирование осуществляется на основе принципов этого института. Разные авторы выделяют от нескольких по полутора десятков принципов<sup>30</sup>. Проанализировав и обобщив подходы и классификации, имеющиеся в специальной литературе, считаем, что в числе общих международно-правовых и конституционно-правовых принципов, каковыми являются уважение прав и свобод человека, верховенство закона, равенство всех перед законом, правовое регулирование свободы и защиты информации в современных условиях должно осуществляться с соблюдением следующих (частных) принципов:

- обеспечение доступности информации;
- ограничение доступности информации только по закону;
- обеспечение взаимодополнения интересов личности, общества и государства в сфере свободы и защиты информации;
- обеспечение разработки, внедрения, использования и развития передовых информационных технологий;
- обеспечение информационной безопасности личности, общества и государства;
- содействие формированию и развитию глобального информационного общества.

Следует, однако, отметить, что этот перечень принципов, как и предмет информационного права со временем подлежат уточнению. Это обусловлено сущностью и свойствами информации. Не случайно в качестве предмета информационного права рассматриваются отношения, связанные с оборотом информации, а не сама информация. Это объясняется отсутствием в отношении информации единой юридической модели права, как это, например, имеет место в случае права собственности на имущество или товарный знак.<sup>31</sup>

## **V. Структура законодательства РА о свободе и защите информации и основные направления его дальнейшего развития**

В настоящее время в РА законодательств о свободе и защите информации имеет следующую структуру,

<sup>27</sup> Бачило И. Л., Лопатин В. Н., Федотов М. А. Информационное право. Учебник. Под ред. Топорнина Б. Н. С-Пб, 2005г. С. 145-167

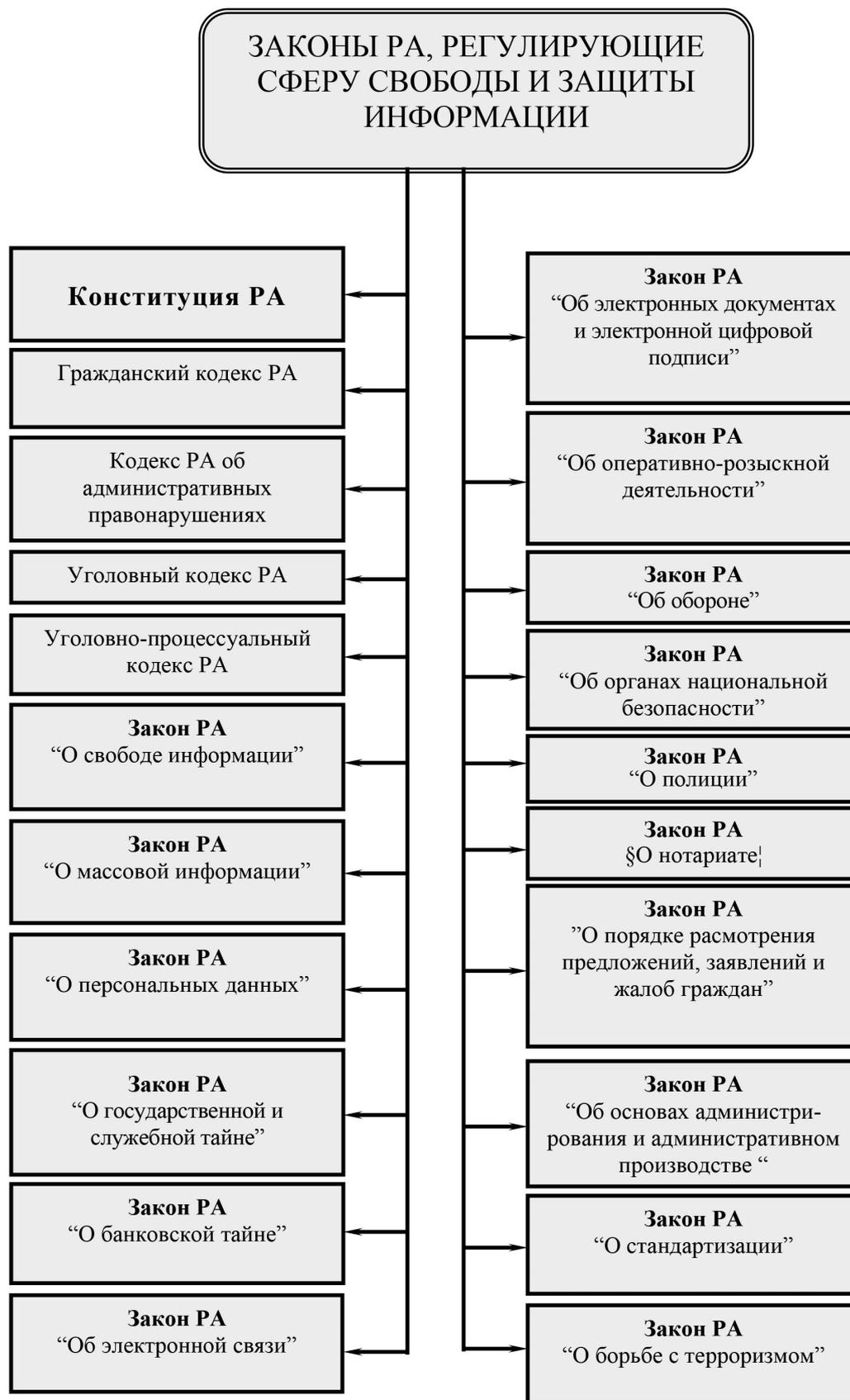
<sup>28</sup> К. А. Андреасян, Информационное право. Учебное пособие. Издательство "Астхик", Ереван, 2004г., стр. 84-95, 112-118, 160-176.

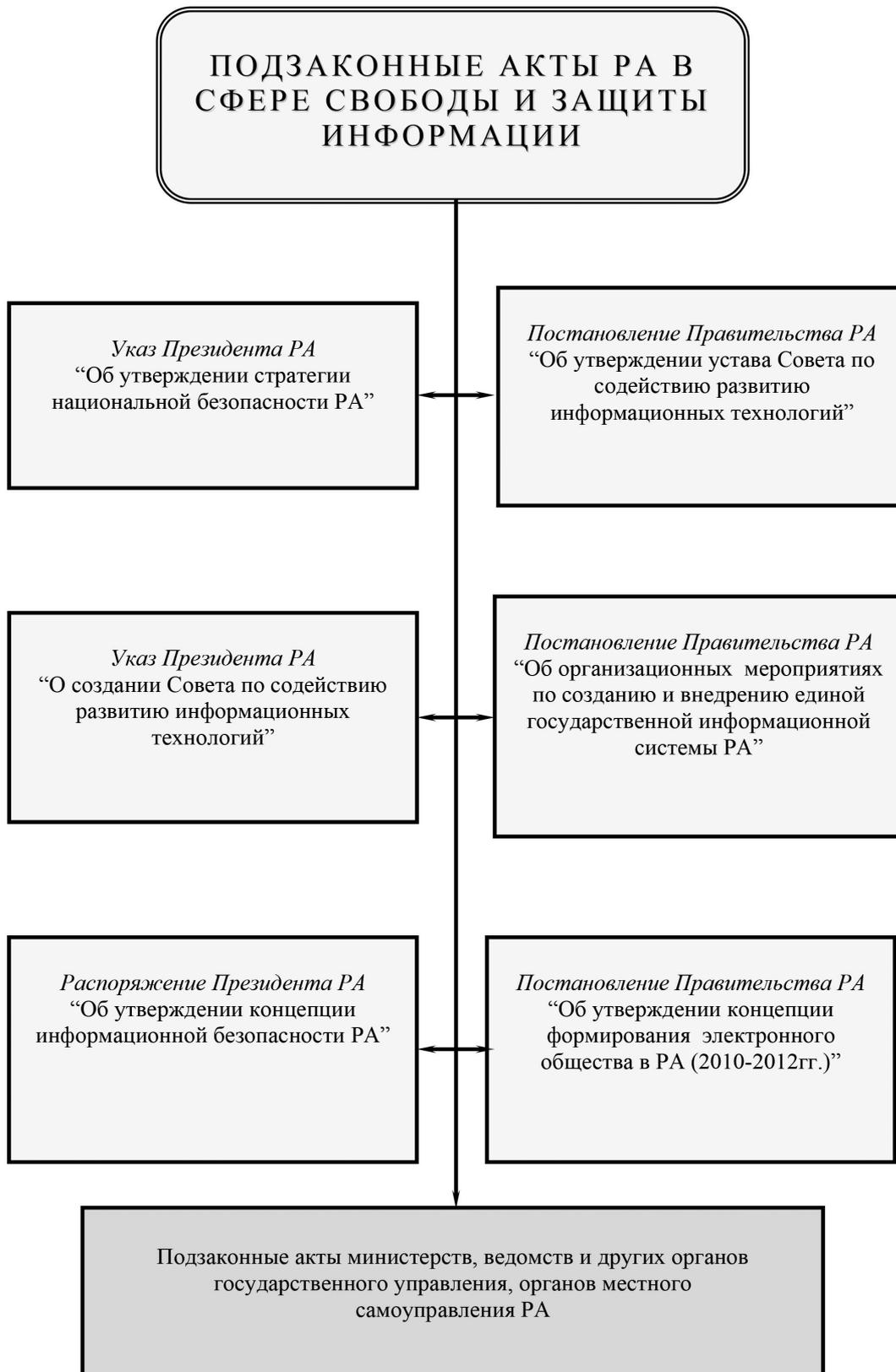
<sup>29</sup> Концепция информационной безопасности РА.. утверждена Распоряжением Президента РА РП-97-П от 26.06.2009г., Официальные ведомости РА № 35 (701) от 15.07.2009г.

<sup>30</sup> См., в частности, Рассолов М. М. Информационное право. Учебное пособие. Москва, 1999г. С. 24-26; Копылов В. А. Информационное право. Учебник. Москва, 2006г. С. 103-105; Городов О. А. Информационное право. Учебник. Москва, 2008г. С. 23, 24.

<sup>31</sup> См. Городов О. А. Информационное право. Учебник. Москва, 2008г. С. 19-21.







Как и для всех развивающихся стран, так и для Республики Армения актуальна проблема совершенствования законодательства о свободе и защите информации. По нашему мнению, первоочередным шагом в этом направлении должно стать принятие основополагающего закона в данной сфере. В настоящее время в обороте находится проект Закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», относительно которого мы имели повод представить свои соображения<sup>32</sup>. Считаем, что более целесообразно принять всеобъемлющий Закон «О свободе и защите информации», которым более полно и подробно будут урегулированы отношения, возникающие в связи с обеспечением свободного обращения информации, защитой процессов разработки и использования информационных технологий, в том числе в связи с применением методов криптографии.

На основании анализа указанного Закона, а также других законов, подзаконных актов РА, относящихся к информационной сфере, и практики их применения, основываясь на международной опыте, считаем, что в первоочередном порядке необходима разработка стратегической программы, направленной на формирование в РА информационного общества, которая должна быть утверждена соответствующим правовым актом. Составной частью этой программы должны стать, в частности, концептуальные положения о всеобщей информатизации, свободного обращения и защиты информации.

Отметим также, что важнейшим предусловием обеспечения квалифицированного правового регулирования свободы и защиты информации и соответствующей правоприменительной практики такого регулирования является повышение уровня правосознания общества в информационной сфере, а следовательно, в упомянутых проектах правовых актов отдельное место должно быть уделено организации и реализации мероприятий в этом направлении.

<sup>32</sup> А. Л. Кинакцян, Н. Г. Айрапетян, Правовое регулирование информационной безопасности в Республике Армения // Вестник АГИУ. Моделирование. Оптимизация. Управление. Выпуск 14, том 2, Ереван, 2011 г.

## ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Наталья Бурдули<sup>1</sup>

### Насколько успешно Европейский суд по правам человека решает вопросы равенства и недискриминации

#### I. Введение

Одними из самых неотъемлемых и необходимых частей права в области прав человека, как и всего международного права вообще являются вопросы равенства и недискриминации. Запрещение дискриминации было установлено и признано статьей 7 Всеобщей декларации прав человека,<sup>2</sup> статьей 26 Международного пакта о гражданских и политических правах,<sup>3</sup> а также множеством других международных документов. Вышеупомянутые вопросы регулируются статьей 14<sup>4</sup> Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.<sup>5</sup> Дополнительное запрещение дискриминации введено 12-м дополнительным протоколом к Конвенции.<sup>6</sup> В связи с вопросом дискриминации и вытекающими из нее вопросами большой интерес представляют отношение Европейского суда по правам человека<sup>7</sup> и его интерпретация данной статьи. Нами также рассматривается вопрос сосуществования статьи 14 и Протокола № 12.

В данной работе будут рассмотрены вопросы, вытекающие из статьи 14, например, следующие четыре главные вопроса, которым суд уделяет особое внимание до принятия окончательного решения: 1) подпадает ли запрещение дискриминации под подле-

жащие защите права; 2) является ли рассматриваемая причина дискриминации одним из оснований, перечисленных в статье 14; 3) налицо ли группа лиц, в отношении которых в гораздо меньшей степени применяются меры дискриминации и с которыми обращаются лучше, нежели с заявителями, то есть имеет ли место различное обращение; 4) существует ли объективное оправдание для различного обращения. В следующей главе речь пойдет также о методологии разрешения дел судом и будут сделаны соответствующие выводы.

#### II. Статья 14 Конвенции

В статье 14 Конвенции говорится:

«Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам», Международная конвенция о защите прав человека и основных свобод, Рим, 4 ноября 1950 года».<sup>8</sup>

Для бельгийских лингвистов<sup>9</sup> (*О языках в Бельгии*) данное дело представляло особую важность, так как это было первое дело, по которому суд рассмотрел жалобу в разрезе статьи 14. Согласно решению суда нарушение статьи 14 (в зависимости и от других существенных положений) может наступить и в том случае, если мы не имеем налицо нарушения какого-либо другого отдельно взятого права. Существенным фактором для потенциальной эффективности указанной статьи была заявка суда по делу о бельгийских лингвистах относительно того, что нарушение статьи 14 само по себе не означает нарушения какого-либо гарантированного Конвенцией права.<sup>10</sup> Это значит, что статья 14, отдельно взятая, не устанавливает права, хотя согласно прецедентному праву суда ей присвоена «автономная» природа. В решении, вынесенном судом, говорится:

«Хотя гарантия статьи 14 не способна существо-

<sup>1</sup> Магистр международного права по правам человека, Университет Эссекса, Великобритания; докторант, юридический факультет Тбилисского государственного университета имени Ивана Джавахишвили; старший специалист научного отдела юридический факультет ТГУ.

<sup>2</sup> Всеобщая декларация прав человека, Генеральная Ассамблея ООН, 10 декабря 1948 года, статья 7.

<sup>3</sup> Международный пакт о гражданских и политических правах, Генеральная Ассамблея ООН, 16 декабря 1966 года, статья 26.

<sup>4</sup> Статья 14 - Запрещение дискриминации: «Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам», Международная конвенция о защите прав человека и основных свобод, Рим, 4 ноября 1950 года.

<sup>5</sup> Международная конвенция о защите прав человека и основных свобод, Рим, 4 ноября 1950 года (далее – Конвенция).

<sup>6</sup> Протокол к Международной конвенции о защите прав человека и основных свобод № 12, Рим, ноябрь 2000 года.

<sup>7</sup> Европейский суд по правам человека (далее – суд).

<sup>8</sup> См. сноску 1.

<sup>9</sup> *Belgian Linguistic case*, (Apps. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64), 23 июля, 1968, Series A No. 6, (1979-80) 1 EHRR 252; В данном деле суд отверг аргумент государства – ответчика, который основывался на положении о том, что для статьи 14 была характерна только функция дополнительной защиты и она может применяться только в случае, если нарушение обжаловалось бы вместе с существенным (основным) правом.

<sup>10</sup> Jacobs, White & Ovey, *The European The Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2010), с. 548

вать самостоятельно, поскольку толкование статьи 14 связано с «правами и свободами, признанными в Конвенции», мера, которая проистекает из требований статьи, чтобы обеспечить спорную свободу, может нарушать данную статью, когда связь со статьей 14 прочитывается ввиду того, что имеет дискриминационную природу».<sup>11</sup>

Одним из наиболее проблематичных вопросов статьи 14 является отсутствие точного перечня, на основе которого устанавливается факт дискриминации. Приведенные в статье термины как «иные убеждения»<sup>12</sup> или «иные признаки»<sup>13</sup> на практике порождают уйму недоразумений и противоречий. Рассматривая данный вопрос один из специалистов по защите прав человека отметил, что вышеуказанный термин «иные признаки» должен основываться на персональных характеристиках<sup>14</sup>. Впрочем, непонятно, что именно подразумевается под отмеченными персональными характеристиками. К примеру, суд по делу Карсона (Карсон и другие против Соединенного Королевства) отметил, что такие явления, как национальность и место жительства должны рассматриваться как один из аспектов персонального статуса и в случае особого обращения порождать иск.<sup>15</sup> Почти во всех делах, касающихся статьи 14, суд ставит перед собой четыре основных вопроса, давая ответ на которые он придает решающее значение установлению того, налицо ли было нарушение.<sup>16</sup> Ниже будет детально рассмотрено отношение суда к вышеупомянутым вопросам.

## 1. Подпадает ли запрещение дискриминации под право, подлежащее защите

Первоочередной вопрос, который задает суд при рассмотрении статьи 14, это – подпадает ли жалоба на дискриминацию в рамки подлежащих защите прав? В результате анализа всех дел и решений суда можно воочию убедиться, что статья 14 действует только в совокупности со статьями, уже имеющимися в Конвенции и дополнительных протоколах к ней.<sup>17</sup> Как это

отмечалось по делу Кафкариса<sup>18</sup> (Кафкарис против Кипра), статья 14 самостоятельно не функционирует. Она функционирует параллельно с другими основными правами и свободами, установленными Конвенцией и дополнительными протоколами к ней.<sup>19</sup>

## 2. Является ли рассматриваемая причина дискриминации одним из оснований, перечисленных в статье 14

Следующий вопрос, который рассматривает суд, это – является ли рассматриваемая причина дискриминации одним из оснований, перечисленных в статье 14. Как это указывается в Конвенции, ущемление по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, ассоциации с национальным меньшинством, имущественного положения или иному статусу – главное основание для дискриминации, и соответственно статья 14 тоже может начать действовать только в вышеупомянутых случаях.

Как уже отмечалось выше, наиболее противоречивым из положений статьи является термин «иной статус». Для того, чтобы применять этот термин, различное обращение должно основываться на «персональных характеристиках, по которым отдельные лица или группы лиц отличаются друг от друга».<sup>20</sup> Несмотря на то, что судом в решениях, вынесенных по различным делам, говорилось о возможном перечне,<sup>21</sup> который мог бы «подойти» к контексту «иного статуса», ввиду открытого характера этого термина его полноценное и исчерпывающее понимание все-таки представляет большую сложность.<sup>22</sup>

Страсбургский суд особенно строго подходит к вопросам дискриминации, носящей этнический или расовый характер. В связи с вопросами дискриминации дело Начовой (Начова и другие против Болгарии)<sup>23</sup> было первостепенным и решающим. В своем решении суд не только установил нарушение статьи 14 применительно к статье 2 Конвенции, но также подчеркнул процедурные обязательства государства, согласно которым страна была обязана провести основательное

<sup>11</sup> Сноска 2, Para. 9.1. (<http://www.nplg.gov.ge/gsd/cgi-bin/library.exe?e=d-01000-00---off-0samartal--00-1--0-10-0-0-0---0prompt-10--..-4---4---0-01--11-ru-10---10-about-50--00-3-1-00-0-00-11-1-1utfZz-8-00-0-11-1-0utfZz-8-00&cl=CL4.4&d=HASH0142eb71e48002aacc9d77e01.2&x=1>)

<sup>12</sup> См. сноску 2.

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> Jacobs, White & Ovey, *The European The Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2010), с. 551, цитируется по: *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, (App. 5095/71, 5920/72, 5926/72), 7 декабря, 1976, Series A No. 23, (1979-80) 1 EHRR 711, пар. 56.

<sup>15</sup> *Carson and Others v. United Kingdom*, (App. 42184/05), 4 ноября, 2008, пар. 76.

<sup>16</sup> См. сноску 7. с. 554.

<sup>17</sup> См. сноску 2.

<sup>18</sup> *Kafkaris v. Cyprus*, (App. 21906/04), 12 февраля, 2008 [GC], (2009) 49 EHRR 877, ECHR 2008-nur

<sup>19</sup> См. сноску 2.

<sup>20</sup> *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, (App. 5095/71, 5920/72, 5926/72), 7 декабря, 1976, Series A No. 23, (1979-80) 1 EHRR 711, пар. 56.

<sup>21</sup> Например, сексуальная ориентация по делу: *Sutherland v UK*, (App. 25186/94), пар. 51; семейное положение по делу: *McMichael v UK* (App. 16424/90), 24 февраля, 1995, Series A No. 307-B, (1995) 20 EHRR 205; страна проживания по делу: *Johnson v Ireland*, (App. 9697/82), 18 декабря, 1986, Series A No. 112, (1987) 9 EHRR 203, пар. 59-61.

<sup>22</sup> см. сноску 7. с. 557.

<sup>23</sup> *Nachova and Others v. Bulgaria*, (Apps. 43577/98, 43579/98), 6 июля, 2005 [GC], (2006) 42 EHRR 933, ECHR 2005-VII

расследование всех случаев, которые могли возникнуть на почве расизма.<sup>24</sup>

### 3. Налицо ли группа лиц, в отношении которых в гораздо меньшей степени применяются меры дискриминации и с которыми обращаются лучше, нежели с заявителями

Для установления обстоятельства, имело ли место нарушение статьи 14, суд придает большое значение определению того, мог ли заявитель сравнивать себя с другими людьми, с которыми обращались лучше, то есть имело ли место различное обращение. Для успешной проверки необходимо, чтобы заявитель и другие лица, с которыми он себя сравнивает, находились в одинаковых условиях, таким образом, чтобы различие между ними основывалось только на условиях, которые перечислены в статье 14.<sup>25</sup>

Как выясняется из анализа многих дел, на заявителя возлагается бремя доказывания различного обращения, которое, по его мнению, имело место, а затем государство в свою очередь обязано обосновать условия такого различного обращения.<sup>26</sup>

### 4. Имеется ли объективное оправдание для различного обращения

После названных выше вопросов важнейшим для суда является поиск объективного и обоснованного оправдания дискриминации. Страсбургский орган предоставляет государствам свободу действия, так называемую границу оценки, согласно которой страны обладают свободой показать суду не только легитимную цель дискриминации, но также ту необходимую связь, которая должна существовать между указанной целью и различным обращением.<sup>27</sup>

Оправдание различного обращения должно быть пропорциональным и служить легитимной цели.<sup>28</sup> Суд предоставляет государствам широкое право решать, насколько и на каком уровне оправдано различное обращение в ситуациях, сходных (равных) в иных отношениях.<sup>29</sup> Вместе с тем необходимо отметить, что, несмотря на все сказанное, позитивным обязательством

государств является то, чтобы они всеми возможными способами обеспечивали предотвращение фактов дискриминации.<sup>30</sup>

В связи со всем сказанным мы можем признать весьма позитивным феноменом судебные решения, в которых первостепенное внимание уделяется особым основаниям дискриминации, например, на почве половой, национальной, расовой, религиозной принадлежности и сексуальной ориентации. В таких случаях государства, не желая, чтобы суд установил нарушение, должны приводить сравнительно более веские аргументы для оправдания дискриминации и другого различного обращения.<sup>31</sup>

## III. Способы функционирования суда

Значительные успехи были достигнуты судом в отношении дел, касающихся вопросов равенства и недискриминации. Многочисленной критике подверглись ранние решения суда, в которых суд не считал нужным рассматривать статью 14 в случае установления нарушения основополагающей статьи Конвенции.<sup>32</sup> Как отмечает в своей работе Филипп Лич, суд в большинстве случаев не рассматривал важнейшую статью Конвенции в контексте статьи 14, несмотря на то, что нарушение имело явно дискриминационную природу.<sup>33</sup> В связи с этим очень интересно, как реагировали на судебные решения индивидуальные судьи. В своем особом мнении по делу Браннигана (**Бранниган и Макбрайд против Соединенного Королевства**) судья Франц Матшер утверждал, что нарушение статьи 14 исходя из ее природы невозможно.<sup>34</sup> Тот же судья по делу Ирландия против Великобритании доказывал, что положениям статьи 14 необходимо было придать более широкий контекстуальный ареал.<sup>35</sup> Кроме вышеупомянутых дел решения, вынесенные еще по многим делам, стали причиной критики суда, в том числе по делу Кипр против Турции, в котором судья Ж.-П. Коста в своем особом мнении отметил, что когда нарушение европейской Конвенции установлено, суд не освобождается от обязательства рассматривать вопрос о том, существовали ли другие дела, в исках которых в каче-

<sup>30</sup> см. сноску 7. с. 547.

<sup>31</sup> Для примера см. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, (Apps. 9214/80, 9473/81, 9474/81), 28 мая, 1985, Series A No. 94, (1985), 7 EHRR 471, пар. 78.

<sup>32</sup> *Smith and Grady v. UK* 27/09/99, *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom* 27 сентября, 1999

<sup>33</sup> К. Boyle, цитируется по: P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. 2nd ed. (Oxford University Press, 2005), С. 346

<sup>34</sup> *Brannigan and McBride v. UK*, (Apps. 14553/89, 14554/89), 21 февраля, 1992

<sup>35</sup> *Ireland v. UK* judgment, (App. 5310/71), 18 января, 1978, особое мнение, пар. 2.

<sup>24</sup> K. Boyle, Article 14 bites at last, EHRAC Bulletin Summer 2006, Issue 5.

<sup>25</sup> см. сноску 7. с. 559.

<sup>26</sup> *Chassagnou and Other v. France*, (Apps. 25088/94, 28331/95, 28443/95), 29 апреля, 1999 [GC], (2000) 29 EHRR 615, ECHR 1999-III, para. 91-2

<sup>27</sup> *Larkos v. Cyprus*, (App. 29515/95), 18 февраля, 1999, (2000) 30 EHRR 597, ECHR 1999-I, пар. 31.

<sup>28</sup> *Posti and Rahko v. Finland* (App. 27824/95), 24 сентября, 2002, (2003) 37 EHRR 158, ECHR 2002-VII

<sup>29</sup> *Sommerfeld v. Germany*, (App. 31871/96), 8 июля, 2003 [GC], (2004) 38 EHRR 756, ECHR2003- VIII, пар. 92.

стве основания были положены одни и те же факты.<sup>36</sup>

Соответственно, в том случае, если суд устанавливал нарушение какой-либо основополагающей статьи Конвенции, он игнорировал статью 14 и не рассматривал ее вместе с вышеупомянутой основополагающей статьей. Подобная тенденция впоследствии стала называться «процедурная экономия».<sup>37</sup> Однако, к счастью, в последующих решениях суда все изменилось в лучшую сторону. В пример можно привести дело Чассану (Чассану и другие против Франции)<sup>38</sup>, по которому суд рассмотрел как основополагающую статью, так и вместе с ней статью 14 Конвенции. Как отмечается Джейкобсом,<sup>39</sup> при цитировании дела Эванс против Соединенного Королевства, Страсбургский суд иногда не рассматривает дополнительный иск, касающийся фактов дискриминации, так как его [суда] аргументы по важнейшему вопросу данного иска могут стать обоснованным и объективным оправданием дискриминации в рамках статьи 14.<sup>40</sup> Соответственно, становится ясно, что суд в своих решениях прибегает кособому и неоднозначному подходу к вопросу, который касается рассмотрения/нерассмотрения статьи 14 вместе с анализом основополагающей статьи Конвенции. Вышеупомянутый вопрос должен решаться «исходя из фактических обстоятельств каждого отдельного дела и не зависеть от природы нарушения Конвенции.»<sup>41</sup>

## 1. Дополнительный протокол № 12

В добавление можно сказать несколько слов о Дополнительном протоколе № 12 к Конвенции, который закрепляет факт запрещения дискриминации вообще.<sup>42</sup> В нем подчеркивается необходимость признания

права на равенство.<sup>43</sup> Целью Протокола № 12 является расширение статьи 14, а не ее изменение. Для примера, перечень в статье первой Протокола № 12 не исчерпывающий, хотя упомянутый протокол обеспечивает судам сравнительно более широкие возможности для применения принципа равноправия перед правосудием.<sup>44</sup>

Благодаря новым возможностям статьи 14 и ввиду расширенной ратификации Протокола № 12<sup>45</sup> бороться с систематической дискриминацией стало гораздо легче. Сфера применения принципа недискриминации согласно Протоколу № 12 расширилась, расширится также юрисдикция суда в отношении дел, касающихся всех прав, признанных на национальном уровне. Протокол также включает принцип, который обязывает страны предпринимать все возможные позитивные шаги для сохранения полного и эффективного равенства в соответствующих ситуациях.<sup>46</sup>

## IV. Выводы

Выше были рассмотрены вопросы отношения суда к вопросам, связанным с дискриминацией, и то, насколько эффективны меры, к которым он прибегает для решения данных вопросов. В результате детального рассмотрения статьи 14, анализа проблем, которые нередко возникают в связи с упомянутой статьей, а также анализом отношения суда к этим проблемам, можно сделать вывод, что существует множество путей и способов, которые помогут суду предоставить людям лучшие гарантии защиты от дискриминации и неравенства. Имеется много возможностей для укрепления равенства, что будет весьма выгодно и полезно для различных групп лиц, испытывающих притеснения в Европе.

Соответственно, в будущем нам следует ожидать совершенствования судебной практики применительно к вопросам дискриминации, что будет выражаться в принятии успешных решений по делам, касающимся неравноправных и дискриминационных действий в отношении заявителей. В качестве результата впоследствии будет возможно несколько снизить уровень дискриминации и неравенства в масштабе Европы.

<sup>36</sup> *Cyprus v. Turkey*, (App. 25781/94), 10 мая, 2001, особое мнение, пар. 4.

<sup>37</sup> см. сноску 7, с. 551, цитируется по: K. Partsch, "Discrimination" in R. MacDonald, F. Matscher, and H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* (Martinus Nijhoff, Dordrecht 1993), С. 583.

<sup>38</sup> *Chassagnou and Others v France*, (App. 25088/94, 28331/95, 28443/95), 29 апреля, 1999 [GC], (2000) 29 EHRR 615, ECHR 1999-III

<sup>39</sup> См. сноску 7, с. 552.

<sup>40</sup> Там же, цитируется *Evans v. United Kingdom*, (App. 6339/05), 10 апреля, 2007 [GC], (2008) 46 EHRR 728, ECHR 2007-IV

<sup>41</sup> *Nachova and Others v. Bulgaria*, (Apps. 43577/98, 43579/98), 6 июля, 2005 [GC], (2006) 42 EHRR 933, ECHR 2005-VII, пара. 67

<sup>42</sup> В Протоколе № 12 говорится: «Пользование любым правом, признанным законом, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или любого иного обстоятельства. 2. Никто не может быть подвергнут дискриминации со стороны каких бы то ни было публичных властей по признакам, упомянутым в пункте 1 настоящей статьи.»

<sup>43</sup> Пояснительное заключение к Протоколу № 12. См. на следующей веб-странице: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/177.htm>.

<sup>44</sup> Национальная библиотека Парламента Грузии. См.: <http://www.nplg.gov.ge/gsd/cgi-bin/library.exe?e=01000-00---off-0samartal--00-1--0-10-0--0-0---0prompt-10--.%2e-4----4---0-01--11-ru-10---10-about-50--00-3-1-00-0-00-11-1-1utfZz-8-00-0-11-1-0utfZz-8-10&a=d&c=samartal&cl=CL4.4&d=HASH0142eb71e48002aec9d77e01.7>

<sup>45</sup> Наданный момент указанный протокол ратифицирован только 18 странами.

<sup>46</sup> K. Boyle, *Article 14 bites at last*, EHRAC Bulletin Summer 2006, Issue 5.

Норберт Берндорфф<sup>1</sup>

**Сообщение о судебной практике  
Европейского Суда по правам человека  
по индивидуальным жалобам против  
Азербайджана, Армении и Грузии в  
2013 году  
(Отчетный период: 01.01.2013 по 31.12.2013)**

*Данное сообщение непосредственно связано с отчетом о судебной практике в четвертом издании SCLJ (N 04/2013; отчетный период: 1.1.2012 по 31.12.2012). В нем будут очень кратко освещены постановления Европейского суда по правам человека, вынесенные в период с 1 января 2013 г. по 31 декабря 2013 г. на основании Конвенции о защите прав человека и основных свобод («Конвенция») против государств-участников Азербайджана, Армении и Грузии. Отчет затрагивает лишь те постановления («judgements»), в которых Суд по правам человека подтвердил приемлемость индивидуальной жалобы и принял решение относительно того, нарушена ли какая-либо статья Конвенции о правах человека или одного из ее протоколов. Не затронуты в частности те решения («decisions»), которыми Суд по правам человека признал жалобы неприемлемыми («inadmissible»). Кроме того, отчет не ссылается на те дела, которые Суд по правам человека вычеркнул из своего списка («struck out of the list»). Постановления Европейского Суда по правам человека на английском и французском языках помещены в интернете по адресу [www.echr.coe.int.-case-law-hudoc](http://www.echr.coe.int.-case-law-hudoc).*

*Для сравнения: За отчетный период Европейский Суд по правам человека вынес 13 постановлений против Германии, в том числе 6 окончательных решений по делу, 34 постановления против Франции, в том числе 34 окончательных решения по делу, 47 постановлений против Великобритании, в том числе 13 окончательных решений по делу.*

*1. Европейский Суд по правам человека между 1 января 2013 г. и 31 декабря 2013 г. по шести делам признал факт нарушения Конвенции со стороны азербайджанских властей. В четырех случаях жалоба была объявлена неприемлемой (жалобы N. 55650/07, 26291/06, 36609/08 и 15405/04).*

*В упомянутых постановлениях по существу дела прежде всего были признаны факты нарушения статьи 3 («prohibition of inhuman or degrading treatment») и статьи 6 части 1 («right to a fair trial») Конвенции.*

<sup>1</sup> Автор является судьей Федерального социального суда в Касселе, Германия (этот суд является третьей судебной инстанцией по рассмотрению социальных споров) и главным редактором данного журнала.

**Дело «Инсанов против Азербайджана»  
(постановление от 14.03.2013, жалоба No.  
16133/08)**

Заявитель, 1946 года рождения, является азербайджанским гражданином и был министром здравоохранения с 1993 г. до 2005 г. В октябре 2005 г. он вместе с другими высокопоставленными представителями правительства был арестован под подозрением в злоупотреблении служебным положением, расхищении государственных денег и планировании государственного переворота («coup d'etat») после парламентских выборов в ноябре 2005 г. Он оставался до апреля 2007 г. в заключении и был обвинен во множестве преступлений. Последовали гражданское и уголовное производство. Заявитель уже давно болел туберкулезом. В феврале 2005 г. у него было обнаружено выпадение межпозвонокового диска («herniation of an intervertebral disc»). В своей жалобе он жаловался на плохие условия заключения, некорректное обращение во время гражданского и уголовного процессов и недостаточное медицинское обслуживание в заключении.

Европейский Суд по правам человека признал относительно условий заключения («Detention Facility No. 1») и «Detention Facility No. 13») факт нарушения статьи 3 Конвенции, а относительно обращения во время гражданского и уголовного процессов факт нарушения статьи 6 части 1 Конвенции. Заявителю он присудил компенсацию в размере 10.000 евро за причиненный немущественный ущерб. Постановление вступило в силу.

**Дело «Зейналов против Азербайджана»  
(постановление от 30.05.2013, жалоба No.  
31848/07)**

Заявитель родился в 1935 году, является гражданином Азербайджана и проживает в Сиязани. В декабре 2004 г. его признали виновным в возделывании земли, которая ему не принадлежала. Его приговорили к денежному штрафу. Со ссылкой на статью 6 Конвенции заявитель утверждал, что один из судей Верховного суда («Supreme Court Judge») уже ранее занимался его делом в апелляционном суде, так что более не мог быть беспристрастным.

Европейский Суд по правам человека постановил, что тем самым была нарушена статья 6 часть 1 Конвенции («right to a fair trial»), и присудил заявителю компенсацию в размере 1.000 за понесенные расходы. Постановление вынесено Большой палатой.

**Дело «Абдулгадиров против Азербайджана»  
(постановление от 20.06.2013, жалоба No. 24510/06)**

Заявитель, 1949 года рождения, имеет азербайджанское гражданство и проживает в Баку. В сентябре 2004г. он был арестован под подозрением в принадлежности к некой террористической группе и за нелегальное владение оружием приговорен к трем годам заключения. Приговор был утвержден в ноябре 2005г. Верховным судом. Заявитель жаловался на нарушения Конвенции, так как не был допущен к слушаниям в апелляционном суде и Верховном суде.

Европейский Суд по правам человека признал факт нарушения статьи 6 части 1 и части 3в Конвенции («right to a fair trial and right to legal assistance of own choosing») и присудил заявителю компенсацию в размере 2.400 евро за причиненный неимущественный ущерб и компенсацию в размере 1.000 евро за понесенные расходы. Постановление вынесено Большой палатой.

**Дело «Рзаханов против Азербайджана»  
(постановление от 04.07.2013, жалоба No. 4242/07)**

Заявитель, 1961 года рождения – азербайджанец и с 1997 года отбывает наказание в виде пожизненно-го лишения свободы за убийство в тюрьме Гобустана («Gobustan Prison»). Со ссылкой на статью 3 Конвенции он жаловался на плохие условия заключения, в частности на малые размеры своей камеры, нахождение в одиночном заключении («solitary confinement»), нехватку притока воздуха и недостаточное пребывание на открытом воздухе, а также на плохое качество пищи.

Европейский Суд по правам человека посчитал доказанным нарушение статьи 3 Конвенции («prohibition of inhuman or degrading treatment») и присудил заявителю компенсацию в размере 7.500 евро. Постановление вынесено Большой палатой.

**Дело «Тагирова против Азербайджана»  
(постановление от 03.10.2013, жалоба No. 47137/07)**

Заявительница, 1953 года рождения, имеет азербайджанское гражданство и проживает в Сумгаите. В своей жалобе она утверждает, что 26-го ноября 2005 г. во время демонстрации протеста против нарушений во время парламентских выборов была так избита особым отрядом полиции («riot police»), что ее пришлось отвезти в больницу («blunt trauma»). Фотографии потерявшей

сознание заявительницы были впоследствии опубликованы в различных ежедневных газетах. Заявительница посчитала полицейскую операцию и последующее неэффективное расследование происшествия нарушениями статьи 3 Конвенции и, кроме того, что имеет место нарушение статьи 11 Конвенции.

Европейский Суд по правам человека установил два нарушения статьи 3 Конвенции («prohibition of inhuman or degrading treatment») и одно нарушение статьи 11 Конвенции («freedom of assembly and association»). Кроме того, заявительнице за нематериальный ущерб была присуждена компенсация в размере 11.000 евро. Постановление вынесено Большой палатой.

**Дело «Ханкаев против Азербайджана»  
(постановление от 14.11.2013, жалоба No. 56688/12)**

Заявитель, 1967 года рождения, имеет российское гражданство и отбывает наказание в тюрьме в Баку. Будучи чеченским мятежником («Chechen rebel»), заявитель в 2002 г. бежал в Азербайджан. За создание нелегальной вооруженной банды и нелегальное владение огнестрельным оружием он в 2006 г. в Азербайджане был приговорен к наказанию в виде лишения свободы. За преступления в Чечне русские суды проговорили его к шести годам заключения. Для отбывания этого наказания российские власти в июне 2012 г. потребовали его выдачу («extradition»), получили согласие азербайджанских властей, подтвержденное азербайджанскими судами. С тем обоснованием, что в случае выдачи ему грозит серьезная опасность пыток, заявитель обратился в Европейский Суд по правам человека, который временно приостановил выдачу. Тем не менее выдача заявителя состоялась.

Далее Европейский Суд по правам человека в производстве по основному иску постановил, что с выдачей заявителя статья 3 («prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment») не нарушается. Однако он решил, что имеет место нарушение назначенной им временной меры («interim measure»). Постановление вынесено Большой палатой.

2. В период между 1-ым января 2013 г. и 31-ым декабря 2013 г. Европейский Суд по правам человека в целом по двум делам признал факт нарушения Конвенции со стороны армянских властей. В пяти случаях Суд посчитал жалобы неприемлемыми и вычеркнул их из списка (Application Nos. 57687/09 и др., 72733/10, 45199/09, 61730/08 и 8696/09).

В одном из окончательных решений по делу был признан факт нарушения статьи 6 части 1 Конвенции («access to court»).

**Дело «Мартirosян против Армении»  
(постановление от 05.02.2013, жалоба No.  
23341/06)**

Заявитель, 1969 года рождения - гражданин Армении и живет в Ванадзоре. Как бывший менеджер филиала банка он в ноябре 2005 года был приговорен за подстрекательство («abetting») к злоупотреблению доверием и подделку документов к двум годам и шести месяцам заключения. Со ссылкой на статью 7 («no punishment without law») он в жалобе утверждал, что его осуждение основывалось на таком применении законов, которое не было законным («legal certainty») и предсказуемым, так как соответствующее положение нового Уголовного кодекса вступило в силу лишь во время производства дела.

Европейский Суд по правам человека не признал факт нарушения статьи 7 Конвенции («nullum crimen sine lege»).

**Дело «Меликян против Армении»  
(постановление от 19.02.2013, жалоба No.  
9737/06)**

Заявительница родилась в 1949 году, имеет армянское гражданство и проживает в Ереване. С 1986 г. до 2005 г. работала на две государственные компании, которые должны были быть приватизированы на основе закона. Заявительница намеревалась вместе с другими сотрудницами до приватизации приобрести доли в капитале компаний, на которых работала. В 2004 году компании были проданы частному лицу. Заявительница утверждала, что таким образом она с нарушением статьи 6 части 1 («access to court») и статьи 13 («right to an effective remedy») Конвенции была лишена возможности инициировать проверку правомерности закона, позволяющего приватизацию, в армянских судах, так как последние отказали в судебной проверке.

Европейский Суд по правам человека постановил, что имеет место нарушение статьи 6 части 1 («access to court»). Заявительнице присудили компенсацию в размере 3.600 евро за причиненный неимущественный ущерб. Постановление вступило в силу.

3. В период между 1 января 2013г. и 31 декабря 2013 г. Европейский Суд по правам человека по двум делам признал факт нарушения Конвенции со стороны грузинских властей. В шести случаях дела были вычеркнуты из списка или жалобы были объявлены неприемлемыми (жалобы Nos. 9043/05, 70820/10 и др., 32220/07, 16206/06, 22026/10 и др. и 1700/08 и др.).

В упомянутых постановлениях по существу дел в ос-

новном были установлены нарушения статьи 3 Конвенции («prohibition of inhuman or degrading treatment»).

**Дело «Яши против Грузии»  
(постановление от 8.01.2013, жалоба No.  
10799/06)**

Заявитель, 1973 года рождения, имеет грузинское гражданство и отбывал наказание в виде лишения свободы за преступление, связанное с наркотиками. Со ссылкой на статью 3 Конвенции («prohibition of inhuman or degrading treatment») он утверждал, что в предварительном заключении не получил медицинскую помощь, необходимую из-за его психических и кардиологических проблем и из-за его заболевания гепатитом. В частности, он жаловался на то, что не был исполнен вынесенный во время предварительного слушания в 2006 году приговор суда о его помещении в психиатрическую клинику. Вместо того, его оставили в тюрьме, где он совершил несколько попыток самоубийства.

Европейский Суд по правам человека установил факт нарушения статьи 3 Конвенции по части лечения по поводу психического заболевания. Помимо этого, Суд не усмотрел нарушения статьи 3 Конвенции. Заявителю была присуждена компенсация в размере 3.000 евро. Постановление вынесено Большой палатой.

**Дело «Илдани против Грузии»  
(постановление от 23.04.2013, жалоба No.  
65391/09)**

Заявитель родился в 1986 году, имеет грузинское гражданство и отбывал наказание в виде лишения свободы сроком в семнадцать лет и шесть месяцев в тюрьме («Rustavi-No. 1 Prison») за противозаконное владение огнестрельным оружием и вооруженное ограбление. Он был арестован в октябре 2007 года и осужден в июне 2008 года. Заявитель жаловался на плохие условия заключения, которые привели к тому, что у него в феврале 2010 г. был обнаружен туберкулез. Далее он жаловался на последовавшее недостаточное медицинское обслуживание.

Европейский Суд по правам человека постановил, что из-за недостаточной врачебной помощи до февраля 2010 г. была нарушена статья 3 Конвенции («prohibition of inhuman or degrading treatment»). Относительно периода после февраля 2010 г. он не усмотрел нарушения статьи 3 Конвенции. Суд присудил заявителю за нематериальный ущерб компенсацию в размере 4.500 евро. Постановление вынесено Большой палатой.

Дмитрий Гегенава<sup>1</sup>

## Неконституционное конституционное изменение:

### три определения из практики Конституционного Суда Грузии

#### I. Введение

В XXI веке конституционализм проявился как совершенно особая, самобытная отрасль права, которая приобрела свойственные только ей качества. Динамичность права обуславливает системные изменения новых институтов, уже устоявшихся понятий, что является совершенно естественным процессом. Причиной этого служит многогранность правоотношений и постоянно обновляемое мировоззрение. Геополитические изменения, происходящие в современном мире, оказывают влияние на политические, мировоззренческие и социально-экономические принципы конституционного права.<sup>2</sup> Существует большое количество институтов, новое видение которых в основе изменили ранее существовавшие принципы и подходы. Государственные институты, а в особенности органы конституционного контроля, должны идти в ногу со временем. Внедрение новаций в национальную правовую систему требует помимо глубоких правовых познаний и наличия гражданской смелости, так как часто именно смелость юристов и обуславливает гражданское и государственное развитие.<sup>3</sup>

Ещё в начале 19-го века Маршалл определил несколько принципов правового действия конституции, которые, впоследствии, в полной мере разделил конституционализм. Таковыми являются: верховенство конституции, ее преимущественная юридическая сила по отношению к любым другим законам или правовым актам, отмена любых противоконституционных актов, запрещение исполнения противоконституционного, потерявшего силу закона.<sup>4</sup> Отмеченные принципы нашли развитие в идеях правового государства, верховенства конституции, иерархии нормативных актов и Кельзенского конституционного суда по Кельзену. В верховенстве конституции всегда содержатся вопросы в отношении конституциональности той или иной статьи

конституции. Известно, что недопустимо осуществлять изменения в любой статье конституции и существует значительный субстанционный рубеж, который должен соблюдаться законодателем при осуществлении изменений в конституции.<sup>5</sup> Хотя, всегда присутствует опасность, что в конституции будут инкорпорированы такие нормы, содержание которых противоречит самой идее конституции, ее истинному духу.

Обсуждение конституционности конституционных изменений берёт начало еще в правовой литературе времен Веймарской республики.<sup>6</sup> С тех пор, множество исторических и правовых процессов вынудил ряд государств огнестись с особым вниманием к содержанию текста конституционных изменений и рассматривать их в контексте всей конституции. В современном праве множество конституций и судов признают концепцию «неконституционного конституционного изменения», которая, в основном основана на принципе правового государства и дискреции суда.<sup>7</sup> Хотя, из-за крайней деликатности и острой политической подоплёки вопроса, соответствующие органы ряда государств уходят от осуществления подобной компетенции или такого рода толкования конституции, которое даст им возможность распространить механизм конституционного контроля и на конституционные законы.

В конституции Грузии не указаны прямо полномочия конституционного суда по вопросу конституционности конституционных изменений, хотя отмеченное не означает исключение подобной функции из арсенала компетенций конституционного суда. В этом отношении конституционный суд всегда придерживается осторожной политики. В его практике зафиксировано три конституционных иска, в которых истцы требовали признания осуществлённых в конституции изменений неконституционными, хотя, во всех трёх случаях, позиция суда оказалась одинаковой: своим определением суд отказался принять дело для рассмотрения по существу и обосновал это неимением соответствующей компетенции.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Магистр права, докторант, ассистент-профессор Учебного Университета Восточной Европы, директор института права Давида Батонишвили.

<sup>2</sup> Бондарь Н., Концепция Судебного Конституционализма: Методология Исследования в Свете Практики Конституционного Правосудия, «Конституционное Правосудие», №1(55), 2012, с. 17.

<sup>3</sup> См., Радбрух Г., Пять минут философии права, пер. Д. Гегенава, журнал права «Сарчеви», №1-2 (3-4), 2012, с. 248.

<sup>4</sup> Troper M., Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy, «International Journal Of Constitutional Law», Vol. 3, N1, 2005, с. 26.

<sup>5</sup> См. Gatmayton D.B., Can constitutionalism Constrain constitutional Change? «Northwestern Interdisciplinary Law Review», Vol. 3, №. 1, 2010, с. 22.

<sup>6</sup> Barak A., Unconstitutional Constitutional Amendments, «Israel Law Review», vol. 44, 2011, с. 327.

<sup>7</sup> Dixon R., Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments, University of Chicago, Public Law Working Paper, № 349, 2011, с. 1.

<sup>8</sup> См., Определение Конституционного Суда Грузии №2/2/486 от 12 июля 2010 года по делу «некоммерческое юридическое лицо и Национальная лига защиты Конституции» против парламента Грузии»; Определение Конституционного суда №1/3/523 от 24 октября 2012 года по делу «Гражданин Грузии Геронтий Ашордия против Парламента Грузии»; Решение Конституционного Суда Грузии №1/1/549 от 5 февраля 2013 года под делу «Граждане Грузии - Ирма Инашвили, Давид Тархан-Моурави и Иосиф Манджавидзе против парламента Грузии».

Цель работы - рассмотреть практику конституционного суда и все три случая, оценить аргументацию суда, а также, в сравнительно-правовом аспекте, учитывая практику других государств, установить, насколько верна установленная судом практика. В рамках статьи не дается оценка предмета конституционных тяжб, или того, каким результатом были бы завершены дела, если бы суд принял их для рассмотрения по существу. В статье будут рассмотрены непосредственно аспекты компетенции суда, интерпретации конституционного суда собственных полномочий и норм конституции.

## II. Неконституционное конституционное изменение

### 1. Статус конституционного изменения

В отношении конституционных изменений всегда действует особый правовой режим, так как этим механизмом возможно осуществление изменений и дополнений в конституцию. Возможность изменения конституции и соответствующие правовые процедуры устанавливает основной закон. В случае Грузии, указанный вопрос регулируется восьмой главой конституции, в которой речь идет о частичной или общей переработке конституции.<sup>9</sup> Следует отметить, что в этой главе ничего не сказано о той правовой форме, о том акте, посредством которого должны войти изменения в конституцию. Речь идет в общих чертах о законопроекте по переработке конституции. Дополнительно это определяется законом Грузии о «Нормативных актах», согласно которому, изменения в конституции осуществляются посредством конституционного закона.<sup>10</sup>

Согласно конституции, конституционный закон принимается по вопросам территориального устройства, а также статусов Аджарской и Абхазской автономных республик. В самом основном законе ничего не сказано о другом случае применения конституционного закона. Конституционный закон - это нормативный акт, который по правовой силе приравнен к конституции,<sup>11</sup> так как с помощью этого закона возможно изменить текст конституции. Он признан неотъемлемой частью конституции.<sup>12</sup>

Главная проблема, связанная со статусом конституционного закона состоит в том, что его статус определяется правовым актом, стоящем в иерархии несравненно ниже, чем сам конституционный закон, а не самой конституцией, которая не даёт прямого указания по поводу осуществления конституционных изменений самой конституцией. А на практике законопроект о частичном

или общем пересмотре конституции принимается в форме конституционного закона.<sup>13</sup>

## 2. Конституционность конституционных изменений

### 2.1. Полномочие

Объявление конституционных норм неконституционными не входит в компетенцию «рядовых», «обычных» государственных органов, даже среди полномочий высших органов власти оно считается особым, экстраординарным полномочием. В последнем столетии в цивилизованном мире активно происходит его внедрение, и оно осваивает всё новые, доселе не изученные просторы развития конституционного права. Соображение, что «ни один орган государства, в том числе и суд, не уполномочен рассматривать или отменять решение народа»<sup>14</sup>, в полном объеме, в первичном значении не встречается даже в классическом парламентском государстве. Безусловно, принятые народом решения с применением непосредственных, демократических форм, занимают особое место как с точки зрения правовой силы, так и по идейной значимости, хотя, главной целью установления конституционного контроля являлось осуществление активного надзора над законотворчеством.

Полномочие конституционного суда (и других органов, осуществляющих конституционный контроль) заключается в рассмотрении соответствия законов с конституцией и подразумевает право проверки конституционности тех конституционных изменений, которые противоречат основным положениям основного закона.<sup>15</sup> Например, основной закон Германии 1949 года, конституции Боснии-Герцеговины 1995 года и Афганистана 2004 года помещают конституционные изменения в строгие рамки и предусматривают возможность осуществления над этими изменениями судебного конституционного контроля.<sup>16</sup>

Изменения конституции отменяют в основном по двум причинам: из-за процедурных нарушений или несоответствия их содержания тексту конституции.<sup>17</sup> В некоторых случаях могут возникнуть проблемы в обо-

<sup>9</sup> См., ст. 102 Конституции Грузии.

<sup>10</sup> «О нормативных актах». Статья 10.2 Закон Грузии.

<sup>11</sup> Там же, подпункт «а» статьи 7.3.

<sup>12</sup> Там же, первое предложение статьи 10.2.

<sup>13</sup> См., Гегенава Д., Кантария Б., Цанава Л., Тевзадзе Т., Мачарадзе З., Джавахишвили П., Эрквания Т., Папашвили Т., Конституционное право Грузии, Тбилиси, 2013, с. 44-45.

<sup>14</sup> Jacobson G. J., An Unconstitutional Constitution? A comparative Perspective, "International Journal of constitutional Law" Vol.4, №3, 2006, 469, См.цитирование: Hanafin v. Minister of the Environment, (1996), 2 ILRM62.183.

<sup>15</sup> Barak A., Unconstitutional Constitutional Amendments, "Israel Law Review", vol. 44, 2011, с. 329.

<sup>16</sup> Dixon R., Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments, University of Chicago, Public Law Working Paper, № 349, 2011, с. 2.

<sup>17</sup> Там же 1.

их направлениях.<sup>18</sup> Например, Верховный суд Бразилии рассматривает как формальное (процедура принятия), так и содержательное соответствие конституционного закона тексту конституции.<sup>19</sup> По мнению ряда учёных, если законодательный орган вносит изменения в конституцию, единственное полномочие суда заключается в том, чтобы проверить процесс принятия конституционных изменений, в основном их формально-правовые предпосылки.<sup>20</sup> Хотя, органы конституционного контроля часто вторгаются и в содержательный аспект. В Германии, Индии и в Южной Африке уполномоченные суды могут объявить конституционные изменения потерявшими силу даже в том случае, если изменения удовлетворяют установленные конституцией все формальные и процедурные требования, но противоречат общему духу конституции.<sup>21</sup> Наделение конституционных судов подобным полномочием предоставляет собой дискрецию неограниченной судебной интерпретации,<sup>22</sup> которая всегда порождает опасность широкого толкования нормы.

О компетенции проверки конституционности конституционных норм, возможно, в конституции возможно, и не будет однозначного регулирования, хотя вследствие толкования уполномоченного за интерпретацию органа, она может быть внедрена в практику. Например, хотя старая конституция Турции специально не устанавливала конституционный контроль над конституционными изменениями, конституционных суд интерпретировал конституцию таким образом, что сам взял на себя право надзора над пересмотром конституции.<sup>23</sup> Новая конституция 1982 года уже и формально предусмотрела возможность оценки конституционности конституционных изменений.<sup>24</sup> На сегодняшний день конституция Турции признает судебный контроль конституционности актов с учётом необходимости постоянства ряда конституционных норм.<sup>25</sup>

Верховный суд Индии уполномочен рассматривать конституционность пересмотра конституции.<sup>26</sup> Практика проверки конституционности конституционных из-

менений в Индии связана с решением Верховного Суда 1967 года по делу *Galaknath v. State of Punjab*, которым суд отменил 17-ую поправку конституции 1964 года, которая нарушала право собственности.<sup>27</sup> Конституция Австрии признает конституционный контроль в отношении законов, а статья 44 прямо указывает на проверку конституционности конституционных изменений.<sup>28</sup> Подобное регулирование устанавливает и конституция Румынии.<sup>29</sup> А согласно Конституции Южной Африки, конституционный суд уполномочен рассуждать о конституционности любых изменений конституции.<sup>30</sup>

Единой позиции относительно конституционности конституционных изменений в праве не существует. Это зависит от культурного, правового и политического развития государства, от квалификации органов конституционного контроля и от практической имплементации принципа правового государства. Хотя, однозначно говорить о том, что если в основном законе нет специального на то указания, конституционный суд неуполномочен рассматривать подобные тяжбы - неверно, так как конституция должна толковаться исходя из её духа, общего контекста.<sup>31</sup>

## 2.2. «Постоянные» и «обыкновенные» нормы

Полномочие объявления конституционных изменений неконституционными часто связывают с существованием в конституции основополагающих, т.н. «постоянных», «неизменных» норм, которые для самого основного закона выполняют функцию своего рода красной линии, рубежа. Иногда подобные положения выделены особо в тексте конституции, что упрощает установление их правового статуса, и, в первую очередь, их значения. Постоянные нормы защищают конституцию от неоправданных изменений, в таком случае судебный контроль является естественным механизмом защиты подобных норм.<sup>32</sup> Именно из-за их существования ограничения конституционных изменений, возможно, могут быть прямо даны в конституции.<sup>33</sup>

Часто конституция имплицитно подразумевает основополагающие нормы - «постоянные», «неизменные» положения, которые можно прочесть между

<sup>18</sup> Там же.

<sup>19</sup> См.,

<sup>20</sup> См. цитирование: Jacobson G. J., *An Unconstitutional Constitution? A comparative Perspective*, "International Journal of Constitutional Law" Vol. 4, №3, 2006, 466, См. цитирование: State (Ryan) v. Lemmon, (1935), 170 I.R. 180.

<sup>21</sup> Gatmayton D.B., *Can constitutionalism Constrain Constitutional Change?* "Northwestern Interdisciplinary Law Review", Vol. 3, № 1, 2010, с. 27

<sup>22</sup> Dixon R., *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments*, University of Chicago, Public Law Working Paper, № 349, 2011, с. 5.

<sup>23</sup> Gozler R., *Judicial Review of constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa, 2008, с. 23-24.

<sup>24</sup> См., Constitution of Turkey, 1982, Art.148 (1).

<sup>25</sup> Barak A., *Unconstitutional Constitutional Amendments*, "Israel Law Review", vol. 44, 2011, 322.

<sup>26</sup> Там же, с. 325.

<sup>27</sup> См., *Golaknath v. State of Punjab*, A.I.R. 1967 S.C. 1643 (India).

<sup>28</sup> Barak A., *Unconstitutional Constitutional Amendments*, "Israel Law Review", vol. 44, 2011, 327.

<sup>29</sup> Там же, с. 332.

<sup>30</sup> Там же.

<sup>31</sup> См., Гегенава Д., *Толкование конституции и связанные с ней некоторые политико-правовые вопросы «обзор современного права»*, №1, 2013, с. 102-115.

<sup>32</sup> Barak A., *Unconstitutional Constitutional Amendments*, "Israel Law Review", vol. 44, 2011, с. 327.

<sup>33</sup> Gatmayton D.B., *Can constitutionalism Constrain Constitutional Change?* "Northwestern Interdisciplinary Law Review", Vol. 3, № 1, 2010, с. 27

строк закона.<sup>34</sup> Например, если конституция предусматривает разделение власти между её ветвями и если независимость каждой из них обеспечена и признана основными правами человека, можно сказать, что конституция имплицитно устанавливает принципы разделения властей, независимости суда и правового государства.<sup>35</sup> По мнению многих учёных, нельзя изменять путем конституционных изменений данные в конституции Японии основополагающие принципы, такие как народный суверенитет, основные права и пацифизм. Подобное мнение сложилось и в отношении наличия внутренних ограничений в конституции Швейцарии.<sup>36</sup>

Барак идёт еще дальше и признает допустимым возможность конституционного контроля не только в отношении конституционных изменений, но и в отношении конституционности положений самой конституции. По его мнению, нельзя избегать отмены конституционных норм по той причине, что они являются частью конституции, так как в конституции даны настолько основополагающие положения, имеющие надконституционный характер, что ограничиваются даже лица, осуществляющие изменения в конституции.<sup>37</sup> Например, авторы основного закона Германии были уверены, что достоинство человека и демократия являются такого рода ценностями, которые должны занимать особое место в конституции.<sup>38</sup> Соответственно, статус регулирующих их норм в основном законе Германии отличается от всех остальных, что делает возможным вести спор о конституционности любого публичного акта, в том числе о конституционности конституционных изменений.

Классический нормативистский аргумент о правовом равенстве и запрете иерархии норм одного уровня нельзя считать серьёзным, так как не у всех норм конституции имеется равнозначное содержание. Несмотря на то, насколько четко определены и точно даны «постоянные» нормы или какое-либо положение об их неизменности в основном законе, можно сказать, что в конституции содержатся те основополагающие принципы и жизненно важные нормы, содержание которых не по формальному, а по материальному значению превосходит любые другие положения.

### 2.3. Конституционный Суд как позитивный законодатель

Конституционный суд не должен избегать принятия значительных решений по той причине, что конкретное полномочие в основном законе не указано специально. После формирования учений Маршалла и Кельзена многое изменилось, и это, в первую очередь, отразилось на компетенции органов конституционного контроля. Шайо отмечает: «Функция современного конституционного суда вышла за пределы Кельзенской роли негативного законодателя, так как суды не только отменяют антиконституционные законы, но и предоставляют готовые решения, которые могут привести к пересмотру конституции».<sup>39</sup> Конституционный суд является Кельзенским «негативным законодателем», хотя установление толкования конституции склоняется к функции «позитивного законодателя».<sup>40</sup>

«Право значительно больше, чем законы, принятые парламентом».<sup>41</sup> Конституционный суд развивает и создаёт конституционно-правовую доктрину, играет значительную роль в разграничении власти, в системе сдержек и противовесов. Решения конституционного суда могут оказать значительное влияние на процессы, происходящие в государстве. Суд является законотворческим органом и его решения часто содержат все элементы, установленные для нормативных актов.<sup>42</sup>

Конституционный суд уполномочен разрабатывать рекомендации и предложения с целью усовершенствования законодательства, что само по себе оказывает значительное влияние на нормотворческий процесс.<sup>43</sup> Часто суд пытается временным регулированием искоренить законодательные пробелы, вызванные отменой актов, признанных неконституционными, что вызывает раздражение у ряда учёных.<sup>44</sup> Отменой законодательных актов конституционный суд исправляет недостатки.<sup>45</sup>

В определении от 20 сентября 2002 года конституционный суд Грузии отмечает, что разработка новой

<sup>34</sup> Barak A., *Unconstitutional Constitutional Amendments*, "Israel Law Review", vol. 44, 2011, c. 333.

<sup>35</sup> Там же.

<sup>36</sup> Gatmayton D.B., *Can constitutionalism Constrain Constitutional Change?* "Northwestern Interdisciplinary Law Review", Vol. 3, № 1, 2010, c. 26.

<sup>37</sup> Barak A., *Unconstitutional Constitutional Amendments*, "Israel Law Review", vol. 44, 2011, c. 329.

<sup>38</sup> Gatmayton D.B., *Can constitutionalism Constrain Constitutional Change?* "Northwestern Interdisciplinary Law Review", Vol. 3, № 1, 2010, c. 28.

<sup>39</sup> Шайо А., *Самоограничение власти. Вступление в конституционализм*, пер. М. Маисурадзе, под ред. Т. Нинидзе, Тбилиси, 2003, с. 292.

<sup>40</sup> Dürr S.R., *Comparative Overview of European Systems of Constitutional justice*, "Vienna Journal of International Constitutional Law", vol. 5, No. 2, 2011, c. 171.

<sup>41</sup> Зойдзе Б., *Учение о законодательной культуре*, журн. «Человек и конституция», №1, 2006, с. 43.

<sup>42</sup> Зорькин В., *Прецедентный Характер Решений Конституционного Суда Российской Федерации*, «Конституционное Правосудие», №3 (33), 2006, с. 8.

<sup>43</sup> Василевич Г., *Решение Конституционного Суда Как источник Права и Их Соотношение с Актами Иных Судебных Органов*, «конституционное Правосудие», №2(28), 2005, с. 57.

<sup>44</sup> Кочламазашвили Б., *Правовая защита конституции*, Тбилиси, 2009, с. 121.

<sup>45</sup> Faber R., *The Austrian Constitutional Court - An Overview*, "Vienna Journal of International Constitutional Law", vol. 1, 2008, c. 51.

нормы является полномочием соответствующего органа и не является подсудным конституционному суду вопросом.<sup>46</sup> По законодательству у конституционного суда нет такого полномочия, хотя, нужно отменить, что на практике он более действенен, чем это обусловлено его функцией просто негативного законодателя. На протяжении веков судьи государств не только общего, но и континентального права активно занимаются правотворческой деятельностью.<sup>47</sup>

Согласно общему правилу, конституционный суд осуществляет правотворчество – он занимается проблемами законодательства, рассматривает конституционность актов на примере прецедентов и путем заполнения пробелов и «белых пятен» в конституции.<sup>48</sup> Например, пленум конституционного суда Германии истолковал федеральный закон таким образом, что он расширил полномочия другого сената суда и установил дополнительную юрисдикцию.<sup>49</sup> В своей практике конституционный суд Турции несколько раз рассмотрел тяжбу о конституционности конституционных изменений еще тогда, когда не имел подобного полномочия по конституции.<sup>50</sup>

У такого органа, как конституционный суд, имеющего весомое значение и статус, не должно быть ментальной, моральной преграды, расширить и заполнить не урегулированные законодательством, в том числе и конституцией, сферы. Именно на конституционный суд возложена обязанность, которую не возьмет на себя ни один государственный институт. Он обязан возложить на себя ответственность, дабы право не осталось незащищенным, и если для этого понадобится такого рода толкование нормы, которым суд фактически присуждает себе функцию «позитивного законодателя», это не должно его пугать.

### III. Три определения Конституционного Суда Грузии

#### 1. Предмет тяжбы

У конституционного суда Грузии нет долгой истории существования, хотя его практика развивается в интересном направлении. Вопрос конституционности кон-

ституционных изменений перед судом стоял трижды, но суд во всех трёх случаях счёл иски недопустимыми и не рассматривал их по существу. Особенно интересно то обстоятельство, что во всех трёх случаях предмет тяжбы почти идентичен и касается одного и того же конституционного закона.

9 декабря 2009 года с конституционным иском в конституционный суд обратились относительно конституционности одновременно двух конституционных законов: конституционных законов Грузии о внесении изменений и дополнений в конституцию Грузии» №3272-рс от 6 февраля 2004 года и №4133-рс от 27 декабря 2006 года.<sup>51</sup>

24 февраля 2012 года в конституционном суде были обжалованы конституционные изменения 2006 года. Истец требовал признания неконституционными подпункта «а» первого пункта и подпункта «г» второго пункта первой статьи конституционного закона №4133 от 27 декабря 2006 года. Указанными нормами был установлен статичный период проведения президентских выборов - октябрь календарного года истечения полномочий.<sup>52</sup>

5 января 2013 года конституционные изменения 2006 года были обжалованы повторно. В своем конституционном иске Ирма Инашвили, Давид Тархан-Моурави и Иосиф Манджавидзе поставили под вопрос конституционность подпункта «г» 2-го пункта первой статьи конституционного закона Грузии №4133рс от 27 декабря 2006 года о внесении дополнений и изменений в Конституцию Грузии в отношении первого пункта 17-ой статьи и первого пункта 28-ой статьи Конституции Грузии. Согласно конституционному иску, обжалованной нормой был продлён срок правомочий действующего президента Грузии и парламент, фактически, придал норме обратную силу, чем нарушил как принципы публичного права, так и право каждого избирателя «выполнять конституционную функцию источника государственной власти».<sup>53</sup> По мнению истца, объявляя конституционные изменения потерявшими силу, конституционный суд отменяет не конкретное положение конституции, а непосредственно норму конституционного закона.<sup>54</sup> Вопреки этому, по мнению парламента Грузии, положение закона об изменениях и дополнениях в конституции не может стать предметом обсужде-

<sup>46</sup> Зондзе Б., Конституциональный контроль и порядок ценностей в Грузии, Тбилиси, 2007, 63, См. цитирование: журн. «человек и конституция», №4, 2002, с. 93.

<sup>47</sup> Кочламазашвили Б., Правовая защита конституции, Тбилиси, 2009, с. 121

<sup>48</sup> Витрук Н.В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, с. 82.

<sup>49</sup> См. Определение пренума федерального Конституционного Суда Германии от 15 ноября 1993 года в труде: Хубау Г., Траут И., Конституционное правосудие в Германии, Тбилиси, 2001, с. 112.

<sup>50</sup> Orbudun E., Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey”, “European Public Law Journal”, №15, 2009, с. 533.

<sup>51</sup> Определение Конституционного Суда. №2/2/486 от 12 июля 2010 года по делу, «некоммерческое юридическое лицо «Национальная лига защиты конституции» против парламента Грузии», I, 1.

<sup>52</sup> Определение Конституционного суда №1/3/523 от 24 октября 2012 года по делу «Гражданин Грузии Геронтий Ашордия против Парламента Грузии», I, 1, 2, 3.

<sup>53</sup> Решение Конституционного Суда №1/1/549 от 5 февраля 2013 года по делу, «Граждане Грузии - Ирма Инашвили, Давид Тархан-Моурави и Иосиф Манджавидзе - против Парламента Грузии», I, 8.

<sup>54</sup> Там же I, с. 12.

ния, так как оно является «действующей редакцией той нормы основного (кодифицированного) закона, которая установилась в результате осуществлённых изменений...»<sup>55</sup>

Несмотря на то, что предмет тяжбы всех трёх исков идентичен и с относительной точностью требовал отмены положения одного и того же конституционного закона, особое внимание общественности привлек именно конституционный иск от 5 января 2013 года. К тому времени в Грузии сложилась новая правовая и политическая ситуация и государство находилось в коабитационном режиме, свойственном полупрезидентской республике. Существовал значительный интерес к конституционному суду, так как он реально мог сыграть переломную роль в политических процессах страны. Наверное, и высокий общественный интерес обусловил тот факт, что определение по названному делу по объёму значительно превосходит положения, принятые по двум предыдущим делам.

Во всех трёх случаях конституционный суд решил, что рассмотрение вопроса конституционности конституционного закона, вносящего изменения и дополнения в конституцию, выходит за рамки его компетенции.<sup>56</sup> По мнению суда, в конституции Грузии прямо не предусмотрено полномочие суда, обсуждать конституционность конституционного закона и суд не разделил соображение истца о том, что в этом случае подобная компетенция «вытекает из общей логики правомочий и миссии»<sup>57</sup> конституционного суда.

## 2. Позиция суда

Относительно конституционности конституционных изменений конституционный суд избрал крайне осторожный подход. Во всех трёх случаях суд избрал довольно узкую, ограниченную интерпретацию собственной компетенции и развил аргументацию по нескольким основным направлениям: суть и статус конституционного закона, полномочия конституционного суда, правовой статус норм конституции и их соотношение.

Конституционный суд посчитал, что закон, вносящий изменения и дополнения в конституцию, является неотъемлемой частью самой конституции,<sup>58</sup> соответ-

ственно, истцом был поставлен вопрос о конституционности не конституционного закона, а самой конституции, в частности, 9-го пункта статьи 70 конституции.<sup>59</sup> «Конституционный закон, как неотъемлемая и органичная часть конституции, сам создает конституционно-правовой порядок и с точки зрения содержания не может являться объектом оценки конституционного суда. В противном случае, мы имели бы дело с проверкой конституционности конституционных норм».<sup>60</sup> Для лучшего выявления правовой природы конституционного закона, конституционный суд привел 2-ой пункт статьи 10 закона Грузии о «Нормативных актах», согласно которому, конституционный закон является неотъемлемой частью конституции Грузии.<sup>61</sup>

В сфере контроля норм свои полномочия суд истолковал таким образом, что не включил тяжбу о конституционности конституционного закона в свою компетенцию. «Компетенция конституционного суда ограничивается проверкой соответствия с конституцией Грузии иерархически ниже нее стоящих нормативных актов»<sup>62</sup>. По мнению суда, так как конституционный закон с момента вступления в силу «теряет независимое нормативное содержание и становится составной частью конституции»,<sup>63</sup> истец фактически требовал проверки конституционности одной статьи по отношению к другим статьям (соотношение 9-го пункта статьи 70 конституции Грузии со статьями 17 и 18 конституции), что превышает компетенцию конституционного суда.

По разъяснению конституционного суда все нормы Конституции Грузии равнозначны и должны быть рассмотрены в свете конституции, как единого документа.<sup>64</sup> Спор о конституционных изменениях коллегия рассмотрела в аспекте соотношения норм конституции, чем укрепила позицию о неимении полномочий рассмотрения конституционных изменений.

### 3. Критика судебной практики

Конституционный суд является значительным разработчиком правовой герменевтики, так как толкует нормативный акт различными методами интерпрета-

<sup>55</sup> Там же I, с. 16.

<sup>56</sup> Определение Конституционного суда Грузии №1/3/523 от 24 октября 2012 года по делу «Гражданин Грузии Геронтий Ашордия против Парламента Грузии», II, 5.

<sup>57</sup> См., Решение Конституционного суда Грузии №1/1/549/ от 5 февраля 2013 года по делу «Граждане Грузии - Ирма Инашвили, Давид Тархан-Моурави и Иосиф Манджавидзе - против Парламента Грузии», II, 4.

<sup>58</sup> Определение Конституционного суда Грузии №1/3/523 от 24 октября 2012 года по делу «Гражданин Грузии Геронтий Ашордия против Парламента Грузии», II, 3.

<sup>59</sup> Там же.

<sup>60</sup> Определение Конституционного Суда Грузии №2/2/486 от 12 июля 2010 года по делу «Некоммерческое юридическое лицо и «Национальная лига защиты Конституции» против парламента Грузии», II, 2.

<sup>61</sup> Там же.

<sup>62</sup> Определение Конституционного суда Грузии №1/3/523 от 24 октября 2012 года по делу «Гражданин Грузии Геронтий Ашордия против Парламента Грузии», II, 4.

<sup>63</sup> Решение Конституционного Суда Грузии №1/1/549 от 5 февраля 2013 года по делу, «Граждане Грузии - Ирма Инашвили, Давид Тархан-Моурави и Иосиф Манджавидзе - против Парламента Грузии», I, 2.

<sup>64</sup> Там же II, 9.

ции, с использованием всех возможных механизмов.<sup>65</sup> Значение конституции или другого правового акта само по себе не ясно, для этого необходимо соответствующее толкование, более того, понимание текста подразумевает именно его интерпретацию.<sup>66</sup> Конституционный суд толкует конституцию в основном казуально и обобщённо, хотя, нужно отметить, что суды не всех стран наделены полномочием определять общую интерпретацию.<sup>67</sup> Конституционный суд Грузии неуполномочен отдельно определять общее толкование конституции, он инцидентно, в свете обстоятельств конкретного дела устанавливает содержательные аспекты нормы конституции.

Норма Конституции и любого правового акта должна толковаться в свете принципов конституции исходя из духа конституции, учитывая установленный ею порядок ценностей. Только с помощью подобного подхода возможно полноценное толкование нормы конституции.<sup>68</sup> Интерпретатор толкует основополагающие принципы конституции, в результате чего выясняет основную структуру конституции. А подобное толкование возможно в только свете истории и ценностей конституции, а также супра-конституционных принципов и фундаментальных социальных ценностей.<sup>69</sup>

Полномочие конституционного суда, рассматривать соответствие нормативных актов со второй главой конституции Грузии предусмотрено в подпункте «в» первого пункта статьи 89 конституции Грузии. Конституционный закон, на основании которого изменения вносятся в Конституцию, является нормативным актом, который подпадает под правовое регулирование указанной нормы. Статус конституционного закона устанавливает закон Грузии о «Нормативных актах», хотя о нём нет детальной информации в конституции, соответственно, установление в соответствии со статусом, данным в обыкновенном законе, того, что конституционный закон автоматически является частью конституции, неоправданно в правовом смысле. Конституционный суд не должен себя ограничивать национальным законодательством. Если бы волей законодателя было ограничение возможности конституционного контроля конкретного типа нормативного акта, в конституции об

этом было бы сказано прямо. Так как подпункт «в» первого пункта 89-ой статьи Конституции устанавливает общие полномочия конституционного суда об оценке соответствия нормативных актов с конституцией, неоправданно исключать один из конкретных видов закона (правового механизма внесения в конституцию изменений и дополнений) из правового регулирования. Вместе с тем, суд не дифференцирует конституционные законы, принятые в разных целях и отказывается от контроля всех конституционных законов. Что произойдёт, если под вопросом окажется конституционность какой-либо нормы конституционного закона о «Статусе Аджарской Автономной Республики», или закона, определяющего территориальное устройство Грузии в будущем? Каким будет в таком случае правовой механизм преодоления кризиса? Суд сам себе закрывает доступ к реальному формированию в качестве важнейшего государственного органа.

В основном суды не дают толкование «молчанию» конституции и не присваивают полномочие конституционного контроля над изменениями конституции,<sup>70</sup> хотя, если норма основного закона даёт правовое основание, оценить конституционность конституционных изменений и выполнять свое истинное предназначение - конституционный контроль - подобное истолкование собственной компетенции совершенно нелогично. В то время как часть конституционалистов идёт дальше и считает, что норма конституции, которая не имеет основополагающий характер, противоречит основным принципам конституции, должна быть отменена,<sup>71</sup> установление конституционным Судом подобной интерпретации совершенно неоправданно. Такое ограниченное толкование собственной компетенции и предоставленных конституцией полномочий, равно как и заключение себя в тесные нормативные рамки, является излишне нормативистическим подходом, что больше служит уходу от ответственности, нежели адекватному и содержательному пониманию нормы.

Совершенно непонятна такая оценка конституционным судом собственного назначения, которая подразумевает избавление суда от функции оценки основного закона и установления лучшего регулирования. На этом фоне рождается легитимный вопрос: тогда какова функция конституционного суда?

Конституционный суд Грузии считает, что положение конституционного закона с момента вступления в силу становится частью конституции. Соответственно, рассуждение о его конституционности подразумевает установление соотношения норм конституции и внутренней иерархии. Ни в коем случае трансформация нормы конституционного закона в норму конституции

<sup>65</sup> Сергевнин С., Конституционно-Правовое Истолкование как Особый Вид Юридической Герменевтики (Некоторые Общие Соображения), «Конституционное Правосудие», №1 (59), 2013, с. 39.

<sup>66</sup> Барак А., Судейское усмотрение, Москва, 1999, с. 66.

<sup>67</sup> Сергевнин С., Конституционно-Правовое Истолкование как Особый Вид Юридической Герменевтики (Некоторые Общие Соображения), «Конституционное Правосудие», №1 (59), 2013, с. 39.

<sup>68</sup> Решение Конституционного Суда Грузии №1/3/407 от 26 декабря 2007 года по делу «Ассоциация Молодых юристов Грузии и гражданка Грузии - Екатерина Ломтатидзе против Парламента Грузии», II, 1.

<sup>69</sup> Barak A., Unconstitutional Constitutional Amendments, "Israel Law Review", vol. 44, 2011, с. 338.

<sup>70</sup> Там же, с. 332.

<sup>71</sup> Там же, с. 329.

не должна рассматриваться как необратимый процесс с результатом, рассчитанным на постоянное действие. С подобным подходом, даже в тех странах мира, где действует механизм контроля над конституционными законами, не должны существовать какие-либо легитимные основания их полномочий. Что касается непосредственно вопроса соотношения норм конституции, в этом случае в позиции конституционного суда нет ничего нового, так как по мнению ряда ученых, конституция должна рассматриваться только в едином свете, соответственно, на конституционном уровне не может существовать превосходящих, преимущественных и обычных норм, хотя, отмеченное не отрицает особое значение и влияние некоторых норм.<sup>72</sup> Сказать, что все положения основного закона равнозначны, есть формализация права, что совершенно не соответствует развитию и динамизму современного права.

Конституционный суд отрицает существование «постоянных» норм в конституции Грузии, чем укрепляет свою позицию, что он не уполномочен рассматривать изменения конституции. Необязательно, чтобы конституция прямо устанавливала ограничение тематики конституционных изменений (постоянные нормы), так как грань, имплицитно предусмотренная в содержании конституции, равна эксплицитному ограничению.<sup>73</sup> Существование «постоянных» норм необязательное условие для существования компетенции, связанной с оценкой конституционности конституционных законов. Например, конституция Ирландии не имеет «постоянных» положений, хотя в ней даны специальные нормы об изменении конституции и проверке конституционности этих изменений.<sup>74</sup> Подобно Ирландии, конституция Индии также не содержит т.н. «постоянные нормы».<sup>75</sup> Несмотря на отсутствие подобных норм, в обоих государствах апробирован контроль конституционности конституционных изменений.

По мнению конституционного суда, внесение изменений и дополнений в конституцию Грузии, вообще «пересмотр конституции - часть политического процесса, который, соответственно воле народа, осуществляется избранными народом представителями».<sup>76</sup> К сожалению, по мнению конституционного суда, его деятельность совершенно свободна от политики, что в 21-

ом веке звучит несколько несерьезно. Трудно представить себе абстрагирование от политических процессов того органа, у которого есть конституционная миссия отмены нормативных актов, в том числе, законов, и разрешения конфликта между ветвями власти. Подобное соображение, даже в случае полного примата принципа судейского самоограничения,<sup>77</sup> было бы нереальным.

Конституционный суд не должен ограничиваться законодательством, его границы - конституция и основополагающие принципы конституции, которые устанавливает конституция Грузии. Единство и целостность Грузии,<sup>78</sup> запрет на отчуждение государственной территории,<sup>79</sup> народ, как источник власти,<sup>80</sup> народное представительство,<sup>81</sup> запрет на узурпацию власти,<sup>82</sup> разделение власти,<sup>83</sup> верховенство конституции,<sup>84</sup> основные права человека, как непреходящая ценность и ограничение власти основными правами,<sup>85</sup> которые даны в конституции Грузии, не могут считаться «обыкновенными», очередными нормами. Соответственно, основной закон предоставляет возможность, чтобы конституционный суд оценил конституционность конституционных изменений с учётом единой нормативной ткани конституции, её основополагающих принципов. Вместе с тем, и с формальной точки зрения, конституционный суд не имеет какого-либо запрета, в силу которого подобное полномочие он не сможет отнести к своему арсеналу компетенции, тем более, когда подпункт «в» первого пункта статьи 84 конституции устанавливает общее регулирование, интерпретация которого является полномочием самого суда.

#### **IV. Конституционный суд Грузии: между статусом кво и конституционной эволюцией**

##### **1. Политика конституционного суда Грузии и толкование конституции как «необходимое зло»**

Культура народа есть его осмысленный быт, который обуславливает степень её развития.<sup>86</sup> Неотъемлемой частью культуры является и правовая культура, которая часто является безошибочным индикатором уровня развития государства и общества. Значительную роль в её

<sup>72</sup> Dietre G., Unconstitutional Constitutional Norms? constitutional Development in Postwar Germany, "Virginia Law Review", vol. 42, No. 1, 1956, c. 18.

<sup>73</sup> См., Gatmayton D.B., Can constitutionalism Constrain Constitutional Change? "Northwestern Interdisciplinary Law Review", Vol. 3, №. 1, 2010, c. 25.

<sup>74</sup> Barak A., Unconstitutional Constitutional Amendments, "Israel Law Review", vol. 44, 2011, c. 329.

<sup>75</sup> Там же, с. 325.

<sup>76</sup> Решение Конституционного Суда Грузии №1/1/549 от 5 февраля 2013 года по делу, «Граждане Грузии - Ирма Инашвили, Давид Тархан-Моурави и Иосиф Манджавидзе - против Парламента Грузии», II, 20.

<sup>77</sup> Хуба Г., Теория права, Тбилиси, 2004, с. 106.

<sup>78</sup> Первый пункт статьи 1 Конституции Грузии.

<sup>79</sup> Там же, 2-ой пункт статьи 2

<sup>80</sup> Там же, 1-ой пункт статьи 5

<sup>81</sup> Там же, 2-ой пункт

<sup>82</sup> Там же, 3-ой пункт

<sup>83</sup> Там же, 4-ой пункт

<sup>84</sup> Там же, 1-ой пункт статьи 6

<sup>85</sup> Там же, 7-ая статья.

<sup>86</sup> Арутюнян Г., Конституционализм как Фундаментальный принцип Права в Правовом Государстве, «Конституционное Правосудие», №1(55), 2012, с. 9.

становлении и развитии играет государство, хотя, в конечном итоге, правовая культура и правовая наука полностью отгорожены от организационно-структурного механизма государства. Конституционная культура - не абстрактное явление, она проявляется в общественных и правовых отношениях.<sup>87</sup> Правда, конституционализм находится в тесной связи с государством, но ни одно государство не сможет сформировать и установить его, так как конституционализм - совершенно независимое явление.<sup>88</sup>

Авторитет и правовая стабильность конституционного суда, которые обеспечены в любом цивилизованном государстве, представляют ту завидную ситуацию, где максимально свободно может развиваться правовая культура. Этому не должно препятствовать чувство страха перед неизведанным, суд должен осваивать новые просторы, создавать основные направления развития конституционного права, определять те стандарты, которым должна подчиняться любая государственная структура. К сожалению, конституционный суд Грузии придерживается очень осторожной политики и поиску новизны, покорению новых горизонтов предпочитает стабильность, доведённую до застоя. В практике последних лет проявились такого рода настроения, когда вместо опыта, полученного до 2009 года, когда суд часто принимал достаточно смелые решения, на сегодняшний день он занят решением «безобидных» дел, часто уходит от ответственности и сохраняет существующее положение. Конечно, не следует стремиться к радикализму и правовой революции, однако и выбранный путь не ведёт к эволюции.

Ценой огромного риска Маршалл пытался придать суду функцию конституционного контроля и получить несуществующее в конституции полномочие с учётом интерпретации, содержания конституции,<sup>89</sup> а конституционный суд, вопреки существованию формальных предпосылок, использовал такого рода редуцированное телеологическое толкование, что сам ограничил себе практическую возможность одной из самых значительных компетенций. Суд узко истолковал свои полномочия, рассмотрел нормы конституционного закона и конституции в единой плоскости и отметил, что не обладает компетенцией объявлять нормы конституции потерявшими силу.<sup>90</sup> Этим суд как-бы застраховался от возможных рассуждений о конституционности других норм конституции и ограничил себя в возможности ин-

терпретации собственных полномочий.<sup>91</sup>

Конституционный суд счел неправильным, придание суду компетенции создания «постоянных», «неизменных» норм конституции и обосновал это тем фактом, что и сам ограничен текстом конституции.<sup>92</sup> Кто, если не специальный орган конституционного контроля, непосредственная обязанность которого - устанавливать конституционность нормативных актов, и соответственно, определять, что говорит конституция, уполномочен признавать часть норм основополагающими, возможность чего, бесспорно предоставляет текст конституции.

По мнению Познера, при интерпретации конституции, судья не должен ограничиваться только одним правопорядком, он может использовать достижения мировой правовой мысли, правовой науки и использовать практику других государств для укрепления собственных решений.<sup>93</sup> Сравнительно-правовая система Геберле подразумевает именно это.<sup>94</sup> Конституционный суд дает толкование нормы, хотя, это, вместе с герменевтическим аспектом значительно потому, что присуждает законодательству конституционно-правовую квалификацию.<sup>95</sup> При споре о конституционности законодательного акта особое внимание уделяется интерпретации, так как пока не будет установлена соответствующая интерпретация, никто не может сказать, соответствует ли закон конституции или нет.<sup>96</sup> То же правило действует и в отношении конституционных изменений, конституционность которых, возможно тоже окажется под вопросом. Главная суть и миссия конституционного суда заключается в защите конституции, а под этим подразумевается и такой аспект защиты, который обеспечивает защиту и превенцию от неоправданного вмешательства в текст конституции.

## 2. Неконституционный конституционный закон

Конституционный закон, как механизм осуществления изменений и дополнений в конституцию, нуждается в серьёзной правовой реформе. Серьёзным недостатком конституции Грузии является неопределённость правового механизма пересмотра конституции, что, в

<sup>87</sup> Там же, с. 10.

<sup>88</sup> Бондарь Н., Концепция Судебного Конституционализма: Методология Исследования в Свете Практики Конституционного Правосудия», «Конституционное Правосудие», №1(55), 2012, с. 29.

<sup>89</sup> См., Гегенава Д., Конституционное правосудие в Грузии: Основные системные проблемы правопроизводства, Тбилиси, 2012, с. 13-14.

<sup>90</sup> Решение Конституционного Суда Грузии №1/1/549 от 5 февраля 2013 года по делу, «Граждане Грузии - Ирма Инашвили, Давид Тархан-Моурави и Иосиф Манджавидзе - против Парламента Грузии», II, 2.

<sup>91</sup> См. там же, с. 12.

<sup>92</sup> Там же, с. 15.

<sup>93</sup> Dixon R., Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments, University of Chicago, Public Law Working Paper, № 349, 2011, с. 12.

<sup>94</sup> Хубуа Г., Теория права, Тбилиси, 2004, с. 148.

<sup>95</sup> Сергевнин С., Конституционно-Правовое Истолкование как Особый Вид Юридической Герменевтики (Некоторые Общие Соображения), «Конституционное Правосудие», №1 (59), 2013, с. 39.

<sup>96</sup> Troper M., Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy, "International Journal Of Constitutional Law", Vol. 3, N1, 2005, с. 34.

конечном итоге, влечёт за собой проблемы. Конституционные изменения, конституционность которых ставится под вопрос, в основном должны противоречить сути конституции, демократическому характеру правления, и могут подразумевать нарушение принципа разделения власти, правового государства, независимости суда и основных прав человека.<sup>97</sup> Большая часть этих принципов признана конституцией Грузии и является основой государственного правления. Соответственно, их изменение не станет лишь изменением нормы, а значительно подействует на практическую реализацию идей правового и демократического государства.

Согласно основному закону Германии, конституционные изменения, направленные против федеральной системы, достоинства человека или конституционного порядка, должны быть признаны неконституционными.<sup>98</sup> По мнению Мэрфи, изменения, направленные против конституционной демократии, не могут быть действенными и они должны быть отменены, а Роулз, любые конституционные изменения против равенства и основных прав считал неконституционными.<sup>99</sup> По мнению Барака, нет никакой разницы между обыкновенным нормативным актом, направленным против конституции и конституционным законом, нарушающим основополагающие принципы конституции, соответственно, на них, в равной мере должен распространяться конституционный контроль.<sup>100</sup>

Необходимо, чтобы сама конституция, которая является главнейшим по правовой силе верховным документом, была защищена, дабы стать твёрдой основой для существующего в стране законодательства и правовых отношений, большинство которых исходит из её содержания. Любой правовой акт должен соответствовать Конституции.<sup>101</sup> Это положение не должно быть понято в узком смысле, необходимо его обобщение. В эти акты входят и те конституционные законы, посредством которых меняется текст конституции. И эти законы могут разрушать единый, нормативный организм конституции, противоречить её основополагающим принципам и сути, которые обуславливают правовой и политический характер основного закона.<sup>102</sup> Эта потенциальная угроза вынуждает конституционный суд вооружиться соответствующими полномочиями, формальные пред-

посылки которых у него имеются и которые обоснованы и затребованы практической реальностью.

## V. Заключение

Исходя из их содержания конституционные изменения являются предметом повышенного общественного и правового интереса, соответственно, неудивительно, что по отношению к ним существует особый правовой режим. Тот факт, что с конституционным законом вносятся изменения в конституцию, не должен становиться причиной для защиты этого закона, так как изменение конституции своим содержанием также может нарушить основной закон страны, как и любой нормативный акт.

Объявление конституционных изменений неконституционными, в большинстве случаев основывается на понятии и сути «основополагающей», «постоянной» и «обязательной» нормы.<sup>103</sup> А этот статус определяется самой конституцией или оценкой органов конституционного контроля. Конституционный суд Грузии отказался от подобного полномочия, он отвёл от себя правовую компетенцию оценки конституционности конституционных законов, чем упустил исторический шанс, стать реальной, уравнивающей институцией политико-правовых процессов государства. С этой точки зрения не столь важно, чем закончились бы все три дела, так как это уже содержательный вопрос. К сожалению, конституционный суд отказался от рассмотрения конституционных изменений, и эту свою позицию он не смог обосновать полноценно.

В посткоммунистических государствах особое значение придаётся конституционным судам, которые могут сыграть переломную роль в процессе демократизации, хотя для этого он должен взять на себя ответственность, он должен быть способен на глубокий анализ права и на правовой риск, который всегда оправдан в период развития. Попытка сохранить статус кво и статичное положение, которое в данный момент занимает суд, не идёт в ногу с развитием и динамикой современного права.

<sup>97</sup> Barak A., *Unconstitutional Constitutional Amendments*, "Israel Law Review", vol. 44, 2011, c. 338

<sup>98</sup> См., Basic Law of Germany, Art.2, Art. 10.

<sup>99</sup> См. Gatmayton D.B., *Can constitutionalism Constrain constitutional Change?* "Northwestern Interdisciplinary Law Review", Vol. 3, №. 1, 2010, c. 26.

<sup>100</sup> Barak A., *Unconstitutional Constitutional Amendments*, "Israel Law Review", vol. 44, 2011, c. 339.

<sup>101</sup> Второе предложение первого пункта 6-ой статьи Конституции Грузии.

<sup>102</sup> См., Гегенава Д., Кантария Б., Цанава Л., Тевзадзе Г., Мачарадзе З., Джавахишвили П., Эрквания Г., Папашвили Г., Конституционное право Грузии, Тбилиси, 2013, с. 35-36.

<sup>103</sup> Dixon R., *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments*, University of Chicago, Public Law Working Paper, № 349, 2011, c. 5.

Нарине Алексанян<sup>1</sup>

## Развитие института пересмотра судебных актов по основанию нового обстоятельства на основании постановлений Конституционного суда РА

### I. Введение

*Институт рассмотрения дела вновь по основанию нового обстоятельства как непреложный составляющий элемент права личности на справедливое судебное разбирательство не раз становился предметом рассмотрения в прецедентных постановлениях Конституционного Суда РА. В частности, Конституционный Суд обращался к вопросу конституционности связанного с этим институтом правового регулирования в своих постановлениях ПКС-701, ПКС-751, ПКС-758, ПКС – 767, ПКС-833, ПКС-935, ПКС-943, ПКС-984 и ПКС-1099. Правовые позиции, выраженные Конституционным Судом в упомянутых постановлениях, послужили основанием для законодательных изменений норм, регулирующих институт пересмотра судебных актов по основанию нового обстоятельства, его демократизации и полноценной реализации обусловленного этим права человека на справедливое судебное разбирательство. Целью настоящей статьи является представление подходов и позиции Конституционного Суда РА в отношении института рассмотрения дела de novo по основанию нового обстоятельства и его дальнейшей демократизации.*

#### 1. Правовые позиции КС, имеющие фундаментальное значение для развития института пересмотра судебных актов по основанию нового обстоятельства

Как отмечалось выше правовые позиции, являющиеся результатом конституционного правосудия, имели значительное воздействие на развитие института возобновления дела по основанию новых обстоятельств. По изучении соответствующих постановлений Конституционного Суда можем выделить следующие правовые позиции, имеющие фундаментальное значение для этого института:

<sup>1</sup> Кандидат юридических наук, доцент Конституционный Суд РА Главный специалист

1. „... В правоприменительной практике формулировка положения второго абзаца части 15 статьи 68 Закона РА „О Конституционном суде» должна толковаться в контексте части 3 статьи 102 Конституции, согласно которой Конституция дает возможность временного применения Конституционным судом нормы, не соответствующей Конституции. Что касается возможности защиты прав гражданина по новым обстоятельствам, то она наступает с момента утраты правовым актом или каким-либо из его положений правовой силы по постановлению Конституционного Суда, то есть с момента истечения срока его отложения – в установленном законом порядке. ».<sup>2</sup>

2. „... Конституционный Суд считает, что эффективная реализация гарантированного пунктом 6 статьи 101 Конституции права человека на обращение в Конституционный Суд требует такого полноценного законодательного регулирования пересмотра судебных актов по основанию постановления Конституционного Суда, которое позволит лицу восстановить свое конституционное право, нарушенное в результате применения нормативного акта, признанного Конституционным Судом противоречащим Конституции. Это также является требованием части 7 статьи 68 Закона РА „О Конституционном Суде», так как при оценке конституционности нормативных актов должны учитываться также необходимость свободного осуществления обеспечения и защиты закрепленных Конституцией прав и свобод человека и гражданина, допустимость их ограничения, необходимость обеспечения непосредственного действия Конституции. Следовательно, Конституционный Суд считает, что целью законодательного регулирования правоотношений, связанных с пересмотром судебных актов по основанию новых обстоятельств, должны являться как доступность правосудия, так и обеспечение эффективности судебной защиты конституционных прав лиц, законодательное уточнение которых увеличит доверие к правосудию, даст людям возможность с наибольшей гарантией и эффективностью реализовать свои конституционные право на судебную защиту. Следовательно, законодатель обязан установить в Разделе 3<sup>2</sup> Гражданского процессуального кодекса РА такое четкое правовое регулирование пересмотра судебных актов на основании новых обстоятельств, которое будет гарантировать возможность эффективной реализации права лица на обращение в Конституционный Суд закрепленного пунктом 6 статьи 101 Конституции, а также прав, закрепленных в статье 19 Конституции. Необходимо также четко зафиксировать законодательное

<sup>2</sup> ПКС-701, 11 мая 2007г., пункт 6.

требование о пересмотре судебных актов в отношении лиц, которые хотя и не выступали в Конституционном Суде в качестве стороны судебного процесса, однако были лишены возможности рассмотрения своего дела в Конституционном Суде в силу частей 3 или 5 статьи 32 Закона РА „О Конституционном суде». Иначе право обращения в Конституционный Суд, а также право на судебную защиту нарушенных прав при посредстве Конституционного Суда станет нереальным и иллюзорным – лишенным возможности его эффективной реализации»<sup>3</sup>.

3. „...По результатам системного анализа оспариваемых положений и Раздела 3<sup>2</sup> Гражданского процессуального кодекса РА (в частности, статьи 204<sup>20</sup>) Конституционный Суд с точки зрения эффективности реализации права личности на обращение в Конституционный Суд придает важность установлению Гражданским процессуальным кодексом РА такого порядка пересмотра на основании постановления Конституционного Суда судебных актов, который, прежде всего, не нарушит правовую безопасность страны и стабильность гражданского оборота, а также предоставит личности полноценную возможность восстановления на основании постановления Конституционного Суда своего права, нарушенного в результате применения неконституционной нормы. ... Зафиксированное в части 2 статьи 204<sup>20</sup> Гражданского процессуального кодекса РА положение, согласно которому «пересмотру по новым обстоятельствам подлежат **судебные акты суда первой инстанции**», может создавать препятствия для восстановления нарушенных прав лица на основании постановления Конституционного Суда, так как в отдельных случаях восстановление нарушенных прав лица на основании постановления Конституционного Суда может потребовать пересмотра постановлений Апелляционного и Кассационного судов. С учетом полномочий Апелляционного и Кассационного судов возможны ситуации, когда для восстановления нарушенных прав на основании постановления Конституционного Суда вообще не потребуется пересмотр судебного акта суда первой инстанции и восстановление нарушенного права не станет возможным без пересмотра судебного акта, принятого Апелляционным или Кассационным судом.<sup>4</sup>

4. „...Конституционный Суд отмечает, что на практике возможны ситуации, когда восстановление нарушенных прав лица посредством пересмотра судебного акта на основании постановления Конституционного Суда требует пересмотра судебных актов

исключительно Апелляционного или Кассационного суда. Так, согласно пункту 6 статьи 101 Конституции РА в рамках индивидуального заявления в Конституционном Суде могут оспариваться положения закона, примененные **окончательным судебным актом**. В качестве окончательного судебного акта в отдельных случаях могут выступать судебные акты разных инстанций: суда первой инстанции, Апелляционного или Кассационного суда. Наиболее часто окончательным судебным актом является судебный акт Кассационного суда, вынесенный по исчерпанию всех средств защиты. Конституционный Суд подчеркивает, что указанное конституционное положение в качестве условия приемлемости индивидуального заявления фиксирует требование о том, что положение оспариваемого закона **применено по окончательному судебному акту**, что не означает, что примененное по окончательному судебному акту положение должно в обязательном порядке быть применено также в суде первой инстанции и Апелляционном суде; для оспаривания конституционности положения закона в Конституционном Суде достаточно только применение этого положения по окончательному судебному акту. То есть, пункт 6 статьи 101 Конституции РА считает возможным оспаривание в Конституционном Суде конституционности положения такого закона, который был применен по акту Апелляционного или Кассационного суда, являющемуся окончательным судебным актом, однако не применялся по акту суда первой инстанции. В подобной ситуации в случае признания Конституционным Судом положения того или иного закона противоречащим Конституции и недействительным пересмотр судебного акта суда первой инстанции с точки зрения восстановления нарушенных прав личности на основании соответствующего постановления Конституционного Суда становится бессмысленным и невозможным; восстановления нарушенных прав личности на основании постановления Конституционного Суда требует только пересмотра окончательного судебного акта. ... Более того, Конституционный Суд отмечает, что и Апелляционный суд, и Кассационный суд оставляя в законной силе разрешающий дело по существу судебный акт нижестоящего суда мотивирует этот акт, если считает, что он недостаточно обоснован, обоснован неверно или не обоснован. В этом случае Апелляционный или Кассационный суд может применять положения закона, которые не были применены судом нижестоящей инстанции. Одновременно пересмотру на основании новых обстоятельств подлежат не только судебные акты, разрешающие дело по существу, но и промежуточные судебные акты. А в результате об-

<sup>3</sup> ПКС-751, 15 апреля 2008г., пункт 9.

<sup>4</sup> ПКС-751, 15 апреля 2008г7, пункт 10.

жалования промежуточных судебных актов Апелляционный и Кассационный суды вправе выносить новые судебные акты, которые вступают в законную силу с момента их опубликования. В этом случае более чем очевидным становится то, что возможность пересмотра по основаниям новых обстоятельств промежуточного акта только суда первой инстанции исключает возможность пересмотра Апелляционным и Кассационным судами новых судебных актов, вынесенных при осуществлении контроля в отношении промежуточных судебных актов. Конституционный Суд считает, что в условиях имеющегося правового регулирования пересмотра судебных актов на основании постановления Конституционного Суда не обеспечивается полноценное исполнение постановлений Конституционного Суда, превращая реализацию права личности на конституционное правосудие в самоцель и делает ее неэффективной.”<sup>5</sup>... „Конституционный Суд отмечает, что оспариваемые положения лишают лицо возможности полноценного восстановления своих нарушенных прав посредством пересмотра судебного акта по основанию нового обстоятельства, нарушая правовую безопасность и стабильность гражданского оборота страны, увеличивая коррупционные риски, не позволяя Республике Армения полноценно и добросовестно выполнять обязательства, принятые по международным договорам с участием РА. Конституционный Суд считает, что система пересмотра судебных актов на основании новых обстоятельств может действовать эффективно только в том случае, когда будет обеспечена возможность пересмотра на основании новых обстоятельств судебных актов всех судебных инстанций, исключая пересмотр акта вышестоящего суда судом нижестоящей инстанции.”<sup>6</sup>

5. „...Изучение действующего законодательства относительно оснований пересмотра судебных актов по новым обстоятельствам, а также относительно возбуждения производства на основании этих обстоятельств свидетельствует о том, что целью института пересмотра судебных актов по основаниям новых обстоятельств, как это зафиксировано также в вышеуказанных соответствующих постановлениях Конституционного Суда, является восстановлением конституционных и гарантированных Конвенцией прав личности, нарушенных вследствие применения закона, признанного неконституционным. То есть, институт пересмотра судебных актов по основанию новых обстоятельств является важным правовым средством восстановления нарушенных прав личности<sup>7</sup>. „... це-

лю производства по пересмотру судебных актов по основаниям новых обстоятельств является решением вопроса относительно возможности восстановления нарушенных прав личности (конституционных или гарантированных Конвенцией), а не вопроса уголовного обвинения. ...Следовательно, обязательное требование о представительстве при оспариваемой норме адвоката в условиях непредусмотрения возможности предоставления адвокатом на безвозмездной основе юридической помощи в связи с подачей жалоба относительно пересмотра судебных актов несоразмерно ограничивает возможность восстановления нарушенных конституционных и гарантированных Конвенцией прав личности посредством пересмотра судебного акта по новым обстоятельствам, угрожая эффективной реализации как права личности на конституционное правосудие, так и конституционного права на защиту своих нарушенных прав в судебном порядке в международных инстанциях.”<sup>8</sup>

6. „...Конституционный Суд считает, что на практике в первую очередь в качестве нарушения прав и достоинства лица, пострадавшего вследствие преступления, следует рассматривать то, что в законодательстве отсутствует механизм пересмотра окончательных решений относительно прекращения производства по делу, прекращения уголовного преследования или неосуществления уголовного преследования, вынесенных в ходе досудебного производства по уголовному делу по новым или вновь возникшим обстоятельствам.”<sup>9</sup>

7. „... Конституционный Суд считает, что пересмотр судебных актов по необходимым законодательным процедурам на основании правовых позиций, выраженных по делам относительно определению конституционности судебных актов, является эффективным средством, гарантирующим верховенство и непосредственное действие Конституции, и, следовательно, конституционно-правовым требованием. Тем не менее, безоговорочно принимая, что если с точки зрения защиты объективного права **какая-либо правовая норма не может толковаться и применяться, обходя правовые позиции Конституционного Суда**, то в аспекте защиты субъективного права проблема имеет иное разрешение. **Во первых**, факт заключается в том, что исходя из имеющихся законодательных формулировок, не признавая новыми обстоятельствами те постановления Конституционного Суда, в рамках выраженных в которых правовых позиций норма признана конституционной, судебная практика не создает воз-

<sup>5</sup> ПКС-758, 9 сентября 2008г., пункт 11.

<sup>6</sup> ПКС-833, 13 октября 2009г., пункт 6.

<sup>7</sup> ПКС-833, 13 октября 2009г., пункт 6.

<sup>8</sup> ПКС-833, 13 октября 2009г., пункт 7.

<sup>9</sup> ПКС-935, 4 февраля 2011г., пункт 6.

возможности для восстановления и защиты нарушенных прав и свобод личности. Во **вторых** – заходит в тупик реализация принципа гарантирования верховенства права, а следовательно и верховенства Конституции. В **третьих** – подобная ситуация обусловлена несовершенством отдельных положений не только процессуальных кодексов, но и Закона РА „О Конституционном Суде”. Очевидно, что существующее правовое регулирование и правоприменительная практика вступают в противоречие с требованиями статей 1, 3, 6, 18, 19, 92, 93 и ряда других статей Конституции РА. Конституционный Суд считает, что вопрос признания судами общей юрисдикции и специализированными судами РА, выраженных в постановлениях Конституционного Суда правовых позиций относительно конституционности правовых актов, в качестве нового обстоятельства нуждается в **комплексном и безотлагательном** регулировании как в уголовном, так и в гражданском и в административном судопроизводстве учитывая правовых позиций, выраженных в настоящем постановлении<sup>10</sup>.

8. „... По результатам изучения правоприменительной практики Конституционный Суд также констатирует, что в практике пересмотра Палатой по уголовным делам Кассационного суда РА судебных актов на основании постановлений Конституционного Суда не имел место какой-либо случай, когда судебный акт, применивший признанную противоречащей Конституции РА норму, был бы оставлен в законной силе. Между тем в пяти случаях в результате производства по пересмотру, возбужденных Палатой по гражданским и административным делам Кассационного суда РА производств по пересмотру были оставлены в законной силе судебные акты, содержащие признанную противоречащей Конституции РА норму.

Оценивая вышеупомянутую правоприменительную практику Конституционный Суд констатирует, что в последнем случае не были учтены выраженная в пункте 13 Постановления ПКО-758 от 9 сентября 2008 г. и переутвержденная в постановлении ПКС-866 от 23 февраля 2010г. Конституционного Суда РА правовая позиция, согласно которой в случаях, когда в качестве нового обстоятельства для пересмотра судебного акта выступает постановление Конституционного Суда о признании положения соответствующее положение закона противоречащим Конституции и недействительным, **то на практике оставление в силе пересмотренного акта невозможно, так как в основу правосудия положена и будет оставаться в силе неконституционная норма.**

Конституционный Суд констатирует также, что в результате такой правоприменительной практики даже принятые по вышеупомянутым немногочисленным делам об удовлетворении требований пересмотра судебных акты, в отдельных случаях принятые с применением признанных противоречащими Конституции РА норм, продолжают оставаться в законной силе и в результате пересмотра не вызывают каких-либо правовых последствий для заявителей с точки зрения защиты их субъективных прав. При этом имеют место случаи, когда в связи с требованием о пересмотре судебного акта, принятого с применением нормы, признанной противоречащей Конституции РА, даже отклоняется требование о возбуждении производства по пересмотру и выносится постановление о возвращении жалобы о пересмотре. Причем в преобладающей части случаев это требование, как уже отмечалось, отклоняется с такой мотивировкой, что Конституционный Суд, признавая примененное судами положение противоречащим Конституции, отложил срок утраты силы нормы, признанной неконституционной, и подающее жалобу лицо, в подобных условиях не доказало и не обосновало наличие нового обстоятельство. Более того, в случаях, когда жалоба подается по истечении срока отсрочки, жалоба возвращается с такой мотивировкой, что упущен установленный законом трехмесячный срок обжалования.

В связи с этим Конституционный Суд считает необходимым констатировать, что судебная практика развивалась вопреки правовым позициям, выраженным в постановлении Конституционного суда ПКС-701 от 11 мая 2007г. В этом постановлении Конституционный Суд, в частности, отметил: „Что касается возможности защиты прав гражданина по новым обстоятельствам, то она возникает с момента утраты согласно постановлению Конституционного суда правовой силы правового акта или какого либо его положения, то есть с момента истечения срока отсрочки, в установленном законом порядке. Тем не менее, как свидетельствуют требования частей 16 и 17 статьи 68 Закона РА „О Конституционном Суде” дальнейшее действие признанной неконституционной нормы, преследует лишь такую цель, чтобы этим предотвращались угрозы правовой безопасности, не возникали неизбежные и тяжелые последствия для общества и государства, не причинялся более существенный вред основным правам и свободам человека и гражданина. При этом, если положения части 3 статьи 102 Конституции, а также абзаца первого части 15 статьи 68 Закона РА „О Конституционном Суде” являются для Конституционного Суда основанием для отсрочки утраты силы правового

<sup>10</sup> ПКС-943, 25 февраля 2011г., пункт 11.

го акта или его отдельного неконституционного положения, то органы государственной власти и местного самоуправления (особенно правотворческие) обязаны за этот промежуток времени осуществить такие возможные и необходимые мероприятия, которыми будут предотвращены последствия, указанные в первом абзаце части 15 статьи 68 Закона РА „О Конституционном Суде. Следовательно, к дальнейшему применению признанных неконституционными и отсроченных правовых норм не должен проявляться механический подход, а оно должно осуществляться с учетом правовой позиции Конституционного Суда, лежащей в основе отсрочки и следующей из предусмотренных законом вышеуказанных приоритетов и фундаментальных конституционных принципов, исключая также воспроизведение признанных неконституционными положений в любом правовом акте. По результатам изучения вышеупомянутой правоприменительной практики Конституционный Суд одновременно считает, что эта практика является результатом неправильного восприятия и применения понятий „производство по пересмотру“, пересмотр судебного акта<sup>11</sup>.

9. «Обращаясь к правовым позициям выраженным в ряде своих предыдущих постановлений относительно конституционности пересмотра судебных актов по основаниям новых обстоятельств как института восстановления нарушенных прав личности, и утверждая их Конституционный Суд находит, что:

- при наличии новых обстоятельств, то есть, когда имеется объективная необходимость применения права, обусловленная юридически подтвержденным фактом применения признанного неконституционным нормативного положения, возбуждение компетентным судом „производства по пересмотру судебного акта“, инициирование процесса пересмотра судебного акта является юридической необходимостью, конституционной обязанностью этого суда, целью которого является восстановление нарушенных конституционных прав личности;

- **объем, пределы пересмотра на основании новых обстоятельств вступившего в законную силу соответствующего судебного акта обусловлены предметом регулирования признанного неконституционным нормативного положения, характером и особенностями отношений, рамками применения, и также обусловленным ими фактом нарушения конкретных прав личности.**

Конституционный Суд считает необходимым констатировать также, что не случайно то, что хотя глава 49.1 Уголовно-процессуального кодекса РА озаглавлен-

на „Пересмотр судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам“ и в положениях главы в основном употребляется формулировка „**пересмотр судебного акта**“, тем не менее, статья 426.4 указанной главы озаглавлена - „**Основания и сроки пересмотра дел вследствие новых обстоятельств**“. .... В рамках производства по пересмотру судебного акта, то же, что производства по возобновлению дела, должны предприниматься такие меры, которые при необходимости обеспечат также пересмотр дела в такой объеме, который возможен только в условиях отмены вступивших в законную силу судебных актов, применивших неконституционную норму, и обусловленного нарушениями правами личности пересмотра судебного акта в соответствующей части (или полностью). Институт пересмотра может служить своей цели только в том случае, когда будет обеспечено возобновление данного дела в условиях и рамках признания конкретного факта неконституционности примененной конкретной нормы. Учитывая международные правовые подходы Конституционный Суд находит также, что несмотря на то, что институт возобновления дела в уголовных и гражданских производствах имеет свои особенности, тем не менее, их конституционно-правовое содержание преследует одну цель – гарантирование защиты субъективного права личности. Основываясь на вышеуказанном Конституционный Суд считает, что пересмотр применившего неконституционную норму судебного акта на основании постановления Конституционного Суда в силу факта (*ipso facto*) должен привести к отмене судебного акта, применившего неконституционную норму. Что касается полномочий компетентного органа в результате отмены, то Конституционный Суд считает, что будучи обусловленным особенностями каждого конкретного дела **данное дело либо может быть отправлено на новое рассмотрение в суд, рассмотревший дело, либо отменивший судебный акт суд может изменить отмененный акт, если подтвержденные фактические обстоятельства позволяют вынести новый судебный акт без нового рассмотрения, учитывая факт признания примененной правовой нормы противоречащей Конституции РА**<sup>12</sup>.

10. „Конституционный Суд РА считает, что оставление в силе судебного акта применившего противоречащую Конституции РА и признанную недействительной норму в результате пересмотра не гарантирует возможность эффективного осуществления функции по пересмотру судебных актов, не позволяя также реализацию цели и задач пересмотра судебных актов и

<sup>11</sup> ПКС-984, 15 июля 2011г., пункт 6.

<sup>12</sup> ПКС-984, 15 июля 2011г., пункт 7.

одновременно блокируя возможность эффективной реализации права личности на конституционное правосудие. В данной ситуации не обеспечивается также реализация принципа верховенства права, а следовательно и верховенства Конституции. Одновременно Конституционный Суд констатирует, что в оспариваемой норме положение „суд в результате рассмотрения дела выносит судебный акт в предусмотренном настоящим кодексом общем порядке” в первую очередь касается к **рассмотрению дела**, организованного в результате возобновления дела на основании нового обстоятельства. Общий порядок рассмотрения дела может применяться только в связи с новым рассмотрением дела, следующим за отменой соответствующих судебных актов, применивших норму, признанную неконституционной. ...Сопоставительный анализ требований, предъявляемых жалобе о пересмотре соответствующими статьями Уголовно-процессуального и Гражданского процессуального кодексов РА и являющегося основным предметом спора основания отказа в возбуждении производства позволяет заключить, что если подающее жалобу лицо обязано изложить в своей жалобе являющееся основанием для пересмотра новое обстоятельство, представляя доказательства, подтверждающие новое обстоятельство, то компетентный суд **на этапе разрешения вопроса о возбуждении производства либо то же, что и на этапе приема жалобы**, обязан проверить наличие соответствующего доказательства, а не оценить его возможные правовые последствия и решить на этом основании вопрос об отказе или принятии жалобы. Однозначно, что **наличие нового обстоятельства является необходимым и достаточным основанием для начала производства по пересмотру и признанию утратившим силу судебного акта, содержащего неконституционную норму, преодолевая правовых последствий применения неконституционной нормы**<sup>13</sup>.

11. „... Конституционный Суд констатирует, что производство по пересмотру судебных актов на основании нового обстоятельства может обеспечить реализацию конституционно-правовых цели и задач этого производства при следующей конституционно-правовой содержании этого производства:

а/ наличие в жалобе о пересмотре изложения нового обстоятельства и подтверждающего новое обстоятельство доказательства, в дополнение к наличию других предъявляемых к жалобе реквизитов является достаточным основанием для возбуждения производства по пересмотру;

б/ в требовании о пересмотре может быть отказа-

но, если только в рамках возбужденного производства по пересмотру по результатам рассмотрения жалобы устанавливается, что указанное в жалобе обстоятельство не является основанием для пересмотра данного судебного акта, то есть, это обстоятельство в данном случае не является новым обстоятельством; причем в том случае, когда Конституционный Суд, признав данную норму неконституционной, отложил срок утраты силы этой нормы в соответствии с постановлением Конституционного Суда ПКС-701 от 11 мая 2007г. обстоятельство отсрочки не может являться основанием для нерассмотрения постановления Конституционного Суда в качестве нового обстоятельства. В случае, когда Конституционным Судом положение признано неконституционным „в той или иной части”, „постольку, поскольку”, данное постановление является новым основанием для пересмотра судебного акта, если данная норма была применена к данному лицу в этой части с толкованием, противоречащим Конституции;

в/ если в рамках производства по пересмотру подтверждается факт наличия нового обстоятельства, то в результате производства по пересмотру должны быть признаны утратившим силу судебные акты, применившие неконституционную норму.”<sup>14</sup> „...Конституционный суд считает, что существование эффективного института пересмотра судебных актов также должно основываться на той логике, что государство должно обеспечить восстановление нарушенных прав, так как обязательство по защите прав и свобод граждан предполагает, что государство само ответственно за восстановление прав, нарушенных судебными актами. Достаточно эффективным средством обеспечения такой обязанности государства является пересмотр судебных актов в силу права”<sup>15</sup>.

12. „... Конституционный Суд РА ... вновь отмечает, что конституционно-правовое содержание института пересмотра судебных актов на основании новых обстоятельств приводит к тому, что при посредстве этого института **обеспечивается восстановление нарушенных конституционных и/или конвенционных прав**. Последние исходя из фундаментальных принципов правового государства требуют устранения негативных последствий для лица, потерпевшего в результате нарушения, что, в свою очередь, требует по возможности **восстановить состояние, имеющее место до правонарушения (restitutio in integrum)**. В случае, когда конституционное и/или конвенционное право личности нарушено вступившим в законную силу правовым актом, в целях восстановления этого

<sup>13</sup> ПКС-984, 15 июля 2011г., пункт 8.

<sup>14</sup> ПКС-984, 15 июля 2011г., пункт 9.

<sup>15</sup> ПКС-984, 15 июля 2011г., пункт 11.

права восстановление состояния, имеющего место до правонарушения, предполагает создание для данного лица такой ситуации, которая существовала в условиях отсутствия данного судебного акта. То есть, при такой проблеме восстановление нарушенного права **возможно обеспечить при утрате силы соответствующим судебным актом.** Следовательно, производство по пересмотру судебного акта на основании нового обстоятельства как средство восстановления нарушенного конституционного и/или конвенционного права в первую очередь личности должно приводить к устранению (отмене) нарушившего право судебного акта, и это вызывает необходимость четкого законодательного закрепления. ... Конституционный Суд считает, что термин „пересмотр судебного акта по основанию нового обстоятельства по своему содержанию равноценен содержанию терминов „обновление дела, „возобновление производства по делу, **и указанное восприятие понятия пересмотра судебного акта также должно предопределять содержание производства по пересмотру, его задачи и подлежащие разрешению в его рамках вопросы.** В соответствии с этим в рамках производства по пересмотру судебного акта, как то производства по обновлению дела, должны быть предприняты такие юстиционные меры, которые обеспечат пересмотр, новое рассмотрение дела, что возможно только **в условиях отмены** вступивших в законную силу **судебных актов**, применивших неконституционную норму. Институт пересмотра может служить своим целям только в том случае, когда в условиях наличия факта неконституционности примененной нормы и нарушения конвенционного права будет обеспечено новое рассмотрение данного дела с **учетом также выраженных в судебном акте правовых позиций Конституционного Суда и Европейского суда по правам человека, являющихся новыми обстоятельствами.**

**Пересмотр судебного акта по основанию нового обстоятельства неизбежно должен ipso facto приводить к отмене судебного акта, применившего неконституционную норму, и судебного акта, допустившего нарушение конвенционного права.**

Для эффективного применения института пересмотра судебных актов по основанию нового обстоятельства требуется также необходимый уровень правовой культуры. В первую очередь проблема соотносится с выполнением позитивного обязательства государства в вопросе обеспечения и защиты прав человека. Если в отношении лица вынесен судебный акт с применением неконституционной нормы, то не только неизбежной должна быть отмена этого акта, но и задачей правосу-

дия должно стать выявление судебной истины в новых обстоятельствах.<sup>16</sup>

Резюмируя правовые позиции Конституционного Суда РА, выраженные в связи с институтом пересмотра производства по делу по основанию нового обстоятельства, можем отметить, что Конституционный суд в своих постановлениях обращается к цели законодательного регулирования правоотношений, возникающих в связи с обновлением дела по основанию нового обстоятельства, к соответствующим законодательным нормам и к их правоприменительной практике, придавая в этом контексте важность доступности суда, повышению доверия к правосудию, обеспечению эффективной судебной защиты прав человека, восстановлению нарушенных прав, выполнению РА принятых по своим международным договорам международных обязательств, и выявляя необходимые правовые условия для полноценной и эффективной деятельности этого института.

## **II. Развитие института пересмотра дела по основанию нового обстоятельства на основании правовых позиций КС**

Как было замечено выше, Конституционный суд РА вынес ряд стержневых постановлений и выразил имеющие существенное значение правовые позиции в связи с институтом обновления дела по основанию нового обстоятельства. В связи с конституционностью правовых норм, регулирующих этот институт, Конституционный Суд РА рассмотрел 9 дел; по семи делам оспариваемые правовые нормы признаны противоречащими Конституции РА и недействительными. В результате принятия КС вышеуказанных постановлений институт пересмотра производства по делу по основанию нового обстоятельства претерпел, в частности, следующие изменения:

- правомочие по пересмотру судебного акта по новому обстоятельству отнесено не только судам первой инстанции, но и Апелляционному и Кассационному судам;
- пересмотр судебного акта по новому обстоятельству распространяется на судебные акты, вынесенные не только судами первой инстанции, но и другими судами;
- возможность восстановления своих прав по основанию новых обстоятельств получили также лица, которые на основании другого заявления (других заявлений) по вопросу конституционности положения закона, примененного к другому лицу, на день начала судебного разбирательства по делу в Конституционном суде или на день

<sup>16</sup> ПКС-1099, 31 мая 2013г., пункт 6.

принятия постановления Конституционного Суда по этому вопросу имели потенциальную возможность реализации этого права в соответствии с требованиями (сроками) Закона РА «О Конституционном Суде»;

- восстановлен в установленном законом порядке пересмотр по основанию нового обстоятельства кроме вступившего в законную силу судебного акта других окончательных судебных актов, которые угрожали праву личности применять эффективные средства правовой защиты перед компетентными государственными органами, в частности, в досудебном производстве;
- посредством пересмотра дела по новым обстоятельствам восстановлена возможность лиц на восстановление нарушенных прав в случаях, когда нарушения их прав имели место в результате применения закона (другой правовой нормы) с толкованием, отличающийся от правовых позиций Конституционного Суда РА.

### **III. Проблемы дальнейшей демократизации института пересмотра судебных актов по основаниям новых обстоятельств**

Несмотря на то обстоятельство, что на основании постановлений Конституционного Суда РА внесены некоторые законодательные изменения в правовые нормы, регулирующие институт пересмотра производства по делу на основании нового обстоятельства, все еще имеется необходимость в них, связанная с повышением эффективности деятельности последнего.

Конституционный Суд РА в годовых сообщениях относительно состояния исполнения принятых им постановлений обращался к проблемам, связанным с *inter alia*, развитием института пересмотра судебных актов по основанию нового обстоятельства, отмечая, в частности, что:

1. ... „В Армении институт пересмотра судебных актов на основании новых обстоятельств недееспособен. Несмотря на признание Конституционным судом неконституционным дважды этот институт все еще не урегулирован в качестве эффективно действующей системы. ... В настоящее время судебная практика РА такова, что ни одно судебное дело по существу не пересматривается по новым обстоятельствам на основании постановлений Конституционного Суда РА и вердиктов Европейского суда по правам человека.”<sup>17</sup>

2. „С точки зрения исполнения постановлений Конституционного Суда проблематичным продолжает оставаться несовершенство института судопроиз-

водства по новым обстоятельствам и его применение судебной практикой с серьезнейшими недостатками. Учитывая, что нормы этого института Конституционным Судом дважды признаны неконституционными и законодательным образом так и не найдены наиболее эффективные решения этого вопроса, Конституционный Суд РА на основании обобщения международного опыта отмечает, что наиболее эффективный институт, каким является внедрение института полноценной конституционной жалобы, в международной практике не найден.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> [http://concourt.am/armenian/report/statistic/cc\\_decision\\_stat2012.pdf](http://concourt.am/armenian/report/statistic/cc_decision_stat2012.pdf), стр. 58-59.

<sup>18</sup> [http://concourt.am/armenian/report/statistic/cc\\_decision\\_stat2013.pdf](http://concourt.am/armenian/report/statistic/cc_decision_stat2013.pdf), стр. 38.

Нино Киласония<sup>1</sup>

## Судебный контроль участия народа в административном нормотворчестве

### I. Введение

Представленное обозрение охватывает судебные решения 2007-2009 гг., принятые относительно нарушений различных процедур участия народа в административном нормотворчестве.

Нужно отметить, что относительно оценки законности нормативного административно-правового акта, грузинская судебная практика небогата, так как, исходя из природы нормативного административно-правового акта, случаи его обжалования в суде крайне редки.

Следовательно, для данного исследования были отобраны те значительные решения, которые устанавливают общую тенденцию развития судебной практики относительно нарушении различных процедур участия народа в административном нормотворчестве.

### II. Решение №бс-565-534 (к-06) Верховного Суда Грузии от 31 мая 2007 года

#### 1. Краткое описание решения

23 декабря 2005 года, семнадцать сотрудников ЮЛПП «Исследовательского центра фольклора» обратились с иском в Батумский городской суд с требованием признать недействительными постановление правительства Аджарской АР от 29 ноября 2005 года о «Ликвидации исследовательского центра фольклора» и приказы №465 и №466 министра культуры и спорта Аджарской АР, на основании которых их освободили от работы. Решениями Батумского городского суда и Кутайского окружного суда требования истцов были удовлетворены. Решение Окружного суда было обжаловано правительством Аджарской АР в кассационном порядке.<sup>2</sup>

Верховный суд согласился с Окружным судом и отметил, что были нарушены требования статей 212, 213 и 216 Общего административного кодекса Грузии (в дальнейшем - ОАКГ), так как не было издано сообщение об административном производстве, а также не был опубликован проект нормативного административно-правового акта.

Кроме того, истцам не была дана возможность представить свои соображения относительно проекта нормативного административно-правового акта, также были нарушены требования статей 110-112 касательно проведения устного слушания и требования статей 32, 34 о публичности заседания коллегиального учреждения, так как правительство Аджарской АР разработало постановление на закрытом заседании. Исходя из этого, Кассационный суд посчитал, что нормативный административно-правовой акт, согласно статье 60<sup>1</sup> подлежит признанию недействительным.<sup>3</sup>

#### 2. Анализ решения

Нужно особо отметить ту часть решения, в которой Верховный суд ведёт речь о необходимости защиты в административном нормотворчестве процедуры, установленной законом. По мнению суда «присуждение полномочий независимого издания правовых норм, иными словами, полномочий административного нормотворчества административным органам, является важнейшей частью компетенции любого административного органа, что обуславливает особое значение тщательной защиты процедуры реализации полномочий».<sup>4</sup>

Исходя из этого, верно руководствуясь статьей 60<sup>1</sup> ОАКГ Верховный суд объявил постановление правительства Аджарской АР от 25 ноября 2005 года недействительным, так как при издании постановления Аджарской АР были нарушены правила публикации сообщения об административном нормотворчестве, о представлении соображений, а также о публичном проведении заседания, установленные ОАКГ, а согласно статье 60<sup>1</sup>, «административно-правовой акт недействителен, если он противоречит закону или существенно нарушены установленные законодательством другие требования его подготовки и издания». Вместе с тем, второй пункт той же статьи уточняет, что принято считать существенным нарушением правил подготовки и издания административно-правового акта и указывает на такого рода нарушение, как пренебрежение требованием публичности заседания коллегиального учреждения.<sup>5</sup>

Примечательна также та часть решения, в которой суд говорит о необходимости внесения элементов формального административного производства в административном производстве.

<sup>1</sup> Магистр сравнительного конституционного права Центрального Университета Европы, докторант Тбилисского Государственного Университета им. Ив. Джавахишвили

<sup>2</sup> Решение Верховного суда Грузии №бс-565-534 (к-06), от 31 мая 2007 года, «Из описательной части решения».

<sup>3</sup> Решение Верховного суда Грузии №бс-565-534 (к-06), от 31 мая 2007 года, «Из описательной части решения».

<sup>4</sup> Там же, «Из мотивировочной части решения».

<sup>5</sup> Общий административный кодекс Грузии, статья 60<sup>1</sup>, Законодательный вестник Грузии I, №37, 14.07.2005, статья 245.

нистративное нормотворчество и заостряет внимание на проведении устных слушаний, как наилучшей возможности для вовлечения заинтересованных сторон в административное нормотворчество.<sup>6</sup>

Нужно выделить тот эпизод решения, в котором суд указывает, что постановление от 29 ноября 2005 года не осуществляло «всеобщего абстрактного регулирования, присущего нормативному акту» и без издания индивидуального административно-правового акта касалось интересов сотрудников фольклорного центра, что, по мнению суда, «лишний раз подтверждало» обязательство административного органа соблюдать требования, установленные законодательством для издания нормативного административно-правового акта; в частности, руководствоваться той статьей законодательства, которой установлена процедура предъявления возражений со стороны общества относительно административного нормотворчества.<sup>7</sup>

Подобные рассуждения суда приемлемы, хотя, внедрение такого рода практики Верховным судом (наличие ущемления интересов отдельных лиц для признания нормативного административно-правового акта недействительным) может быть неправильно понято и может исключить необходимость применения со стороны административных органов установленных кодексов процедур публикации сообщений и представления возражения в тех случаях, когда нормативный административно-правовой акт явно не касается интересов конкретных лиц и не ущемляет их интересы.

### 3. Резюме решения

Вышерассмотренное решение Верховного суда имеет большое значение, так как, суд подчеркивает особую роль нормативного административно-правового акта и указывает, что при его издании обязательно должны быть соблюдены требования, установленные кодексом, для издания такого рода акта. Соответственно, Верховный суд указывает, что в том случае, когда не соблюдены установленные кодексом процедуры публикации сообщения и представления возражений, не обеспечены устное слушание и публичность заседания коллегиального публичного учреждения, нормативный административно-правовой акт должен быть признан недействительным.

Заслуживает похвалы учреждение Верховным судом высокого стандарта защиты процедур подготовки и издания нормативного административно-правового акта, так как это обеспечивает упрочнение института

участия народа в административном нормотворчестве. Хотя, введение Верховным судом ущемления интересов отдельных лиц как «дополнительного подтверждения» недействительности нормативного административно-правового акта неоправдано.

Подобный подход Верховного суда к ущемлению интересов конкретных лиц рождает вопрос - какое решение примут суды (отклонят требование истца, или объявят недействительным нормативный административно-правовой акт) в том случае, если посчитают, что несмотря на нарушение законодательно постановленных процедур подготовки и издания административно-правового акта, нет явного ущемления интересов истцов. На этом подробнее остановимся при рассмотрении следующего решения Кассационного суда.

## III. Решение Верховного суда №бс-107-101(к-07) от 11 июля 2007 года

### 1. Краткий вариант решения

10 июля 2006 года, представитель Н.К., Л.Д., Н.К., Н.Х., М.А. и других, Р.М., с исковым заявлением обратился в Батумский городской суд, с требованием отменить 52-ое постановление правительства Аджарской АР о ликвидации Отдела социальной помощи г. Батуми (территориальный орган министерства здравоохранения и социальной защиты Аджарской АР) и основанный на данном постановлении приказ № 10 от 16 июня 2006 года начальника отдела социальной помощи, по которому истцы были освобождены с работы. Они заявляли, что при издании акта было нарушено требование публикации сообщения об административном нормотворчестве, установленное статьями 116 и 213 Общего административного кодекса Грузии.

Суд первой инстанции и Апелляционный суд не удовлетворили требование истцов. Решение Апелляционного суда было обжаловано в кассационном порядке.<sup>8</sup>

Верховный суд не удовлетворил требования истцов и посчитал, что несмотря на то, что были нарушены процедурные требования издания актов, установленные ОАКГ, истцам не был причинен непосредственный и индивидуальный вред, и нет основания для признания актов недействительными.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Решение Верховного суда Грузии №бс-565-534 (к-06), от 31 мая 2007 года, «Из мотивировочной части решения».

<sup>7</sup> Там же, «Из мотивировочной части решения».

<sup>8</sup> Решение Верховного суда Грузии №бс-107-101 (к-07), 11 июля 2007 года, «Из мотивировочной части решения».

<sup>9</sup> Решение Верховного суда Грузии №бс-107-101 (к-07), 11 июля 2007 года, «Из мотивировочной части решения».

## 2. Анализ решения

Верховный суд правильно отметил, что согласно статье 28<sup>1</sup> закон о «Структуре, полномочиях и порядке деятельности правительства Аджарской АР», правительство Аджарской АР имело дискреционное полномочие ликвидировать отдел социальной помощи, но это полномочие не исключает издания нормативного административно-правового акта в соответствии с процедурой, установленной законом.<sup>10</sup>

Нужно особо выделить тот фрагмент решения, где суд разъясняет значение соблюдения постановленной ОАКГ процедуры подготовки и издания нормативного административно-правового акта. По мнению Верховного суда, «При издании административным органом нормативного административно-правового акта, необходима защита публичного порядка, что обеспечивает исполнение соответствующих требований, установленных действующим законодательством, что, в свою очередь, является важнейшим гарантом прочного и стабильного правового порядка и правовой безопасности, и создания идеальной среды для защиты основных прав человека».<sup>11</sup>

Подобное рассуждение суда приемлемо, так как Верховный суд подчёркивает необходимость соблюдения законом установленной процедуры при подготовке и издании нормативного административно-правового акта. Хотя нужно учесть, что суд не во всех случаях нарушения закона постановляет недействительность решений, принятых вследствие административного нормотворчества. Кассационный суд дополнительно определяет, в каком случае может вызвать нарушение законом определённой процедуры недействительность нормативного административно-правового акта. В частности, по заявлению суда: «В том случае, если при издании нормативного административно-правового акта не соблюдены требования законодательства, это, безусловно, наносит общий вред правовому порядку, хотя, нанесение общего вреда не может считаться достаточным основанием для объявления нормативного административного акта недействительным - для этого необходимо нанесение непосредственного (индивидуального) вреда».<sup>12</sup>

Такой подход суда относительно недействительности административно-правового акта, неприемлем. Было бы целесообразнее, если бы Кассационный суд не истолковал нарушение установленной законом процедуры участия народа в издании нормативного административно-правового акта как «общий вред», и не ограничил бы этим возможность признания недействительным акта, изданного с нарушением требований закона.

<sup>10</sup> Там же, «Из мотивировочной части решения».

<sup>11</sup> Там же, «Из мотивировочной части решения».

<sup>12</sup> Там же, «Из мотивировочной части решения».

## 3. Резюме решения

Нужно отметить, что Верховный суд признал нарушение процедуры подготовки и издания нормативного административно-правового акта «общим вредом», счел это недостаточным основанием для объявления нормативного административно-правового акта недействительным, так как нарушение процедуры подготовки и издания акта, по мнению суда, не вызвало непосредственного (индивидуального) вреда.

Очевидно, что вышеприведённым решением Верховный суд внедрил, относительно соблюдения процедуры подготовки и издания нормативного административно-правового акта, противоречивую практику, так как в нами рассмотренном выше решении №бс-565-534 (к-06) от 31 мая 2007 года о «Ликвидации центра фольклора» суд указал, что основанием для признания нормативного административно-правового акта недействительным стало нарушение процедуры его подготовки и издания, а ущемление интересов лиц «дополнительно подтверждало» необходимость признания административно-правового акта недействительным, хотя не являлось обязательной предпосылкой его недействительности.

Исходя из этого, непонятно настоящее решение Верховного суда, так как считая «общим вредом» нарушение процедуры подготовки и издания нормативного административно-правового акта, Верховный суд подчеркнул второстепенность процедурной справедливости в административном нормотворчестве, что не может приветствоваться, так как подобный подход Кассационного суда сделает негибкой и неэффективной установленную ОАКГ процедуру участия народа в административном нормотворчестве.

## IV. Решение Верховного Суда №бс-1035-998 (к-08) от 29-апреля 2009 года

### 1. Краткое описание решения

И.С. «...» и Г.А., а также АО «...», ОО «...» и ОО «...» в сентябре 2006 года возбудили иск в коллегии административных дел Тбилисского городского суда и потребовали признать недействительным первый пункт 7-ой статьи «Правил рынка электроэнергии (мощности)» утверждённых министром энергетики Грузии приказом №77 от 30 августа 2006 года.<sup>13</sup>

Решением Тбилисского городского суда от 11 декабря 2007 года было удовлетворено требование истцов

<sup>13</sup> Решение Верховного суда Грузии №бс-1035-998 (к-08), 29 апреля 2009 года, «Из описательной части решения».

и соответственная норма была признана потерявшей силу. Суд посчитал, что было нарушено установленное статьями 118.1 и 216 Общего административного кодекса Грузии правило о представлении соображений, как и установленное статьей 217 правило определения сроков издания административно-правового акта, что и вызвало признание обжалованной нормы потерявшей силу.<sup>14</sup>

Решение в Апелляционном порядке было обжаловано Министерством энергетики. Апелляционный суд удовлетворил иск и отметил, что не было нарушено правило представления соображения, установленное статьей 118 Общего административного кодекса Грузии. Напротив, полностью были соблюдены требования второго пункта статьи 210 о применении публичного административного производства, как и правило опубликования нормативного административно-правового акта, предусмотренного статьей 213.<sup>15</sup>

Решение апелляционного суда было обжаловано в кассационном порядке. Верховный суд отменил решение Апелляционного суда от 3 июля 2008 года и прекратил делопроизводство, так как решением Конституционного суда 1/2/411 от 19 декабря 2008 года, обжалованная норма была признана недействительной.<sup>16</sup>

## 2. Анализ решения

Решение коллегии по административным делам Тбилисского городского суда является правильным в той части, которая касается нарушения правил представления соображений, установленных статьями 118 и 216 Общего административного кодекса Грузии, так как Министерством энергетики действительно был нарушен установленный ОАКГ 20-дневный срок представления соображений. Подтверждение тому изданное Министерством энергетики сообщение об издании нормативно-административного правового акта об «Утверждении правил рынка электроэнергии (мощности)», которым разъяснено, что в отношении проекта нормативного административно-правового акта об «Утверждении правил рынка электроэнергии (мощности)» соображения заинтересованных лиц по его изданию должны быть представлены в течение 20 рабочих дней со дня вступления в силу приказа министра энергетики от 17 марта 2006 года о начале административного производства. Этот приказ вступил в силу со дня его подписания, а сообщение об издании нормативного административно-правового акта появилось на официальной веб-странице 10 августа 2006

года, что означает, что со дня вступления в силу приказа от 17 марта 2006 года до времени публикации сообщения прошли 41/2 месяца. Соответственно, у лиц была отнята возможность представить соображения относительно административного нормотворчества.<sup>17</sup>

Исходя из этого, суд первой инстанции правильно установил, что была нарушена процедура издания нормативного административно-правового акта, установленная Общим административным кодексом, хотя, было бы желательно, вместо признания нормы потерявшей силу, объявить норму недействительной согласно статье 60<sup>1</sup> ОАКГ.

Вместе с тем, несмотря на то, что Апелляционный суд правильно указал, что отсчёт 20 дневного срока представления соображений должен был начат 10 августа 2006 года, со дня представления для публичного ознакомления проекта нормативного административно-правового акта, суд не отметил, что Министерство энергетики нарушило это правило отсчета срока и указал датой отсчета не дату представления для публичного ознакомления нормативного административно-правового акта, а 20 рабочих дней со дня, когда вступил в силу приказ министра энергетики от 17 марта 2006 года. А с этого дня прошло 4,5 месяца.<sup>18</sup>

Соответственно, неправильным был отказ Апелляционного суда, объявить недействительным нормативный административно-правовой акт, так как явно были нарушены сроки представления соображений, установленные для издания нормативного административно-правового акта.

## 3. Резюме решения

Предлежащее дело значительно, так как является примером различного толкования судом первой инстанции и апелляционным судом значения участия народа в административном нормотворчестве. В то время как городской суд признал особое значение участия народа в административном нормотворчестве, апелляционный суд не заострил внимания на нарушении процедуры представления соображений.

Можно приветствовать выделение роли участия народа и придание ему особого значения судом первой инстанции. Хотя, было бы правильно, если бы суд признал нарушение правил подготовки и издания нормативного административно-правового акта основанием для объявления его недействительности, а не основанием для признания акта потерявшим силу, так как нарушение процедуры издания административ-

<sup>14</sup> Там же, «Из описательной части решения».

<sup>15</sup> Там же, «Из описательной части решения».

<sup>16</sup> Там же, «Из мотивировочной части решения».

<sup>17</sup> Там же, «Из описательной части решения».

<sup>18</sup> Там же, «Из мотивировочной части решения».

но-правового акта, согласно статье 60<sup>1</sup> ОАКГ, является основанием его недействительности.

Кроме того, было бы желательно, если бы апелляционный суд разделил мнение городского суда и должным образом оценил бы нарушение процедуры издания нормативного административно-правового акта.

## V. Заключение

Проведённый анализ сделал очевидным, что Верховный суд, как и суды нижних инстанций, признают особое значение участия народа в административном нормотворчестве, хотя, в процессе издания нормативного административно-правового акта, различные нарушения процедуры участия народа суды признают основанием признания акта недействительным только в тех случаях, когда нарушения причиняют непосредственный (индивидуальный) вред истцу или ущемляют его законные интересы.

Несмотря на то, что существование вреда признается основанием недействительности нормативного административно-правового акта статьёй 22 Административно-процессуального кодекса, установление подобной практики Верховным судом может исключить возможность применения административным органом процедуры публикации сообщений и представления соображений, а также устных слушаний, установленных ОАКГ, что явилось бы толкованием ОАКГ в узком смысле, так как ст. 60<sup>1</sup> ОАКГ, при установлении обязательной недействительности акта, на основании нарушений процедур подготовки и издания нормативного административно-правового акта, не требует наличия непосредственного (индивидуального) вреда. Хотя, по мнению Верховного суда, это не является преградой, так как нарушение процедуры участия народа не будет считаться таким вредом, который подпадёт под понятие «существенного нарушения», предусмотренного статьёй 60<sup>1</sup> ОАКГ, и вызовет недействительность нормативного административно-правового акта.<sup>19</sup> Суд рассматривает нарушение процедуры подготовки и издания нормативного административно-правового акта как «общий вред», который не может причинить существенный вред публичному порядку.

Подход Верховного суда не может быть полностью приемлем, так как в Грузии не существует системы, по которой законодатель имел бы возможность одобрить разработанный в результате делегирования законодательных полномочий административно-правовой акт

(предзаконодательный контроль). Соответственно, процедуры участия народа, установленные ОАКГ, остаются единственным механизмом контроля административного нормотворчества. Исходя из этого, желательно, чтоб Верховный суд Грузии учредил высокий стандарт процедурного контроля административного нормотворчества.

<sup>19</sup> Верховный суд рассматривает нарушение процедуры подготовки и издания нормативного административно-правового акта как «общий вред», который не может причинить значительный вред публичному порядку.

Гор Оганесян<sup>1</sup>

## Проблема предмета индивидуального обращения в практике Конституционного Суда Республики Армения

### I. Введение

*В настоящей статье рассматривается противоречие между требованиями конституционных норм и практикой Конституционного Суда (КС) Республики Армения (РА) в отношении предмета индивидуального обращения. Дается разъяснение того, какие акты могут являться предметом индивидуального обращения согласно Конституции РА (КА) и как КС РА ограничивает круг этих актов, что приводит к возникновению значительного пробела в сфере судебной защиты основных прав. Вскрываются также иные серьезные недостатки, часто встречающиеся в практике КС, и одновременно предлагаются научно обоснованные решения этих проблем. Настоящий анализ может быть полезным для протекающих в РА конституционных реформ.*

### II. Начальные суждения о предмете индивидуального обращения

Предмет индивидуального обращения – это конкретный акт (действие или бездействие). Так как индивидуальное обращение служит защите основных прав, следовательно, его предметом может являться акт, который в состоянии нарушить эти права.

Основные права могут быть нарушены только их адресатом. Адресатом основных прав является государство – законодатель, исполнительная власть и правосудие (часть 3 статьи 3 КА). Из официального названия КА (“Конституция Республики Армения”) и ее преамбулы (“Армянский народ...принимает Конституцию Республики Армения”) следует, что закрепленные в ней основные права ограничивают только государственную власть, получившую от армянского народа легитимность демократическим путем. Это означает, что не каждый ущерб, причиненный защищаемым основными правами благам, может являться предметом индивидуального обращения. Таковым может быть только акт государственной власти, ограни-

ченной основными правами. По этой причине нарушением основных прав не является причинение ущерба защищаемым основными правами благам иностранными государствами, международными организациями, другими носителями основных прав либо в результате стихийных бедствий, так как отсутствует их ограниченность основными правами.<sup>2</sup>

### III. Правовое регулирование предмета индивидуального обращения и практика КС РА

В РА заявитель должен суметь утверждать, что **законом** (пункт 6 часть 1 статьи 101 КА) нарушено (нарушены) его основное право (основные права).<sup>3</sup>

В институциональном аспекте производство по индивидуальному обращению является производством по контролю за правовыми нормами, в котором предметом обращения может являться не каждый акт государственной власти, всесторонне ограниченной основными правами, а только **закон**. Таким регулированием армянская учредительная конституционная власть отказалась от возможности всесторонней защиты основных прав от любого вмешательства государства и не сформулировала понятие индивидуального обращения в виде процессуального “близнеца” всесторонней материальной ограниченности основными правами (часть 3 статьи 3 КА).

Возникает вопрос: что следует понимать под понятием “закон” по смыслу пункта 6 части 1 статьи 101 КА? Как известно, в современном правоведении доминирует *дуалистическое* понятие закона, которое дифференцирует законы в *формальном и материальном* смыслах.<sup>4</sup> Формальными являются законы, которые принимаются уполномоченными на то органами по процедуре предусмотренной конституцией. Это законы, принятые парламентом (первое предложение части 1 статьи 62 КА), и законы, принятые референдумом (статья 112 КА). В материальном смысле законы – это имеющие внешнее действие абстрактные (в предметном аспекте) и общие (в личностном аспекте) регулирования – то есть все правовые нормы. К их числу относятся, в частности, подзаконные нормы.

Армянский законодатель понимает употребляемое в пункте 6 части 1 статьи 101 КА понятие “закон” в формальном смысле, вследствие чего установил в ча-

<sup>1</sup> Доктор юридических наук (Берлин/Германия), магистр права (Ереван/Армения), магистр наук по управлению (Шпайер/Германия), преподаватель университета в Хагене.

<sup>2</sup> Goos, in: Hillgruber/Goos: Verfassungsprozessrecht, Heidelberg 2011, S. 63.

<sup>3</sup> ПКК-839, 24.11.2009, Вестник КС 3(56)/2010, стр. 95.

<sup>4</sup> О дуалистическом понятии закона см. Erbuth: Allgemeines Verwaltungsrecht, Baden-Baden 2013, S. 75; Detterbeck: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, München 2013, S. 19.

сти 2 статьи 69 Закона о КС, что индивидуальное обращение допустимо против формальных законов (принятых НС или референдумом).

КС строго следует этому положению закона о КС и считает недопустимым оспаривание материальных законов посредством индивидуального обращения без какого-либо обоснования своего подхода. Он просто отмечает, что конституционность решений Правительства не может становиться предметом рассмотрения в КС, так как объектом конституционного контроля на основании индивидуального обращения могут являться только законы, так что физическое или юридическое лицо не может оспаривать в КС конституционность подзаконных актов.<sup>5</sup> Здесь становится очевидным, что КС РА не дифференцирует законы в материальном и формальном смыслах.

Возникает также вопрос: правомочен ли законодатель регулировать предмет индивидуального обращения простым законом?

#### IV. Моя собственная позиция

Такой подход КС не приемлем. Полномочия КС (статья 100 КА) устанавливаются исключительно Конституцией (первая половина предложения части 3 статьи 94 КА). В соответствии с этим установление полномочий КС является делом **учредительной конституционной власти**. Законодатель не может сделать это даже в случае весьма актуальной политико-правовой потребности. Он правомочен регулировать только порядок деятельности КС, если сама учредительная конституционная власть уже не сделала этого (вторая половина предложения части 3 статьи 94 КА). Законодателю остается лишь детализация конституционных положений **о порядке деятельности КС**. Хотя он может свободно оформить допустимое производство в рамках конституционных норм, но никогда не расширять предмет допустимого производства (см., однако, часть 1 статьи 63 Закона о КС) либо, наоборот, сужать его (см. часть 2 статьи 69 Закона о КС), выходя за рамки конституционных требований. Законодатель не может Законом о КС ни лишить КС полномочий, которые предоставлены ему КА, ни предоставить ему дополнительные полномочия, ни усложнить или сделать невозможной доступность КС неконституционным образом.<sup>6</sup>

Полномочия КС следуют из статьи 100 КА, в которой они перечислены исчерпывающим образом

(*принцип энумерации*).<sup>7</sup> Все возможные производства установлены в статье 101 КА - с конкретными заявителями, **предметами обращений**, масштабом проверки (*numerus clausus* конституционно-судебного производства). Очевидно, что законодателю запрещено предусматривать какое-либо правовое регулирование относительно предмета индивидуального обращения и ограничивать его неконституционным образом. По такому обоснованию часть 2 статьи 69 Закона о КС является правовым регулированием *ultra vires*.

Индивидуальное обращение следует рассматривать в контексте части 3 статьи 3 КА, так как индивидуальное обращение должно процессуальным путем гарантировать, чтобы государство было ограничено основными правами. Следовательно, объем возможных предметов индивидуального обращения должен определяться соответственно объему ограниченности государства основными правами. Понятие закона в свете **всеобъемлющей** материальной ограниченности государства основными правами по смыслу пункта 6 части 1 статьи 101 КА следует толковать по методу *целевого толкования* и понимать его в **материальном** смысле. Так как основные материальные права согласно части 3 статьи 3 КА имеют ограничивающую силу для всей государственной власти, следовательно, логически следует предположить, что формальное процессуальное право пункта 6 части 1 статьи 101 КА (индивидуальное обращение) также касается всех тех действий государства, которые вообще уместаются в понятие "закон". В соответствии с этим, предмет индивидуального обращения могут являться также иные акты парламента, постановления Правительства или указы Президента. Такой подход оправдан тем, что, прежде всего, основные права должны быть по возможности всесторонне защищены от вмешательства государства. В КА человек является центром всего, его достоинство и основные права являются высшей ценностью (часть 1 статьи 3 КА). По этой причине все конституционные нормы должны толковаться в свете эффективной защиты основных прав. В случае руководства подходами КС, что якобы предметом индивидуального обращения являются только формальные законы, мы позволяем государству управлять защитой основных прав в КС посредством выбора формы правовой нормы. Естественно, государство предпочтет ограничение основных прав подзаконными нормами, преградив тем самым возможность защиты этих прав в КС. В итоге возникает недопустимый пробел в сфере защиты основных прав.

<sup>5</sup> ПКС-753, 13.05.2008, Вестник КС 1(50)/2009, стр. 72.

<sup>6</sup> Оганесян, Предпосылки допустимости индивидуального обращения, Судебная власть 8-9(157-158)/2012, стр. 19.

<sup>7</sup> Мурадян/Арутюнян, Статья 100, в: Арутюнян/Вагарянян (ред.) Комментарии к Конституции РА, Ереван 2010, стр. 971.

Кроме этого в РА Административному суду законом запрещен проверка конституционности подзаконных актов (пункт 2 статьи 135 КАС), так что гражданин не имеет никакой возможности для оспаривания противоречия этих актов основным правам хотя бы в Административном суде. Такое законодательное регулирование, к сожалению, утверждено самим КС.<sup>8</sup> КС считает превышением полномочий то, когда Административный суд удостоверяется в конституционности подлежащего применению им закона до его применения.<sup>9</sup>

Такая позиция КС также непреемлема. Согласно пункту 7 части 1 статьи 101 КА суды обращаются в КС, когда сочтут, что какое-либо положение одного из перечисленных в пункте 1 статьи 100 КА нормативных актов, которое подлежит применению по конкретному делу, противоречит КА. Очевидно, что КА ожидает официальной проверки судами конституционности правовых актов. В противном случае вообще было бы невозможным обращение судов в КС в соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 101 КА. Так как еще каким образом может обычный суд счесть правовую норму неконституционной и обратиться в КС, если не путем официальной проверки ее конституционности по рассматриваемому в его производстве конкретному делу? О необходимости обращения в КС может ходатайствовать также одна из сторон судопроизводства. Если суд приходит к убеждению, что являющаяся предметом спора правовая норма конституционна, то он во всех случаях обязан обосновать свое решение не обращаться в КС. Это уже означает, что судья не может не обдумав отклонить обоснованные сомнения стороны судопроизводства относительно неконституционности положения закона, иначе это будет нарушением КА. Тем не менее, если суд не обращается в КС, то для проигравшей в суде стороны остается возможность индивидуального обращения для достижения проверки конституционности закона в КС.

С этой точки зрения интересна практика КС РФ. Согласно части 4 статьи 125 Конституции РФ КС в установленном федеральным законом порядке проверяет конституционность **закона**, примененного или подлежащего применению в конкретном деле, по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан или по запросам судов. КС РФ исходит из понятия **материального закона** и распространяет свое полномочие по признанию правовой нормы недействительной также на подзаконные нормативные

акты.<sup>10</sup> Он считает допустимыми индивидуальные жалобы,<sup>11</sup> представленные против актов об амнистии<sup>12</sup> и постановлений Правительства.<sup>13</sup>

В Германии также только “законы” являются допустимым предметом коммунальной конституционной жалобы согласно пункту 4b части 1 статьи 93 Основного закона. В решениях Федерального КС Германии дано разъяснение о том, что не только формальный закон, но и все принятые государством правовые нормы (**законы в материальном смысле**) могут являться предметом обращения, так как в противном случае, если обращение муниципалитета будет допущено только против формального закона, то возникнет несовместимый пробел с правозащитной функцией коммунальной конституционной жалобы.<sup>14</sup>

Теперь следует разъяснить вопрос о том, как должен поступать КС РА, если законодатель в Законе о КС предусмотрел неконституционные процессуальные нормы. Общеизвестным является подход, согласно которому КС не может быть связанным неконституционными предпосылками допустимости обращения<sup>15</sup> (в данном случае – с антиконституционным исключением определенных правовых актов из рамок предмета индивидуального обращения). Однако в силу принципа *nemo iudex sine actore* (часть 2 статьи 101 КА) он не может признавать эти положения недействительными без допустимого обращения. С другой стороны в принципе невозможно представление индивидуального обращения против процессуальных положений Закона о КС, так как они применяются только самим КС. КС исключает оспаривание закона посредством индивидуального обращения, если закон применен самим

<sup>8</sup> ПКС-665, 16.11.2006, Сборник постановлений КС, Ереван, 2011, стр. 140.

<sup>9</sup> ПКС-1010, 06.03.2012, Вестник КС 3(65)/2012, стр. 34.

<sup>10</sup> *Krjažkov/Lazarev: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation*, Berlin 2001, S. 262; *Moršćakova: Das Verfassungsgericht der Russländischen Föderation*, in: *Luchterhandt/Starck/Weber* (Hrsg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden 2007, S. 146; *Weber: Die Rechtssatzverfassungsbeschwerde in vergleichender Sicht*, in: *Sachs/Siekman* (Hrsg.): *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, Berlin 2012, S. 1194.

<sup>11</sup> Комментарий к Конституции Российской Федерации, под ред. *Зорькина, Лазарева*, Москва 2009, с. 959; *Schmidt: Organisation und Verfahren der russischen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Nußberger/Schmidt/Moršćakova* (Hrsg.): *Verfassungsrechtssprechung in der Russischen Föderation*, Kehl am Rhein 2009, S. 33; см. также *Четвернин/Шварц: Конституционный суд РФ*, в: *Четвернин* (ред.): *Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий*, Москва 1997, с. 511.

<sup>12</sup> Постановление № 11- П от 05.07.2001 г.

<sup>13</sup> Постановление № 1- П от 27.01.2004 г.

<sup>14</sup> BVerfGE 76, 107, 114; 107, 1, 15. См. также *Maurer: Staatsrecht I*, München 2010, S. 680; *Bethge: § 91*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Hrsg.): *BVerfGG, Kommentar*, Stand: September 2011, S. 30; *Mückl: Kommunale Verfassungsbeschwerde*, in: *Ehlers; Schoch* (Hrsg.): *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, Berlin 2009, S. 349.

<sup>15</sup> *Goos*, in: *Hillgruber/Goos* (прим. 2), S. 23; *Мурадян/Арутюнян*. (прим. 7), стр. 969.

КС.<sup>16</sup> Следовательно, КС просто не должен применять неконституционные нормы закона о КС и должен осуществлять свое производство на основе положений КА. Так как кроме КС в принципе ни один орган не применяет Закон о КС, неприменение этих норм станет равноценным их признанию недействительными.

## V. Акты законодателя

### 1. Акты парламента

Парламентское законодательство всесторонне связано основными правами (часть 2 статьи 3 КА). Вследствие этого результат его деятельности, прежде всего парламентский закон, должен соответствовать требованиям основных прав.

Утратившие силу, отмененные или измененные законы также могут быть предметом индивидуального обращения, если они применялись в отношении обращающегося лица (пункт 2 статьи 60 Закона о КС), так как отмена закона не всегда отменяет нарушение основного права.<sup>17</sup> Однако необходимо, чтобы из них все еще вытекали правовые последствия.<sup>18</sup>

Вследствие всесторонней ограниченности основными правами наряду с формальными законами предметом индивидуального обращения могут являться также другие решения парламента. Часть 1 статьи 62 КА исчерпывающим образом перечисляет случаи, когда НС принимает решения. Следующие из них имеют обязательный для всех характер (являются законами в материальном смысле) и поэтому могут оспариваться посредством индивидуального обращения:

- Акты об амнистии (пункт 1 части 1 статьи 81 КА);
- Постановления о ратификации международных договоров (пункт 2 части 1 статьи 81 КА);
- Постановление об объявлении войны и установлении мира (пункт 3 части 1 статьи 81 КА);
- Постановление об объявлении недействительными постановлений об объявлении военного или чрезвычайного положения (часть 3 статьи 81 КА).

Так как контроль за правовыми нормами предполагает существование правовой нормы,<sup>19</sup> следовательно законы могут оспариваться с момента завершения законодательного процесса, так как правовая норма

начинает свое существование именно с этого момента.<sup>20</sup> Законодательный процесс завершается с момента опубликования правовой нормы в официальных ведомостях.<sup>21</sup> Для существования нормы не обязательно ее вступление в силу.<sup>22</sup> Вступление нормы в силу не является частью законодательного процесса, а является лишь содержанием правовой нормы.<sup>23</sup> Таким образом законы могут оспариваться также до их вступления в силу постольку, поскольку четко предсказуемы и определены для обращающегося лица их будущие правовые последствия.<sup>24</sup> Оспаривание еще не вступивших в силу законов, однако, как правило будет недопустимым вследствие отсутствия другой предпосылки допустимости индивидуального обращения – нарушения собственного права.

Хотя учредительная конституционная власть также осуществляет публичную власть, однако он не ограничен основными правами.<sup>25</sup> Его материально-правовое ограничение в РА вытекает из статьи 114 КА, которая **доминирует** в отношении других конституционных норм. В случае столкновения “обычных” и “доминирующих” конституционных норм оспаривание антиконституционных конституционных норм в принципе хотя и возможно,<sup>26</sup> особенно с обоснованием, что проект изменений в Конституцию нарушает неизменяемые конституционные нормы, однако до настоящего времени возможности представления такого обращения не было.

Предметом индивидуального обращения не являются:

- законы, которые постановлением КС уже признаны соответствующими КА (пункт 3 статьи 32 Закона о КС);
- закон о бюджете. Хотя бюджет утверждается формальным законом (статья 76 КА в совокупности со статьей 81 Регламента НС), однако его оспаривание посредством индивидуального обращения невозможно, так как он не имеет внешнего действия и не устанавливает ни притязаний, ни обязательств в отношении третьих лиц.<sup>27</sup> Однако, если закон о бюд-

<sup>20</sup> *Bethge* (прим. 19), S. 70.

<sup>21</sup> *Rozek* (прим. 18), S. 20; *Lechner/Zuck BVerfGG*, Kommentar, München 2011, S. 442.

<sup>22</sup> *Bethge* (прим. 19), S. 70. См. также *Grafhof* (прим. 18), S. 940.

<sup>23</sup> BVerfGE 42, 263, 283.

<sup>24</sup> BVerfGE 108, 370, 385.

<sup>25</sup> *Bethge*: § 90, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Hrsg.): BVerfGG, Kommentar, Stand: März 2010, S. 113; *Jarass*: Art. 1, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, München 2012, S. 51.

<sup>26</sup> *Klein*: *Stufen der Verfassungsverletzung?*, in: *Deppenheuer* (Hrsg.): *Staat im Wort*, Heidelberg 2007, S. 177. См. также *Battis*: *Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.): HStR, Bd. VII, Heidelberg 1992, S. 237.

<sup>27</sup> BVerfGE 55, 349, 362.

<sup>16</sup> РПКС-21, 17.03.2009.

<sup>17</sup> BVerfGE 3, 58, 75.

<sup>18</sup> *Grafhof*: § 76, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (Hrsg.): BVerfGG, Mitarbeiterkommentar, Heidelberg 2005, S. 940; *Rozek*: § 76, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Hrsg.): BVerfGG, Kommentar, Stand: Juli 2012, S. 20

<sup>19</sup> *Rozek*: (прим. 18), S. 20; *Hillgruber*, in: *Hillgruber/Goos* (прим. 2), S. 198; *Bethge*: § 31, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Hrsg.): BVerfGG, Kommentar, Stand: Oktober 2008, S. 66

жете в порядке исключения содержит положения, которые имеют обязательное действие для всех, то постольку он может быть оспорен посредством индивидуального обращения;

- чтение законопроекта, так как он не имеет внешнего действия. Проект закона еще не является законом и поэтому не может быть предметом индивидуального обращения.

## 2. Законы, принятые референдумом, и обычное право

Принятые референдумом в качестве осуществления государственной власти законы (статья 112 КА), причисляемые к ряду формальных законов,<sup>28</sup> также связаны основными правами.<sup>29</sup> Именно по этой причине посредством индивидуального обращения могут оспариваться также законы, принятые референдумом (часть 2 статьи 69 Закона о КС).

Обычное право, противоречащее основным правам, также может являться предметом индивидуального обращения, но «только постольку, поскольку на нем основываются акты государственной власти».<sup>30</sup>

## 3. Бездействие законодателя

### 3.1. Принципиальные вопросы

Так как индивидуальное обращение служит защите основных прав, то логично, что его можно применить также против бездействующего законодателя,<sup>31</sup> так как бездействием законодателя могут нарушаться в особенности основные права на получение государственных услуг и выполнение обязанности государства по защите лиц.<sup>32</sup>

Для этого необходимо наличие конституционного материального требования, которое требует позитивного действия законодателя, что, однако, законодателем не выполнено.<sup>33</sup> Обязанность законодателя действовать может следовать как из определенной конституционной нормы, так и из обязанности по общей защите.<sup>34</sup> Бездействие законодателя имеет место

также в случае, когда он упустил установленный КС срок восстановления конституционной обстановки.<sup>35</sup> Нарушение законодателем обязанности действовать может быть оспорено индивидуальным обращением во всяком случае только в тех обстоятельствах, когда из предположительно нарушенных основных прав можно вывести субъективное право на требование выполнения законодателем конкретного действия.<sup>36</sup> Например, когда КА дословно предусматривает субъективные права на получение от государства защиты, например, в случае статей 14 или 31.1 КА.

В юридической литературе различают **настоящее (абсолютное)** и **ненастоящее (относительное)** бездействие.<sup>37</sup> Настоящее бездействие законодателя имеет место только в том случае, когда имеется буквальное конституционное требование, которое существенным образом очерчивает содержание и объем законодательной обязанности законодателя.<sup>38</sup>

Ненастоящее бездействие имеет место тогда, когда законодатель хотя и действовал и выполнил в определенной мере возложенные на него основным правом обязанности, однако этого не было достаточно для выполнения в полном объеме его обязанности по предусмотрению правового регулирования либо он пренебрег принципом запрета недомера (Untermaßverbot).<sup>39</sup> Ненастоящим бездействием считается также лишение определенной группы лиц льгот в нарушение принципа равенства.<sup>40</sup>

Невыполнение обязанности по улучшению законодательства также считается ненастоящим бездействием, когда, например, правовое регулирование вследствие изменившихся обстоятельств стало антиконституционным и, следовательно, нуждается в улучшении.<sup>41</sup> В подобных случаях гражданин приобретает право на требование улучшения законодателем своих актов.<sup>42</sup>

<sup>28</sup> *Bethge* (прим. 25), S. 111.

<sup>29</sup> *Hartmann*: Volksgesetzgebung: Ausüben von Staatsgewalt oder Ausleben von Freiheit?, DVBl 20/2006, S. 1275.

<sup>30</sup> *Bethge* (прим. 25), S. 115; *Hartmann*: § 90 BVerfGG, in: *Pieroth/Silberkuhl* (Hrsg.): Die Verfassungsbeschwerde, Münster 2008, S. 85.

<sup>31</sup> *Grafhof* (прим. 18), S. 941; *Hartmann* (прим. 30), S. 76.

<sup>32</sup> *Hartmann* (прим. 30), S. 76-77.

<sup>33</sup> *O. Klein*, in: *Benda/E. Klein/O. Klein*: Verfassungsprozessrecht, Heidelberg 2012, S. 230; *Bethge* (прим. 25), S. 116.

<sup>34</sup> *Calliess*: Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 7/2006, S. 322; *Klein*: Das Untermaßverbot - Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichten, JuS 11/2006, S. 960.

<sup>35</sup> *O. Klein*, in: *Benda/E. Klein/O. Klein* (прим. 33), S. 230.

<sup>36</sup> *Sommernann*: Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen 1997, S. 445; См. также *Starck*: Art. 1, in: von *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, München 2010, S. 112.

<sup>37</sup> *Cremer*: Freiheitsgrundrechte, Tübingen 2003, S. 324; *Lechner/Zuck* (прим. 21), S. 609; *Schenke*: Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen, VerwArch 3/1991, S. 311; *Stark*: § 95, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (Hrsg.): BVerfGG, *Mitarbeiterkommentar*, Heidelberg 2005, S. 1321.

<sup>38</sup> BVerfGE 129, 124, 176.

<sup>39</sup> *Vosgerau*: Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen, AöR, Bd. 133, 2008, S. 351; *Möstl*: Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 24/1998, S. 1030; *Calliess* (Fn. 34), S. 323; *Bethge*: Die Grenzen grundrechtlicher Subjektivierung objektiven Verfassungsrechts, in: *Depenheuer* (Hrsg.): Staat im Wort, Heidelberg 2007, S. 622. О принципе запрета недомера см. также *Klein* (прим. 34), S. 960-962.

<sup>40</sup> *Bethge* (прим. 19), S. 68; *Sommernann* (прим. 36), S. 445.

<sup>41</sup> *Möstl* (прим. 39), S. 1031. Подробно об этом: *Mayer*: Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996.

<sup>42</sup> *Battis* (прим. 26), S. 254.

### 3.2. Практика КС РА

Согласно практике КС РА бездействие законодателя в принципе может являться предметом индивидуального обращения. Однако он не различает настоящее и ненастоящее бездействие, а применяет понятия “пробел права”, “пробел в законе”, “законодательный пробел” или “пробел в правовом регулировании” без их различия каким-либо образом друг от друга. В одном случае он говорит о таком пробеле *права*, которое обусловлено отсутствием нормативного предписания. Под этим он, видимо, имеет в виду настоящее бездействие. При этом оспаривание такого пробела он считает недопустимым, аргументируя это тем, что его преодоление входит в компетенцию законодателя.<sup>43</sup>

В другом случае КС говорит о пробелах в *законе*, которые обусловлены неопределенностью оспариваемой нормы, и считает себя правомочным проверять конституционность такого пробела, если оспариваемая норма вследствие своей неопределенности толкуется и применяется таким образом, что нарушается или может быть нарушено одно конкретное основное право.<sup>44</sup> Под этим он, видимо, имеет в виду ненастоящее бездействие.

Подытоживая эти свои подходы КС отмечает, что *законодательный пробел* может являться предметом рассмотрения КС только в том случае, когда в законодательстве отсутствуют другие правовые гарантии заполнения этого пробела либо несмотря на наличие таких гарантий сформировалась противоречивая правоприменительная практика, либо когда имеющийся *законодательный пробел* не обеспечивает возможность реализации того или иного права. В остальном конституционность *пробела в правовом регулировании* рассмотрению в КС не подлежит.<sup>45</sup>

### 3.3. Критика

Как видим, практика КС РА в вопросе контроля за бездействием законодателя не отличается теоретической четкостью. Упоминание о правомочии в преодолении пробела в законе абсолютно не важно и должно быть отделено от вопроса, может ли быть проверена конституционность этого пробела КС, независимо от того, в компетенцию которого органа входит его преодоление. Полномочие на принятие закона также принадлежит законодателю, но КС может проверить его конституционность. Дословный текст пункта 6 части 1 статьи 101 КА подсказывает, что настоящее бездей-

ствие законодателя не может быть оспорено индивидуальным обращением, так как полное бездействие законодателя само по себе не является законом, поэтому и является недопустимым предметом индивидуального обращения. Бездействие законодателя может быть оспорено посредством индивидуального обращения, если речь идет о ненастоящем бездействии. Здесь предметом обращения является фактически не бездействие законодателя, а существующий, но неполноценный закон, который вследствие именно своей неполноценности нарушает основные права личности.

Что касается суждения КС о неопределенности оспариваемой нормы, которой якобы может быть обусловлен пробел в законе, то следует отметить, что принцип определенности лишь требует, чтобы правовая норма, которая существенным образом затрагивает основные права гражданина, была достаточно четкой и непротиворечивой таким образом, чтобы гражданин мог бы познавать правовое положение и приводить свое поведение в соответствие с его требованиями.<sup>46</sup> Если правовая норма не отвечает этим требованиям, то имеет место именно неопределенная норма, а не пробел в законе. Считать, что нуждающиеся в улучшении правовые нормы являются пробелами в законе, является ошибочным подходом, так как о пробеле в законе говорят в том случае, когда в законе не урегулирован какой-нибудь правовой вопрос, то есть совершенно отсутствует правовое регулирование по конкретному вопросу.<sup>47</sup> Если положение закона в конкретном случае толкуется и применяется таким образом, что нарушается одно конкретное основное право, то это не является признаком наличия пробела в законе.

Серьезные проблемы вызывает также практика КС по признанию пробела в законе недействительным. Пробел в законе, вопреки подходу КС,<sup>48</sup> нельзя признавать недействительным, а только неконституционным.<sup>49</sup> Если законодатель не предусмотрел конституционно истребованное регулирование, то очевидно, что с признанием недействительности конституционная обстановка не восстановится.<sup>50</sup> Признание недействительности здесь исключается, так как оно невозможно (*impossibile nulla est obligatio*). Пробел

<sup>46</sup> *Sommerrmann*: Artikel 20, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.): *Kommentar zum Grundgesetz*, München 2010, S. 126; *Hofmann*: Art. 20, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf* (Hrsg.): *Kommentar zum Grundgesetz*, Köln 2011, S. 689.

<sup>47</sup> *Schwacke*: *Juristische Methodik*, Stuttgart 2011, S. 125; *Engisch/Würtenberger/Otto*: *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 2010, S. 237.

<sup>48</sup> ПКС-690, 09.04.2007, Сборник постановлений КС, Ереван 2011, стр. 216, ПКС-691, 11.04.2007, Сборник постановлений КС, Ереван 2011, стр. 225.

<sup>49</sup> BVerfG 18, 288, 301; 22, 349, 359.

<sup>50</sup> *Voßkuhle*: Art. 93, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.): *Kommentar zum Grundgesetz*, München 2010, S. 695.

<sup>43</sup> ПКС-864, 05.02.2010, Вестник КС 4(57)/2010, стр. 62.

<sup>44</sup> ПКС-864, 05.02.2010, Вестник КС 4(57)/2010, стр. 62.

<sup>45</sup> ПКС-914, 14.09.2010, Вестник КС 2(59)/2011, стр. 86.

в законе не может быть признан недействительным вследствие отсутствия нормы.<sup>51</sup> То же самое касается случая, когда законодатель неполноценно урегулировал законом свои обязанности, возложенные на него основными правами.<sup>52</sup> КС может только заявить, что пробел в законе является неконституционным и что имеется конституционное требование относительно конкретного правового регулирования.<sup>53</sup>

Пробел в законе зачастую становится очевидным только в связи с каким-либо имеющимся положением. Существующий закон хотя и является конституционным, однако необходимо также иное регулирование, которое разумным образом должно было быть предусмотрено в имеющемся законе.<sup>54</sup> В подобных случаях КС признает конкретное положение закона неконституционным и недействительным постольку, поскольку в нем отсутствует конституционно истребованное регулирование.<sup>55</sup> Следует отметить, что Федеральный КС Германии еще в 1965 г. в своем постановлении BVerfGE 18, 288, 301 отметил, что признание правовой нормы недействительной невозможно постольку, поскольку она не регулирует что-либо. Постановления КС РА по таким вопросам диаметрально противоположны упомянутому принципу, развиваемому Федеральным КС Германии. Заключительная часть подобных постановлений КС РА состоит из формулы “постольку, поскольку не...” - плюс описание отсутствующей части.<sup>56</sup> Такая формулировка ошибочна в языковом аспекте. Связь “постольку, поскольку” отмечает конкретный компонент существующей нормы. Однако в случае пробела в законе ни одна из частей имеющейся правовой нормы не является неконституционной.<sup>57</sup> По этой причине в подобных случаях КС логически должен отказаться от практики признания существующей конституционной нормы недействительной по причине недостаточного регулирования, так как с отменой соответствующего КА положения он еще более углубляет имеющийся в законе пробел.

<sup>51</sup> *Kreutzberger*: Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des BVerfG, Frankfurt am Main 2007, S. 148; *Hartmann*: § 95 BVerfGG, in: *Pieroth/Silberkuhl* (Hrsg.): Die Verfassungsbeschwerde, Münster 2008, S. 254; *Seer*: Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht, NJW 5/1996, S. 287; *Hein*: Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das BVerfG, Baden-Baden 1988, S. 56.

<sup>52</sup> *Möstl* (прим. 39), S. 1039 *E. Klein*, in: *Benda/E. Klein/O. Klein* (прим. 33), S. 554.

<sup>53</sup> *Schlaich/Koriath*: Das Bundesverfassungsgericht, München 2012, S. 288.

<sup>54</sup> *Graßhof*: § 78, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (Hrsg.): BVerfGG, Mitarbeiterkommentar, Heidelberg 2005, S. 982.

<sup>55</sup> ПКС-1010, Вестник КС 3(65)/2012, стр. 33; ПКС-1037, Вестник КС 4(66)/2012, стр. 78.

<sup>56</sup> ПКС-1010, Вестник КС 3(65)/2012, стр. 33.

<sup>57</sup> *Graßhof* (прим. 54), S. 982.

Если законодатель не предусмотрел истребованное КА какое-либо регулирование, то очевидно, что КС РА ничего не может признавать недействительным из-за отсутствия регулирования. В подобных случаях он может только утверждать, что существует требование правового регулирования, и законодатель его не выполнил. Если КС выявляет пробел в законе, то логика подсказывает, что он должен указать это в заключительной части постановления и не более того, так как “что-либо не существующее не может быть признано недействительным”.<sup>58</sup>

## VI. Акты исполнительной власти

### 1. Общие положения

Согласно принципу исключения исполнительной властью является все то, что не является законодательной или судебной властью.<sup>59</sup> Она включает всю деятельность Правительства, административных органов и Вооруженных сил. Исполнительной власти принадлежит также любая деятельность юридических лиц публичного права, а также любая деятельность юридических лиц частного права, если ее можно приписывать государству. Это так, когда юридические лица частного права учреждаются государством и их структура и задачи устанавливаются государственным правом.<sup>60</sup>

Не подлежит сомнению то, что исполнительная власть тоже непосредственно и всеобъемлюще ограничена основными правами. Такое требование четко установлено в части 3 статьи 3 КА, которая не предусматривает никаких исключений. Следовательно, все действия исполнительной власти ограничены основными правами и поэтому могут нарушать их.

Право на судебную защиту, закрепленное в части 1 статьи 18 КА, защищает личность от исполнительной власти, но не законодательной и судебной, следовательно гарантируется судебная защита против исполнительной власти также в Административном суде. Однако, как уже отмечалось, Административному суду законом запрещено проверять конституционность актов исполнительной власти. Следовательно, это должен делать КС.

<sup>58</sup> *Blasberg*: Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber, Berlin 2003, S. 138.

<sup>59</sup> *Bethge* (прим. 25), S. 101.

<sup>60</sup> *Möllers*: Staat als Argument, Tübingen 2011, S. 329; *Hopfauf*: Art. 93, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf* (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, Köln 2011, S. 1956.

## 2. Акты, подлежащие оспариванию посредством индивидуального обращения

Согласно пункту 6 части 1 статьи 101 КА индивидуальное обращение может быть представлено только против **законов**. Под понятием закона, вопреки позиции КС, следует понимать не только законы в формальном смысле, но и все общие и абстрактные подзаконные правовые нормы, имеющие внешнее действие.<sup>61</sup> Следовательно, индивидуальное обращение допустимо против **всех** актов нормативного характера. Общеобязательный характер для актов исполнительной власти как предмет индивидуального обращения обязателен по той причине, что они только при наличии этого признака считаются законами в материальном смысле. Так как прежде всего именно исполнительная власть может нарушить основные права личности, следовательно, исключение актов исполнительной власти из рамок предмета индивидуального обращения означает возникновение недопустимого пробела в сфере защиты основных прав.

В РА полномочие на принятие подзаконных нормативных актов имеют Президент РА, НС, Председатель НС, Правительство, Премьер-министр, Совет ЦБ, ЦИК, Комиссия по энергетике, Государственный совет по статистике, Государственная комиссия по защите экономической конкуренции, Национальная комиссия по телевидению и радио, Совет государственной службы, министры, марзпеты (губернаторы), органы местного самоуправления (пункт 2 части 1 статьи 6 Закона “О правовых актах”). Их акты могут оспариваться посредством индивидуального обращения, если они имеют внешнее действие, то есть, могут непосредственно затрагивать основные права обращающегося лица.

Согласно пунктам 3 и 4 части 1 статьи 6 упомянутого Закона постановления КС и других судов также могут являться общеобязательными, если ими признаются недействительными правовые нормы. Однако эти постановления не могут быть предметом индивидуального обращения. Судебные акты не утрачивают свои свойства в качестве формы выражения правосудия также в том случае, когда законодателем им придается действие, идентичное правовым нормам. Постановления судов нормативного характера о признании правовых норм недействительными не являются законом, а лишь судебным актом.<sup>62</sup> Их нормативное действие всего лишь гарантирует общеобязательность судебного вердикта. Следовательно, рассмотрение

признания судом правовой нормы недействительной в качестве “негативного законодательства” неверно.<sup>63</sup>

## VII. Судебные акты

### 1. Общие положения

КА не предусматривает возможность индивидуального обращения против судебных актов. Индивидуальное обращение, представленное против судебных актов, не допускается (пункт 6 части 1 статьи 101 КА). Однако суды в РА также всесторонне ограничены основными правами (часть 3 статьи 3 КА), следовательно судебные акты также могут нарушать основные права личности. Их исключение учредительной конституционной властью из рамок конституционного контроля приводит к возникновению значительного пробела в сфере защиты основных прав.

### 2. Проблема контроля правоприменительной практики

Армянский законодатель, однако, попытался самостоятельно восполнить этот пробел посредством закона уполномочив КС проверять конституционность правоприменительной практики (часть 1 статьи 63 Закона о КС). Однако проверка применения права является ничем иным, как контролем деятельности судов, что запрещено КС (статья 100 КА). Фактически часть 1 статьи 63 Закона о КС, как и часть 2 статьи 69 Закона о КС, является правовым регулированием *ultra vires*. Посредством этой нормы армянский законодатель нарушил принцип эnumerации (статья 100 КА по совокупности первого предложения части 3 статьи 94 КА). Однако КС казалось бы не видит неконституционность этих норм и применяет их.

КС в своей практике проверяет правовую норму по толкованию, данному ей в судебной практике. Такой подход он аргументирует тем, что конституционность правовой нормы якобы обусловлена не только тем, как она сформулирована в правовом акте, но и тем, как она воспринимается и применяется в правоприменительной практике.<sup>64</sup> Таким путем КС пытается оправдать отведенное ему простым законодателем полномочие на проверку окончательных судебных актов, что в действительности ему запрещено пунктом 6 части 1 статьи 101 КА. Такая позиция КС также ошибочна. **Если какая-либо правовая норма применяется вопреки ее**

<sup>61</sup> Оганесян (прим. 6), стр. 19.

<sup>62</sup> *Lechner/Zuck*: (прим. 23), S. 246.

<sup>63</sup> *Bethge* (прим. 19), S. 78; *Bethge*: Die Entscheidungswirkung von Normbeanstandungen des BVerfG, Jura 1/2009, S. 20.

<sup>64</sup> ПКС-984, 15.07.2011, Вестник КС 1(63)/2012, стр. 91.

*смыслу и цели, и проявляется недопустимое вмешательство в основные права личности, то из этого совершенно не следует неконституционность самой нормы.*

Проблематично также то, как КС пользуется этим своим неконституционным полномочием. Практика КС уже на этапе принятия к рассмотрению индивидуального обращения крайне противоречива. Зачастую он не принимает к рассмотрению индивидуальное обращение, которым оспаривается неконституционное толкование и применение простого закона, аргументируя это тем, что заявитель оспаривает правомерность применения положения закона и законность вынесенных на его основании судебных актов, но проверка этих вопросов находится вне полномочий КС.<sup>65</sup> Однако зачастую он принимает к рассмотрению такие обращения и проверяет практику применения положения оспариваемого закона. Он, в частности, проверяет верно ли суды толковали и верно ли применяли по конкретному делу простой закон. В подобных случаях контроль КС превращается в полноценную проверку содержания судебных актов и тем самым КС превращается в надкассационную инстанцию, что конституционно ему запрещено. Однако случается также, что после принятия к рассмотрению индивидуального обращения КС в своем постановлении по существу отмечает, что он не уполномочен проверять верное применение закона и принимать решение по этому вопросу<sup>66</sup>

Противоречивы также последствия контроля правоприменительной практики. Три примера непоследовательных решений.

Во многих случаях КС РА признает оспариваемое положение закона неконституционным и недействительным, потому что оно вследствие неверного толкования и применения якобы приобрело неконституционное содержание.<sup>67</sup>

В другом случае КС отмечает, что нарушение основного права обусловлено не неконституционностью положения оспариваемого закона, а является результатом неверного правоприменения. В итоге он признает закон соответствующим КА, тем самым отклонив индивидуальное обращение.<sup>68</sup>

И наконец, КС часто отмечает, что суды неверно истолковали и неверно применили простой закон, однако признает закон соответствующим КА в пределах своей правовой позиции. Он толкует оспариваемое по-

ложение созвучно КА и требует от судов пересмотра дела с учетом своей позиции.<sup>69</sup>

Такая противоречивая практика КС в сфере контроля правоприменительной практики не позволяет вывести какой-либо критерий, который оправдал бы такой дифференцированный подход КС в отношении неверного толкования и применения простого закона судами.

## VIII. Резюме

Таким образом, КА РА вопреки буквальному тексту пункта 6 части 1 статьи 101 КА считает недопустимым оспаривание актов исполнительной власти посредством индивидуального обращения. Тем самым он приводит к возникновению еще большего пробела в сфере судебной защиты основных прав, так как там и без этого имеется значительный пробел с точки зрения недопустимости оспаривания судебных актов. Для наибольшей всесторонней защиты основных прав необходимо, чтобы КС отказался от своих неконституционных подходов и принимал к рассмотрению индивидуальные обращения по оспариванию подзаконных нормативных актов.

<sup>65</sup> РПКС-21, 17.03.2009.

<sup>66</sup> ПКС-747, 04.04.2008, Вестник КС 1(50)/2009, стр. 36.

<sup>67</sup> ПКС-943, 25.02.2011, Вестник КС 4(61)/2011, стр. 125; ПКС-983, 12.07.2011, Ведомости КС 1(63)/2012, стр. 81.

<sup>68</sup> ПКС-674, 30.01.2007, Сборник постановлений КС, Ереван 2011, стр. 178.

<sup>69</sup> ПКС-766, 14.10.2008, Вестник КС 3(52)/2009, стр. 78.

Мака Тодуа<sup>1</sup>

## Вред (создание угрозы причинения вреда), причинённый окружающей среде как основание для требования возмещения вреда - обзор судебной практики

### I. Введение

История сосуществования человека и окружающей среды в основном определяется степенью отношений (воздействия) человека и окружающей среды и масштабом эксплуатации последней. Связь между правами человека и окружающей средой становилась предметом изучения многих ученых и исследователей, поскольку сам термин «экологическое право» все еще нуждается в осмыслении и толковании. Развитие науки и техники обусловило увеличение степени воздействия человека на окружающую среду (и наоборот). Как выразился в своем приветственном слове к участникам сессии Совета управляющих Программы ООН по окружающей среде Пан Ги Мун: «Несмотря на наши самые благие намерения и некоторые предпринятые до настоящего времени усилия, состояние мировой окружающей среды продолжает неуклонно ухудшаться, а мировая база природных ресурсов эксплуатироваться методами, не обеспечивающими ее воспроизводство».<sup>2</sup> Таким образом, причинение вреда окружающей среде, а также проблемы, являющиеся сопутствующими последствиями этого вреда, стали главной заботой современного мира. Отмеченное двустороннее воздействие обусловлено тем обстоятельством, что человек – объект природы, который испытывает ее воздействие, и в то же время – субъект, который использует природные ресурсы.<sup>3</sup>

В Грузии также, как в основной части современного мира, проблемы, связанные с окружающей средой, регулируются многочисленными внутренними и международными нормативными актами,<sup>4</sup> однако с практической точки зрения, весьма важно дать обзор судебной практики, связанной с этой фундаментальной проблемой. Несмотря на тот факт, что природоохранные нормы «рассеяны» по многим отраслям права (они содержатся в гражданском, административном и

уголовном законодательстве), нередко споры по экологическим вопросам так же, как проблемы, связанные с предоставлением информации об окружающей среде, являются предметом толкования именно в процессе судебной практики, и на основании этого толкования происходит его внедрение в практику в виде общего руководящего правила. Вместе с тем необходимо отметить, что, несмотря на скудность судебной практики в отношении подобных споров, рассматривать вопрос (проблему) в простом контексте совершенно невозможно. Мнение о том, что применительно к подобным спорам важно утвердить как внутригосударственную, так и международную судебную практику (чтобы отмеченная повлияла на законодательство и национальную судебную практику), разделяют многие специалисты указанной отрасли.<sup>5</sup>

Согласно главе второй Конституции Грузии (Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека) обеспечивается защита таких прав человека, как право на жизнь, свободу, личную свободу и других прав. Охрана окружающей среды по своему содержанию подразумевает охрану необходимой для жизни человека природной окружающей среды от воздействия человека, а так же наоборот, защиту здоровья человека (создание безопасной для жизни окружающей среды) от вредного воздействия окружающей среды. Конституция Грузии применительно к вопросам охраны окружающей среды содержит важные руководящие нормы.<sup>6</sup> Конституции многих стран мира не содержат таких прогрессивных статей.

Закон Грузии «Об охране окружающей среды» от 10 декабря 1996 года – один из важнейших законодательных актов,<sup>7</sup> который регулирует правовые отношения между органами государственной власти и физическими и юридическими лицами (независимо от формы собственности и организационно-правовой формы) в сфере охраны окружающей среды и природопользования (далее – охраны окружающей среды) на всей территории Грузии, включая ее территориаль-

<sup>1</sup> Юрист, менеджер Тбилисского городского суда

<sup>2</sup> Полный текст см. [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>3</sup> Т. Урушадзе, В. Лория, Экологическое право, 1999 г. (на груз. яз.).

<sup>4</sup> Экологическое право Европейского союза, Л. Кремер, Г. Винтер, 2007 г.

<sup>5</sup> М. Битадзе, Защита европейских прав согласно прецедентному праву Европейского суда по правам человека, европейские стандарты прав человека и их влияние на грузинское законодательство и практику (сборник статей), 2006 г. (на груз. яз.).

<sup>6</sup> Часть 2 статьи 37 Конституции Грузии: Все имеют право жить в безвредной для здоровья окружающей среде, пользоваться природной и культурной средой. Часть 4 этой же статьи: Государство с учетом интересов нынешнего и будущих поколений обеспечивает охрану окружающей среды и рациональное пользование природными ресурсами, устойчивое развитие страны для обеспечения безопасной для здоровья человека среды в соответствии с экологическими и экономическими интересами общества.

<sup>7</sup> Т. Урушадзе, В. Лория, Экологическое право, 1999 г. (на груз. яз.).

ные воды, воздушное пространство, континентальный шельф и особую экономическую зону.

Кроме этих основных законодательных актов с целью охраны, рационального использования и предотвращения причинения вреда основным составляющим элементам окружающей среды (земли, воды, воздуха) в Грузии принято немало законов,<sup>8</sup> и сферой их действия является именно урегулирование отношений между обществом (человек) и природой (окружающая среда).

Как отмечалось выше, исходя из актуальности и проблематики темы, с целью охраны окружающей среды Грузия относится к той категории стран, у которых для разрешения указанной проблемы имеется обширная нормативная база. Для компетентного разрешения этой всеобщей проблемы необходимо наличие точного и конкретного законодательства, что представляет собой серьезную дилемму, и шагом вперед к разрешению именно этой проблемы является существование (усиление) судебной практики, с целью применения ее в качестве руководящих норм впоследствии.

Здесь же следует отметить, что международная судебная практика в связи с охраной окружающей среды и доступностью информации об окружающей среде более развита, нежели в Грузии, хотя, к сожалению, применение в толкованиях решений общих судов Европейской конвенции по правам человека так же, как и прецедентных решений, принятых Европейским международным судом на основании этой конвенции – все еще редкость. При этом в том случае, если применение конвенции в судебной практике имеет место, как правило, суд применяет ее только в виде общего указания.<sup>9</sup> Редки в судебной практике решения, которые приняты со ссылкой на толкования, сформулированные в международных судебных решениях в связи с вопросами, вытекающими из окружающей среды. Малочисленность указанных практических толкований ни в коем случае не должна быть понята таким образом, что в Грузии не стоят проблемы, связанные с охраной окружающей среды, – в связи с экологическими правовыми отношениями, но в первую очередь это обусловливается тем фактом, что общество не обладает соответствующими информацией и знаниями относительно того, как осуществлять регулирование отношений, связанных с окружающей средой, то есть у его представителей низок уровень сознания и информированности о механизмах правовой защиты, что само по себе про-

порционально количеству споров (исков).

Тот факт, что охрана природы, создание окружающей среды, необходимой (комфортной) для жизни и здоровья человека, представляет собой серьезную глобальную проблему, подтверждается многочисленностью попыток найти пути разрешения этой проблемы (в исследования экологических проблем как на законодательном, так и на научном уровне вовлечены многие американские и европейские ученые).<sup>10</sup>

## II. Судебная практика

Прежде всего, необходимо отметить, что под причинением вреда, вызванным окружающей средой, в первую очередь, причинением вреда необходимым для жизни человека природным составляющим элементам окружающей среды (воздух, вода, земля и другое) подразумеваются и средства защиты права, возникшего на этом основании, однако в науке так же, как в судебной практике, нам встречаются случаи, когда окружающая среда, необходимая для здоровья человека, нарушается независимо от загрязнения природной среды.<sup>11</sup> Так, например, нарушение допустимых норм шума<sup>12</sup> может повлечь загрязнение окружающей среды, необходимой для здоровья человека, создание неблагоприятных (вредных) для здоровья человека условий и соответственно вызвать основание для требования возмещения вреда.

В процессе разрешения споров, касающихся требования возмещения вреда, связанного с окружающей средой, суд применяет как действующую законодательную базу, так и принципы международного права и толкования, сформулированные в судебных решениях в виде руководящих норм.

Грузинская база правосудия не отличается обилием решений, принятых по спорам подобной категории, хотя с учетом специфики вопроса интерес представляет обзор споров о возмещении вреда, исходящего от окружающей среды, главным образом в том смысле, что толкования, сформулированные именно на прак-

<sup>8</sup> Закон Грузии «О защите почвы» от 11 мая 1994 года; Закон Грузии «О воде» от 16 октября 1997 года; Закон Грузии «Об охране атмосферного воздуха» от 22 июня 1999 года и другие.

<sup>9</sup> Константин Коркелая, Применение Европейской конвенции по правам человека в Грузии, 2004 г. (на груз. яз.).

<sup>10</sup> С научными исследованиями в области отношений человека и окружающей среды, а также связи прав человека с окружающей средой в общем можно ознакомиться: M.W. Holdgate, A perspective of Environmental Pollution, 1979; P. Birnie, A. Boyle and C. Redgwell, International Law and Environment, 2009; Dejeant-Pons, M., M. Pallemarts, Human rights and Environment, 2002; S. Wolf and N. Stanley, Environmental Law 2003; A. Boyle, M. Anderson, Human Right Approaches to Environmental protection, 1998;

<sup>11</sup> И. Гивиашвили, Европейская конвенция по правам человека и охрана окружающей среды, европейские стандарты прав человека и их влияние на грузинское законодательство и практику (сборник статей), 2006 г. (на груз. яз.).

<sup>12</sup> Daniel M. Steinway, Kevin A. Ewing Environmental Law Handbook, ch.4.1.1. Noise, Nuisance

тических примерах, нередко становятся руководящими положениями при разрешении споров подобных категорий, что не столь уж редко находит отражение в законодательной базе.

Верховный Суд Грузии в решении от 21 апреля 2005 года по делу, в котором истцами выступали А. Ц., Т. К. и другие против ответчиков – Министерства охраны окружающей среды и природных ресурсов, АО «С.», международной энергетической компании «И.», предметом спора которого было возмещение имущественного и неимущественного вреда, причиненного вредным воздействием, признал установленным, что шум, вызванный непрерывной работой трансформаторов, превышал предельные нормы, что стало основанием для частичного удовлетворения иска.<sup>13</sup>

Отдельно необходимо отметить то обстоятельство, что кассационный суд в отмеченном решении на основании Органического закона Грузии «О местном самоуправлении и управлении» и Закона Грузии «О столице Грузии – Тбилиси» разъяснил, что мэрия г. Тбилиси не сумела выполнить возложенное на нее законом обязательство, ею не были приняты конкретные меры для обеспечения охраны безвредной для здоровья человека окружающей среды, что сделало ее субъектом, обязанным возместить причиненный вред.<sup>14</sup>

Вышеуказанное решение кассационного суда – прецедентное с той точки зрения, что представляет собой первый случай в системе грузинского правосудия, когда истцы обоснованность иска наряду со ссылкой на действующую законодательную базу обосновали также, опираясь на решение Европейского суда (*Lopez Ostra v. Spain*<sup>15</sup>). Упомянутый иск основывался на нарушении статьи 8 Европейской конвенции по правам человека (Право на уважение частной и семейной жизни),<sup>16</sup> и на испанское правительство было возложено обязательство по уплате компенсации в пользу истца (4000000 песет).

В связи со спорами подобной категории (связанных с шумом) Верховный Суд Грузии в решении от 16 февраля 2006 года по делу №86-1167-782 (3-05) (истцы – Г. Ц., Э. Ц. и другие против ответчика – Государственного департамента автомобильных дорог Грузии, предмет спора – возмещение морального и материального вреда) признал установленным факт нарушения права истцов и наложил на ответчиков обязательство по возмещению вреда в пользу истцов. Иск основывался на том факте, что во время расширения и реконструкции центральной дороги Зугдиди-Мestia строители сбросили в овраг тысячи кубических метров камня и щебня, в результате чего было засорено русло реки, что стало причиной изменения скорости ее течения и соответственно возникновения повышенного шума в селе. Накопившиеся в результате интенсивного весеннего таяния снегов воды сдвинули с места тысячи кубических метров массы, и в селе образовался нанос, причинивший вред жителям села, в том числе были разрушены оба этажа жилого дома истца Д. Ц.. Истцы считали, что из-за того, что при составлении проекта реконструкции и строительстве дороги не были учтены географическое местоположение села, а также жизненные интересы сельского населения, ущемлены их честь и достоинство. До изменения русла реки воды протекали по более широкому руслу, берега были пологими. Вода преодолевала препятствия в виде камней на дне и берегу, ввиду чего текла бесшумно, а после того, как берега были укреплены бетоном и дно тоже покрыто бетоном, катастрофически увеличились скорость течения и напор воды, стали скапливаться довольно крупные камни, которые, сталкиваясь друг с другом, с бетонным дном, стенами, производили оглушительный грохот, который постоянно слышался в селе. Основанием для внесения иска являлось заключение о том, какие последствия может повлечь шум высокой частоты сверх предельного размера. Решением кассационного суда иск был удовлетворен частично, что кассационный суд обосновал следующим образом:

По разъяснению кассационного суда, налицо воз-

<sup>13</sup> Указанное решение суда (საბსტბს-586-507-3-04 от 21.04.2005) важно не только с точки зрения сформулированных в нем общих толкований, но и того обстоятельства, что оно фактически является первым решением по спорам подобной категории (право требовать возмещения вреда, вызванного воздействием шума), которое с точки зрения правовых толкований установило соответствующий прецедент. Решение в виде практического примера сформулировано в книге «Влияние международных правовых стандартов защиты экологических прав человека», М. Бицадзе, 2008 г.; с полным текстом можно также ознакомиться на веб-странице: <http://www.supremecourt.ge/>

<sup>14</sup> Согласно сформулированному в данном решении толкованию кассационный суд на основании действующего законодательства (Органического закона Грузии «О местном самоуправлении и управлении» и Закона Грузии «О столице Грузии – Тбилиси») фактически признало государство в лице мэрии г. Тбилиси обязанным субъектом с точки зрения создания безвредной для здоровья, безопасной окружающей среды.

<sup>15</sup> *Lopez Ostra v. Spain*<sup>11</sup> (Лопез Остра против Испании) 20 EHRR, 277, 1995 год.

<sup>16</sup> 1. Каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции. 2. Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц.

никновение деликтного обязательства в результате причинения вреда<sup>17;18</sup>. Суд опирался на статью 42.9 Конституции Грузии, часть первую статьи 317 Гражданского кодекса Грузии, положения главы XIV Общего административного кодекса Грузии<sup>19;20</sup>, Закон Грузии «Об охране окружающей среды», приказ Министра труда, здравоохранения и социальной защиты Грузии «Об утверждении норм качественного состояния окружающей среды» от 16.08.01 № 297/Б, заключение эксперта и разъяснил, что истцам действительно был причинен вред, который выразился в снижении их слуха. Отмеченное подтверждалось выписками из историй болезни истцов и членов их семей, а также последним анамнезом диагностических исследований этих же историй.

Соответственно на основании статьи 208 Общего административного кодекса Грузии и статьи 1000.2 Гражданского кодекса Грузии на ответчика - Государственный департамент автомобильных дорог Министерства экономического развития Грузии с учетом принципа пропорциональности публичных и частных интересов<sup>21;22;23</sup> было наложено обязательство по уплате в пользу истцов суммы в размере по 1000 лари на каждого (всего 10 000 лари).

Кассационный суд признал, что между деянием Государственного департамента автомобильных дорог ввиду реконструкции дороги, сброса в реку каменных глыб и наступившими последствиями (разрушение дома Д. Ц.) существовала причинная связь, что подтверждалось экспертным заключением (18.06.2003 г.), и на Государственный департамент автомобильных дорог Министерства экономического развития Грузии было возложено обязательство по уплате в пользу истца Д. Ц. суммы в размере 5000 лари, однако в части возмещения морального вреда суд признал иск безосновательным.

<sup>17</sup> Л. Чантурия, Б. Зоидзе, Т. Нинидзе, Р. Шенгелия, Дж. Хецуриани, Комментарии к Гражданскому кодексу Грузии, 2001 г., книга третья, том 3 (на груз. яз.).

<sup>18</sup> З. Ахвледиани, Обязательственное право, 1999 г. (на груз. яз.).

<sup>19</sup> Общий административный кодекс Грузии, вступил в силу с 1 января 2000 года; главой XIV определяется государственная ответственность. См. также: П. Турава, Н. Цкекладзе, Учебник по общему административному праву, 2010 год, сс. 143-151 (на груз. яз.).

<sup>20</sup> Дж. Русиашвили, Возмещение вреда административными органами, судебная практика применения законодательства, 2013 г. (на груз. яз.).

<sup>21</sup> С полными текстами решений Верховного Суда Грузии, в том числе решений, рассматриваемых в статье, можно ознакомиться на веб-странице: <http://www.supremecourt.ge/>

<sup>22</sup> Общий административный кодекс Грузии, статья 7, Пропорциональность частных и публичных интересов.

<sup>23</sup> З. Адеишвили, К. Вардиашвили, Л. Изория, Н. Каландадзе, М. Копалеишвили, Н. Схиртладзе, П. Турава, Д. Китовили, Учебник по общему административному праву, 2005 г. (на груз. яз.).

Верховный Суд Грузии решением от 12 декабря 2007 года по делу №88-473-450 (23-07) по иску истцов Д. Л., Н. Х., Д. Х. и других против ответчиков – мэрии г. Кутаиси, АО «Э.-2001» - правопреемника АО «Р.» о возмещении вреда суд признал установленным вред, вызванный повышенной опасностью, исходящей из повреждения водного сооружения, за что возложил ответственность за вред, причиненный источником этой опасности, на владельца указанного сооружения. Иск основывался на том факте, что на правом берегу водохранилища РионГЭС были выделены земельные участки, и на указанной площади истец построил дом. Вскоре река Риони изменила русло и стала расширяться в сторону выделенных для жилищного строительства земельных участков (в том числе - и по направлению к жилому дому истца), что было вызвано параличом работы заградительных щитовна РионГЭС. Соответственно стало невозможно нормально регулировать уровень воды, что вызвало изменение русла реки Риони. По разъяснению истца, городу Кутаиси угрожала реальная опасность стихийного бедствия, в частности, не обеспечивалась безопасность 34 семей, а руководство города не предпринимало никаких, даже временных мер против интенсивной эрозии прибрежной полосы. Кассационный суд, опираясь на статью 1000 Гражданского кодекса, разъяснил, что на лицо ответственность за вред, вызванный источником повышенной опасности исходя из повреждения сооружения, в частности водного сооружения, за что ответственность за вред, исходящий от источника этой опасности, возложил на владельца упомянутого сооружения. По разъяснению кассационного суда, исходя из статьи 408 и 409 Гражданского кодекса Грузии, поскольку в данном случае восстановить первоначальное положение было невозможно, требование истцов относительно денежного возмещения причиненного вреда подлежало удовлетворению.

Кассационный суд не согласился с мнением кассатора – правительства г. Кутаиси о том, что согласно заключению инженерно-технической экспертизы, проведенной 20 июля 2005 года по данному делу, виновность органа местного самоуправления – правительства г. Кутаисине подтверждается, и разъяснил, что если бы согласно заключению берегозащитное сооружение существовало, береговую линию реки Риони в ареале берегозащитного сооружения можно было бы сохранить. Кассационный суд дал оценку представленным в деле видеоматериалам, в которых описывалось, как действовала неисправность заградительных щитов РионГЭС на вышеуказанную территорию и как происходило вымывание земли, и, наконец, совокупность

представленных в деле доказательств стала основанием для возмещения ответчиками – мэрией г. Кутаиси и АО «Р.»(правопреемником АО «Э.-2001») в равных долях, вреда в пользу истцов.<sup>24</sup>

В примерах из вышеотмеченной судебной практики в спорах о возмещении вреда, исходящего от окружающей среды, потерпевшей стороной были физические лица, и во всех случаях суд признал установленным наличие вреда, исходящего от окружающей среды, и соответственно, с учетом пропорциональности публичных и частных интересов истцам был возмещен вред, однако с практической точки зрения нередко случаи, когда объектом причинения вреда является сама окружающая среда.

В этом смысле весьма интересный прецедент представляет собой решение Кутаисского апелляционного суда от 29 июня 2010 года по иску Конвенционной инспекции по охране Черного моря Инспекции по охране окружающей среды Министерства охраны окружающей среды и природных ресурсов Грузии в отношении ответчика ООО «Н. Батуми» о возмещении вреда. Иск основывался на том факте, что 15-16 июля 2009 года был зафиксирован факт сброса с территории ООО «Батуми ЛТД» нефтепродуктов в реку Королисцкали (неподалеку от Капрешумского парка), а затем в море, о чем Аджарское бюро Инспекции по охране окружающей среды Министерства охраны окружающей среды и природных ресурсов Грузии 3 августа 2009 года составило в отношении ООО «Батуми ЛТД» протокол об административном правонарушении в соответствии с частью первой статьи 58 Кодекса Грузии об административных правонарушениях (загрязнение, засорение водных объектов, сброс отходов и иного сора в водные объекты). Материалы дела были пересланы для рассмотрения в Хелвачаурский районный суд. Постановлением Хелвачаурского районного суда от 20 августа 2009 года ООО «Батуми ЛТД» было признано виновным в совершении адми-

нистративного проступка, предусмотренного частью первой статьи 58 Кодекса Грузии об административных правонарушениях, и на него был наложен штраф в размере 300 (трехсот) лари,<sup>25</sup> которое после обжалования было оставлено без изменений и вступило в законную силу. Истец указал, что в результате административного правонарушения имело место загрязнение Черного моря, и тем самым был причинен вред окружающей среде. Сумма вреда составила 13 442.60 лари. Вред был рассчитан в соответствии с приложениями 15 и 21 «Методики исчисления вреда, причиненного окружающей среде», утвержденной приказом Министра охраны окружающей среды и природных ресурсов Грузии от 5 июля 2006 года № 538. Согласно подпункту «е» пункта первой статьи 12 Закона Грузии «О государственном контроле за охраной окружающей среды» государственный инспектор охраны окружающей среды имел право предъявлять объектам регулирования для возмещения вреда, причиненного государству загрязнением окружающей среды, незаконным использованием природных ресурсов, требование о возмещении вреда, а в случае его неудовлетворения внести соответствующий иск в суд.

Решением Кутаисского апелляционного суда от 29 июня 2010 года апелляционная жалоба ООО «Н. Батуми» была удовлетворена частично; отменено решение Батумского суда от 28 декабря 2009 года, и апелляционным судом было принято новое решение, согласно которому иск был удовлетворен и на ООО «Батуми Л.» было возложено обязательство по уплате в пользу государственного бюджета 13 442.60 лари, что апелляционный суд обосновал следующим образом:

Апелляционный суд опирался на статью 40 Кодек-

<sup>24</sup> Необходимо отметить тот факт, что, вынося вышеуказанные решения, суд, как правило, опирается на составленные по делу заключения экспертизы. Хотя согласно статье 172 Гражданского кодекса Грузии заключение экспертизы для суда обязательным не является, и его оценка производится на основании статьи 105 этого же кодекса (Никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы. Суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, которое должно основываться на их всестороннем, полном и объективном рассмотрении в судебном заседании, в результате чего он выносит заключение о существовании или отсутствии обстоятельств, имеющих значение для дела. Соображения, которые лежат в основе внутреннего убеждения суда, должны быть отражены в решении), однако фактическим основанием в иске в части требования о возмещении вреда, происходящего от окружающей среды, во всех трех вышеотмеченных решениях, являлись именно заключения, данные экспертами.

<sup>25</sup> В данном деле истец был признан субъектом-правонарушителем на основании части первой статьи 58 Кодекса Грузии об административных правонарушениях, и на него была возложена уплата штрафа, хотя указанное не исключало права на ведение спора в исковом порядке о возмещении причиненного ему вреда. Более того, именно вступившее в законную силу постановление суда о правонарушении стало для апелляционного суда одним из оснований для признания истца субъектом, обязанным возместить вред (см. статью 106 Гражданского процессуального кодекса Грузии: Факты, не нуждающиеся в доказывании: стороны освобождаются от представления доказательств для подтверждения фактов, на которых хотя и основываются их требования или возражения, но в доказывании не нуждаются. Таковыми являются: а) факты, которые суд считает общеизвестными; б) факты, установленные вступившим в законную силу решением суда по одному гражданскому делу, если в рассмотрении других гражданских дел участвуют те же стороны;..

са Грузии об административных правонарушениях,<sup>26</sup> статью первую, подпункт «е» статьи 12<sup>27</sup> Закона Грузии «О государственном контроле за охраной окружающей среды», Закон Грузии «О государственном контроле за охраной окружающей среды»,<sup>28</sup> приказ Министра охраны окружающей среды и природных ресурсов Грузии «Об утверждении Методики исчисления вреда, причиненного окружающей среде» от 5 июля 2006 года № 538<sup>29</sup> и разъяснил, что согласно действующему законодательству Грузии установлен порядок исчисления вреда, причиненного окружающей среде в результате нарушения правовых норм, который определяет вред, причиненный окружающей среде в процессе пользования природными ресурсами или/и хозяйственной деятельности, и доходы, неполученные государством и которые оно получило бы при надлежащем исполнении правовых норм, предусмотренных законодательными актами Грузии. Действие методики распространяется на объекты регулирования, которые осуществляют пользование природными ресурсами или/и любую предпринимательскую и хозяйственную деятельность на всей территории Грузии, в том числе – в ее территориальных водах, воздушном пространстве, особой экономической зоне и на континентальном шельфе, влияющую на состояние окружающей среды. Исчисление причиненного окружающей среде вреда осуществляется во всех случаях, когда уполномоченному органу стало известно о реальном вреде, причиненном окружающей среде действием (бездействием), осуществляемым объектами регулирования в результате нарушения правовых норм. Возмещение расходов по проведению лабораторных анализов, необходимых для установления степени (уровня) загрязнения окружающей среды и ее отдельных компонентов, на основе которых подтверждено нарушение природоохранного законодательства, осуществляется теми объектами регулирования, по вине которых произошло загрязнение.

<sup>26</sup> Если в результате административного правонарушения был причинен имущественный вред гражданину, предприятию, учреждению, организации или государству, судья при решении вопроса о наложении взыскания за административное правонарушение обязан одновременно с этим возложить на нарушителя обязательство по возмещению причиненного имущественного вреда.

<sup>27</sup> Данный закон регулирует правовые отношения между Инспекцией охраны окружающей среды и объектами регулирования на всей территории Грузии, в том числе в территориальных водах, воздушном пространстве, на континентальном шельфе и в особой экономической зоне при осуществлении государственного контроля в сфере охраны окружающей среды.

<sup>28</sup> Закон Грузии «О государственном контроле за охраной окружающей среды».

<sup>29</sup> приказ Министра охраны окружающей среды и природных ресурсов Грузии «Об утверждении Методики исчисления вреда, причиненного окружающей среде» от 5 июля 2006 года № 538.

С учетом отраслевого многообразия сферы охраны окружающей среды настоящая методика подразделяется на статьи – в соответствии с отдельными компонентами и отраслями окружающей среды.

По разъяснению кассационного суда, в деле были представлены расчеты размеров вреда, причиненного окружающей среде попаданием нефтепродуктов в море из реки Королисцкали 15 и 16 июля 2009 года. Вред был рассчитан в соответствии с «Методикой исчисления вреда, причиненного окружающей среде», утвержденной приказом Министра охраны окружающей среды и природных ресурсов Грузии от 5 июля 2006 года № 538 и, таким образом, иск о возмещении вреда подлежал удовлетворению.

Следует отметить то обстоятельство, что в судебной практике сравнительно чаще встречаются случаи, когда налицо административное правонарушение, которое выражается в нарушении правил добыwania полезных ископаемых, процедур пользования природными ресурсами, переработки и вывоза отходов, что в конечном итоге определяется как вред, причиненный окружающей среде, и соответственно при наличии надлежащих доказательств подлежит возмещению.<sup>30</sup> В связи со спорами данного вида суд в основном применяет Кодекс Грузии об административных правонарушениях, законы Грузии «О государственном контроле за охраной окружающей среды» и «Об Инспекции охраны окружающей среды» также, как специальное законодательство, с учетом того, в связи с нерациональным использованием какого природного ресурса или причинением вреда он рассматривает спор (например, «О защите почвы», «О недрах» и т. д.). Вместе с тем правовые гарантии защиты экологических прав исходя из окружающей среды создает не только внутригосударственное законодательство.<sup>31</sup>

До 2005 года в судебной практике было несколько прецедентов, когда граждане обращались в суд с требованием о восстановлении их нарушенного экологического права, в том числе в 2002 году при поддержке программы «Граждане – за экологически устойчивую и безопасную окружающую среду» Центра стратегических исследований и развития. Проживавшие в поселке Лило граждане Т. Берианидзе, Н. Гобеджишвили и другие обратились в Крцаниси-Мтацминдский районный суд г. Тбилиси с требованием о закрытии мусорной свалки, расположенной на территории, прилегающей к их жилому дому. Иск был признан сторо-

<sup>30</sup> См. определение Кутаисского апелляционного суда от 16.07.2011 года; определение Кутаисского апелляционного суда от 07.08.2011 года; решение Тбилисского городского суда от 15.04.2013 года; решение Тбилисского городского суда от 09.01.2012 года.

<sup>31</sup> Т. Гусейнов, Международное экологическое право, 2007 г.

ной-ответчиком – мэрией г. Тбилиси, и соответственно решением суда от 21 февраля 2002 года указанный иск (о закрытии мусорной свалки в разумные и взаимно согласованные сроки) был удовлетворен, хотя решение суда, к сожалению, приведено в исполнение не было.<sup>32</sup>

28 февраля 2001 года граждане Ахалцихе (425 потерпевших) возбудили иск против Ахалцихской районной управы. Основанием для внесения иска послужило распространение эпидемии вирусного гепатита «А» в Ахалцихском районе в конце 2001 года, которое достигло пика в октябре-ноябре этого года. Причиной вспышки заболевания гепатитом явилось загрязнение питьевой воды фекальными массами. Распространению эпидемии способствовало и бездействие местных властей, которые игнорировали предоставленную санэпидстанцией информацию об опасности эпидемии. Более того, органы местной власти не сочли нужным предупредить население о возможной опасности. Потерпевшие требовали от государства возмещения причиненного вреда в размере приблизительно 600 лари на каждого потерпевшего.

Решением Ахалцихского районного суда от 13 июня 2003 года иск истцов (иск уточнялся неоднократно) был удовлетворен частично, и им был возмещен материальный и моральный вред. Обстоятельства дела заключались в следующем:

Истцы страдали вирусным гепатитом «А», и им было проведено бесплатное лечение в рамках финансирования по государственной программе в пределах 10000 лари, а другие необходимые медикаменты истцы приобрели на свои средства. Территория Ахалцихе снабжалась водой в основном из трех центральных водопроводов, которые на протяжении ряда лет находились в неисправном состоянии и не годились для водоснабжения, соответственно в качестве причины, вызвавшей заболевания гепатитом «А», назывались загрязнение воды и антисанитарное состояние некоторых общеобразовательных учреждений.

Районный суд опирался на заключение департамента медицинской и социальной экспертизы Министерства труда, здравоохранения и социальной защиты Грузии (в заключении в основном рассматривалась возможность загрязнения воды, которое в 2001 году вызвало эпидемию гепатита «А» в Ахалцихе) и разъяснил, что подготовка доброкачественной для здоровья человека и соответствующей государственному стандарту питьевой воды включает широкий спектр

инженерных и гигиенических мероприятий, в том числе весьма важны подбор, очистка, обезвреживание источников водоснабжения и защита готовой продукции от загрязнения. В г. Ахалцихе не производилось хлорирование воды, а также имели место сопутствующие повреждения водопровода и канализации. Соответственно районный суд опирался на пункт «б» части 2 статьи 7 Органического закона Грузии «О местном самоуправлении и управлении» от 16 октября 1997 года,<sup>33</sup> подпункт «н» пункта первого этой же статьи,<sup>34</sup> подпункт «з» пункта первого статьи 23 этого же закона,<sup>35</sup> Указ Президента Грузии о реформе жилищно-коммунального хозяйства в Грузии, его концепции и мероприятиях по улучшению санитарно-технического состояния водоснабжения и канализации» от 22.09.1997 года № 531,<sup>36</sup> Кодекс законов о труде,<sup>37</sup> и разъяснил, что согласно действующему законодательству местная управа являлась субъектом, обязанным осуществлять санитарные мероприятия с целью предотвращения загрязнения питьевой воды.

Районный суд применил Закон Грузии «О воде»<sup>38</sup> от 25 ноября 1997 года, Закон Грузии «О здра-

<sup>33</sup> Органам местного самоуправления государственными органами делегируется осуществление санитарных и ветеринарных мероприятий по охране окружающей среды.

<sup>34</sup> Им же поручаются организация, содержание и развитие систем электро-, газо-, водоснабжения и локальных мелиоративных систем;

<sup>35</sup> К полномочиям управ относятся уход и содержание, а также развитие объектов коммунальной инфраструктуры.

<sup>36</sup> Снабжение питьевой водой, осуществление мероприятий по охране окружающей среды, экологической безопасности и санитарно-эпидемиологических мероприятий, ликвидация последствий эпидемий, уход и содержание объектов коммунальной инфраструктуры и контроль за их деятельностью, обеспечение соблюдения санитарных норм – обязанность органов местного самоуправления и управления.

<sup>37</sup> Государственный санитарный надзор за соблюдением предприятиями, учреждениями, организациями гигиенических норм, санитарных норм и противоэпидемических правил осуществляют органы санитарно-эпидемиологической службы Министерства здравоохранения Грузии – в соответствии с государственным положением о санитарном надзоре, а на некоторых объектах - медицинские службы соответствующих министерств, государственных комитетов и ведомств.

<sup>38</sup> В сфере регулирования отношений, связанных с водой, надзор за рациональным использованием и мероприятиями по охране воды на территории органов местного самоуправления и управления. Пресечение самовольного водопользования и самовольной хозяйственной деятельности на водных объектах, контроль за охраной и использованием воды, участие в разработке комплексных схем использования и охраны воды и водохозяйственных балансов... При планировании и осуществлении охраны воды должны обеспечиваться мероприятия по охране водных объектов от загрязнения, замусоривания, пересыхания и другого такого негативного воздействия, которое может причинить вред здоровью населения, ухудшить условия водоснабжения и вызвать ухудшение физических, химических, биологических свойств воды.

<sup>32</sup> Точный текст с учетом исполнительской стадии в виде практического примера сформулирован в книге «Влияние международных правовых стандартов защиты экологических прав человека на грузинское право», М. Битадзе, 2008 г. (на груз. яз.).

воохранении»<sup>39</sup> от 10 декабря 1997 года, Указ Президента Грузии «О неотложных мерах по усилению борьбы с инфекционными заболеваниями»<sup>40</sup> от 30 апреля 1999 года № 207 и счел, что управа Ахалцихского района являлась лицом, обязанным возместить причиненный истцам вред.

Отдельно нужно отметить тот факт, что суд счел обоснованным и требование в части возмещения морального вреда. Суд, в частности, счел, что истцам причинен моральный вред физическими страданиями, которые вызвали определенные негативные эмоции, повлиявшие на их психику, так как конкретно для лечения вирусного гепатита «А» нужно преодолеть инкубационный период, а с целью излечения от заболевания нужно, чтобы пациент соблюдал особые правила, был изолирован от общества и оторван от своего привычного окружения. Вместе с тем в случае с гепатитом «А» с медицинской точки зрения могут возникнуть серьезные осложнения в работе печени, которые вызывают опасения за состояние здоровья пациента; для полного излечения больному почти в течение целого года после лечения необходимо соблюдать специальные требования, что причинило определенные страдания каждому истцу, по заключению суда, являлось<sup>41</sup> основанием для возмещения морального вреда<sup>42,43</sup>.

К сожалению, по данному делу апеллянты в стадии

<sup>39</sup> С целью предотвращения негативного воздействия окружающей среды и других факторов на здоровье населения выполнение выработанных и утвержденных санитарно-гигиенических, санитарно-противоэпидемических правил и мероприятий является обязательным для любых действующих на территории страны физических, а также юридических лиц, независимо от организационно-правовой формы и ведомственной подчиненности, контроль заразных заболеваний и эпидемий является прерогативой соответственно центральных органов государственной власти и органов местного управления и самоуправления.

<sup>40</sup> Государственные уполномоченные Президента Грузии в краях, органы местного управления должны обеспечивать снабжение населения качественной водой, соответствующей государственному стандарту, техническую исправность и оперативную ликвидацию повреждений канализационных сетей, бесперебойную подачу электроэнергии головным сооружениям водопровода, составление схемы оптимальной очистки и регулярную санитарную очистку населенных местностей, соблюдение надлежащих санитарно-гигиенических норм и правил на аграрных рынках, ярмарках и в учреждениях торговли других типов.

<sup>41</sup> Л. Чантурия, Т. Нинидзе, Б. Зоидзе, З. Ахвледиани, С. Джорбенадзе, Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии, 2002 г., книга первая.

<sup>42</sup> Ознакомиться с разъяснениями, касающимися возмещения морального вреда, можно в следующих решениях: РВСГ 08.04.2009 г. по административному делу № 88-972-936(33-08); РВСГ 03.04.2012 г. по административному делу № 88-1107-1096(3-011).

<sup>43</sup> К сожалению, спор не прошел все инстанции внутригосударственных судов, так как были бы весьма интересны разъяснения, сформулированные кассационным судом по конкретному делу применительно к «экологическим спорам».

рассмотрения апелляционной жалобы заявили отказ от апелляционной жалобы. Соответственно производство по делу было прекращено, и решение суда первой инстанции вступило в законную силу как окончательное.

Как выясняется из вышеотмеченных примеров из судебной практики, несмотря на тот факт, что судебная практика по спорам подобной категории насчитывает лишь несколько десятков решений (определений), приведенные в решениях законодательная база, толкования, сформулированные в решениях, механизм оценки доказательств и факты, на которые суд опирался при вынесении решений, представляют собой интересный предмет для исследования. Обзор отмеченных толкований и специфики делопроизводства будет особенно способствовать действующим юристам при производстве в судах по спорам подобной категории (правда, Грузия не относится к странам прецедентного права,<sup>44</sup> но толкования, сформулированные в решениях Верховного Суда Грузии, рассматриваются как единая судебная практика<sup>45</sup> и могут указываться в качестве обоснования иска), а также всем лицам или организациям, сферой интересов или исследований которых являются окружающая среда (экология) и связанные с ней отношения.

## 1. Доступность информации, связанной с окружающей средой, и судебная практика

Прежде чем привести обзор судебной практики, связанной с доступностью информации, «об окружающей среде», необходимо вообще разъяснить, к какому виду информации относится информация «об окружающей среде», как на законодательном уровне регулируются институт получения и обработки подобной информации и права физических лиц в связи с доступом к такой информации.

Свобода информации (доступ к ней), связанной с окружающей средой как принцип регулируется Кон-

<sup>44</sup> Г. Хубуа, Теория права, 2004 г.; О. Мелкадзе, Беседы о грузинской конституции, 1996 г. (на груз. яз.).

<sup>45</sup> С судебским правом вообще можно ознакомиться: В. Хрустали, «Влияние судебского права на развитие права на примере практики кассационного суда», журнал «Адамиани да конституция» № 4, 2003 г., сс. 49-55; Б. Зоидзе, «Рецепция европейского частного права в Грузии», 2005 г.; Г. Хубуа, «Судейское право: «Источники к права или источник познания права», журнал «Мартлмсаджубадаканони» № 5, 2005 г., сс. 45-51; О. Джорбенадзе, «Проблема судебского права», 2009 г. (на груз. яз.).

ституцией Грузии (часть первая статьи 24,<sup>46</sup> статья 37 и часть первая статьи 41 Конституции Грузии). Право на доступ к информации характеризуется одним из аспектов свободы выражения,<sup>47</sup> самым фундаментальным правом,<sup>48</sup> и, исходя из этого, оно напрямую связано с идеалом демократии.<sup>49</sup> Вместе с тем следует отметить, что закрепленные в конституциях развитых стран права человека в основном ограничиваются защитой тех сфер, которые исторически подвергались наибольшей угрозе посягательства.<sup>50</sup>

Составной частью международного права в области охраны окружающей среды является Конвенция «О доступе к информации, **участии общественности в принятии решений** и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды».<sup>51</sup> Так называемая «Орхусская конвенция» была разъяснена Организацией Объединенных Наций как один из наиболее амбициозных среди осуществлявшихся ранее проектов с точки зрения «экологической демократии».<sup>52</sup>

Конкретно, правовые основания, субъекты принципа свободы информации, которые являются носителями этого права, понятие, категории информации и толкование субъектов, обязанных выдавать подобную информацию, сформулированы в главе третьей Общего административного кодекса Грузии (Свобода информации).<sup>53</sup>

Как отмечалось выше, открытость информации, особенно информации, связанной с окружающей средой, относится к благу, защищенному многочисленными законодательными актами на уровне внутреннего и международного права. Соответственно в связи со спорами подобной категории на национальном судебном уровне она представляет собой предмет широкого толкования.

Решением Верховного Суда Грузии от 9 марта 2012 года по делу № **ՁԵ**-1484-1466 (23-11) иск истца – ассо-

циации «М. А.» в отношении ответчика – правительства г. Тбилиси об осуществлении деяния<sup>54</sup> (выдача информации), суд поручил административному органу выдачу информации. Согласно обстоятельствам дела истец на основании статей 37 и 40 Общего административного кодекса Грузии, исходя из заключенного 14 мая 2008 года между Министерством экономического развития Грузии, правительством г. Тбилиси и ООО «М.» договора купли-продажи 100% доли ООО «Р.», 100% доли ООО «Мц.», 100% доли ООО «С.» и 100% доли ООО «Т.», потребовал выдачи публичной информации (иск включал несколько требований) о том, выполнялись ли, в частности, принятые покупателем по данному договору обязательства в связи с устранением сброса сточных канализационных вод в реку Куру и конкретно, в чем отмеченное заключалось.

Решением Верховного Суда Грузии иск в этой части был удовлетворен, кассационный суд в частности опирался на статьи 24.1, 41.1 Конституции Грузии, подпункт «м» статьи 2, статью 28 Общего административного кодекса Грузии и разъяснил, что информация, истребованная истцом – Ассоциацией «М. А.» на основании заключенного 14 мая 2008 года между Правительством Грузии, Министерством экономического развития Грузии, правительством г. Тбилиси и ООО «М.» договора купли-продажи 100% доли ООО «Р.», 100% доли ООО «Мц.», 100% доли ООО «С.» и 100% доли ООО «Т.», о том, выполняются ли принятые по данному договору «покупателем» обязательства относительно устранения стока из канализации в реку Куру и в чем конкретно это выражается, являлась информацией о состоянии воды и сама по себе подпадала под категорию информации о состоянии окружающей среды и соответственно относилась к тому виду информации, засекречивание которой было запрещено законодательством. Кассационный суд при вынесении решения также опирался на подпункт «а» части третьей статьи 2 Конвенции «О доступе к информации, **участии общественности в принятии решений** и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды», статью 42 Общего административного кодекса Грузии и разъяснил, что на основании анализа вышеупомянутых норм информация о воде как составной части окружающей среды относилась к видам открытой информации, которая должна была быть доступна всем, независимо от ее физической формы и состояния.

Тбилисский городской суд в административном

<sup>46</sup> Каждый гражданин Грузии имеет право в установленном законом порядке знакомиться с имеющейся о нем в государственных учреждениях информацией, а также официальными документами, если они не содержат государственной, профессиональной или коммерческой тайны (статья 41 Конституции Грузии).

<sup>47</sup> M. Gavouneli, *Access To Environmental Information: Delimitation of a Right*, 13 TUL.ENVTL. L.J. 303,323 (2000)

<sup>48</sup> Universal Declaration of Human Rights, *supra* note 67, art. 19; International Covenant on Civil and Political Rights, Dec, 16, 1966, art 19 (2), 999 u.n.t.s. 171

<sup>49</sup> Gavouneli, *supra* note 110, at 323

<sup>50</sup> Л. Изория, *Современное государство, современная администрация*, 2009 г., СС. 186-187, Основные права (на груз. яз.).

<sup>51</sup> Орхус, Дания, 1998 год.

<sup>52</sup> K. Annan, *Foreword to Economic Commission for Europe. The Aarhus Convention: An Implementation Guide* (2000)

<sup>53</sup> Общий административный кодекс Грузии, 2000 г., глава третья – Свобода информации.

<sup>54</sup> М. Вачадзе, И. Тодрия, П. Турава, Н. Цкепладзе, *Комментарий у Административно-процессуальному кодексу Грузии*, 2005 г., статья 24 Административно-процессуального кодекса: иск об осуществлении деяния, СС. 137-139 (на груз. яз.).

деле № 3/4261-10<sup>6</sup> по иску ассоциации «М. А.» против ответчика – Министерства экономики и устойчивого развития Грузии с участием третьего лица – ООО «Д.Г.И.Л.» об осуществлении деяния разъяснил, что природоохранная информация подразумевает всю информацию, предоставляемую в письменной, аудиовизуальной, электронной или любой другой материальной форме о состоянии таких элементов, составляющих окружающую среду, как воздух, атмосфера, вода, почва, земля, ландшафт и природные объекты, биологическое разнообразие, его компоненты, генетически модифицированные организмы и взаимодействие этих элементов, соответственно суд на основании пункта «а» статьи 42 Общего административного кодекса Грузии и Конвенции «О доступе к информации, участию общественности в принятии решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды» считает, что истребуемая в заявлении истца от 29.09.2010 года информация о документации, отражающей качество воды на момент продажи предприятий в г. Тбилиси, г. Мцхета и г. Рустави, содержащая данные об окружающей среде, засекречивание которых не допускалось по закону и на выдачу данной информации не распространялись ограничения, предусмотренные законом.

В одном из административных дел № 3/478-12 (по иску истца: Ассоциации «М.А.» против ответчика – Министерства энергетики и природных ресурсов Грузии о признании нормативных административно-правовых актов недействительными,<sup>55</sup> городской суд иск не удовлетворил по тому основанию, что обжалуемые акты<sup>56</sup> не противоречили Закону Грузии «О Красном Перечне» и «Красной Книге».<sup>57</sup>

Суд, вынося решение, дал оценку внесенным в нормативные акты изменениям точки зрения причинения вреда окружающей среде и соответствия действующему законодательству и в конечном итоге на основании Закона Грузии «О нормативных актах»,<sup>58</sup> Закона Гру-

зии «О животном мире» и Закона Грузии «О Красном Перечне» и «Красной Книге» счел, что противоречия между законами и подзаконными актами в данном конкретном случае места не имели.

Одним из главных оснований предупреждения проблем в связи с окружающей средой является общественный интерес, и именно участием общества придается решающее значение в предотвращении возникновения таких проблем. Общество может быть вовлечено в поиск путей урегулирования этих проблем следующим образом: а) доступностью информации; б) непосредственным вовлечением в принятие решений и в) доступом к правосудию.

Все три вышеуказанные формы рассматриваются в праве по-разному, однако, даже если не принимать во внимание их взаимосвязь, ни у одной из них нет перспективы достичь успеха самостоятельно, без учета (с игнорированием) двух остальных.<sup>59</sup>

Право доступа к информации в связи с окружающей средой налагает на власть обязательства двух видов. Первое – реактивное обязательство, которое подразумевает предоставление информации по требованию (исключения устанавливаются законом) и активное обязательство – составлять, подготавливать и распространять определенную информацию независимо от требования общества.<sup>60</sup>

Исполнительная власть при осуществлении полномочий может стать перед проблемами, связанными с доступом к «экологической информации», поскольку законодательство не конкретизирует понятие такой информации, и вместе с тем в законодательстве часто возникают противоречия, пробелы. Хотя исполнительный орган обязан руководствоваться важностью и объективной ролью экологической информации в жизни общества, беспрепятственно и в полном объеме выдавать информацию, поскольку обеспечение доступа к такой информации признается непосредственной обязанностью государственных органов, тем не менее на практике здесь тоже могут возникнуть недостатки. Доступ к правосудию сам по себе – рычаг против решений природоохранных правительственных учреждений, который их вынуждает действовать строго в пределах законодательства.<sup>61</sup>

В административном деле № 3/932-07<sup>6</sup> по иску Л. Ч., К. Ч., О. Т. и М. Н. против Министерства эконо-

<sup>55</sup> Общий административный кодекс Грузии вступил в действие с 1 января 2000 года; см. Также; П. Турава, Н. Цекладзе, Учебник по общему административному праву, 2010 год, Нормативный административно-правовой акт, с.с. 82-88. (на груз. яз.).

<sup>56</sup> Оспаривались изменения, внесенные в следующие нормативные акты: приказ Министра энергетики и природных ресурсов Грузии от 6 апреля 2011 года № 07 «Об утверждении Положения о перечне объектов животного мира, правил, сроков их добывания по видам и допущенных для добывания орудий и приспособлений»; приказ Министра энергетики и природных ресурсов Грузии от 10 мая 2011 года № 30 «Об утверждении дат начала и окончания охоты и рыболовства»; постановление Правительства Грузии от 20 августа 2010 года № 242 «Об утверждении Порядка лесопользования»;

<sup>57</sup> Закон Грузии «О Красном Перечне» и «Красной Книге», 2003г.

<sup>58</sup> Закон Грузии «О нормативных актах», 1996 год.

<sup>59</sup> Human Rights in Natural Resource Development D. Zillman, A. Lucas and G. (Rock) Pring Public participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources 26-32

<sup>60</sup> Общий административный кодекс Грузии, глава третья (Свобода информации), 2000 г.

<sup>61</sup> R. Eckersley, Greening Liberal Democracy: The Rights Discourage Revisited, in Brian Doherty and Marius de Geus (eds), Democracy and Green Political Thought, 230 (1996).

мического развития Грузии с участием третьего лица ООО «Ж. К.» о признании индивидуального административно-правового акта недействительным суд определением от 2 мая 2007 года признал иск допустимым по тому основанию, что при принятии оспариваемого индивидуального административно-правового акта<sup>62</sup> существовала возможность нарушения т. н. «Орхусской конвенции», то есть суд в данном конкретном случае счел достаточным основанием для допустимости иска существование «подозрения» на нарушение конвенции.

На практике есть случаи, когда в противоречие вступают право на получение информации об окружающей среде и информация, содержащая коммерческую тайну, защищенная Общим административным кодексом Грузии.<sup>63;64</sup>

Решением Тбилисского городского суда от 19 октября 2007 года по административному делу № 3/1072-07<sup>65</sup> по иску Ассоциации «М. А.» против ответчика – Министерства экономического развития Грузии с участием третьего лица ООО «G.M.G.M.H.L.» о рассекречивании публичной информации и осуществлении деяния городской суд счел, что истребуемая истцом информация содержала информацию об окружающей среде, которая засекречиванию не подлежала, и соответственно иск был удовлетворен. Суд поручил ответчику рассекретить договор об отчуждении 100% доли, находящейся в государственной собственности, и передачу указанного договора истцу.

Решение представляет важность и в том смысле, что, несмотря на то обстоятельство, что в данном конкретном случае вступили в противоречие друг с другом два защищенных законом блага - с одной стороны информация, признанная коммерческой тайной лица, защищенная законом, а с другой – информация об окружающей среде, также защищенная законом, суд признал открытость информации об окружающей среде более ценной и важной. В результате выдачи информации (в данном конкретном случае договора), содержащей коммерческую тайну, могла возникнуть

угроза конкурентоспособности<sup>65</sup> субъекта, хотя суд постановил обязательство выдачи этой информации.

Однако на практике на встречаются и противоположные случаи, когда суд считает, что налицо – информация, в установленном законом порядке признанная коммерческой тайной, и соответственно установленное законодательством обязательство ее защиты. Так, например, по административному делу № 3/1285-09 по иску Ассоциации «М. А.» против ответчиков – Министерства экономического развития Грузии, Правительства Грузии, правительства г. Тбилиси, с участием третьего лица ООО «М. Э. Л.» о поручении рассекретить информацию и выдать публичную информацию суд счел, что информация, которую требовал предоставить истец, содержала коммерческую тайну, разглашением которой мог быть причинен вред ответчику. При этом последний не был согласен выдавать такую информацию. По заключению суда, информация об окружающей среде, которую требовал выдать истец, не была связана с вопросами окружающей среды и обязательствами по защите окружающей среды.

Рассмотренные в статье общий обзор доступности информации, связанной с окружающей средой, и судебная практика свидетельствуют, что на практике могут возникнуть противоречия между информацией и законодательством, связанными с окружающей средой, а также принимаемыми исполнительной властью решениями. Следует заметить, что суд в большинстве случаев широко толкует информацию, связанную с окружающей средой, и это в условиях, когда законодатель неполноценно формулирует толкование подобной информации. Однако нередки также случаи, когда суд считает, что налицо нет обязательства выдачи такой информации, а здесь, наоборот - налицо обязательство защиты законом иной информации (т. н. коммерческая тайна).

Изучение судебных решений представляет интерес также с той точки зрения, что даже в случае возникновения подозрений о наличии информации, связанной с окружающей средой, суд признает такие подозрения обоснованными и устанавливает обязательство ее выдачи по закону (если законодательством не предусматривается обязательство по ее защите от выдачи), хотя необходимо отметить, что, вообще, желательно было бы более широко толковать «информацию, связанную с окружающей средой», что позволит обществу пользоваться установленным законом благом доступа к подобной информации.

<sup>62</sup> Подпункт «г» статьи второй Общего административного кодекса Грузии, толкование терминов, а также глава четвертая.

<sup>63</sup> Статья 27<sup>2</sup> Общего административного кодекса Грузии. Коммерческая тайна: 1. Коммерческая тайна – информация об имеющихся коммерческую ценность планах, формулах, процессах, средствах или любая другая информация, которая используется для производства, изготовления, переработки товаров или оказания услуг или (и) является новшеством или значительным результатом технического творчества, а равно иная информация, разглашение которой может нанести вред конкурентоспособности лица.

<sup>64</sup> Н. Цепладзе, П. Турава, Учебник по административному праву, 2010 г., СС. 159-160.

<sup>65</sup> Важные разъяснения относительно конкурентоспособности сформулированы в следующих решениях Верховного Суда Грузии: см. РВСГ № 88-623-590(3-06) 16.01.2007г.; РВСГ № 88-1435-1393(3-08) 17.02.2009 г. \

## 2. Разъяснения Конституционного Суда в контексте защиты «экологического права»

20 марта 2012 года было внесено изменение в Закон Грузии «Об охране окружающей среды». Указанный закон, в частности, был дополнен разделом II<sup>1</sup>, который определял порядок заключения соглашения в сфере охраны окружающей среды и пользования природными ресурсами. 10 апреля 2012 года гражданин Грузии Георгий Гачечиладзе внес в Конституционный Суд Грузии<sup>66</sup> конституционный иск, в котором требовал проверки соответствия пунктов первого и 3 статьи 57<sup>10</sup> Закона Грузии «Об охране окружающей среды» применительно к пунктам 3 и 4 статьи 37 Конституции Грузии, а также соответствия пункта 4 этой же статьи применительно к пункту 5 статьи 37 Конституции Грузии.

Решением Конституционного Суда Грузии от 10 апреля 2013 года иск был удовлетворен частично. В частности пункты первый и 3 статьи 57<sup>10</sup> Закона Грузии «Об охране окружающей среды» были признаны антиконституционными применительно к пунктам 3 и 4 статьи 37 Конституции Грузии. Отмеченное решение содержит важные правовые разъяснения с точки зрения взаимосвязи окружающей среды и конституционных прав человека. Так, например, в связи с пунктом 3 статьи 37 Конституции Грузии Конституционный Суд разъяснил, что «отмеченное конституционное установление, с одной стороны, закрепляет основное право человека жить в безопасной для здоровья окружающей среде, а с другой – устанавливает обязательство каждого члена общества беречь природную и культурную среду. Содержание статьи 37 Конституции Грузии должно толковаться с учетом содержания этих двух важных компонентов. Одновременно с этим при определении содержания и пределов конституционного права нам следует руководствоваться стандартом доступа к безопасной для здоровья человека окружающей среде». «Возрастающая деградация условий окружающей среды и связанные с этим проблемы сделали неизбежной необходимость конституционной защиты безопасной для здоровья окружающей среды». «Обращение экологических прав в конституционно-правовое пространство приобретает особое значение для подотчетности государства в сфере охраны окружающей среды, доступности природоохранной информации, общественного участия и слаженной, эффективной работы других природоохранных механизмов и ее

координации. Устанавливая право жить в безопасной для здоровья окружающей среде, Конституция Грузии подтверждает и закрепляет особое значение устойчивого экологического развития в конституционном ценностном порядке». «В связи с ограничением воздействия на природу сферой регулирования пунктов 3 и 4 статьи 37 может являться не только предотвращение существующих (содержащих статус-кво окружающей среды) в настоящее время угроз безопасной окружающей среде, но и ее защита от будущих угроз».

«Для государства устанавливаются два вида обязательств:

1. Государство обязано при осуществлении экономических, инфраструктурных и иных проектов и любых других мероприятий в пределах его активных действий учитывать и максимально сокращать отрицательное воздействие на окружающую среду в результате деятельности (негативное обязательство).
2. Государство должно защищать окружающую среду от повреждения частными лицами (позитивное обязательство)».

«Государство обязано создать такую правовую систему, которая обеспечит разумное ожидание человека относительно того, что в случае повреждения окружающей среды в отношении любого лица будут применяться адекватные средства правового воздействия. Государство обязано создать такие правовые механизмы, которые выполнят превентивную функцию в связи с деяниями, направленными на повреждение окружающей среды». «Предоставление лицу широкой свободы воздействия на окружающую среду вступает в конфликт с позитивным обязательством государства обеспечивать охрану окружающей среды для сохранения безопасной для здоровья человека окружающей среды».

Решение Конституционного Суда содержит также важные разъяснения в связи с доступностью информации об окружающей среде. Несмотря на тот факт, что Конституционный Суд не признал обоснованным иск в части препятствий для получения информации о состоянии окружающей среды, и в этой части решения Конституционного Суда формулируется много руководящих разъяснений, в частности: «Пункт 5 статьи 37 конституции представляет собой специальный случай права на получение лицом информации. Он порождает обязательство государства по предоставлению любому заинтересованному лицу имеющейся в его распоряжении информации о состоянии окружающей среды. При этом в отличие от конституционных прав, устанавливающих доступность информации, пункт 5

<sup>66</sup> С полным текстом решения Конституционного Суда Грузии можно ознакомиться на веб-странице <http://constcourt.ge/>.

статьи 37 устанавливает позитивное обязательство государства постоянно вести сбор и анализ информации о состоянии окружающей среды, с тем, чтобы в случае необходимости обеспечивался доступ общества к этой информации. Очевидно, что эти два обязательства органически связаны друг с другом, так как без сбора и обработки информации этого типа невозможно будет эффективно реализовать право человека».

«Кроме Конституции Грузии право на доступ к природоохранной информации закреплено во многих международных документах. Например, Риодежанейрская декларация<sup>67</sup> 1992 года «Об окружающей среде и развитии»<sup>68</sup> и Орхусская конвенция 1998 года «О доступе к информации, участию общественности в принятии решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды».<sup>69</sup> Отмеченные международные документы налагают на государственные органы обязательство сделать природоохранную информацию доступной для общества».

«Право на доступ к информации о состоянии окружающей среды является особым элементом права на безопасную для здоровья окружающую среду. Соответственно содержание информации о состоянии окружающей среды должно устанавливаться в контексте права на безопасную для здоровья окружающую среду». «Право на доступ к информации о состоянии окружающей среды имеет особенное значение с точки зрения участия общества в сфере охраны окружающей среды. Соответственно подлежащая сбору информация о состоянии окружающей среды должна удовлетворять тому содержательному минимуму, который необходим с точки зрения реализации участия общества в сфере охраны окружающей среды. Государство в пределах пункта 5 статьи 37 Конституции Грузии обязано вести сбор информации, касающейся состояния окружающей среды и тех факторов, которые влияют на нее. В первую очередь в качестве таковой должна рассматриваться информация о состоянии составных элементов окружающей среды – воздуха, атмосферы, воды, почвы, земли, ландшафта и природных объектов, биологическом разнообразии и его компонентах, генетически модифицированных организмах и взаимодействии этих элементов.

Также важно, чтобы была доступна информация о

государственной политике, планах, программах и законодательстве, которые влияют или могут повлиять на состояние окружающей среды».

Обзор решения Конституционного Суда свидетельствует о том, насколько тесна связь между правами человека и окружающей средой. Рост показателя вреда, причиненного окружающей среде, и правовые проблемы, вытекающие из него, предопределили обязательность защиты права человека «жить в безвредной окружающей среде» на конституционном уровне, ярким примером чего может служить решение Конституционного Суда, рассмотренное в настоящей статье.

### III. Заключение

Исходя из рассмотренных в статье примеров из грузинской судебной практики можно сделать вывод, что с точки зрения урегулирования отношений, связанных с окружающей средой (в том числе с точки зрения доступности информации, связанной с окружающей средой), судебная практика изменяется и совершенствуется, что однозначно проявляется в толковании судебных решений. Хотя, к сожалению, при принятии решений, связанных с окружающей средой, суд редко опирается на Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод и прецедентные решения, принимаемые на основании данной конвенции, но и в этом смысле при обзоре судебной практики по сравнению с предыдущими годами наблюдаются перемены к лучшему. Расширение и совершенствование судебной практики, связанной с окружающей средой, в значительной мере обуславливают защиту прав человека. Грузия имеет довольно развитую и прогрессивную законодательную базу для регулирования отношений, связанных с окружающей средой, что наделяет граждан широкими возможностями защиты прав. Однако необходимо отметить, что, несмотря на прогрессивную динамику, которая проявляется в повышении самосознания и информированности граждан, а также расширении практики толкования закона судом, отношения, связанные с окружающей средой, все-таки продолжают оставаться проблематичным вопросом.

Если принять во внимание тот факт, что развитие и совершенствование судебной практики в большой степени определяют соблюдение стандартов прав человека, связанных с окружающей средой, можно заключить, что расширение судебной практики является основным механизмом обеспечения соблюдения этих стандартов.

<sup>67</sup> Риодежанейрская декларация Организации Объединенных Наций 1992 года «Об окружающей среде и развитии» также известна под названием «саммит земли», и признано, что это было самое масштабное экологическое собрание.

<sup>68</sup> D. Hunter, J. Salzman, *International Environmental Law and Policy*, 1999, 37.

<sup>69</sup> 1998 г., Орхус, Дания, около 40 государств, в том числе – Грузия (конвенция была ратифицирована в 2000 году) признали конвенцию на уровне внутригосударственного права.

Мариам Осипян<sup>1</sup>

## **Комментарии по решению Жирайр Сефилян против Армении**

### **I. Введение**

*Демократия становится все более важным направлением текущей общественно-политической жизни. В результате возникшее демократическое общество требует много гарантий для реализации основных прав человека. Одним из них является право на свободу, которая имеет интересный исторический фон и станет предметом обсуждения в данной статье.*

*Право на свободу может быть прослежено к английскому Magna Charta (1215г.) и Декларации Прав Человека и Гражданина (1789г.) США. Несмотря на то, только Magna Charta гарантировала право только для ограниченной группы людей, а именно феодальных вельмож, оно все же требовало, чтобы арест или задержание было законным, и защищало человека против крайностей его / ее правителя. Защита от произвольного ареста и задержания в качестве одного из основных аспектов права на свободу личности дополнительно было установлено в 17 веке в «Билле о правах» (1689г.) и Habeas Corpus Acts (1640г., 1679г.). Право получило дальнейшее развитие, и сфера его применения расширилась после Французской революции, во французской Декларации Прав (1789г.), где право на свободу было гарантировано всем гражданам в конституциях национальных государств. Право на свободу сыграло главную роль в мексиканской революции (1915г.), где «земля и воля» (Tierra y Libertad) был лозунгом революции.*

*В наши дни регулирование права отличается, но суть все та же. Так как это право является основным предметом в нашем нынешнем деле Жирайр Сефилян против Армении, то мы будем изучать его глубже. Более того, это дело примечательно еще потому, что оно относится к праву на личную жизнь, а она имеет первостепенное значение в демократическом обществе.*

### **II. Фактические обстоятельства дела, судебного разбирательства на национальном уровне и исход индивидуальной жалобы в Европейский Суд по Правам Человека**

Заявитель Жирайр Сефилян, гражданин Ливана,

родился в 1967 году и проживает в г. Ереване. Он является активным членом гражданского общества, который имеет лидирующие позиции в нескольких НПО, в том числе Союз Армянских Добровольцев, Защита Освобожденных Земель и Благотворительного Фонда Аракс-Кур. Он армянского происхождения и начиная с 1992 года постоянно проживал в Армении, где он имеет семью и владеет квартирой.

Как ясно, заявитель является критиком властей Армении, он утверждает, что в связи с этим он был приглашен в Службу Национальной Безопасности (СНБ) в ряде случаев, где ему было приказано прекратить сотрудничество с оппозицией и критику правительства. Несмотря на эти призывы, он продолжил свою деятельность и в результате начальник Главного Управления по Охране Конституционного Строя и Борьбе с Терроризмом СНБ подал ходатайство, стремясь проводить скрытое наблюдение и запись телефонных и иных переговоров заявителя. 15 августа 2006 года районный суд Кентрон и Норк-Мараш г. Еревана рассмотрел ходатайство и удовлетворил его, разрешая перехват и запись телефонных разговоров и иных переговоров заявителя, сделанных от трех мобильных и трех стационарных телефонов заявителя в течение шести месяцев, учитывая, что они могут содержать информацию, подтверждающую вышеупомянутые обстоятельства, использование которых будет способствовать раскрытию преступления и получения доказательств, так как были элементы преступления в действиях заявителя, предусмотренные статьей 301 Уголовного кодекса РА. Вскоре, 2 декабря 2006 года заявитель выступил с речью на собрании, организованном Союзом Армянских Добровольцев. В результате, 8 декабря 2006 года Следственное Управление Службы Национальной Безопасности приняло решение о возбуждении уголовного дела по статье 301 Уголовного кодекса РА, на том основании, что публичные призывы к насильственному свержению правительства были сделаны во время вышеупомянутой собрания. Таким образом, 9 декабря 2006 года заявитель был арестован и доставлен в СНБ. В тот же день в офисе заявителя был произведен обыск, в результате которого были найдены револьвер и различные типы пуль. 10 декабря 2006 года был составлен соответствующий ордер на арест. Там говорилось, что заявитель подозревался в совершении преступлений по статьям 235 § 1 и 301 Уголовного кодекса РА. Паспорт заявителя был конфискован. 12 декабря 2006 года заявитель был официально обвинен по статьям 235 § 1 и 301 Уголовного кодекса РА. Он был

<sup>1</sup> Мариам Осипян, адвокат, член Адвокатской Палаты Республики Армения.

обвинен в призывах к насильственному свержению правительства и в не сдаче и в незаконном владении своего оружия после его демобилизации в 1998 году. В тот же день следователь подал ходатайство в районный суд Кентрон и Норк-Мараш г. Еревана, с целью задержания заявителя в течение двух месяцев, и, утверждая, что, находясь на свободе, он может скрыться и воспрепятствовать расследованию.<sup>2</sup> Но в тот же день районный суд рассмотрел ходатайство следователя, в том числе обвинение и соответствующие обстоятельства. Районный суд решил удовлетворить ходатайство, с учетом характера и степени опасности, вменяемых преступлений и тот факт, что именно в верхней части списка находились преступления, направленных против государственной власти и, установив, что материалы дела содержат достаточно основания, что заявитель может скрыться и воспрепятствовать расследованию, оказывая незаконное влияние на лиц, участвующих в судебном разбирательстве.

Несмотря на все усилия, предпринимаемые заявителем, государственные органы не освободили его, ссылаясь на любые причины.

### **Продление содержания заявителя под стражей и судебное разбирательство**

Начиная с 1 февраля 2007 года по 30 марта 2007 года, срок содержания под стражей заявителя был продлен, несмотря, что были некоторые задержки в процессуальных регламентах, о которых заявитель заявлял в этом деле.

Кроме того, заявитель утверждал, что он и его адвокаты были лишены права на участие в судебном разбирательстве.

#### **1. Предполагаемое Нарушение Статьи 5 §1 Конвенции**

Заявитель жаловался, что его содержание под стражей 10-22 июня 2007 года не было санкционировано судом и явилось незаконным и что продление его содержания под стражей 7 февраля 2007 года, не проводилась в соответствии со сроками, установленными законом. Он ссылаясь на Статью 5 §1 Конвенции, которая, в соответствующей части, устанавливает:

“1. Каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть лишен свободы иначе как в следующих случаях и в порядке, установленном законом...”

<sup>2</sup> см. Сефилян против Армении, No 22491/08, пункт 5-45, ЕСПЧ 02/01 /

Принимая решение, имеет ли место нарушение текучей статьи, Суд должен решить, следующие под-вопросы:

1. *Соблюдение внутренних сроков при продлении содержания под стражей;*
2. *Законность задержания от 10-22 июня 2007 года.*

Что касается первой части этой жалобы, то Суд повторяет, что выражения «законный» и «в соответствии с процедурой, предусмотренной законом» в статье 5 §1, по существу относятся к национальному законодательству и закрепляют обязательство соблюдать материальные и процессуальные нормы<sup>3</sup>. На основе прецедентного права Суда и с учетом обстоятельств дела, Суд счел эта часть жалобы является явно необоснованной и отклонил его в соответствии со Статьей 35§3 (а) и 4 Конвенции.

Следует отметить, что другая часть жалобы имеет решающее значение с точки зрения демократии. В этой связи Суд напоминает, что Статья 5 Конвенции гарантирует фундаментальное право на свободу и личную неприкосновенность и что право имеет первостепенное значение в «демократическом обществе» по смыслу Конвенции<sup>4</sup>.

В частности, Суд отмечает, что, когда вопрос о лишении свободы, то общий принцип правовой определенности становится важным. Поэтому очень важно, что условия для лишения свободы в рамках внутреннего права четко определены и что сам закон был предсказуемым в своем применении, так что бы он соответствовал стандарту «законности», установленным Конвенцией, стандарту, который требует, чтобы все законы были достаточно точными, чтобы позволить человеку - в случае необходимости, с соответствующей консультацией - предвидеть, в степени, разумной в данных обстоятельствах, последствия, которые данное действие может повлечь за собой<sup>5</sup>.

Исходя из указанного прецедентного права и других соответствующих прецедентов, Суд постановил, что, было нарушение Статьи 5 §1 Конвенции.

#### **2. Предполагаемое Нарушение Статьи 5§3 Конвенции**

Ссылаясь на Статью 5§3 Конвенции, заявитель жаловался на то, что национальные суды не представили причины его дальнейшего содержания под стражей. Вышеупомянутая статья гласит:

“Заявитель должен быть незамедлительно доставлен к судье или к иному должностному лицу,

<sup>3</sup> Там же. пункт 67

<sup>4</sup> см. Де Вильде, Оомс и Версип против Бельгии, 18 июня 1971 года, § 65, Серии A N. 12

<sup>5</sup> см. Стииль и другие против Соединенного Королевства, 23 сентября 1998, § 54, Отчеты 1998-VII

уполномоченному законом осуществлять судебные функции, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда. Освобождение может быть обусловлено предоставлением гарантий явки в суд.<sup>6</sup>

Стоит отметить, что судебная практика конвенции разработала четыре основные приемлемые причины задержания лица до вынесения судебного решения, когда этот человек подозревается в совершении преступления:

1. риск, что обвиняемый не сможет предстать перед судом<sup>6</sup>;
2. риск, что обвиняемый, в случае освобождения, примет меры, чтобы нанести ущерб правосудию<sup>7</sup>;
3. риск, что обвиняемый, в случае освобождения, совершит новые преступления (см. Матценер против Австрии, 10 ноября 1969, § 9, Серия. А, 10.);
4. может привести к нарушениям общественного порядка (см. дело Летилер, упомянутое выше, § 51).

Суд интерпретировал, в частности, что опасность обвиняемого скрыться не может измеряться исключительно на основе степени тяжести приговора<sup>8</sup>. Таким образом, Суд, соответственно, установил, что имело место нарушение Статьи 5§3 Конвенции.

### 3. Предполагаемое Нарушение Статьи 5§4 Конвенции

Заявитель жаловался также, что судебное разбирательство от 7 февраля 2007 года в районном суде Кентрон и Норк-Мараш г. Еревана не был состязательным и что он был лишен возможности устного слушания дела в Апелляционном суде 14 мая 2007 года. Он ссылался на Статью 5§4 Конвенции:

“4. Каждый задержанный или заключенный под стражу в соответствии с подпунктом „с“ пункта 1 настоящей статьи незамедлительно доставляется к судье или к иному должностному лицу, наделенному, согласно закону, судебной властью, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда...”

#### 3.1. Состязательное судопроизводство и равенство сторон

Много раз в течение своей практики суд истолков-

<sup>6</sup> Смотреть *Штогмюллер против Австрии*, где было установлено, что риск побега не вытекает из причин возможности этого или легкости пересечь границу.

<sup>7</sup> см. дело *Вемхофф* против Германии, 27 июня 1968 года, § 14, Серия А, N. 7

<sup>8</sup> см. *Сефилян* против Армении, No 22491/08, пункт 86, ЕСПЧ 02.01.2013

вал эти концепции. В этом случае также Суд сослался на свое прецедентное право, повторив, что Статья 5§4 требует, чтобы суд, рассматривающий апелляцию задержания, обеспечил гарантии в судебном порядке. Судопроизводство должно быть состязательным и должно всегда обеспечивать «равенство сторон/возможностей» прокурора и задержанного. Равенство сторон не обеспечивается, если адвокату отказано в доступе к тем документам в материалах дела, которые необходимы для эффективного оспаривания законности задержания его клиента<sup>9</sup>.

На основании фактов дела в этом случае также Суд постановил, что имело место нарушение Статьи 5§4 Конвенции.

### 4. Предполагаемое Нарушение Статьи 8 Конвенции

Заявитель также жаловался, что тайное наблюдение его телефонных разговоров было в нарушение гарантий Статьи 8 Конвенции.

*На пути принятия решения Суд должен был решить, было ли допущено нарушение данной статьи.:*

- (а) Было ли вмешательство в право заявителя на частную жизнь и корреспонденцию;
- (б) Было ли вмешательство оправданным.

В своем прецедентном праве Суд истолковал этот вопрос несколько раз. Соответственно, в соответствии с ним, выражение «в соответствии с законом» требует не только, что оспариваемая мера должна иметь некоторую основу в национальном законодательстве, но также относится к качеству рассматриваемого закона, требуя, чтобы он должен быть доступным заинтересованному лицу и предсказуемым, на счет своих последствий<sup>10</sup>.

В своем прецедентном праве о секретных мерах наблюдения, Суд разработал следующие минимальные гарантии, которые должны быть изложены в законе, чтобы избежать злоупотребления властью:

1. характер преступлений, которые могут повлечь к разрешению о перехвате телефонных разговоров и корреспонденции;
2. определение категорий граждан, чьи телефонные разговоры могут быть подслушаны;
3. ограничения длительности слежек телефонных разговоров;

<sup>9</sup> см. Лами против Бельгии, 30 марта 1989 года, § 29, Серия А, N. 151; Николова против Болгарии [GC], №. 31195/96, § 58, ЕСПЧ 1999 года II и Гарсия Альва против Германии, нет. 23541/94, § 39, 13 февраля 2001

<sup>10</sup> см. Аманн против Швейцарии [GC], №. 27798/95, § 50, ЕСПЧ 2000 II, и Ротару против Румынии [GC], №. 28341/95, § 52, ЕСПЧ 2000-B

4. процедура, которым необходимо следовать, для изучения, использования и хранения полученных данных;
5. меры предосторожности должны быть приняты при передаче этих данных другим сторонам;
6. обстоятельства, при которых записи могут или должны быть стерты или ленты уничтожены<sup>11</sup>.

Факты данном случае являются достаточными для суда, чтобы заключить на основании его прецедентного права, о том, что вмешательство не было «в соответствии с законом», поскольку армянский закон на тот момент не содержал достаточно четкие и подробные правила и не обеспечивал достаточные гарантии против злоупотреблений. Таким образом, имело место нарушение Статьи 8 Конвенции.

## 5. Другие Предполагаемые Нарушения Конвенции

Заявитель также утверждал, что были нарушения Статей 3, 10 и 14. Но суд установил, что не было никаких нарушений этих статей.

## III. Правовая Структура

### 1. Конституционное регулирование вопроса на Южном Кавказе

#### 1.1. Армения

На момент рассмотрения дела, Конституция Армении гарантировал право каждого на свободу и личную жизнь в Статье 16. Статья гласит:

“Каждый имеет право на личную свободу и неприкосновенность. Человек может быть лишен свободы в случаях и порядке, установленных законом. Законом может предусматриваться лишение свободы только в следующих случаях:

- 1) лицо осуждено за преступление правомочным судом;
- 2) лицо не выполнило вступившее в законную силу распоряжение суда;
- 3) в целях обеспечения выполнения определенных обязанностей, установленных законом;
- 4) имеется обоснованное подозрение в совершении преступления либо, когда это необходимо в целях

пресечения совершения лицом преступления или его побега после совершения преступления;

- 5) в целях передачи несовершеннолетнего под воспитательный надзор или иному правомочному органу;
- 6) в целях предотвращения распространения заразных заболеваний или пресечения общественной опасности, исходящей от лиц, страдающих психическими заболеваниями, алкоголиков, наркоманов или лиц, занимающихся бродяжничеством;
- 7) в целях пресечения незаконного проникновения лица в Республику Армения, его выдворения или передачи другому государству.

Каждое лицо, лишенное свободы, незамедлительно извещается о причинах этого, а при предъявлении уголовного обвинения также об обвинении на понятном ему языке. Каждое лицо, лишенное свободы, имеет право незамедлительно извещать об этом избранное им лицо.

Если арестованное лицо в течение 72 часов с момента задержания не заключается под стражу решением суда, оно подлежит немедленному освобождению.

Каждый в случае незаконного лишения свободы или незаконного обыска имеет право на возмещение причиненного вреда по основаниям и в порядке, установленном законом. Каждый имеет право на опротестование в вышестоящую судебную инстанцию законности и обоснованности своего лишения свободы или обыска.

Человека нельзя лишать свободы только по той причине, что он не в состоянии выполнять гражданско-правовые обязательства.

Человека нельзя подвергать обыску иначе, чем в случаях и порядке, установленных законом.”<sup>12</sup>

Каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни. В частности, Статья 23 Конституции гласит, что запрещается сбор, хранение, использование и распространение сведений о личности без его согласия не иначе как это предусмотрено законом. Запрещается использование и распространение сведений, касающихся личности, если это противоречит целям сбора сведений или не предусмотрено законом. Каждый имеет право на ознакомление с касающимися его сведениями в государственных органах и органах местного самоуправления. Каждый имеет право на исправление недостоверных сведений о нем и изъятие сведений о нем, приобретенных незаконным путем. Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, которое может быть ограничено только в случаях и порядке, установленных законом, решением суда<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> см. Вебер и Саравиа против Германии (решение), №. 54934/00, § 95, ЕСПЧ 2006 XI, Ассоциация по вопросам европейской интеграции и правам человека и Экмидзиев против Болгарии, №. 62540/00, § 76, 28 июня 2007 года; и Либерти и другие против Соединенного Королевства, нет. 58243/00, § 95, 1 июля 2008

<sup>12</sup> Статья 16, Конституция Республики Армения, 1995г.

<sup>13</sup> Статья 23, Конституция Республики Армения, 1995г.

### 1.2. Грузия

Конституция Грузии была принята в 1995 году. Статья 18 предусматривает следующее:

1. Свобода человека неприкосновенна.
2. Не допускается лишение или иное ограничение личной свободы без решения суда.
3. В предусмотренных законом случаях допускается задержание человека специально правомочными на то лицами. Задержанное или иным образом ограниченное в свободе лицо должно предстать по подсудности перед соответствующим судом не позднее 48 часов. Если в течение последующих 24 часов суд не примет решения об аресте или ином ограничении свободы, лицо незамедлительно должно быть освобождено.
4. Удален (27.12.06).
5. Задержанному или арестованному лицу сразу же разъясняются его права и основания ограничения свободы. С момента задержания или ареста лицо может потребовать помощи защитника, и это требование должно быть удовлетворено.
6. Срок задержания подозреваемого в совершении преступления лица не должен превышать 72 часов, а предварительное заключение обвиняемого 9 месяцев.
7. Нарушение требований настоящей статьи карается по закону. Незаконно задержанное или арестованное лицо имеет право на компенсацию<sup>14</sup>.”

Право частной жизни сформулировано в Статье 20 Конституции Грузии: “Личная жизнь каждого человека, его рабочее место, личные записи, переписка, переговоры по телефону или с использованием других технических средств, а также полученные с помощью технических средств уведомления неприкосновенны. Ограничение указанных прав допускается по решению суда или без него при возникновении предусмотренной законом неотложной необходимости. Никто не вправе войти в жилище и в другие владения вопреки воле их владельца, а также провести обыск без решения суда или при отсутствии предусмотренной законом неотложной необходимости.<sup>15</sup>”

### 1.3. Азербайджан

Конституция Азербайджанской Республики также была принята в 1995 году. В частности, в соответствии

со Статьей 28, каждый обладает правом на свободу. Право на свободу может быть ограничено только в предусмотренном законом порядке путем задержания, ареста или лишения свободы. Каждый, законно находящийся на территории Азербайджанской Республики, может свободно передвигаться, выбирать себе место жительства и выезжать за пределы Азербайджанской Республики. Гражданин Азербайджанской Республики обладает правом в любое время беспрепятственно возвратиться в свою страну<sup>16</sup>.

Очень интересный подход иллюстрируется в отношении права на частную жизнь в Конституции Азербайджана. Статья 32 предусматривается, что каждый обладает правом на личную неприкосновенность. Каждый обладает правом хранить личную и семейную тайну. Кроме случаев, предусмотренных законом, вмешательство в личную жизнь запрещается. Не допускаются сбор, хранение, использование и распространение сведений о чьей-либо личной жизни без его согласия. Государство гарантирует право каждого на сохранение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных сообщений и сведений, передаваемых другими средствами связи. Это право в предусмотренном законом порядке может быть ограничено для предотвращения преступления или выявления истины во время расследования уголовного дела.<sup>17</sup>

## 2. Регулирование Европейской конвенции по правам человека

Статья 5 Конвенции о защите прав человека гласит следующее:

“1. Каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть лишен свободы иначе как в следующих случаях и в порядке, установленном законом:

(а) быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения;

(б) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты;

(с) защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, при недостатке у него средств для оплаты услуг защитника, пользоваться услугами назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия;

(d) допрашивать показывающих против него сви-

<sup>14</sup> Статья 18, Конституция Республики Грузия, 1995г.

<sup>15</sup> Статья 20, Конституция Республики Грузия, 1995г.

<sup>16</sup> Статья 28, Конституция Азербайджанской Республики, 1995г.

<sup>17</sup> Статья 32, Конституция Азербайджанской Республики, 1995г.

детелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него;

(е) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке.

2. Каждому арестованному незамедлительно сообщаются на понятном ему языке причины его ареста и любое предъявляемое ему обвинение.

3. Каждый задержанный или заключенный под стражу в соответствии с подпунктом „с“ пункта 1 настоящей статьи незамедлительно доставляется к судье или к иному должностному лицу, наделенному, согласно закону, судебной властью, и имеет право на судебное

разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда. Освобождение

может быть обусловлено предоставлением гарантий явки в суд.

4. Каждый, кто лишен свободы в результате ареста или заключения под стражу, имеет право на безотлагательное рассмотрение судом правомерности его заключения под стражу и на освобождение, если его заключение под стражу признано судом незаконным.

5. Каждый, кто стал жертвой ареста или заключения под стражу в нарушение положений настоящей статьи, имеет право на компенсацию.

### **3. Компоненты права на свободу и личную неприкосновенность и применение к настоящему делу**

Как видно из приведенного выше наблюдения, право на свободу и личную неприкосновенность довольно важное право с точки зрения текущих демократических обществ, и это причина того, что это ясно сформулировано в законодательстве каждой правовой страны. Таким образом, европейское общество пошло дальше и предусмотрело данное право также в Статье 5 Конвенции о защите прав человека.

Для того чтобы понять суть права полностью и применимость в данном случае нам необходимо понимать возможные компоненты права.

#### **3.1. Презумпция в пользу свободы**

Этот компонент предполагает, что право на свободу существует независимо от чего-либо. Неприемлемость какой-либо тенденции в этом направлении можно увидеть в заключение Европейского суда, что

дальнейшее содержание под стражей человека не может быть оправдано в деле *Мансура против Турции*<sup>18</sup>, когда национальный суд неоднократно санкционировал продолжение содержания под стражей, используя неизменно одинаковую и действительно стереотипную форму слов, часто без дальнейшей разработки. При принятии такого подхода национальная судья просто штамповал решение чиновников правоохранительных органов и не осуществил независимые критические суждения. Это никогда не может быть в соответствии с требованием, чтобы лишение свободы было оправдано. Скорее всего, в нашем случае тоже, государственные органы фактически лишили правонарушителя собственной свободы и пытались оправдать его необоснованность.

#### **3.2. Законность задержания**

Законность задержания имеет решающее значение с точки зрения этого права, поскольку почти в каждом случае этот компонент нарушается. Требование законности было истолковано, как относящееся к процедурным вопросам так и к вопросам существа. Кроме того, законность предполагает, что любое задержание должно осуществляться в соответствии с национальным законодательством и Европейской Конвенцией и не должно быть произвольным. Честно говоря, в первую очередь лишение должно соответствовать национальному законодательству. Это может быть вопрос определения того, была ли существенная процедура, или оценка, существует ли правовая норма покрытия принятых мер. Последнее может быть вопросом толкования сферы конкретного положения, но это также может быть вопрос о создании, что-то вроде фактической ситуации, в которой такое положение действительно существовало.

Еще один важный момент, к чему следует придерживаться, это продолжительность правовых основ лишения свободы. Требование правового основания для любого лишения свободы распространяется на весь период. Было несколько случаев, когда были обнаружены нарушения, потому что правовая основа для лишения свободы, несмотря на то, что первоначально была законной, в какой-то момент перестала существовать.

Стоит также упомянуть, что существует также ошибочная зависимость от внутренней практики. Нарушения Статьи 5 были найдены в Европейском суде в случаях, когда национальные власти полагались на давние практики, чья законность даже не была постав-

<sup>18</sup> 8 июня 1995г.

лена под сомнение. К сожалению, есть случаи, которые приводят к нежелательным правовым обязательствам для государств.

Обсуждая положение Европейской конвенции, не может привести к полной картины ситуации, если понимание законности не обсуждается. Таким образом, в дополнение к тому, это в полном соответствии с национальным законодательством, любое лишение свободы должно также удовлетворять потенциально широкого понимания термина «законного» в смысле Европейской конвенции. Это понимание относится, в первую очередь, к обеспокоенности, чтобы гарантировать, что конкретные требования Статьи 5 - хотя и не существуют в национальном законодательстве - наблюдаются. Лишение свободы будет нежелательным, если это осуществляется либо как средство вмешательства в другие права и свободы, гарантированные Конвенцией, либо через закон, который применяется в произвольном порядке или характер которого следует рассматривать как недостаточно.

### 3.3. Произвольное использование власти

Следующий компонент права на свободу и личную неприкосновенность, на который я хотела бы сослаться, является произвольное использование власти. В контексте текущего положения следует отметить, что даже если национальное законодательство, разрешающее лишение свободы, не вызывает никаких возражений и в других отношениях полностью соответствует стандартам Европейской Конвенции, его использование в конкретных обстоятельствах может еще не быть рассмотрено как законное, потому что это считается произвольным. Это обозначение, несомненно, будет уместным, когда власть используется в тех случаях, когда лишение свободы не необходима или обозначена для достижения незаконной цели<sup>19</sup>.

В нашем случае ситуация такая же. Предполагаемое преступление, совершенное г-ном Сефилян было не так опасно для общества для лишения его от свободы таким образом. Суд признал четыре уместные причины, для продолжению предварительного заключения человека, когда есть еще разумное подозрение, что он или она совершили преступления. К этим подозрениям относятся:

- риск побега,
- риск вмешательства в процесс правосудия,
- необходимость предотвратить преступление,

<sup>19</sup> Моника Маковой, «Руководство по осуществлению статьи 5 Европейской конвенции по правам человека», Совет Европы, Справочник по правам человека № 5, стр. 15 [http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-05\(2004\)\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-05(2004)_en.pdf)

- необходимость сохранения общественного порядка.

В нашем случае власти даже упомянули одно из выше указанных, в качестве причины задержания, а именно опасность побега, но они не смогли тщательно изучить все личные обстоятельства правонарушителя.

Риск полета, несомненно, то, что тревожит сотрудников правоохранительных органов, в частности, если начальное задержание подозреваемого не было легким, и поскольку есть, конечно, люди, которые бегут, если у них оказывается такая возможность. Тем не менее, это не достаточно, чтобы полагаться на эту общую возможность - не говоря уже о том, что нет никаких препятствий для побега<sup>20</sup> - для продолжения лишения свободы, изучение всех факторов, характерных для конкретного случая, всегда будет иметь важное значение, чтобы определить, существует ли такая опасность. Эти факторы, которые сначала должны быть рассмотрены, очевидно, могут привести к тому, что кто-то сможет бежать, несмотря на последствия, которые могут последовать и опасности, которые могут подстергаться. Они также могут включать характер наказания, которое может быть наложено на кого-то, осужденного за данное преступление, но Суд неоднократно дал понять, что тот факт, что можно ожидать суровый приговор, само по себе не достаточно, чтобы оправдать продолжение содержания под стражей<sup>21</sup>. Кроме того, в деле *Мансура против Турции*, Суд установил, что «состояние доказательств» не мог обосновать предполагаемый риск скрытия заявителя. Однако, вместе с тяжестью наказания даже не возможно вызвать любой из этих факторов, указывающих на риск побега в качестве оправдания лишить кого-то свободы. Существует необходимость оценить, насколько существенным такой фактор (или комбинация факторов) является в конкретных обстоятельствах данного дела: приближайшем рассмотрении некоторые из них могут даже не существовать, другие могут оказаться несущественными, и все же другие могут быть опровергнуты фактическим поведением человека - и затем взвесить его (или их) в сравнении любого из факторов, присутствующих, которые могли бы указать, что данный человек мог вероятно сбежать<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Смотреть *Штогмюллер против Австрии*, где было установлено, что риск побега не вытекает из причин возможности этого или легкости пересечь границу.

<sup>21</sup> Смотреть *Мацнеттер против Австрии*, 10 ноября 1969 года, дело *Летеллиер против Франции*, *В против Швейцарии*, 26 января 1993 года, *Яагчи и Саргин против Турции и Мюллер против Франции*, 17 марта 1997 года.

<sup>22</sup> Смотреть Моника Маковой, «Руководство по осуществлению Статьи 5 Европейской конвенции по правам человека», Совет Европы, Справочник по правам человека № 5, стр. 31 [http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-05\(2004\)\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-05(2004)_en.pdf)

#### **IV. Возможное воздействие нынешнего решения на практику**

Право на личную свободу является одним из самых основных прав человека так, как это затрагивает жизненные элементы физической свободы человека. Физическая свобода человека является одним из главных достижений демократического общества. Таким образом, данный случай имеет жизненно важное значение для развития законодательства и законодательной интерпретации демократических стран. Дело *Жирайр Сефилян против Армении* еще раз иллюстрирует реальные границы и лишения свободы. В частности, важность решения ЕСПЧ выражается в том, как это имеет решающее прецедентное значение для тех стран, где не смотря на то, что право на свободу / свободы регулируется законодательством и даже в конституционном уровне, но еще остаются вопросы на практике. Более очевидным в этом деле является то, что вопрос о законности задержания г. Сефиляна не было оспорено на национальном уровне, в то время как были основания для этого.

Другой аспект в данном случае, что делает его важным, является то, что оно относится к праву на частную жизнь и ее гарантий. В частности, в этом случае суд признал, что армянский закон на тот момент не содержал достаточно четких и подробных правил по проведению скрытого наблюдения за телефонными разговорами и не обеспечивал достаточных гарантий против злоупотреблений и тем самым лишил заявителя возможности ссылаться на внутренние средства правовой защиты для своих нарушенных прав. Кроме того, существует разрыв в законодательстве Армении в отношении ходатайств на тайное наблюдение. В частности, (I) отсутствие списка с указанием видов правонарушений или категории лиц, в которых данная мера может быть разрешена, (II) пробел в законодательстве в отношении четких максимальных сроков, (III) а также отсутствие нормативных норм, регулирующих любой периодический обзор меры или судебным или другим аналогичным независимым контролем за ее реализацией.

Таким образом, этот случай развивает возможность совершенствования законодательства РА. Кроме того, это дает возможность иметь четкий правовой инструмент в подобных случаях.

#### **V. Заключительные замечания**

Так как значения свободы / независимости и права на частную жизнь и ее гарантий являются важнейшими

элементами демократии, это дело еще раз призывает к максимальной реализации таких прав. Она обеспечивает прекрасную возможность для совершенствования демократических законодательств, а также выступает за хорошо ориентированной правовой инструмент для практики.

**Паша Ибиш Оглы Сафаров<sup>1</sup>**

## **Убийство наследодателя наследником вследствие причины, не связанной с наследием, не считается основой, чтобы считать этого наследника недостойным**

### **I. Вступление**

*Статья 1137 Гражданского Кодекса Азербайджанской Республики (далее следует как ГК) предусматривает институт «недостойного наследника». Согласно данной норме, считается обязательным присутствие одной из условий для того, чтобы считать лицо недостойным наследником.*

*Ввиду именно присутствия одной или каждой из двух условий в действиях лица (наследника), закон ограничивает право наследования, лишая данное лицо наследия. Оценивать лицо (наследника) в силу любой другой причины, не входящей в сферу этих условий, свидетельствует, в первую очередь, о нарушении его права на наследство.*

*Обратившись в Ясамальский Районный суд города Баку (далее следует как суд), И. Аббаслы отметил, что их бывшая невестка (супруга его сына) многократно устраивала семейные споры из-за квартиры, в которой она проживала вместе со своим мужем. Ввиду данной причины, в течении последних 3 лет (с 2007 по 2010 гг.) между ними не существовало супружеских отношений. Из-за отсутствия супружеских отношений, они охладели друг к другу и в конце концов ответчица (супруга его сына) умышленно убила его сына.*

*Ответчица была привлечена к уголовной ответственности за содеянное и приговорена к 10 годам лишения свободы, будучи признанной виновной по статье 120.1 Уголовного Кодекса Азербайджанской Республики (далее следует как УК).*

*Принимая во внимание вышеуказанное, И. Аббаслы считает, что лицо, умышленно убившее его сына, не может быть наследником последнего. Поэтому, он попросил суд принять решение, рассматривающего ответчика (его бывшую невестку) как недостойную наследницу.*

*В ходе судебного разбирательства ответчица, представившая протест против иска истца, заяви-*

*ла, что причиной убийства сына истца (ее бывшего мужа) послужило сексуальное насилие против нее. Данный случай был подтвержден приговором суда.*

*Согласно решению 2(004)-4712/2010, принятому судом 29 ноября 2010 года, иск И. Аббаслы с требованием признать наследницу недостойной был удовлетворен.*

Решение имело следующие основания:

«Случаи (действия), послужившие причиной лишения лица его права наследования, должны быть подтверждены судом. Судебный акт, вступивший в законную силу и касающийся определения данного случая (противоправное действие, направленное против наследодателя), несомненно, играет основную роль в изолировании лица от наследства. Кроме того, действие, ставшее причиной изолирования лица от наследства, должно быть умышленным и направленным либо против наследодателя (в форме убийства последнего), либо против одного из наследников.

Суд критично относится к мотивам совершения противоправного действия ответчиком в отношении наследодателя, которое не имеет целью завладеть наследуемым имуществом и отмечает, что лицо, признанное виновным в совершении умышленного преступления, ставшего причиной смерти наследодателя, должно быть изолировано от наследства всегда и во всех случаях, независимо от того, связано ли это действие с целью завладения наследством.

Убив наследодателя, ответчик, тем самым, воспрепятствовал его призванию к наследованию или же приращению наследственной доли».<sup>2</sup>

В ходе рассмотрения апелляционной жалобы, поданной на решение суда первой инстанции, Коллегия по Гражданским Делах Бакинского Апелляционного Суда своим решением 2(103)-1442/2011 от 5 мая 2011 года отклонила апелляционную жалобу и сохранила без изменения решение суда 2(004)-4712/2010 от 29 ноября 2010 года.

Решение имело следующие основания:

«Судебная Коллегия отметила, что согласно духу статьи 1137 Гражданского Кодекса Азербайджанской Республики лицо, признанное виновным в совершении умышленного преступления, ставшего причиной смерти наследодателя, должно изолироваться от наследства во всех случаях, независимо от того, действовало ли данное лицо с целью завладения наследством или же имело любое другое намерение, так как убий-

<sup>1</sup> Магистр в области правоведения и автор 7 книг по правоведению. В период с 2007 по 2012 гг. работал консультантом в органах судебной системы и помощником судьи. На данный момент занимает должность юридического консультанта Производственного Объединения «Азтелеком».

<sup>2</sup> Архив Ясамальского Районного Суда города Баку, гражданское дело 2(004)-4712/2010, Решение Суда от 29 ноября 2010 года.

ство наследодателя наследником способствовало появлению случая наследования и в результате, данное действие недостойного наследника стало причиной призвания к наследству самого себя или других лиц или же приращения наследственной доли».<sup>3</sup>

Как видно, суды первой и апелляционной инстанций, выступив в контексте случая «совершения умышленного преступления или иного аморального действия против последней воли завещателя, выраженной в завещании», оценили любое преступление, совершенное против наследодателя, причиной для того, чтобы считать ответчицу недостойной наследницей, несмотря на отсутствие случая «совершения умышленного преступления против последней воли завещателя, выраженной в завещании».

## II

Рассматривая решения судов как первой, так и апелляционной инстанций не отвечающими положениям статьи 1137 ГК, мы считаем их полностью безосновательными. Так, например, в то время как, статья 1137 ГК предусматривает конкретно причину совершения преступления, суды, руководствуясь данной статьей, рассмотрели совершенное преступление как связанное не с указанной, а с совершенно другой причиной.

Согласно статье 1137 ГК, не может быть наследником ни по закону, ни по завещанию лицо, которое умышленно препятствовало осуществлению последней воли наследодателя и тем самым способствовало призванию к наследованию или приращению наследственных долей себя самого или близких к себе лиц, либо умышленно совершило преступление или иное аморальное действие против последней воли завещателя, выраженной в завещании (недостойный наследник), если эти обстоятельства подтверждены судом.

Несмотря на то, что наследственное право наряду с законом, в то же время, рассматривается как вид гражданско-правовых отношений, основанных на уже сформированный обычай, оно, в отличие от других видов гражданско-правовых отношений, определяет конкретные условия, как видно из закона, для рассмотрения лица как недостойного наследника. Именно, одним из этих условий считается «совершение умышленного преступления против последней воли завещателя, выраженной в завещании».

В целом, в течение всей истории наследственного права, признак совершения «преступления» наследником против наследодателя (завещателя) развивался

по двум разным направлениям: первое - совершение преступления непосредственно против самого наследодателя в независимости от цели преступления, и второе – совершение преступления, связанного только с наследством.

Несмотря на то, что с исторической точки зрения, первое направление считается уже устаревшим по отношению ко второму, оно по сей день находит свое отражение в гражданском законодательстве некоторых иностранных государства, включая Турцию (ГК, статья 510), Грузию (ГК, статья 1310), Казахстан (ГК, статья 1045), Узбекистан (ГК, статья 1119), Мексику (ГК, статья 1316), Российскую Федерацию (ГК, статья 1117) и штат Луизиана США (ГК, статья 941).

ГК АР, вступивший в силу в 2000 году, был подготовлен не на основе гражданского права стран СНГ, а опираясь на германское гражданское право, которое составляет основу европейского гражданского права, и данное право, в свою очередь, считается относительно новым, более усовершенствованным правом по отношению к другим. Именно, вследствие этого, содержание вышеуказанного второго направления в гражданском законодательстве АР рассматривается как пример демократического законодательства, а также как гарант конституционных прав человека.

Стоит нам обратиться к истории, она подскажет, что сначала в нашей стране существовало первое направление этого права. Так например, статья 531-ая ГК Азербайджанской ССР от 11 сентября 1964 года лишала лицо наследственного права «в случае совершения незаконных действий против того или иного наследника наследодателя».

Но, спустя определенное время, данный признак был усовершенствован в законодательстве, которое начало рассматривать данное действие «как незаконное деяние, совершенное против наследодателя, любого из его наследников или же против последней воли наследодателя, выраженной в завещании».

## III

Вторая важная черта статьи 1137 ГК предусматривает, что не может быть наследником ни по закону, ни по завещанию лицо, которое совершило умышленное преступление или иное аморальное действие против последней воли завещателя, выраженной в завещании.

В реальности же, второй фактор объединяет в себе конкретные случаи: «умышленно совершило преступление», «или иное аморальное действие», «против последней воли, выраженной в завещании».

<sup>3</sup> Архив Ясамальского Районного Суда города Баку, Гражданское дело 2(004)-4712/2010, Решение Суда от 5 мая 2011 года

Иногда в теории и на практике, признак «совершения преступления против последней воли завещателя, выраженной в завещании» используется в разных аспектах. Некоторые авторы принимают факт совершения преступления против последней воли завещателя, выраженной в завещании, только лишь в качестве признака недостойного наследника. Однако, другая часть авторов, оценивает совершение умышленного преступления или же преступления из-за неосторожности против завещателя тоже как признак недостойного наследника<sup>4</sup>.

Действия недостойного наследника, направленные против претворения в жизнь последней воли наследодателя, выраженной в завещании, проявляются в совершении умышленного преступления или иных аморальных действий.

Нам представляется трудным определить, какие именно обстоятельства, совершение каких действий ведет к тому, что лицо считается недостойным наследником.

Возьмем для примера случай совершения преступления: что такое преступление?

Согласно статье 14.1 УК, преступлением считается виновно совершенное общественно опасное деяние (действие или бездействие), запрещенное Кодексом под угрозой наказания.

В то же время, статья 14.2 того же Кодекса гласит, что не является преступлением деяние (действие или бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния (действия или бездействия), предусмотренного уголовным законом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности, то есть не причинившее и не создавшее угрозы причинения вреда личности, обществу или государству.

Тем самым, чтобы деяние считалось преступлением, общественно опасное деяние (действие и бездействие), запрещенное Кодексом под угрозой наказания, должно быть виновно совершено таким образом, чтобы в данном деянии формально присутствовали признаки какого-нибудь деяния (действия или бездействия), предусмотренного уголовным законом.

Рассматривая случай умышленного «преступления» против последней воли завещателя, выраженной в завещании, выявляются определенные различия, как в теории гражданского права, так и на практике и данные различия противоречат друг другу. Так например, некоторые авторы считают, что понятие «преступление», предусмотренное в данной норме, имеет в виду

любое правонарушение, совершенное только против последней воли завещателя, выраженной в завещании. Например, М.В.Гуревич отмечает, что лицо может быть признано недостойным наследником лишь в случае убийства им наследодателя с целью содействия и создания возможности призвания самого себя к наследству.<sup>5</sup>

Вторая группа авторов считает, что не только любое правонарушение, совершенное против последней воли завещателя, выраженной в завещании, но также любое преступление, совершенное против завещателя, создает условия, отмеченные в содержании данной нормы и лицо, допустившее правонарушение, должно быть изолировано из рядов наследников после смерти наследодателя. Например, З.Г.Крылова считает, что для исключения лица, совершившее действие, противоречащее закону, не имеет значения, ставило ли оно перед собой цель получения наследства.<sup>6</sup> В то же время, П.С.Никитюк приходит к такому заключению, что цель убийства наследодателя не имеет значения при признании лица, совершившего преступление, недостойным наследником. Согласно мнению автора, независимо от цели убийства, данное лицо лишается наследственного права.<sup>7</sup> Ю.Н.Власов считает, что для того, чтобы рассматривать лицо, совершившее преступление, недостойным наследником, направленность убийства не имеет значения (преступление данного лица может также быть не направленным к созданию возможности для призвания его к наследству).<sup>8</sup> Этот признак предусмотрен в гражданском законодательстве некоторых зарубежных стран (Грузия и другие).

Еще один из авторов, С.Аллахвердиев отмечает, что позиция второй группы ученых более близка к реальности. На самом деле, как можно не признать наследственное право наследника, убившего наследодателя из-за любой причины, не связанной с наследованием, например, сына, убившего свою родную мать из-за ревности, если у него не было цели обеспечить или же ускорить его призвание к наследству? С другой стороны, признание наследственного права того лица не соответствовало бы праву. В то же время, автор считает, что согласно положениям, определенным наследственным правом АР, лицо может быть лишено наследства не только из-за убийства им наследодателя,

<sup>4</sup> Смотри: Паша Ибиш оглы Сафаров, Право недостойного наследника, Баку, типография «Digesta», 2012, с. 97.

<sup>5</sup> Смотри: Гуревич М.Г. Некоторые вопросы наследственного права, Ученые записки Пермского университета, № 164, Пермь, 1969, сс. 100-101.

<sup>6</sup> Смотри: Крылова З, Наследники по закону, Советская юстиция, Москва, 1965, № 23, с. 15

<sup>7</sup> Смотри: Никитюк П.С. Наследственное право и наследственный процесс, Кишинев, 1973, с. 55

<sup>8</sup> Смотри: Власов Ю.Н., Калинин В.В. Наследственное право Российской Федерации, Учебно-методическое пособие, Москва, 2002, с. 20

но также совершения любого преступного действия против него (хулиганство, изнасилование, нанесение телесных увечий, воровство и так далее). Мотивы совершения таких преступных действий также не имеют правового значения. Важно только то, что эти преступные действия совершались бы умышленно. Например, законный наследник убивает единственного наследника по завещанию, чтобы создать или обеспечить возможность своего призвания к наследству. Поскольку, если все наследуемое наследство завещается одному лицу и последний умирает раньше завещателя, тогда законные наследники призываются к наследству.<sup>9</sup>

Решением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 1991 года было определено, что лицо, признанное виновным в совершении умышленного преступления, которое стало причиной смерти наследодателя, всегда и во всех случаях должно быть изолировано от наследования независимо от того, было ли совершено действие с целью присвоения (получения) наследства или по другим мотивам (ревность, хулиганство, пристрастие и т.д.) Значение имеет лишь одно важное условие, которое подразумевает, чтобы эти действия прямо или косвенно создавали возможность или способствовали призыванию данного лица к наследству или же приращению его наследственной доли.<sup>10</sup>

Как видно, упомянутое решение Верховного Суда Российской Федерации считает важным присутствие условия создания возможности и способствования прямого или косвенного призвания к наследству или же приращения наследственной доли в результате преступления, считая совершение лицом преступления против наследодателя поводом для изолирования от наследства во всех случаях.

По мнению третьей группы авторов, преступное деяние не должно восприниматься как определенное действие, совершенное против последней воли завещателя, выраженной в завещании, или же против самого завещателя, и в целом, любое преступное деяние, совершенное против завещателя и членов его семьи (других наследников), подпадает в рамки понятия «преступление», предусмотренного в этой норме. Хотя в Гражданском Кодексе не существует какой-либо конкретной нормы в этом плане, данный Кодекс именно подчеркивает, что данное преступление совершено «против последней воли завещателя, выраженной в за-

вещании». Этот признак предусмотрен в гражданском законодательстве некоторых зарубежных стран (Китайская Народная Республика и другие).

Авторы, входящие в эту группу, считают, что закон предусматривает применение принципа справедливости в более широкой форме, принимая признак противоправного деяния (действия и бездействия), направленного не только против наследодателя, но даже против членов его семьи и других наследников, как признак недостойного наследника.

Обратимся к нескольким гражданским законодательствам для сравнительного применения рассуждений, приведенных выше. Согласно статье 1162 прежнего ГК Российской Федерации, лица, посягающие на жизнь наследодателя или же лишаящие его жизни, подлежат изоляции от наследства как по завещанию, так и по закону.

Как видно, норма ясным образом предусматривает «лиц, посягающих на жизнь наследодателя или же лишаящих его жизни». Отсюда также становится ясным, что совершение преступления против наследодателя подразумевает как деяние не только против его последней воли, но также против него в целом.

Первая часть статьи 1316 ГК Мексики гласит: лицо, убившее или пытавшее убить самого наследодателя, его детей, мужа (жену), брата (сестру), лишается наследства.

Другая интересная мысль, связанная с этим вопросом, нашла также свое отражение в Гражданском Кодексе Турецкой Республики. Так, например, согласно статье 520 прежнего Гражданской Кодекса Турецкой Республики, лица, убившие или попытавшиеся убить умышленно завещателя не могут быть в силу убийства ни наследниками, ни лицами, наследующими по завещанию.<sup>11</sup>

По мнению профессора Дж. Явуза, этот признак может присутствовать как при совершении одного действия, так и в случае бездействия. Если лицо, присматривающее за больным, который лежит в больнице и собирается оставить ему наследство, умышленно не дает ему нужное лекарство для ускорения смерти наследодателя, то, это может быть признано причиной лишения наследства.

Наследник должен лишаться наследства независимо от результата действия, совершенного для убийства наследодателя. Совершение убийства или попытка со-

<sup>9</sup> Смотри: С.Аллахвердиев, Наследственное право Азербайджанской Республики (Комментарии к наследственному законодательству, Курс лекций, Учебное пособие), Типография «Nurlan», Баку, 2004, с. 172

<sup>10</sup> Смотри: п. 2 постановления Пленума Верховного Суда СССР «О некоторых вопросах, возникающих в практике судов по делам о наследовании» от 23 апреля 1991 г. № 2, Москва, 2001, с. 259.

<sup>11</sup> Смотри: Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuatı, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve diğer mevzuat, "Beta" Basım, yayım, dağıtım A.Ş., (Проф. Док. Джевдет Явуз, Турецкое законодательство о культурном праве и право на долг, культурный закон, закон о долгах и другие законодательства, ООО прессы, издательства, распределения «Бета»), İstanbul, 1993, с. 350.

вершить убийство, провоцирование или способствование убийству также являются причиной лишения права наследования. Быть приговоренным на основе судебного решения не является условием для лишения этого права.

По нашему мнению, законодательство не учло некоторые необходимые детали при определении признаков недостойного наследника. Например, по первому признаку, было бы более точным и правильным заменить слова «лицо, которое умышленно препятствовало осуществлению последней воли наследодателя и тем самым способствовало призыванию к наследованию или приращению наследственных долей себя самого или близких к себе лиц» следующими словами: «лицо, которое умышленно препятствовало осуществлению последней воли наследодателя, связанной с наследством или же умышленно препятствовало осуществлению последней воли наследодателя любым способом, и тем самым создало условия призывания к наследованию себя самого или близких к себе лиц (заинтересованных лиц), или же способствовало или создало возможность получения наследственной доли или же ее приращения».

Данная поправка, прежде всего, считается необходимой ввиду того, что в гражданском законодательстве не предусматривается следующий случай: «не может быть наследником ни по закону, ни по завещанию лицо, которое умышленно препятствовало осуществлению последней воли наследодателя и тем самым способствовало призыванию к наследованию или приращению наследственных долей себя самого или близких к себе лиц, либо умышленно совершило преступление или иное аморальное действие против последней воли завещателя, выраженной в завещании (недостойный наследник), если эти обстоятельства подтверждены судом».

Мы считаем, что совершение преступления против наследника или же лица, которое становится наследником при призывании к наследству, на самом деле, приводит к приращению наследственной доли самого лица, что является получением доли незаконным путем. Именно в силу этой причины, представляется также крайне необходимым принимать случай совершения «умышленного преступления против других наследников, которые могут быть в будущем» как признак недостойного наследника. Другой важный нюанс заключается в том, что слова «других наследников, которые могут быть в будущем» подразумевают всех наследников по очереди, предусмотренных ГК. Кроме того, совершение преступления против лица, которое как наследник не смогло получить наследственную

долю (например, наследники второй очереди, когда имеются наследники первой очереди) также создает условия недостойного наследника.

#### IV. Заключение

Данные судебные решения судов первой и апелляционной инстанций, которые мы оспаривали в данном случае, становятся в судебной практике фактором, который может привести к прямому ограничению имущественных, наследственных и других прав лиц, охваченных иском лица, обратившегося в суд по предмету данного обсуждения в будущем.

Тогда как такие права как имущественные, наследственные и другие считаются конституционными правами, они должны рассматриваться как права высшей категории. Принимая во внимание тот факт, что ограничение этих прав происходит только в случаях, предусмотренных законом, оно не может действовать для статьи 1137 ГК независимо от причины совершения действия, не подпадающего под признаки, предусмотренные данной статьей.

Арчил Замбахидзе<sup>1</sup>

## Анализ судебного решения по пункту 6 статьи 3 Закона Грузии о предпринимателях (злоупотребление правовой формой ограничения ответственности партнёром субъекта предпринимательской деятельности)

### I. Вступление

Поскольку судебная тяжба с указанным правовым основанием была первой в судебной практике, рассматриваемое судебное решение поставило под сомнение практическую живучесть той нормы, которая предусмотрена пунктом 3.6 закона и которая, можно утверждать, является единственной гарантией для кредитора, удовлетворить свои требования по отношению к такому субъекту предпринимательской деятельности с ограниченной ответственностью, который злоупотребил этой формой ответственности.

В главе анализа данной статьи будет подчеркнута главная проблема: было ли решение суда проявлением незнания правовой сути и значения упомянутой нормы, или суд намеренно уклонился от использования этой нормы в практике?

### II. Краткий обзор существа дела и решения суда

#### 1. Существо дела

Приняв право требования в отношении ООО «Б.Т» (в дальнейшем – «Б.Т») от АО «Ц» (в дальнейшем – «Ц»), АО «А» обратился с иском в Тбилисский городской суд, требуя возложения на АО «Б» (в дальнейшем – «Б»), как на партнёра, владеющего 100% долей «Б.Т.», обязательства погашения долга на основании пункта 3.6 Закона о предпринимателях.<sup>2</sup>

6 ноября 2008 года между «Ц» и «Б.Т» был заключен договор №4 о гостиничном обслуживании, на основании которого решением коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 22 декабря 2009 года «Б.Т» обязали в пользу «Ц» к выплате долга в размере 648 968 лари, неустойки – 126 265 лари, всего – 775 233 лари и начиная с 16

июля 2009 года до полного погашения долга, к ежедневной выплате 648,95 лари.

В свою очередь, коллегия Мцхетского районного суда определением о прекращении дела от 5 июля 2011 года утвердила мировое соглашение, согласно которому «Ц» уступило «А» право требования к должнику «Б.Т». Разумеется, право требования было направлено на «Б.Т» и, на первый взгляд, после цессии, объектом требования должен быть «Б.Т», хотя вследствие снятия корпоративного покрова согласно пункту 3.6 Закона о предпринимателях, место ответчика занял именно «Б» как единственный партнёр «Б.Т», а сам «Б.Т» был приобщен к делу в качестве третьего лица. Именно этой спецификой характеризуется институт снятия корпоративного покрова, когда объектом гражданской ответственности вместо предпринимателя выступает сам партнёр.

#### 2. Краткое обозрение решения

Прежде чем приступить к главе анализа решения Тбилисского городского суда, представим краткий вариант самого решения, дабы упростить для читателя понимание его содержания.

а. В вступительной части решения, как уже отмечалось, кроме истца и ответчика был упомянут «Б.Т» как третье лицо.<sup>3</sup>

б. Описательная часть решения начинается с формулировки 3-пунктного искового требования, которое выглядит следующим образом:

1. Возложить на АО «Б» в пользу АО «А» обязательство выплаты суммы 775 233 лари (суммы, определённой первым пунктом исполнительного листа, выданного 11 июня 2010 года Тбилисским городским судом).
2. Обязать АО «Б» выплатить АО «А» неустойку, начисленную с 16 июля 2009 года до 11 августа 2011 года, ежедневно 648,951 лари, всего – 491 225 лари, из-за просрочки выполнения денежного обязательства.
3. Обязать АО «Б» выплатить в пользу АО «А» с 11 августа 2011 года за каждый просроченный день 648.95 лари до исполнения решения.

б.а. Вовтором пункте описательной части решения описывается позиция ответчика, где «Б» не признаёт ни одного искового требования.

б.б. Что касается третьего пункта, в нем речь идет о фактических обстоятельствах, которые, как известно, делятся в свою очередь на две части – спорные и бесспорные фактические обстоятельства. Суд, в первую очередь, на основе соответствующих доказательств (таких, как договор №4 о гостинич-

<sup>1</sup> Адвокат, специализация – гражданское право.

<sup>2</sup> Коллегия по гражданским делам Тбилисского городского суда, дело № 2/9095-11, 21.05.2012.

<sup>3</sup> Гражданский процессуальный кодекс Грузии, статьи 88-92.

ном обслуживании, решение Тбилисского городского суда, определение Мцхетского районного суда и исполнительный лист, выписка из реестра коммерческих и некоммерческих юридических лиц) подчеркнул бесспорные фактические обстоятельства, в частности, судом были выделены следующие основные критерии:

- 06 ноября 2008 года между «Б.Т» и «Ц» был подписан договор №4 о гостиничном обслуживании и на его основе суд обязал «Б.Т» выплатить долг в пользу «Ц».

- согласно определению коллегии по гражданским делам Мцхетского районного суда о прекращении ведения дела от 5 июля 2011 года, было утверждено мировое соглашение, согласно которому «Ц» уступило «А» право требования к «Б.Т».

- Владелец 100% доли «Б.Т» является партнёр-учредитель, ответчик «Б».

Суд признал спорными следующие фактические обстоятельства:

- Ответчик АО «Б» не вмешивался противозаконно в дела ООО «Б.Т».

- В материалах не представлено какого-либо решения, принятого АО «Б», владельцем 100% доли АО «Б.Т.», которое выражало бы в отношении им же учреждённой организации такого рода действие, которое наносило бы ущерб кредиторам учреждённого предприятия, либо создавало бы опасность деятельности самого предприятия с ограниченной ответственностью.

Суд истребовал доказательства, которые не подтвердили присвоение акционерным обществом доходов учреждённого им же самим предприятия, а также накопления обязательств во вред интересам ООО «Б.Т».

б.г. По итоговому решению суда, иск был необоснован и не подлежал удовлетворению, чему была дана следующая правовая оценка:

г. Из мотивировочной части решения (основные аспекты):

- в материалах дела не содержится доказательств того, что «Б.Т» не осуществляло своих полномочий, и в его деятельность вмешивался ответчик «Б». Бремя доказывания истца требовало добыть доказательство того, что подтвердило бы недобросовестное воздействие, оказанное ответчиком на «Б.Т» и направленное на нарушение прав кредиторов;

- У «Б» и «Б.Т» были разные юридические адреса
- Представительскими полномочиями «Б» и «Б.Т» были наделены разные лица

- «Б» и «Б.Т» имели различные организационно-правовые формы

- Из материалов дела, конкретно из переписки

между «Ц» и «Б.Т», очевидно недовольство в связи с нарушением контрактных условий с обеих сторон. Суд счёл, что в случае мгновенного реагирования со стороны «Ц» было возможно в кратчайшие сроки предъявить требование к «Б.Т» в целях незамедлительного использования средств обеспечения требования

- Согласно дефиниции пункта 3.6 закона Грузии о предпринимателях, для возложения ответственности необходимо злостное использование ограниченной ответственности учредителем. Суд не может разделить указаний истца касательно того, что определённые частные лица являются учредителями как АО «Б», так и ООО «Б.Т». Так как «Б» является учредительным партнёром, владеющим 100% долей «Б.Т», суд должен рассуждать именно о противозаконном действии акционерного общества, которое сделало возможным под покровом ограничения ответственности нанести вред кредиторам ООО «Б.Т».

### III. Теоретико-правовой и практически-правовой анализ решения суда

«Ограниченный партнер коммандитного товарищества, партнеры общества с ограниченной ответственностью, акционерного общества и кооператива несут личную ответственность перед кредиторами общества в случае, если они злоупотребят правовыми формами ограниченной ответственности» - гласит пункт 6 статьи 3 закона о предпринимателях Грузии. Эту главу настоящей работы начнём с анализа непосредственно этой нормы.

При внимательном рассмотрении, в вышеуказанной норме акцент сделан на предпринимателей с ограниченной формой ответственности. В целом, закон о предпринимателях, исходя из принципа *numerosus clausus*, различает 5 юридических лиц (а не предпринимателей - в таком случае к перечню был бы добавлен индивидуальный предприниматель), среди которых 4 подчиняются форме ограниченной ответственности. Как известно, первая часть статьи 24 Гражданского кодекса Грузии определяет понятие юридического лица и гласит, что юридическое лицо является организованным образованием, созданным для достижения определённой цели и имеющим собственное имущество, которым оно несет ответственность, оно приобретает от своего имени права и обязанности, заключает сделки и может выступать в суде в качестве истца и ответчика. Юридическое лицо характеризуется несколькими типами правоспособности, в частности, способностью заключить сделки (т.е. заключает сделки от своего имени), пра-

воспособностью (имеет право осуществлять гражданско-правовые действия), дееспособностью (эту способность юридическое лицо приобретает после регистрации, предусмотренной законом, что соответственно подразумевает способность реализацию гражданско-правовых действий), процессуальной способностью (способностью выступать в суде как в качестве истца, так и ответчика) и способностью нести ответственность в рамках своего имущества. Настоящий труд коснется особенностей последней способности.

Как известно, физическое лицо (если законом или договором не предусмотрено иное) в гражданско-правовом отношении характеризуется полной ответственностью, т.е. оно отвечает перед кредитором всем своим имуществом, непосредственно и прямо. Юридическое лицо, которое для самостоятельного участия в гражданско-правовых отношениях учреждается физическими лицами в коммерческих или некоммерческих целях и выходит на соответствующий рынок, оно отвечает перед кредиторами всем своим имуществом, хотя не следует забывать об одном обстоятельстве, в частности о том, что за любым юридическим лицом, как правило, стоит физическое лицо, или определённый круг лиц, которые непосредственно управляют деятельностью организации. Круг таких лиц можно разделить на две категории: директора организации и партнёры организации, хотя, нужно отметить, что эти две категории можно свободно объединить в одном лице. У несведущего в юридических вопросах читателя, исходя из взаимоотношений пунктов 4 и 6 статьи 3 закона о предпринимателях, может логично возникнуть вопрос о разделении ответственности между юридическим лицом и его партнёрами. Дело в том, что согласно пункту 4 статьи 3 партнёры общества с ограниченной ответственностью, не отвечают за обязательства общества, но тут возникает вопрос: что же тогда должен предпринять кредитор, который не удовлетворён в своих требованиях от должника, злоупотребившего этой формой ограничения ответственности?

Как известно, все нормативные акты имеют своего адресата, в отношении которого законодатель не только устанавливает правила поведения и регуляции, но и утверждает определённые права. Исходя из того, что в гражданско-правовых отношениях часто встречаются спорные отношения между кредиторами и должниками и учитывая демократичный характер законодательства, все стороны должны быть защищены интересы как одной, так и другой стороны. В отношениях с предпринимателями с ограниченной ответственностью, риск их ухода от

ответственности велик и, как известно, исковое производство абсолютно лишено смысла, если должник апеллирует на отсутствие имущества на собственном счету. Перед этим бессилён и сам исполнительный лист, так как согласно Гражданскому кодексу, юридическое лицо за свои обязательства отвечает только в рамках своего имущества и от этого никуда не уйти. Тогда каковы гарантии у кредитора, в отношении которого имело место злоупотребление ограниченной ответственностью? Именно этой гарантии служит предписанная законодателем норма пункта 3.6 закона о предпринимателях, следуя которой место ответственного субъекта занимает не юридическое лицо, а его партнёр. Эта трансформация имеет огромное юридическое значение, когда посредством специальной нормы происходит проникновение в общую норму Гражданского кодекса.

Рассматриваемое решение поставило под вопрос единственную гарантийную норму. Далее будет проанализирована именно мотивировочная часть судебного решения, в котором допущены грубейшие ошибки.

«В материалах дела не содержится доказательств того, что «Б.Т» не осуществляло свои полномочия и в его деятельность вмешивался «Б». Бремя доказывания истца заключалось в сборе доказательств, что подтвердило бы недобросовестное воздействие ответчика на «Б.Т», которое было бы направлено на нарушение прав кредиторов» - гласит суд. Суд должен был рассмотреть те аспекты, анализ которых позволил бы суду установить, имело ли место снятие корпоративного покрова. Существует ряд предпосылок, необходимых для наступления такого противоправного результата, исходя из этого, абсолютно непонятно, почему суд рассмотрел вопрос о невыполнении своих полномочий со стороны «Б.Т» и вмешательстве со стороны «Б», поскольку это никак не связано с вопросом снятия корпоративного покрова. Если решение проблемы «Б.Т», связанной с его деятельностью, материнское предприятие взяло на себя, это не должно вызвать каких-либо сомнений, поскольку являлось бы абсолютно естественным процессом со стороны предприятия в плане экономической взаимопомощи, поэтому совершенно непонятно, почему суд искал указанные доказательства и более того, почему суд положил в основу решения факт отсутствия этих доказательств. Второе, на чём суд заострил внимание, заключается в том, что якобы не установлено существование недобросовестного воздействия на «Б.Т» со стороны «Б», тогда как истец начал судопроизводство с прямого указания на то, что имела место «подкапитализация», в режиме которой «Б.Т» на основе заключённых договоров на собственных счетах собирал пассивы, на фоне

чего полное перечисление активов осуществлялось на счета материнской компании. Суд пояснил, что на счета происходило оседание как активов, так и пассивов, что подтвердила сторона истца, хотя суд оставил без внимания следующий этап, в частности, последующий моментальный трансфер активов на счета материнского предприятия.

Интересен также тот факт, что «Б» и «Б.Т», несмотря на то, что они являлись носителями различных организационно-правовых форм и различные лица были наделены представительскими полномочиями, для потребителя на коммерческом рынке они представляли одно и то же юридическое лицо, так как они осуществляли деятельность под единым-брендированным именем и для контрагента было неизвестно, заключал ли он договор с «Б» или с его дочерней компанией «Б.Т». Вместо того, чтобы усомниться в т.н. замаскированном и заранее хорошо организованном действии и детально изучить это, суд сделал простое разъяснение и провозгласил, что определение того, с кем заключается договор, является прерогативой самой стороны.

Суд ни в коем случае не должен был оставлять без внимания тот факт, что у «Б.Т» как твёрдого бизнес-субъекта на туристическом рынке не имелось никакого резервного капитала на тот случай, если бы встал вопрос об ответственности перед кредиторами. Непонятно, почему у суда не возник вопрос: почему, когда все активы, которые «Б.Т» получал из договоров, втекали на его счета, его гражданско-правовая ответственность была так принижена, что требования большинства его кредиторов оставались без удовлетворения, несмотря на использование всех правовых действий и гарантий с их стороны? Можно ли в этом винить законодателя, дающего неполные гарантии в таких случаях?

„Piercing the corporate veil or lifting the corporate veil is a legal decision to treat the rights or duties of a corporation as the rights or liabilities of its shareholders“.<sup>4</sup> В таких случаях, по мнению И. Бурдули, можно выделить такую функцию капитала, как «функция фондовой ответственности»<sup>5</sup>, что с точки зрения надёжности предпринимательских отношений, явилось бы довольно твёрдой гарантией для кредиторов для удовлетворения своих требований от должника, имея информацию о его имущественном положении. Для тяжб подобного рода в США доктрина снятия корпоративного покрова предоставляет су-

дье значительную дискрецию, давая ему возможность осуществить правосудие и принять индивидуальное решение, которое находилось бы в полном соответствии с объективным рассмотрением конкретного дела, чего в нашем случае,<sup>6</sup> суду явно не доставало.

В высшей степени значителен тот факт, что при толковании нормы суд допустил грубейшую ошибку в мотивировочной части, по его словам, согласно пункту 3.6 закона о предпринимателях, объектом снятия корпоративного покрова является учредительный партнёр предприятия. Это абсолютно неосознанное толкование указанной нормы, так как в пункте 3.6 закона речь идёт о вопросе ответственности партнёров предприятия, и в ней ничего не говорится конкретно о его учредителях, ничего не сказано об этом и в доктрине, напротив, по словам проф. Бурдули, «в этом случае (речь идёт о снятии корпоративного покрова) дело касается ситуации, когда общество и его партнёр(а не учредитель) в реальной ситуации представляют тождественную экономическую единицу».<sup>7</sup> Поэтому для нас совершенно непонятно толкование нормы судом.

И наконец, высказанное судьей мнение, которое окончательно заставило усомниться в его независимости: «суд не может разделить указания истца о том, что учредителем «Б» и «Б.Т» является одно и то же физическое лицо, так как учредителем «Б.Т» является «Б». Реально, учредителем «Б.Т» действительно является «Б», а не какое-то физическое лицо, но тогда, когда тяжба ведётся в аспекте снятия корпоративного покрова и суд не учитывает того факта, что как материнское, так и дочернее предприятие учреждено одними и теми же физическими лицами, это однозначно рождает большой вопрос. Однако, непонятно, к чему следует относить этот вопрос – к компетенции суда или к демократичности и жизнеспособности самой спорной нормы?

В заключении нужно отметить, что установленная законодателем в пункте 3.6 Закона о предпринимателях норма абсолютно демократична, она соответствует позиции как грузинской, так и иностранной юридической доктрины, хотя дополнение вышеуказанной «функции фондовой ответственности» в законодательную базу было бы большим шагом вперёд с точки зрения демократизации законодательства.

О том же, каковы были мотивы суда, когда он явно мешал внедрению нормы в практику, пусть определит читатель.

<sup>4</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Piercing\\_the\\_corporate\\_veil](http://en.wikipedia.org/wiki/Piercing_the_corporate_veil) (статья: „Veil-Piercing“ (снятие корпоративного покрова), первый абзац).

<sup>5</sup> Бурдули Иракли (Соавтор), «Теоретические и Практические Вопросы Современного Корпоративного Права», с. 234, издательство «Меридиани», Тбилиси, 2009.

<sup>6</sup> F. Hodge O'neil and R. Thomson, Close Corporations, 3. Edition, 1997, p. 49.

<sup>7</sup> Бурдули Иракли (Соавтор), «Теоретические и Практические Вопросы Современного Корпоративного Права», с. 234, издательство «Меридиани», Тбилиси, 2009.

Azade Jabbarzade<sup>1</sup>

## Understanding of the Democratic State and Legislation

### I. Introduction

*In the contemporary world, a great many nations declare themselves as democratic states and shape their legislative systems on the basis of democratic principles. Democratic rule is management by the people and for the people. The legislation of each nation that considers itself a democracy should be compatible with such a management system. Democratic legislation means a legislation that attaches importance to fundamental human rights and freedoms, ensures the judicial protection of these rights, creates necessary conditions for the freedom of expression and pluralism, and makes the authorities legitimate.*

*The present article describes the notion of democracy and relevant principal theories, the process of democratic legislation, independent judicial institutions and sheds light on the main norms to be reflected in democratic legislation.*

### II. On Democracy

#### 1. Democracy and Relevant Theories

The notion of ‘democracy’ means ‘the power of people’ as translated from the Greek language. It is not possible to assign a single definition to the term democracy that would encompass all periods. Modern nations have shaped this notion as a result of centuries long traditions, thoughts and public discussions.

The term of democracy in the ancient Greece meant the formation of a people’s gathering consisting of a few land owners and asset holders. This gathering used to adopt or repeal laws, send envoys to foreign countries and take decisions on war and peace. Such democracy had had many shortcomings because women, slaves, poor and aliens had no rights to vote and express themselves. According to Plato, democracy means the domination of mind by temptation. Aristotle wrote that democracy is the source of discontent that leads to the poor to take over power.

Ideas penned by Thomas Hobbs, John Locke, Montesquieu and Jean-Jacques Rousseau, the philosophers that formed the origins of the contemporary notion of democracy, are also interesting.

The British philosopher Thomas Hobbs is known for his work Leviathan. The wolf represents a state. A person differs from others by his intellect and ability to judge. Hobbs explains three reasons for struggle between people: the feeling of competition; uncertainty; and the aspiration to dominate all people. There is a need for an unstoppable authoritarian existence to ensure justice between people; and, this might is in the state, e.g., Leviathan. According to Hobbs, power should neither be generated from the laws nor be linked to it.

The Two Treatises written by John Locke entail particular importance. Locke says that a person is created to live alone. His life in the society is something compulsory and necessary. A person living within the society looks naturally free and equal in rights. Freedom exists in itself, and it should be used in the most useful manner. The idea deemed as a natural law makes it important to respect property and life of all people to make them free and equal. According to Locke, it is also important to have an authority that would apply punishment against people in case of necessity. Otherwise, a struggle will commence between the culpable and the punishing sides. Therefore, the punishing function is to be exercised by the society. The delegation of this right to the society means the formation of a political society. A political power has no other function but to ensure peaceful existence and the security of the people. Locke writes that political power concentrates three powers in itself: legislative, executive and confederative powers. If the legislative power is in the hands of the society, this means democracy; if it is possessed by a minority, it is called as oligarchy; and, if power is concentrated in one person’s hands only, it is monarchy. According to Locke, the function of legislative power is to elaborate laws that would be comprehensible for each person. Those who benefit from the legislative power cannot delegate this competence to other people. The confederative power envisages the competences to adopt decisions of war and peace, and receive ambassadors of foreign countries and appoint their own diplomats to other countries. Defending the property right, Locke thinks that it has no limits. Writings of Locke were known as the holy books of the XVIII century, inspiring revolutions in US, England and France.

Born in a noble family, Montesquieu is one of the pioneers of sociology. His most important writing is *The Spirit of Laws*, which had been completed in the 18th century. According to Montesquieu, the particular feature of a person that distinguishes him/her from other living beings is intellect. Anyone that has intellect can override all the rules of god and replace it by his/her own

<sup>1</sup> Baku State University, Baku, Azerbaijan.

rules – in a word, he/she wishes to manage himself/herself. However, he/she is unaware about this opportunity. God shows a right way via religion while philosophers demonstrate the moral way and the legislator indicates the laws to be respected. According to Montesquieu, there are three forms of government, viz., republic, monarchy and despotism. Montesquieu describes freedom as not doing the things forbidden by laws and doing things that are allowed. While using the expression ‘each state has legislative, executive and judicial powers,’ he laid down the foundations of the principle of division of powers. Legislative power adopts, repeals or changes laws. Executive power takes decisions of war and peace, receives ambassadors of foreign countries and appoints diplomats to foreign countries, and ensures internal and external security. Judicial power deals with litigations and punishes criminals. According to Montesquieu, executive power should be exercised by the king. If there is no King, executive and judicial powers are delegated to a few people, and this is dangerous for freedoms. Montesquieu had the belief in the superiority of his estate, and therefore, opposed the parliamentary system.

Jean-Jacques Rousseau’s three principal writings are *The Confessions*, *Emile or On Education* and *Social Contract*. In particular, his last writing was the source of inspiration for the Declaration of Human Rights. According to Rousseau, power means the use of the General Will, which is the collection of personal wills of individuals. The General Will is always superior to the individual wills. The General Will relies upon the equality principle between individuals in an obligatory way. Rousseau thinks that the administration should be performed by the people. People cannot delegate the power to administrate.

In his speech delivered at the Gettysburg Soldiers’ National Cemetery, in the middle of the Civil War to preserve the United States of America, Abraham Lincoln had given the best possible definition of democracy in the history of America at the beginning of his fervent appeal: “government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth...” Thus, Lincoln had very clearly underlined the basis of a democratic state that can be useful for all people aspiring to build a democratic society.

## 2. Democratic State Governed by the Rule of Law

The majority of contemporary world nations have declared themselves as states governed by law. It is a necessity for a state governed by the rule of law to adopt democratic governance. The main principle applied to a state governed by the rule of Law is the guarantee of hu-

man rights and freedoms. Respect for human rights and its reflection in the laws within the historical development are related to the formation of the notion of the liberal State. The principal difference that separates the liberal state from the state governed by the rule of law is not a simple recognition of fundamental human rights, but also a guarantee to implement those rights in practice.

In public law, the principle of the state governed by the rule of law is perceived as a tool to ensure the freedoms of the people governed. For this purpose, democratic governance is a necessary condition for the realization of a state governed by the rule of law. The history of politics and public law shows that once those being governed do not participate in public administration, liberal government becomes impossible. The direct or indirect participation of people in the decision making process, e.g., the democratization of authorities, is an important factor to ensure freedoms.

While speaking about democracy, it is necessary to give a definition of this concept though it does not have a clear and precise definition.<sup>2</sup> According to one definition, the contemporary political democracy is a form of governance of the governed (the citizens) where the representatives elected by citizens indirectly participate in public affairs via competition and co-operation.<sup>3</sup> Many opinions and suggestions have been expressed about the definition of democracy. Independent of the method of definition, democracy has only goal, which is to ensure freedom. As the concept of democracy evolves, so does the definition of democracy. Though this form of governance is not ensured directly by the people, it should meet the requirement “for the people”. Normally, people may not exercise power and influence the decision making process directly. However, when they attempt to do so and face obstacles, it is in vain to talk about democracy. The regimes that can realize this opportunity should guarantee freedoms either by laws or traditions or regulatory mechanisms. On the other hand, the freedom to be ensured is not the freedom of majority but the freedom of the maximum number of individuals. It means the compatibility to be obtained voluntarily between all the strata of the political society. Defending the rights of minorities, the European Court of Human Rights thinks it as an integral part of democracy when the majority population in a country demonstrates tolerance towards minorities and their concerns.<sup>4</sup> When considering

<sup>2</sup> Machperson, C.B. (1984) *The Real World of Democracy* (Eser, D., Erkan, A. and Kilichbay, M.A., Translators.). Ankara: Individual and Social Publications.

<sup>3</sup> Lynn, K.T. and Philippe, S.C. (1995) *What Democracy Is... and Is Not? Global Rise of Democracy* (Larry, D. and Planter Marc, F., Eds., Gonench, L., Translator. ). Ankara: Yetkin Publications.

<sup>4</sup> See: ECHR, ApplicationNo: 23885/94, *ÖZDEP v. TURKEY*, 8 DECEMBER 1999

minorities, the European Court envisages both ethnic and political minorities.

As far as democratic traditions are concerned, we should note that the laws adopted in a society that does not have democratic traditions, will be ineffective. The implementation of laws depends on the confidence of the majority or the influencing part of population. The regulatory mechanism should not be concentrated on governing people only, but should also cover the control over the governing majority.<sup>5</sup> It does not mean a simple compatibility of administrative and legal acts with laws, but also the important constitutional control over the laws passed by “the majority”.

It is important to note that the concept of democracy emerged before the concept of a state governed by the rule of law. A state governed by the rule of law is the completed stage of the development of democratic regimes. At the same time, democracy is an important component of a state governed by the rule of law. It is also true that institutions such as democracy or rule of law are not the goals in themselves, but the means to form liberal governments.<sup>6</sup>

It is also possible to view the notion of democracy from other perspective, i.e., democracy in governance. In this case, it is important to distinguish democratic government from democracy in governance.<sup>7</sup> While democratic government means the election of members to the legislative and executive branches of power through elections, democracy in governance reflects the observation of democratic principles by the executive and legislative branches and in the activities of governing bodies in general. Currently, democracy in governance is considered important to establish genuine democracy. According to some political scientists called as the new elite in political science, it is perceived that democratic systems ensure people’s will on their behalf by a minority and not actual “government of the people” as noted by Lincoln.<sup>8</sup> This is true when it is a precondition to ensure opportunities for people to participate in politics in order to establish true democracy.

The principle of division of powers is considered as an important principle in democratic states. The power of the state has three branches: legislature, executive and judiciary. The legislative power is administrated by the legislature, such as a parliament or congress, composed of representatives elected by the people. The executive pow-

er is realized by the president or Prime Minister while the judicial power is exercised by courts. The three branches of power do not depend on each other, and run their activities in a coordinated fashion. Therefore, it is impossible to imagine a democratic state without the principle of division of powers as described by Montesquieu.

### 3. Independent Judiciary

Democratic legislation should reflect the independence of courts. The institution of an independent judiciary should exist in each democratic state, and judges should be subordinated to the law only. If a court is able to pronounce judgments impartially and without fear, then, it can function independently, avoiding any influence from other branches of power.

Democracies need an institution that would control the state power, and this function should be fulfilled by the judicial power within the framework of law. It is necessary to separate state power in order to be able to control it. The power should have three separate branches: the executive power, the legislative power and the judicial power. The legislature cannot adopt any law without the consent of the executive; the executive cannot pursue any policy without the agreement of the legislature, and both of them should take into consideration the judicial control over their activities. The court is vested with the competence to judge the actions of these institutions in line with each of their competencies envisaged in the constitution. The court is the last instance to interpret the constitution. The constitution is the supreme law that declares what people expect from the state and limits the competences of the latter. If ‘the political branches’ of state power, e.g., the president and the parliament, attempt to ignore these instructions, then citizens can take necessary steps to request the judiciary to judge their activities, while the latter, in its turn, can nullify the laws that are incompatible with the constitution.

As noted by one of the authors of the US Constitution, considered as one of the most perfect constitutions, the court will dispose ‘neither treasury, nor sword’. It will have neither army, nor police to enforce its decisions. It cannot influence the budget of other branches of power. Therefore, the only function it can perform is to keep itself very independent from politics and demonstrate that it upholds only the rights of people.

The best way to ensure respect of the government for law is to have judicial review. This review is the only and most effective way to ensure the lawful behavior of administrative bodies. Its goal is not explained only by the enforceability of judicial decisions. Judicial control is the

<sup>5</sup> Machperson, C.B. (1984) *The Real World of Democracy* (Eser, D., Erkan, A. and Kilichbay, M.A., Translators.). Ankara: Individual and Social Publications.

<sup>6</sup> Mehdiyev, F. (2008) *Right on Administrative Management*, Baku.

<sup>7</sup> Ilhan, O. (2004) *Ruling under the Sun Light*, Istanbul: Filiz Book House

<sup>8</sup> Cihan, K. (1998) ‘Participatory democracy or International Symposium on preparation of Administrative Procedure Act’ *Magazine of Law*: 171

method of supervision that is least influenced by the political reasons because it is based upon laws<sup>9</sup>.

#### 4. Legislative Process

The legislative process in each society that considers itself democratic should serve the people. Historically it is well known that mankind has been making laws for the past few thousand years. However, laws created by different societies, from royal decrees to the decisions adopted by the vote of majority in town hall meetings, differ significantly. Though specific procedures related to the elaboration of laws have been constantly developing throughout the centuries, the consent of people, its reliance on the system of control and balances and the pursuit of a flexible state policy necessary for the resolution of problems of time and space remain as constant requirements in the promulgation of democratic laws.

In a democracy, citizens should directly or indirectly participate in the legislative process. Legislative institutions are responsible to the voters; if the laws they pass do not serve the interest of people, then they will face a defeat in the elections. The core of a democratic legislation does not envisage its mechanism or the manner of its adoption, but the sense of responsibility to citizens and a demand to reflect the expectations and wishes of the people. The fundamental principles that mark democratic law making process are the following: the consent of the governed, involvement of the people at all stages of law making process, transparency through voting, campaigning, and judicial processes or judicial control over laws, the creation of administrative bodies and the activities of executive power coupled with the confidence in the fundamental principles of the state. These fundamental principles include the system of checks and balances between public institutions, the structure of a government and democratic elections.

### III. Description of Democratic Legislation

#### 1. Human Rights in Democratic Legislation

The recognition and observance of human rights in democratic legislations should be reflected in a detailed manner. Principal rights such as 'Protective rights' – the rights and freedoms that protect the governed from the illegal actions of public agencies, 'expectation rights' – the rights of people to expect social welfare from the state, and 'participation rights' – the right of people to participate in

the political process – should be ensured.<sup>10</sup> If a legislation adopted by the state does not protect human rights, then a democratic and civil society cannot be built.

Protective rights are the rights linked closely to an individual. They are also called as natural rights. Such rights do not necessitate to be recognized by a person or a state. When a person is born, he/she sees the light and lives with such rights. These rights are related to the group of personal freedoms and political rights.<sup>11</sup> Such rights defend a citizen against the state and the society, and define the boundaries of the state intervention and the individual space that should remain untouchable. These rights presume the immunity of a person, his/her liberty and security, respect for private life and home, freedom of movement, freedom to choose a place of living, freedom of faith and conscience, freedom of thought and expression, freedom of association, right to property, and right to a fair trial.<sup>12</sup> Laws should ensure the conditions for the state not to violate such rights and not hinder their implementation.

Participation rights ensure the involvement of a person in governance and political life, which can also be called as political rights. Such rights presume civil rights, right to elect and be elected, right to participate in public and civil services, right to create political parties, be a member of a political party and participate in their activities. At the same time, we should also add the right of people to change the government through peaceful means. Participation rights have only one difference from protective rights, i.e., protective rights are not limited only for citizens, but also for each person staying and living in a country while participation/political rights, as a rule, are extended to a country's citizens only.

The situation is slightly different with the rights of expectation. Such rights are called as socio-economic rights, and the active intervention of the state is necessary to ensure these rights. If the laws adopted by the state in relation to the protective and participation rights mentioned above are rather related the issue of protection, then the rights of expectation mainly envisage the field of public services where the state is supposed to run the activities. The rights of expectation comprise, e.g., protection of family, right to education, right to healthcare and right to property. There is a gradual growth observed in the field of rights of expectation. As the state gets stronger and the political and ideological basis change, the change and growth are also reflected in the field of rights of expectation.

<sup>10</sup> Steiner, H. and Alston, P. (2002) *International Human Rights in Context* (2nd Ed.). UK : Oxford University Press.

<sup>11</sup> Ibrahim, K. (1993) *Human Rights*, Istanbul: Afa publications.

<sup>12</sup> Bahtiyar, A. and Murat, S. (2001) *Lessons of Management law*, Konya: Goksu Publishing House.

<sup>9</sup> Mehdiyev, F. (2008) *Right on Administrative Management*, Baku.

## 2. Limits of Rights and Freedoms in Democratic Legislation

While speaking about human rights and freedoms in a democracy, an important issue is to define the limits indicated by the state in relation to the limitation of civil rights and freedoms. The existence of freedoms and its meaning as a value for persons are possible with the definition of its limits, demonstrating the forms of use, and drawing and adjusting its framework.<sup>13</sup> If everyone does whatever he or she wishes, it creates anarchy and chaos. In such case, it sometimes becomes necessary to limit these freedoms even in the states that have the widest notion of freedom to ensure the existence and persistence of the state and the society. The regulation of rights and freedoms and shaping it into one framework are necessary to ensure public order and law. In public law, as a rule, there are no unlimited rights and freedoms.<sup>14</sup> The compulsory limits of individual civil rights and freedoms are the rights of other persons and public order. Due to this reason, the limitation of fundamental freedoms in some necessary cases is considered as normal in the public life.

Though the integrity of human rights and freedoms is seen as an important requirement, there are also exceptions. The limitation of rights and freedoms is possible on certain conditions. The public order can get worse, e.g., in case of wars, natural calamities, epidemics and other reasons, which limit rights and freedoms naturally. For instance, there can be outbreaks of epidemics that can deprive people of the important right to live. As a preventive measure, quarantines can be enforced to limit the right to movement in order to protect the right of citizens to live. The limitation of a right can have one goal, more important than the right being restricted, which is the protection of a fundamental right. The right to property can also be limited for the protection of the right to live, but this cannot be reversed. While limiting rights, the principles of compatibility, necessity and proportionality of limitations should be respected. On the other hand, limitations should be purposeful and temporary. As the need disappears, limitations should also be lifted.

It is necessary to define reasons, degree and ways of placing limitations on human rights. In this regard, though constitutional regulation differs in various countries, there are universally accepted principles about the issue, which are indicated particularly in international documents on human rights.

The European Convention for Human Rights (henceforth the Convention) envisages the largest number of

criteria with regards to reasons for limiting human rights, some of which are as follows: public order interests (Articles 6.1, 8.2, 10.2, 11.2); public rules (Article 6.1); national security interests (Articles 6.1, 8.2, 10.2, 11.2); territorial integrity interests (Article 10.2); health protection (Articles 8.2, 9.2, 10.2, 11.2); protection of moral values (Articles 8.2, 9.2, 10.2, 11.2); protection of private life (Article 6.1); interests of children and youth (Article 6.1); interest of fair trial (Article 6.1); economic interests of a country (Article 8.2); protection of rights of other persons (Articles 8.2, 9.2, 10.2, 11.2); protection of reputation of other persons (Article 10.2); prevention of crimes and riots ((Articles 8.2, 10.2, 11.2);) prevention of the diffusion of national secrets and confidential information (Article 10.2), etc.

The Convention leaves the method of limitation to the national regulatory framework. However, the main criterion to be used from the point of view of the extent of limitation "should be necessary for the democratic society" (Articles 6.1, 8.2, 9.2, 10.2, 11.2).<sup>15</sup>

Classical democracies offer the widest fundamental rights and freedoms. Limitations which alter inalienable fundamental rights and freedoms of people and stifle such rights completely cannot be regarded as compatible with the needs of a democratic society. Besides being liberal, such regimes should act as states governed by the rule of law and keep the individual in forefront. Rights can only be limited in compulsory and necessary formats to preserve the democratic society. Whatever be the purpose, in democratic states governed by the rule of law, limitation of rights should not be done with ways and rules which are not specific to these regimes and should not attain a level when the exercise of any right would be banned completely.

According to Robert Dahl, democracy is possible in a state that has at least minimal standards of the following principles:

1. Freedom of Expression;
2. Freedom of association and participation in such association;
3. Right to vote;
4. Right to be appointed and elected to official positions;
5. Opportunity to compete to gain the votes of those who elect political leaders;
6. Existence of various information sources;
7. Free and fair elections; and
8. Existence of necessary institutions to enable the government to pursue its policy by relying upon votes and public opinion.

<sup>13</sup> Ibrahim, K. (1993) *Human Rights*, Istanbul: Afa publications.

<sup>14</sup> Bahtiyar, A. and Murat, S. (2001) *Lessons of Management law*, Konya: Goksu Publishing House.

<sup>15</sup> Semih, G.M. (1996) *Human Rights in Fundamental Areas*, Ankara: Kavram Publications.

Indirectly, democratic legislation should reflect the minimum set of criteria indicated above.

Democratic legislation is a legal framework that assigns importance to human rights and freedoms. Natural rights, political rights, socio-economic rights, and new type of rights emerging due to scientific and technical progress should be reflected in democratic legislations. At the same time, the enforcement mechanism of these rights and the means of legal defense that can be used in case of violations of such rights should also be specified.

### 3. Right to Obtain Information or Freedom to Gain Knowledge

One of the rights that constitute the pillar of a democratic society and should be reflected in any democratic legislation is the right to obtain information. Knowledge is light and the lack of knowledge is darkness. Freedom to obtain information is a fundamental human right and the yardstick of other rights. If people do not have real access to knowledge, then other rights and freedoms will not be effective.

Right to know is very significant in building an open, democratic and fair society, reducing poverty and preventing corruption. Freedom of knowledge is the most effective way to ensure the transparency of government.

The road leading from a closed and unreliable power to an open and reliable one lies across easy access to the data held by that power. Regimes that are secretive and not transparent in their functions have always been ineffective. The timely identification and resolution of a society's problems necessitate the free circulation of data. A culture of secretive governance increases doubts and strengthens rumors. A society with such a culture treats all matters, including public awareness campaigns, with suspicion. In such a place, citizens can easily be influenced by unofficial sources of information and do not trust the government and its plans.<sup>16</sup>

Public administration should be transparent in a democratic society. If data about public work done by institutions is provided to everyone, then citizens can watch the activities of public agencies and high ranking officials by obtaining correct and timely information about those who govern the society.

Freedom of knowledge is important for transparent, responsible and effective power. For people, being able to get thorough and correct information about the activities of public agencies and officials is the strongest tool to set the course of governance in the right direction. Transparency is a very viable tool to increase the effectiveness of the functioning of all public institutions, reduce the risk of corruption and ensure that people are served. The avail-

ability of public data increases the trust of people in public agencies and organizations.

Democracy and progress are not possible without the freedom of knowledge. Freedom of knowledge is a ray of sun that shines over the institutions that fulfill public works and can influence the life of a society by making the functioning of these institutions public.

Human rights cannot be realized without access to the data of public importance. Anyone who wishes to enjoy the realization of his/her rights should be fully informed about the competencies of state authorities and officials, and the procedures of appeal and review.

Freedom of knowledge is a vital element of free media. Let us imagine an environment where journalists can write what they want, but do not have access to important public information. If information is not accessible, a journalist deals rather with the circulation of rumors than facts. Though the presentation of opinions and ideas is necessary for a democratic society, it is not sufficient for the sustainability and development of the society. There cannot be democracy without "an informed citizen".

An integral part of the right to knowledge of a society is composed of an independent press, e.g., newspapers, radio and TV networks that can disseminate information concerning the activities of government, without fear of prosecution. The British public law has been considering any criticism voiced against the monarch as a crime of rebellious libel. The US has gradually distanced itself from this definition and elaborated a theory of media that can better serve the ideals of democracy. Due to their daily work obligations, citizens can miss the opportunity to listen in person to the discussions in the parliament or watch court litigations or investigate how well governmental programs are implemented. Therefore, instead of citizens, this role is played by media which provides the knowledge through printed and electronic means to people. People in a democratic society rely on free media and they believe in media which can identify corruption, lack of fairness, and ineffective and unhelpful activities of the government. No state can act with impunity where there is a free media, while closing down the media is the primary element of any dictatorship.

The principles of open society require that the entire society and individuals would be sufficiently informed about the activities of institutions that govern them and influence their daily life, be able to criticize the plans and working of these institutions, and influence them in case of necessity. An open society can be possible only when there are high democratic values. Open societies can rapidly mobilize and adapt against any external dangers and needs. Such societies can ensure sustainable and consis-

<sup>16</sup> Hajily, R. and Mammadli, A. (2006) *Explorer of Sun Light*, Baku.

tent development. At the same time, closed societies where pluralism is not allowed and development potential is deprived due to the dogmatic and authoritarian elements are full of suffering.

#### 4. Freedom of Expression

Freedom of expression is one of the freedoms recognized by the democratic state for its citizens. Freedom of expression and its reflection in legislation has a tremendous importance for the democratic society. Freedom of expression represents one of the important pillars of the society, ensures its progress, and forms one of the primary conditions for the development of the individual.

The role of disseminating information about political issues in the interest of society is the responsibility assumed by the media. Due to the fact that media plays an irreplaceable role in the democratic society, freedom of media related to public issues should be considered as a significant defense of other freedoms. Freedom of media represents one of the best tools to form and elaborate opinions about ideas and views of political leaders. Freedom of expression has an important place in the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms. Freedom of political debates stands in the center of the idea of democratic society, which represents the backbone of the Convention. Accordingly, permissible level of criticism against a politician in comparison with ordinary persons is higher. Different from private persons, politicians keep their statements and actions knowingly and inevitably open to the scrutiny of journalists and the wider public. Due to this reason, they should demonstrate more tolerance to such public scrutiny.

The importance of freedom of expression and freedom of media, which stems from the former, is explained by the fact that the activity or inactivity of any government should be under serious control of not only the legislative and judicial branches of power, but also the media as the fourth branch of power and public opinion. The principal position occupied by the government makes it necessary for public authorities to demonstrate restraint and explore other means instead of resorting to limiting individual actions, and particularly those of media that oppose the government, in cases of what they believe as groundless accusations and criticism. Pluralism is one of the main indicators of a democratic society which allows many different opinions, and the existence of freedom of expression is the precondition to ensure it. In a democratic society, there should be norms that strongly defend the possibility to express opinions in all types of media such as newspapers, books, booklets, TV

and Internet. Even if media crosses its limits, it still remains the most influential tool of maintaining the democratic society. Thomas Jefferson used to consider that the press as a guarantee of freedom and wished even to tolerate its extra interventions that can enable useful criticism shedding a constant light on government activities.

An intervention into the freedom of expression can take place in different cases. The European Convention for Human Rights and Fundamental Freedoms requires the presence of the following three conditions while making intervention into freedom of expression<sup>17</sup>

1. Any intervention into the freedom of expression should be envisaged in the law.
2. Such intervention should at least be directed at the defense of one of the legitimate interests envisaged in Item 2 of Article 10 of the Convention. Such interests are the following: the interests of national security or public safety, prevention of disorder or crime, protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others, prevention of divulgence of confidential information, and prestige and impartiality of judicial bodies.
3. The intervention should be a necessary operation in the democratic society.

#### 5. The Electoral Right

The electoral right of citizens should be reflected in the legislation of any state that calls itself a democracy. Throughout its history, mankind has passed through a long process to obtain rights to limit the state's power in public governance. During the history of the state, the entire world has resorted to various measures to respect this principle; elections are one such method. Elections legitimize the authorities to express the will of the majority. People elect their representatives through elections and distribute mandates among them to exercise sovereign rights. One of the most important rights of people and citizens is ensured by this way. As indicated in the Human Rights Declaration of 1948, the core of power is composed of people's will. This will is reflected in consistently held general elections and secret voting on the basis of equal electoral rights as well as other means, ensuring the free and democratic nature of such elections.

As a rule, elections create conditions to extend the legal thinking of people, increase political activity, and finally enable the forces that can successfully govern people by gaining their confidence to come to power peacefully.

The electoral right is one of the principal reflections of

<sup>17</sup> RoliOLİ, A. (2010) Collection of Training Materials in Azerbaijani, Baku: Media Law Institute.

civil rights. This right is used in objective and subjective connotations in legal literature. In objective dimension, the electoral right envisages the set of legal norms that regulate public relations concerning the elections to supreme authorities and local government bodies. In subjective format, the electoral right is interpreted by different authors as an opportunity for citizens to participate in elections to the state bodies as well as local self-governments.

No matter how well organized a state is, if those who govern it are not elected by citizens in free and fair elections, then such a state cannot be considered as democratic. Elections can find solutions to vital problems faced by any political system by peacefully electing the authorities and giving legitimacy to the decisions made by them. The mechanisms used for elections can be different; however, the ideas set in its core should be the same for all democratic societies. The electoral right should be ensured for all citizens; the counting of citizens' votes should be protected from any unnecessary and illegal intervention and influence; and ballot counting should be done openly.

It is important to ensure the following to realize a free and fair elections process: Firstly, all voters should have access to vote and their votes should carry equal value. The discrimination of the political society based on sex, political convictions, and ethnic or religious background is a big blow to the legitimacy of government. On the contrary, the wider format of electoral right that applies to all groups of the society allows each group to have a chance to earn some form of control in governance. Secondly, the stimulation of participation of higher number of voters in elections should be a priority. Though fewer numbers of participants in voting process will not cause a serious problem, but can be a source of concern. This can result not only in the election of different persons to high positions without the participation of electorate that have the right to vote, but also in the increasing influence of various well established stakeholders that are guided by their personal interests. Thirdly, high level of the freedom of political speech is a decisive issue for democratic processes. Fourthly, elections and the representative system should create opportunities for the majority to control the authorities, and at the same time ensure the methods to defend properly the minority against the hegemony and pressure of the majority. Otherwise, the opinion of the minority can be replaced by the opinion of the majority and influence the decision making process so strongly that the authorities will be incapacitated.

Anahit Manasyan<sup>1</sup>

## Suffrage (Electoral Right) of Citizens Sentenced to Prison and Serving the Sentence, and the Need to Improve the Constitutional and Legislative Regulation of the Republic of Armenia on the Subject Matter

### I. Introduction

The article discusses issues regarding the electoral right of citizens sentenced to prison and serving their sentences. The author substantiates that the international practice and standards with respect to the problem under discussion are such that for citizens, sentenced to prison and serving their sentences, there may be some specific restrictions of suffrage. However, it is absolutely unacceptable and does not meet international standards such legal regulation, under which the above persons are completely deprived of electoral rights. It is emphasized that at the present stage the suffrage cannot be perceived as an advantage. Of course, it is also not an absolute right and the states have adequate margins of appreciation in the aforementioned area. Although these margins are quite broad, it is necessary to take into account the fact that the restriction of the electoral right, in particular, applied to this category of persons, must not distort the essence of the discussed right, make the given right ineffective, must pursue a legitimate aim and be proportionate. They, first of all, should not distort the principle of free will of the people, in other words, they should not undermine the integrity and efficiency of the electoral process, as this process is aimed at identification of the will of the people on the basis of universal suffrage.

Therefore, given the above and the fact that, under Article 30 of the RA Constitution the citizens sentenced to imprisonment by court judgment entered into force and serving their sentence (regardless of severity of the offense) cannot vote or be elected, the author comes to the conclusion that in the process of constitutional and legislative reforms in the Republic of Armenia one needs to take into account the above circumstances and develop the existing legal regulation in this context.

### II. Suffrage of Citizens Sentenced to Prison and Serving the Sentence: International Practice on This Issue

According to Article 30 of the RA Constitution the citizens sentenced to imprisonment by court ruling entered

into force and serving their sentence cannot vote or be elected. The final report of the observation mission OSCE / ODIHR on the election of the President of the Republic of Armenia on February 18, 2013 has underlined that the deprivation of electoral rights of all prisoners, regardless of the seriousness of the offense, is contrary to universal suffrage and the case law of the European Court of Human Rights on this issue<sup>2</sup>.

In this regard, it should be emphasized that, according to paragraph 7.3 of the 1990 OSCE Copenhagen Document the states parties shall ensure a common and equal suffrage to all adult citizens and in accordance with paragraph 24 any restriction on rights and freedoms must be strictly proportionate to the aim of the law. 14th paragraph of General Comment (1966) of UN Human Rights Committee on Article 25 of the International Covenant “On Civil and Political Rights” provides that the grounds for deprivation of the right to vote should be objective and reasonable<sup>3</sup>. And the document “Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report” of the European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe (Venice Commission) fixes “Deprivation of the right to vote and to be elected:

i. provision may be made for depriving individuals of their right to vote and to be elected, but only subject to the following cumulative conditions:

ii. it must be provided for by law;

iii. the proportionality principle must be observed; conditions for depriving individuals of the right to stand for election may be less strict than for disenfranchising them;

iv. The deprivation must be based on mental incapacity or a criminal conviction for a serious offence.

v. Furthermore, the withdrawal of political rights or finding of mental incapacity may only be imposed by express decision of a court of law<sup>74</sup>.

The abovementioned gives us grounds to conclude that the deprivation of the right to vote should be based on a criminal conviction for a serious crime, and deprivation of political rights should only be administered by a court judgment.

It should be noted that the European Court of Human Rights also considers that deprivation of all the convicts of the right to vote and be elected, regardless of the severity

<sup>2</sup> REPUBLIC OF ARMENIA PRESIDENTIAL ELECTION, 18 February 2013, OSCE/ODIHR Election Observation Mission Final Report, IV пункт, <http://www.osce.org/odihr/elections/101314>.

<sup>3</sup> <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb>.

<sup>4</sup> CDL-AD (2002) 23 rev, “Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report”, Adopted by the Venice Commission at its 52nd session (Venice, 18-19 October 2002), 1st section, clause 1.1, sub-clause d.

<sup>1</sup> Senior Adviser to the President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, PhD in Law, Assistant Professor at the Chair of Constitutional Law of Yerevan State University

of the crime, is violation of Article 3 of Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

In connection with the above, the European Court of Human Rights has expressed the following position: “The Court accepts that this is an area in which a wide margin of appreciation should be granted to the national legislature in determining whether restrictions on prisoners’ right to vote can still be justified in modern times and if so how a fair balance is to be struck. In particular, it should be for the legislature to decide whether any restriction on the right to vote should be tailored to particular offences, or offences of a particular gravity or whether, for instance, the sentencing court should be left with an overriding discretion to deprive a convicted person of his right to vote. ... It cannot accept however that an absolute bar on voting by any serving prisoner in any circumstances falls within an acceptable margin of appreciation. The applicant in the present case lost his right to vote as the result of the imposition of an automatic and blanket restriction on convicted prisoners’ franchise and may therefore claim to be a victim of the measure. ...”<sup>5</sup>.

In this context, attention should be given also to the fact that in some countries the citizens sentenced to imprisonment and serving sentences enjoy the electoral right without any restrictions. These are, for example, Albania, Croatia, Czech Republic, Denmark, Finland, Germany, Iceland, Lithuania, Moldova, Montenegro, Netherlands, Portugal, Slovenia, Sweden, Switzerland, Ukraine. And, for example, citizens in Romania, serving a sentence of imprisonment may not participate in the elections, if the primary punishment assigned to them is imprisonment for a period exceeding 2 years<sup>6</sup>.

### **III. The Need to Improve the Constitutional and Legislative Regulation of the Republic of Armenia on the Issue Discussed**

The abovementioned gives us grounds to conclude that the international practice and standards with respect to the problem under discussion is such that for citizens sentenced to imprisonment and serving their sentences there may be provided specific restrictions of electoral right. However, the legal regulation, under which the aforementioned persons are completely deprived of electoral rights,

is absolutely unacceptable and does not meet international standards.

Moreover, one should take into account that at the present stage the electoral right cannot be perceived as an advantage. Of course, it is not an absolute right either and the states have adequate margin of appreciation in the aforementioned area. Although these margins are quite broad, it is necessary to take into account the fact that the restriction of the electoral right, in particular, applied to this category of persons, must not distort the essence of the discussed right, make the given right ineffective, must pursue a legitimate aim and be proportionate. They, first of all, should not distort the principle of free will of the people, in other words, should not undermine the integrity and efficiency of the electoral process, as this process is aimed at identification of the will of the people on the basis of universal suffrage.

Therefore, given the above, we consider that in the process of constitutional and legislative reforms in the Republic of Armenia one needs to take into account the above circumstances and develop the existing legal regulation in this context.

<sup>5</sup> JUDGMENT on CASE OF HIRST v. THE UNITED KINGDOM (No. 2) (Application no. 74025/01), 6 October 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70442#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70442%22%7D%7D>.

<sup>6</sup> JUDGMENT on CASE OF HIRST v. THE UNITED KINGDOM (No. 2) (Application no. 74025/01), 6 October 2005.

Pavle Beria<sup>1</sup>

## Protection of the Right to Property of Internally Displaced Persons from Occupied Territories of Georgia

*In the following study, through the analysis of national legislation and judicial practice, as well as their compliance with international norms, the author demonstrates the extent to which national legal mechanisms designed to protect internally displaced persons (IDPs) meet internationally recognized criteria of the principle of lawfulness. The paper briefly reviews the international norms effective in this field, the national legislation, along with the case-law of the European Court of Human Rights, and presents means and recommendations for closing loopholes in the domestic legislation on internally displaced persons.*

### I. Introduction

Internally displaced persons<sup>2</sup> often become the victims of human rights violations; status-based discrimination against them is common. A number of experts think that the mere fact of being an IDP frequently becomes a ground for improper treatment.<sup>3</sup> The existence of special protection mechanisms should not constitute a vital necessity for IDPs since even without such instruments these individuals should be adequately protected by state laws, as well as by a number of international conventions and treaties. Nonetheless, states frequently fail to meet their obligations to safeguard the rights of IDPs, as a result of which these people are deprived of effective legal remedies.

The issue of IDPs has become acute in Georgia since the armed conflicts in the Autonomous Republic of Abkhazia and Tskhinvali Region in 1989-1991, 1992-1993 and 2008 forced significant parts of local populations to leave their habitual residence and look for shelter throughout the territory of Georgia.

To date, up to 255 000 IDPs reside in Georgia.<sup>4</sup> The state acknowledged their harsh socio-economic conditions and adopted the State Strategy and the Action Plan for the implementation of the State Strategy.<sup>5</sup> However, notably, under existing international instruments, a durable solution is achieved when IDPs no longer need specific assistance and protection connected to their displacement.<sup>6</sup>

While the national government carries the primary duty and responsibility to provide protection and humanitarian assistance to IDPs within its jurisdiction,<sup>7</sup> many problems of IDPs,<sup>8</sup> including restitution and/or compensation for their property, remain still unsolved.

## II. International Instruments and National Legislation

### 1. International Instruments

One of the significant international documents in terms of assisting and protecting internally displaced persons (IDPs) is the Guiding Principles on Internal Displacement, adopted by the United Nations in 1998 (henceforth referred to as the Guiding Principles). The Guiding Principles should become a practical guide for governments and authorized state bodies.<sup>9</sup>

The Guiding Principles impose the primary duty and responsibility on the national governments to provide appropriate protection and humanitarian assistance to internally displaced persons. In this document, the UN highlights a number of rights, the protection of which should be guaranteed by a state (right to life, right to liberty and security, freedom of movement, right to respect for family life, right to education and work, and right to property). The state shall provide assistance to IDPs (whether returned or resettled) and restore (return) the property, which belongs to them, or, if this is impossible, provide appropriate compensation or reparation.<sup>10</sup>

Another significant document is the Pinheiro Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons,<sup>11</sup> which deals with the issue of

<sup>1</sup> Member of the Georgian Bar Association.

<sup>2</sup> Under the UN Guiding Principles on Internal Displacement (E/NC.4/1998/53/ADD.2), internally displaced persons are persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognized state border.

<sup>3</sup> Erin D. Monney, "The Protection Potential of a Marriage of Concepts between R2P and IDP Protection," *Global Responsibility to Protect* 2(2010) 60-68; *Guide to International Human Rights Mechanisms for Internally Displaced Persons and their Advocates*, The Brookings Institution - University of Bern project on Internal Displacement, June 2006, Forward by Walter Kalin, at VI.

<sup>4</sup> <http://www.mra.gov.ge/geo/static/55> (Last accessed 8 April 2014).

<sup>5</sup> Ordinance №47 of the Government of Georgia of 2 February 2007, on the Approval of the State Strategy on Internally Displaced Persons (IDPs).

<sup>6</sup> IASC Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons, the Brookings Institution University of Bern, April 2010, 5.

<sup>7</sup> The UN Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 3 (E/NC.4/1998/53ADD.2).

<sup>8</sup> Georgia: Partial progress towards durable solutions for IDPs, IDMC/NRC, 21 March 2012, p.1.

<sup>9</sup> *Ibid*, Principle No. 2.

<sup>10</sup> *Ibid*, Principle No 29 (2).

<sup>11</sup> UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons, The Pinheiro Principles, 2005 <http://www.unhcr.org.ua/img/uploads/docs/PinheiroPrinciples.pdf>

property restitution for refugees and displaced persons. The Pinheiro Principles have been designed to assist relevant national entities and international organizations in effectively addressing legal and technical issues regarding restitution. The document recognizes and declares the IDPs' right to property restitution, adequate standards of living, compensation, and right to live in safety and with dignity. States should develop legal frameworks clearly reflecting the right to property restitution. In their turn, these laws should be compatible with international human rights law.

On 29 December 2009, the UN Human Rights Council adopted the Report of Mr. Walter Kalin, the Representative of the Secretary-General of the United Nations on the Rights of Internally Displaced Persons, and the Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons<sup>12</sup>, which define a durable solution for IDPs; a durable solution is achieved when IDPs no longer need specific assistance and protection.<sup>13</sup> One of the elements of a durable solution is existence of effective and accessible mechanisms for restitution.

Another important document is the Council of Europe Recommendation 1877,<sup>14</sup> adopted in 2009, which calls on states to enact national strategies and action plans which would expressly establish effective mechanisms for the protection of IDPs. The Council of Europe also calls for restitution which, in its turn, will be just and offers effective compensation.

## 2. National Law

In 2014, the Parliament of Georgia adopted the Law of Georgia on Internally Displaced Persons (IDPs) where the state recognizes the right to restitution of real estate left at the place of permanent residence of IDPs, which is reserved even in the case of providing long-term residential space. The state must take all available measures to protect real property owned by the IDPs, which was left due to causes listed in Article 6 of the law, such as from plunder, destruction, arbitrary, or other illegal use or acquisition.<sup>15</sup>

On 29 December 2006, in order to provide property

restitution, adequate immovable property, and compensation for damages caused to property of individuals affected within the territory of Georgia as a result of conflict in the former Autonomous Region of South Ossetia, the Parliament of Georgia adopted the Law of Georgia on Property Restitution and Compensation for the Persons Affected within the Territory of Georgia as a Result of Conflict in the Former Autonomous Region of South Ossetia. The law establishes guarantees for the restitution of housing and other real property lost as a result of conflict on the territory of Georgia to their rightful owners. This implies the right of affected persons to receive real property or, where the restitution of housing or other real property is impossible, adequate accommodation of identical value or, where the acquisition of adequate housing is impossible, compensation for property damage.<sup>16</sup>

According to Ordinances No. 915, dated 25 December 2008, No. 10, dated 12 January 2009, No. 534, dated 24 July 2009, and No. 856, dated 3 July 2010, of the Government of Georgia on Additional Measures for Ensuring Housing Space for the Population Damaged as a Result of Military Aggression of the Russian Federation, the Ministry of Internally Displaced Persons from the Occupied Territories of Georgia was charged with the duty to provide compensation to those families which lost housing since 6 August 2008 and refused to receive housing acquired, rehabilitated or newly-built by the state.

## III. Judicial Practice

### 1. Restitution of IDPs' Property and/or Compensation

Notwithstanding the IDPs' right to property restitution and/or compensation, the Government of Georgia has not taken effective measures for protecting IDPs' right to property yet. Moreover, by adopting several legislative acts, the state attempts to decline responsibility for the violation of IDPs' right to property.

In particular, on 27 December 2001, at the time of ratification of the Protocol 1 to the European Convention,<sup>17</sup> the Parliament of Georgia adopted the following Resolution:

<sup>12</sup> Report of the Representative of the Secretary - General on the Human Rights of Internally Displaced Persons, Walter Kalin, Addendum – Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons, A/HRC/13/21/Add.4, 29 December 2009. [http://www2.ohchr.org/english/issues/idp/docs/A.HRC.13.21.Add.4\\_framework.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/idp/docs/A.HRC.13.21.Add.4_framework.pdf)

<sup>13</sup> IASC Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons, The Brookings Institution University of Bern, April 2010, p.5.

<sup>14</sup> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1877 (2009), Europe's Forgotten People: Protecting the Human Rights of Long-term Displaced Persons.

<sup>15</sup> Law of Georgia on Internally Displaced Persons (IDPs). Article 15

<sup>16</sup> Law of Georgia on Property Restitution and Compensation of Persons within the Territory of Georgia Damaged as a Result of the Conflict in the Former Autonomous Region of South Ossetia, Article 5.

<sup>17</sup> The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was elaborated by the European Council in 1948, reflecting the fundamental principles of the Universal Declaration of Human Rights. It was opened for signature on 4 November 1950, in Rome, and entered into force in November 1953. Georgia adjoined the Convention on 20 May 1999.

“The legal force of Article 1<sup>18</sup> of the Protocol 1 shall not extend to persons, who do or shall enjoy the status of an IDP according to the Law of Georgia on Internally Displaced Persons (IDPs), until the grounds for granting such status are removed.” According to this law, the state of Georgia undertakes obligation to ensure the realization of property rights on assets at places of habitual residence of IDPs, after the causes provided in paragraph 1 of Article 1 are eliminated.<sup>19</sup> “Georgia declares that, due to the situation in Abkhazia and Tskhinvali Region, the Government of Georgia is deprived of the possibility to bear responsibility for the respect and protection of this Convention and its Additional Protocols; in the light of the aforesaid, before the restoration of the possibility to execute Georgian jurisdiction over Abkhazia and Tskhinvali Region, Georgia declines responsibility for the violation of the provision of Protocol 1 within the above-mentioned territories by self-proclaimed, illegitimate authorities.<sup>20</sup>”

According to verbatim records of the meeting of the Parliament of Georgia of 27 December 2001, the Minister of Foreign Affairs considers that the central government of Georgia cannot and shall not bear responsibility for the infringement of the Convention and its Protocols in the breakaway regions. Therefore, Georgia not only fails to establish effective domestic mechanisms for the protection of property rights of displaced persons, but totally rejects to safeguard the rights foreseen in the Convention.

According to the decision No.1/5/224 of the First Board of the Constitutional Court of Georgia,<sup>21</sup> dated 16 Novem-

ber 2004, the Constitutional Court of Georgia dismissed the IDPs’ claim as to the constitutionality of paragraphs 2 and 8 of the parliamentary ruling, dated 27 December 2001; thereby the Constitutional Court reaffirmed that Georgia does not bear responsibility for the violation of the Convention and its Protocols by the separatist regimes in breakaway regions.

Under national legislation, the state had to return personal property to the IDPs, including houses and land in the form existing at the moment of restitution or/and payment of compensation only if the IDPs return to the place of habitual residence after causes of displacement are removed.<sup>22</sup>

Such policy has resulted in the dismissal of the IDP’s claims by Georgian courts concerning the restitution of properties left in Abkhazia.<sup>23</sup> The courts decline to discuss cases related to the IDPs’ real properties located in Abkhazia on the ground that Sokhumi is not controlled by Georgia and the jurisdiction of Georgia does not extend to this territory.<sup>24</sup> The Public Registry of the National Agency of the Ministry of Justice of Georgia does not register real property (houses) located in Sokhumi on the ground that, due to military operations in Abkhazia, the Agency’s territorial registration office is not established.<sup>25</sup> Besides this, in accordance with the legislation of Georgia on registration of land, registration works are not carried out.

The Law of Georgia on Compensation for the Victims of Conflict in the Former South Ossetian Autonomous Region in the Territory of Georgia, adopted on 29 December 2006, is not effective and is discriminatory towards IDPs from Abkhazia.

On the basis of the aforementioned, IDPs are forced to refer to the European Court on Human Rights for the protection of their rights. Taking into account the case-law of the European Court on Human Rights, in all probability, application of IDPs from breakaway regions of Georgia will be sustained by the European Court; otherwise these territories would constitute a legal vacuum in terms of responsibility for violation of human rights. Recognition of such a legal vacuum would contradict the principle of efficiency of protection of human rights, lying at the root of the Convention.

<sup>18</sup> Protocol 1 to the European Convention on Human Rights (20.03.1952), Article 1 – Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

<sup>19</sup> Paragraph 2 of Resolution 1243-IS of 27 December 2001 of the Parliament of Georgia on the Ratification of Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

<sup>20</sup> Paragraph 8 of Resolution 1243-IS of 27 December 2001 of the Parliament of Georgia on the Ratification of Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

<sup>21</sup> Resolution of 27 December 2001 of the Parliament of Georgia on the Ratification of Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Paragraphs 2 and 8 of the Resolution contain a reservation/declaration to Article 1 of Additional Protocol 1, according to which the state declines responsibility to protect the IDPs’ right to property at their place of origin until the causes for displacement are removed. Under the IDPs’ statements, the Parliamentary Resolution violated the right to property as guaranteed by the Constitution of Georgia (Article 21 of the Constitution of Georgia) and the prohibition of discrimination on the ground of place of residence (Article 14 of the Constitution of Georgia), and, therefore, was unconstitutional. The Constitutional Court of Georgia did not satisfy the claim.

<sup>22</sup> Law of Georgia on Internally Displaced Persons from the Occupied Territories of Georgia, Article 7, paragraph 1, sub-paragraph a. (Edn. 1996)

<sup>23</sup> Decision of the Supreme Court of Georgia, dated 26 February 2004, in the case No. **ბს-293-435-3-03**. The Court indicated that the state was responsible to return personal property to IDPs only when an IDP returns to the place of habitual residence after elimination of causes of forced displacement, on the basis of paragraph 1 of Article 7 of the Law of Georgia on Internally Displaced Persons – Persons Involuntarily Displaced from the Occupied Territories of Georgia (Edn. 1996).

<sup>24</sup> Ruling №2/8-3 of 6 January 2005 of the Highest Court of the A/R Abkhazia.

<sup>25</sup> Letter №3/6-M-8 of 25 November 2004 of the Public Registry of the National Agency.

The European Court of Human Rights provided an interesting clarification in the case of *Saginadze and Others v. Georgia*<sup>26</sup> which contributed to change of court practice with regard to eviction of IDPs.<sup>27</sup> The European Court found violation of Article 1 of the Protocol 1 to the ECHR since eviction of the IDP was illegal. The European Court recognized the use of housing space by the IDP as lawful although property rights were not registered. The European Court emphasized that national courts could not guarantee appropriate protection for the first applicant on the basis of the Law on IDPs and expressed sorrow at such a formalist interpretation<sup>28</sup> of the Law of Georgia on Internally Displaced Persons (IDPs) by the Supreme Court, which implied the opposite – protection of rights of IDPs, including right to housing, by the state, as by an organic whole, and not only by one of its specific entities. The European Court clarified that, “Of paramount importance in that regard was the authorities’ own manifest tolerance of the first applicant’s exclusive, uninterrupted and open use of the cottage and the adjacent premises for more than ten years [...] even assuming that there existed a more appropriate formal procedure for the transfer of the cottage to the first applicant, which was an ordinary private-law transaction and did not concern matters of vital public interest, this omission on the part of the Ministry cannot be attributed to the applicant or allow a conclusion that he settled in the cottage vexatious.”

The European Court highlighted the importance of the

historical context in which the relevant facts of the case took place. Hence, the Court shares the first applicant’s opinion that, in view of the humanitarian crisis prevailing in Georgia in 1993-1994, when around 300,000 displaced persons from Abkhazia needed to be urgently accommodated by the central government, it would have been hardly realistic to expect the authorities to meticulously follow the administrative formalities in all such housing transactions.

#### IV. Conclusion

Notwithstanding the IDPs’ right to restitution or/and compensation, the Government of Georgia has not taken effective measures for the protection of the right to property of the IDPs yet. By adopting several legislative acts, the government strives to decline responsibility for the violation of IDPs’ right to property. Courts of Georgia do not grant claims of IDPs or refuse to hear cases concerning IDPs’ real property located in Abkhazia. For closing these loopholes, national legislation should be improved, as well as harmonized with international standards, where the issue of restitution and compensation will be clearly reflected. Given laws, in turn, should correspond to international human rights.

<sup>26</sup> [https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_idmssearch&view=docView&id=1176720&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=1176720&lang=ge)

In the given case, the applicants (the Saghinadze family) claimed that, being displaced from Abkhazia, they were residing in the cottage belonging to the Ministry of Internal Affairs from 1994. Since then, the applicants started using the premises adjacent to the cottage, grew fruit, etc. The letter of the Ministry of Internal Affairs, issued in 2000, confirmed that the Saghinadze family settled in the cottage in 1994 on the basis of an ordinance issued by the then Minister of Internal Affairs under the Law of Georgia on Internally Displaced Persons (IDPs). In 2004, without submitting any written document, the Ministry of Internal Affairs forcibly evicted the Saghinadze family from the cottage. Following the eviction, the IDPs lodged a civil action against the Ministry of Internal Affairs and claimed the restoration of the possession of the cottage, the competence of which, according to the Supreme Court of Georgia, under the law, fell on the Ministry of Internally Displaced Persons from the Occupied Territories of Georgia, Accommodation and Refugees. Given that the cottage had not been offered to the Saghinadze family by the latter ministry, the housing guarantee contained in the Law of Georgia on Internally Displaced Persons did not apply to the situation.

<sup>27</sup> Decision of the Civil Chamber of the Supreme Court of Georgia, dated 13 September 2010, on Case No. 36-1175-1436-09; Decision of the Supreme Court of Georgia in Case No. №33/834 – 01, dated 28 November 2001; No. 33/868 – 01, 28 November 2001.

<sup>28</sup> The Supreme Court of Georgia (27.09.2006 87-531-06) also indicated that ‘according to the law the issue of providing housing to IDPs falls under the competence of the Ministry of Internally Displaced Persons from the Occupied Territories of Georgia, Accommodation and Refugees. Since the cottage was offered to the Saghinadze family not by this ministry, there was no guarantee in this case with regard to provision of housing provided by the Law of Georgia on Internally Displaced Persons.

Tamara Shakaryan<sup>1</sup>

## Improvement of the Concept of Administrative Responsibility of Legal Entities in the Perspective of Judicial Reforms

### I. Introduction

In the current legal situation on the issue of administrative responsibility and the existed imperfection of inappropriate ideas, the issues, related to administrative responsibility of legal entities have not been properly solved yet. The adoption of the new Code on Administrative Offences has become the call of the times and is conditioned by a number of major arguments, which represented in this article. With the purpose to make the institute of administrative responsibility of legal entities more integrated we'll separate only those issues, which may be determinant for further implementation of reforms. All shortcomings in legislation, problems, which need legislative regulations, represent only a small part of problems, actually there exist many other problems, which are not even included in any legal institute and within one article it seems impossible to touch upon all shortcomings of current legislation on administrative offences and means of their solution, so we made an attempt to present some conclusions on legislative assignment of administrative responsibility and on the means of their regulation, for providing of practically capable structure of provisions of law, practically effective and true guarantees for application of unavoidability of administrative responsibility.

In the current legal situation on the issue of administrative responsibility and the existed imperfection of inappropriate ideas, the issues, related to administrative responsibility of legal entities have not been properly solved yet. This undesirable situation was created also due to the fact that during the two decades of independence, the undertaken judicial reforms circumvented not only the administrative responsibilities of legal entities, but also the institute of administrative responsibility in whole. Typically the legislations' evolution was progressing in an isolated way: in particular, in numerous legislative acts, related to this field, new provisions were added, which, although referring to administrative responsibility, did not reflect the legislative provisions of the given institute and allocated definitely remote approaches. Comprehensive research of this field indicates that competent authorities, when solving the challenging problems, often do not pay due attention to the need of

integrated consideration of exceptionally important issues, creation of integrated and practically valuable conception and necessity to function completely on its basis.

The adoption of the new Code on Administrative Offences has become the call of the times and is conditioned by a number of major arguments, which in brief lead to the following:

-The origin of administrative responsibility as an institute was not so factitious and a priori. It became necessary for retaining the power, obtained in a result of Bolshevik Revolution. In the beginning, the administrative responsibility had an aim to make the administrative and management order invulnerable.

Moreover, first of all an attempt was made to protect it even from minor offences and then to entrust their investigation exclusively to administrative bodies. Therefore, it is no coincidence that individual rights did not become the object of administrative responsibility. It is typical for many legal institutes that they were created with purpose of solving other objectives, but over the time, in a result of revision of society's requirements, they acquire absolutely different meaning and calling. And administrative responsibility cannot be aimed solely at protection of administrative and management system. The legislation on administrative offences, as the main object of legal protection, should not consider solely the administrative order, including its all spheres, e.g. land, water, defense, etc., but should consider social relations, stipulated by Constitution and international legal documents. In particular, human rights and freedoms, dignity should be qualified as superior legal values, notably the priority should be given to superiority of human rights and freedoms and not to the management, state or public order. The purpose of each normative-legal act should be the assurance of human rights and providing of their protection. The review of the whole institute under the mentioned criteria will give the chance to get rid of soviet visions of administrative responsibility and adjust it in accordance with current international standards. We suppose that administrative offences should be differed from other types of offences not by their objects, but by the degree of public danger. While in practice, the exercise of this regulation creates a number of difficulties. For that reason in most of European and in a number of other states in separate acts on administrative offences are specified only general and procedural provisions, while the norms of special part are regulated with separate acts, e.g. in Germany, Austria, China, Bulgaria and etc.

Meanwhile, it should be said that this important conceptual regulation did not find its solution in the concept of the RA new Code on Administrative Offences.

- There is no internal logical connection between criminal and administrative responsibilities. It is caused by the fact that the same offence is often specified as administrative offence in administrative legislation and as crime

<sup>1</sup> Head of Legal Support and European Integration Division of the General Prosecutor's Office of Armenia, Third Class Councilor of Justice, Candidate of Juridical Sciences (Ph D in LAW), Lecturer at the Yerevan State Academy of Public Administration

in criminal legislation. By the way, the measure of fine for some actions is higher in Administrative Code than in Criminal Code. In particular, Article 315<sup>1</sup> of the RA Criminal Code defines responsibility for not terminating by citizens and legal entities<sup>2</sup> the unauthorized seizure of ground areas of communal or state property and not removing the consequences of such actions, as well as not terminating the construction or reconstruction of a dwelling or building, constructed in areas not allocated for that aim, or with sufficient violation of permission, or conditions of permission, or of construction norms and regulations, or not destruction of illegal constructions, if before committing those actions during one year repeated administrative fine was set. For this offence is prescribed punishment from two-hundredfold to six-hundredfold of minimal salary.

While in the Code on Administrative Offences, Article 152 part 2 titled “Unauthorized construction of buildings and constructions”, for the same repeated offence is stipulated punishment in the form of fine in the measure of two thousand five-hundredfold of minimal salary. So, the offender for the same repeated action is punished with double measure of fine, when after it he continues the same offence and it is not logically grounded that the administrative penalty is higher than criminal penalty.

The adoption of the new Criminal Code, at the beginning, did not consider the repetition of administrative offence as crime, which was stipulated by the previous legislation. But later the mentioned approach was again exercised, neglecting the necessity of being guided by uniform legal standards.<sup>3</sup> We'd like to mention that current approaches to administrative responsibility institutes sufficiently differ from approaches, applied to criminal responsibility institutes of similar character.

Hence it's important to define the ultimate of the fine, to excluded cases, when, grounding by degree of public danger of the offence, are defined amounts of fine, which exceed the amount, prescribed for the same action by the criminal legislation.

- In the current legislation on administrative offences there are various institutes which contravene with the international legal standards on administrative responsibility and which should be eliminated after quite logical intervention of competent international organizations. Moreover, there are norms which are evidently in conflict with the Constitution of Armenia. For example, 10 days limit for administrative arrest, defined by the Code, which by the Decision of 23 November, 2012 DCC-1059 of the Constitutional Court was recognized as contradicting the provisions of the Constitution.

- The absence of proper legal institutes, which provide

<sup>2</sup> It's obvious that in the given Article as subjects of offence should be defined only physical persons, since legal entities are not subjects of criminal liability.

<sup>3</sup> See, e.g., the Article 315.1 of the RA Criminal Code.

regular course of proceedings on administrative offences, such as suspension of proceedings, its termination, renovation and etc.

- Legislative acts on administrative offences are not systematized yet. Moreover, we should underline, that this shortcoming is more typical for acts on administrative responsibility of legal entities. The mentioned acts, as a rule, regulate legal relationships in this or that sphere and only partially contain legal norms, concerning administrative offences. In other words, we must ensure the unity of administrative offenses not only for physical but also for legal entities. The new code should be one integrated codified legal document, devoted to regulation of all legal relationships of the given sphere.

It should be mentioned that offences in tax or bank spheres and fines defined for them in a result of political agreement have not been involved in the draft law on administrative offences due to existing disagreements. We certainly think that this approach cannot be involved in codification of administrative responsibilities and needs a new grounding, since the above mentioned types of responsibilities are in the field of administrative law. The Constitutional Court of the Russian Federation in its resolutions mentioned it for several times.<sup>4</sup>

It should be noted that in the Concept of Code on Administrative Offences, adopted by the Protocol- decision of the Government in 2012, it is defined that upcoming code should be based on the conception that there cannot be applied administrative responsibility, if it is not prescribed by the legislation on administrative offences.

- Taking into consideration the fact that on cases, related to administrative offences can be applied compulsory measures, other restrictions for physical and legal entities, their grounds and frames and conditions of supervision over their legality should be clarified. In this context should be examined the institute of prosecutorial supervision. In particular, the analysis of the Article 29 parts 1 and 3 of the RA Law “On Prosecutor's Office” indicates that prosecutor implements supervision over the deprivation of liberty, applied on the ground of Article 16 part 1 points 2-7 of the RA Constitution. While administrative arrest, if considered in the context of the Article 16 part 1 point 3, and, moreover, if it will be preserved in the draft of the new code, this regulation is compulsory.

- There should be provided the grounded classification of offences and they should be harmonized with sanctions, provided for them, uniform exercising of administrative fines, provided for administrative offences with same consequences.

- In the RA Code on Administrative Offences there exist

<sup>4</sup> Such contradictions, related to offences in tax or bank spheres, were created also on the draft of Russian Code on Administrative Offences, details see in the first paragraph of the first chapter of thesis.

such notions as “system of the USSR”, “socialistic property” and etc. It should be noted that despite the necessity of the new code, the legislatures postponed the adoption of act, aimed at change of these elementary notions. This kind of approach should be criticised not only by scientists but by practitioners.

All the above mentioned facts in general define the shortcomings of current legislation and main directions of necessary reforms. In this context the main idea of this research is the legislative shortcoming of current legislation on administrative offenses, in particular that legal entities are not considered as subjects of administrative responsibility.

It is undeniable that serious shortcomings and obvious contradictions negatively influence on person’s rights and freedoms, as well as protecting the rights of legal entities, and on the state administration and efficiency of justice on administrative offences. It is noteworthy, that in such cases, officials are often ruled not by specific provisions but by discretionary decisions. It is also troubling, that many unnecessary features concerning the proceedings on such cases, in practice makes the natural course of functioning difficult – making inevitable the unnecessary financial costs and for each sphere, which needs human resources, additional professional trainings, etc...

The drafting of the new Code on Administrative Offences coincided with the termination of judicial reforms, when by the Decision (act 635, 16 November, 1998) of the Prime-Minister of Armenia “On Establishment of Commission” was established the working group for drafting the new legislation. The working group made certain attempts for working out the draft, but actually the process was not completed. The commission’s members was totally changed and the functions were passed to Yerevan’s office of GTZ German International Cooperation (Armenian subdivision of GTZ international organization), which solely drafted the RA Law “On Basis of Administration and Administrative Proceedings”, which in fact was the translation of German legislative acts with partial adoption to local peculiarities. Finally, in 10 years, by the Decree of the President of the RA after 23 January 2008 with reference number NK-9-A “On Establishment of Working Group”, was established a new working group, which was charged to draft a new Code on Administrative Offences. The drafting of the code took 2 years, and one of the key requirements to the code was creation of a joint codified act, which will refer to tax, customs, banking offences and to legal entities as subjects of administrative responsibility. The draft of the new code and drafts on amendments and changes in approximately 52 other legislative acts were submitted to the Government in

January 2010<sup>5</sup>. Even during the activities of former working groups was quite obvious that a new code can be worked out only together with amendments and changes in a number of current legislative acts. The Government of the RA, after consideration of the draft, because of certain contradictions on tax and banking offences and fines that should be appointed for committing them, returned the draft to reach a consensus between the competent bodies. After joint consultations with the Ministry of Justice of Armenia tax and banking offences were excluded from the draft, in a result of it one of the key concepts – to have one joint codified act on administrative offences, remained unaccomplished. Under this context it should be mentioned that reforms become vulnerable because institutional approaches on issues, related to sphere, are numerous and too contradictory.

In September 2010 the RA Ministry of Justice submitted the amended draft to the Government and on 26 October of the same year it was introduced to the National Assembly. <sup>6</sup> During session of the Standing Committee on State and Legal Affairs of the National Assembly, held on 4 February 2011, was informed that the RA Government had made a decision to remove the draft from circulation, for its further amendment, conditioned by the personnel reshuffle at the RA Ministry of Justice. Meanwhile, any well-grounded reasoning was not brought and the adoption of this extremely actual legislative act was shelved for no reason. It should be noted that in introductory part of the Action Plan for Program of Strategic Activities for 2009-2011, adopted by the Order of the President of Armenia on 21 April, 2009 with reference number NK-59-N, was defined that the new code on administrative offences is in a process of drafting. But in the point 3.6 of 3<sup>rd</sup> Section on “Measures for increasing the efficiency of administrative justice and administrative proceedings” of the “Strategic Program of legal and judicial reforms for 2012-2016 and list of outgoing measures”, adopted by the Decree of the President on 30 June 2012 with reference number NK-96-A, as a separate activity was listed also the working out of a new concept of new code and working out of the draft. Moreover, November 2014 was defined as the deadline for submitting the draft to the National Assembly. Not criticizing this important legal act, we cannot but pay attention to the fact that the adoption of a completed draft and a concept and the adoption of the act were shelved for some other years.

It should be noted that in the Concept of the Code on Administrative Offences, confirmed by the Protocol-decision of the Government, adopted in 2012, is only mentioned that there should be worked out clear mechanisms of administrative responsibility of legal entities.

<sup>5</sup> See the Internet link, up to 2011 <http://moj.am/am/download.php?view.328>, <http://www.parliament.am/drafts.php?sel=show-draft&DraftID=4516&Reading=0>,

<sup>6</sup> See the Internet link, up to 2011 [http://parliament.am/draft\\_history.php?id=4516&lang=arm](http://parliament.am/draft_history.php?id=4516&lang=arm)

With the purpose to make the institute of administrative responsibility of legal entities more integrated we'll separate only those issues, which may be determinant for further implementation of reforms. So, in legislation, as the subject of administrative responsibility, should be specified not only legal entities, but also the branches, representative offices, institutions or its separates, which are not ranked as legal entities detached subdivisions, including international organizations, defining exclusions only for state, communities, and in this context we should add that there can be defined distinguishing grounds for administrative responsibility of big, medium and small-scaled business legal entities, and under those provisions in norms of special part there can be prescribed different amount of fines, which provides such conditions under which the enforcement of administrative responsibility measures do not actually terminate the activities of legal entity. In other words there should be provided the proportionality of administrative offence and measure of administrative discipline, taking into consideration the character of the action, committed by legal entity.

The RA Government, in the concept of the Code on Administrative Offences, adopted by the Protocol- decision in 2012, is mentioned that cases of exercising administrative responsibility to legal entity should be decreased to minimum. In other words, the institute of administrative responsibility by means of judicial proceedings should be exercised only as an exception.

We think that the above-mentioned facts need further grounding. In current stage of judicial and legal reforms, when by the point 2.1 of "Measures for increasing the efficiency of administrative justice and administrative proceedings" of the "Strategic Program of Legal and Judicial Reforms for 2012-2016 and List of Outgoing Measures", adopted by the Decree of the President on 30 June 2012 with reference number NK-96-A, is provided for the working out of a new criminal code, the issue needs more than comprehensive legal regulation. In the given context we should mention that the drafting of these two legislative acts should be carried out parallel, providing the logical internal connection of criminal and administrative responsibilities.

We think that the revised administrative responsibility is capable to exclude the need for criminal liability. The administrative responsibility of legal entities is more advantageous, if compared with the criminal one, because well-known and general principles of criminal liability are not groundlessly violated (individual liability, subjective criminalization and etc.), provide the needed responsiveness and simplified proceedings, to which current criminal procedure legislative acts are aimed, proportional perception of offence and enforcement measure by the public, which is also predicative. Undoubtedly current regulations on administrative responsibility are not capable to solve the problem of replacement of criminal liability by administrative liability.

So, for valid implementation of the mentioned conclusion, in the draft code on administrative offences there should be provided such legal solutions, which will make the administrative responsibility of legal entities more comprehensive.

First of all solutions concern the types of administrative penalties<sup>7</sup>, in particular there should be defined such types of penalties for legal entities, which are in line with types of criminal punishments, enforced in other states.

In the former Draft court is not defined as the body, who appoints the administrative penalty, while such types of administrative penalty as termination of activities of legal entity, i.e. dissolution, termination of license, confiscation of the instrument or direct object of administrative offence, cannot be imposed by administrative organs. For example, imposing of confiscation of the instrument or direct object of administrative offence<sup>8</sup> by administrative body is not appropriate and contradicts with part 2 of the Article 31 of the RA Constitution, under which no one can be deprived of property, except for cases, prescribed by law and in conformity with judicial procedure. The mentioned constitutional norm, as constitutional guarantee of protection of the right to property means that compulsory and non-repayable termination of the right to property can be implemented only in cases prescribed by law and in conformity with judicial procedure. In the given context, undoubtedly, confiscation also is a means of compulsory and non-repayable termination of the right to property, but by the draft the imposing and application of this penalty is stipulated to administrative bodies, i.e. by means of out-of court procedure. The literally interpreting of this constitutional norm indicates that deprivation of property without court procedure is prohibited.<sup>9</sup> The grounding, which underlay this regulation, that the decision of the administrative body can be appealed by court procedure cannot be considered as a provision, which does not contradict with the Constitution, because it already means judicial control, but according to the part 2 of the Article 31 of the RA Constitution, the court procedure should be preliminary and its application should be decided by the court verdict<sup>10</sup>, i.e. confiscation should be imposed by court.

Moreover, after summarizing the experience of foreign

<sup>7</sup> We think that the list of administrative penalties, stipulated in the Concept of the Code on Administrative Offences of the Republic of Armenia, adopted by the Protocol-decision of the RA Government in 2012, which included such penalties as warning, administrative fine, public works, deprivation of the right to hold certain posts or be engaged in certain types of activities, confiscation of instrument or of the direct object of the administrative offence, do not conform to current international standards and current legislative regulations, since a number of national legal acts stipulate such types of administrative penalties as closure, termination of license and others.

<sup>8</sup> It is stipulated, as a type of administrative penalty, by the Concept on new Code on Administrative Offences, adopted by the Protocol – decision of the Government in 2012.

<sup>9</sup> See Commentary on Constitution of the Republic of Armenia, edited by G.Harutyunyan, A.Vagharshyan, Yerevan, "Iravunk", 2010, p.368.

<sup>10</sup> See the same reference.

states, which adopted separate legislative acts on administrative offences, we got further evidences that Armenia is among those few states, where in the draft Code on Administrative Offences confiscation is imposed and applied without court's decision. Of course exception is not disputable from the point of view of appropriateness, but it is extremely doubtful from the point of view of interpreting of constitutional norms and we can conclude that such legal regulation, even when it is reasoned with decrease of workload of administrative court, cannot be appropriate. So, we think that the order of imposing confiscation as a type of administrative penalty should be brought in conformity with the above-mentioned constitutional norm and by the draft of the new code the imposition and application of this type of penalty should be provided for court. Notably, the Constitutional Court of the Russian Federation, by its Decision with reference number 201 after 3 December 1998<sup>11</sup>, touching upon this issue, noted that this type of administrative penalty should be exclusively imposed by court; otherwise it will contradict with the part 3 of the Article 35 of the RF Constitution.

We cannot agree with approaches of law scholars, who bringing as examples the normative legal acts, regulating administrative – judicial process, think that the institute of by court procedure does not exist or there is a trend of its renouncement. Undoubtedly, this conclusion is made after non-complex analysis of foreign states' experience, since in such states administrative offences are regulated either by criminal procedure or by separate acts, but among them, as it was mentioned above, we did not come across with a legislative act in other states<sup>12</sup>, where the institute of administrative responsibility in conformity with court procedure does not exist.

In this case, although, the RA Constitutional Court in his Decision with reference number DCC 864 after 5 February 2010<sup>13</sup>, assessing the administrative responsibility from the point of view of its purpose, in the context of logic, underlain the legal regulation, prescribed by the RA code, quite fairly concluded that in establishment of legal regulation of Chapter 26 of the Code of Administrative Procedure, was not based on complex approach and in the RA Code on administrative offences are not clearly defined the administrative bodies and officials, who are charged with duties of composing protocol on administrative offence and submit-

ting it to court with purpose to bring persons to responsibility in conformity with court procedure. By the mentioned decision the Constitutional Court did not oppose the administrative responsibility in conformity with court procedure, but indicated a shortcoming of legal regulation, caused by non-integrated legal regulation of administrative responsibility, the solution of which is under the competence of the National Assembly of the Republic of Armenia.

As to legal entities, solely the imposition of administrative penalty is not enough for attaining the aim and from the point of view of comprehensive legal regulation there should be applied also other administrative measures. So, in context of proportionality of appearance of conviction as a consequence of criminal responsibility, as a consequence of administrative responsibility should be defined the legal consequence which in a case of imposing the dissolution as a means of administrative penalty, the founders of legal entity are prohibited to establish new legal entity<sup>14</sup>, and in a case of imposing of administrative penalty in the form of termination of license, the legal entity cannot apply again for getting a new license.

At the same time it should be mentioned that the RA Constitutional Court in its Decision with reference number DCC-1048 after 19 September 2012<sup>15</sup> underlines the necessity of adoption the RA new Code on Administrative Offences, for unacceptability of partial changes of Soviet legal regulations and for clarification of current legal regulation, on the basis of analysis of current international experience. In particular, by the mentioned decision special attention is paid to complex regulation of the issue of administrative responsibility of legal entities, the clarification of the issue of distinguishing of administrative responsibility from other types of legal responsibility and other important issues.

So, all shortcomings in legislation, problems, which need legislative regulations, represent only a small part of problems, actually there exist many other problems, which are not even included in any legal institute and within one article it seems impossible to touch upon all shortcomings of current legislation on administrative offences and means of their solution, so we made an attempt to present some conclusions on legislative assignment of administrative responsibility and on the means of their regulation, for providing of practically capable structure of provisions of law, practically effective and true guarantees for application of unavoidability of administrative responsibility.

<sup>11</sup> See Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation after 3 December, 1998, N201-0 upon the complaint of citizens L.N.Vasilyeva, A.N.Evgeev and L.A.Naletov, concerning the violation of their constitutional rights by the provisions of the part 2 of the Article 146-7 of the RF Code on Administrative offences//SZ. -1999.-N17. – Art.2204

<sup>12</sup> As to legislative regulation of Germany, the main type of administrative penalty, exercised in Germany, is the administrative fine, stipulated by the Germany's Law "On Administrative Offences", which do not stipulate such above-mentioned types of penalties.

<sup>13</sup> See Internet link <http://www.concourt.am/armenian/decisions/common/2010/pdf/sdv-864.pdf>

<sup>14</sup> Some scholars think that this contradicts the Article 33.1 of the RA Constitution, but, we think that there is no connection with the mentioned article of the Constitution, since the stipulated by the Article 33.1 conception of "freedom of enterprise not prohibited by the law" does not exclude the opportunity to stipulate by legislation both types of enterprises and restrictions to such activities, which are in conformity with constitutional standards of restrictions to rights.

<sup>15</sup> See Internet link <http://www.concourt.am/armenian/decisions/common/2012/pdf/sdv-1048.pdf>.

Nino Kilasonia<sup>1</sup>

## Public Participation, as a Form of Control over Delegated Legislation

### I. Introduction

The Article provides a comparative analysis with regard to the delegation of legislative authority and control of administrative rulemaking in Germany, the United States and Georgia.

The first part of the present article is dedicated to the concept of delegation and its implication; the second chapter deals with forms of control over delegated legislation such as legislative review of administrative rulemaking and singles out public participation as the effective mechanism for the control of administrative rulemaking. The conclusion provides the results and recommendations of the study.

### II. The Principle of Delegation

Every state that follows the traditional principle of separation of powers encounters the problem, which is linked to the transfer of legislative authority to the executive branch by the representatives elected by the people.<sup>2</sup>

It is worth mentioning that transfer of legislative authority has brought considerable power to the executive branch; as a consequence, it has been placed at the center of scholars' attention.

Some constitutionalists do not support the delegation of legislative authority and suggest that transfer of legislative authority contradicts the principle of "delegatus non potest delegare". This school of constitutionalists embraces the opinion held by John Locke and declares that the legislature cannot transfer the power of making laws to any other branches,<sup>3</sup> as law-making is a function of the legislative branch of the country.<sup>4</sup> However, this opinion has lost its importance since the need for administrative rulemaking exercised by administrative bodies was created.<sup>5</sup>

As Sajo indicates: "Deriving from the delegation of

powers, the radical response to crisis situation (after restoring the rule of law) would have been to return to Rousseau's classical theory and to prohibit all original decree-making power, but it would be nearly impossible to physically regulate all the technical details in a law... For instance, if parliament was responsible for determining all official prices when prices need to be regulated, there would never be a current regulation on prices."<sup>6</sup>

It is obvious that pressing contemporary issues are technically too complex, too dynamic, and too numerous for the legislature to solely resolve them in detail.<sup>7</sup> Stemming from this, the norms that have established the rule for delegation of legislative authority to the executive branch have been reflected in the constitutions or legal acts of different countries.

#### 1. Delegation of Legislative Authority as an Addition to Legislative Activities

It is evident that legislative authorities cannot directly regulate all the issues of public life.<sup>8</sup> Not a single member of the parliaments across the world can manage to elaborate legislations in detail,<sup>9</sup> because often an issue to be regulated through legislation is of technical nature and cannot be thoroughly considered by the parliament.<sup>10</sup>

In addition, in some cases of unforeseen contingencies, for instance, it is necessary to involve the whole administrative apparatus for resolving those issues, which cannot be performed by the parliament only<sup>11</sup>.

Consequently, the need for transfer of legislative authority arises in practice, which, as a result, is followed by the application of special knowledge and competence of the executive branch in decision-making process.<sup>12</sup>

The procedures that need to be respected at the time of transfer of legislative authority have been determined by the constitutions or different legislative acts of numerous countries.

For example, pursuant to the Constitution of Germany, the authority to issue acts that shall have legal force may

<sup>1</sup> LLM Master in Comparative Constitutional Law of the Central European University, PhD Student at Tbilisi State University of Iv. Javakishvili.

<sup>2</sup> Aman, A.C. Jr. and Mayton, W.T. (1998) *Administrative Law, US: Hornbook Series*, West Publishing.

<sup>3</sup> Punder, H. (2009) 'Democratic Legitimation of Delegated Legislation- A comparative View on the American, British and German Law' *Cambridge Journals, International Comparative Law Quarterly* 58(2): 353-378.

<sup>4</sup> Turava, P. and Tskepladze, N. (2005) *Textbook for General Administrative Law*, Tbilisi.

<sup>5</sup> Punder, H. (2009) 'Democratic Legitimation of Delegated Legislation- A comparative View on the American, British and German Law' *Cambridge Journals, International Comparative Law Quarterly* 58(2): 353-378.

<sup>6</sup> Andras, S. (2003) *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Tbilisi, Georgia: Iris.

<sup>7</sup> Rose-Ackerman, S., *Regulation and Public Law in Comparative Perspective*, 2-4, [http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/Trebilcock09\\_Rose-Ackerman.pdf](http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/Trebilcock09_Rose-Ackerman.pdf)

<sup>8</sup> Turava, P. and Tskepladze, N. (2005) *Textbook for General Administrative Law*, Tbilisi.

<sup>9</sup> Seerden, R. J.G.H. (2007) *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A Comparative Analysis* (2nd Ed.). Oxford: Intersentia.

<sup>10</sup> Aman, A.C. Jr. and Mayton, W.T. (1998) *Administrative Law, US: Hornbook Series*, West Publishing.

<sup>11</sup> Bailey, S.H. (2005) *Cases, Materials and Commentary on Administrative Law* (4th Ed.). UK: Sweet and Maxwell.

<sup>12</sup> - Richter, I. and Shubert, G.F. (2000) *Judicial Practice on Administrative Law*, Moscow.

be conferred to the federal government or a minister based on the statute.<sup>13</sup>

Like Germany, in the United States of America (hereinafter referred to as the US), the Congress exercises the delegation of legislative authority. However, while transfer of legislative authority is foreseen by the constitution in Germany, the American legislature governs the issues related to the transfer of legislative authority, apart from the constitution, on the bases of special legislative acts.

The issues on transfer of legislative authority in the US is laid down in the statutes issued by the Congress as well as the Administrative Procedure Act (hereinafter referred to as APA), which sets out the administrative rulemaking process.

Like Germany and the US, in Georgia the issue of transfer of authority on elaboration of administrative legal norms for administrative bodies is not regulated at the legislative level.<sup>14</sup> General legal grounds of administrative rulemaking authority are provided in the Constitution of Georgia, in the Law of Georgia On Normative Acts, and in the General Administrative Code of Georgia (hereinafter – GACG). An individual law also contains a special reference (indication) that a specific governing body is empowered to issue a normative administrative legal act on the basis of the same law.<sup>15</sup>

As we can see, in Germany, the US and Georgia, the legislature is not the sole entity that wields real power.<sup>16</sup> Administrative bodies and agencies together with the legislative body play a significant role in rulemaking activities. However, by what peculiarities rulemaking by administrative bodies is characterized, we shall discuss below.

## 2. Outcome of Delegation of Legislative Authority

Delegated authority is manifested in administrative rulemaking of bylaws, that is, in executive decisions, which are nothing other than rulemaking<sup>17</sup> and specifica-

tion of law<sup>18</sup> by governmental agencies.

Delegation of legislative authority (administrative rulemaking) is governed by different legal acts in different countries.

In Germany, the norms related to administrative rulemaking are provided in the constitution. The Administrative Procedures Act of Germany regulates the issues related to individual administrative legal acts only and does not say anything about administrative rulemaking. Decisions of the administration, which are normative decisions, are divided into three general categories: legislative regulations or ordinances, administrative regulations or directives, and acts (bylaws *Satzungen*) adopted by municipalities. Legislative regulations constitute significant legal norms that are issued as a result of delegation of legislative authority. In this sense, they, together with the Constitution and laws, are one of the formal sources of law. They have binding force not only with regard to the issues which they govern, but also for administrative judges. They encompass abstract and general norms and, precisely for this reason, they are construed as “laws in its material sense” as opposed to those formal laws that are developed by the Parliament.<sup>19</sup>

Like Germany, in the United States of America, administrative rulemaking is one of the most important activities that are performed by the governmental agencies.<sup>20</sup> They, through the use of administrative rulemaking, are heading from uncertain and non-existent norms defined by the statute towards well-grounded and defined norms, towards legally constraining requirements, which must be applied by the administrative agencies and the court.<sup>21</sup>

In the United States of America, in the Administrative rulemaking process, agencies of executive powers elaborate and make decisions that have legal force and equal to the acts adopted by the Congress, the President or the Supreme Court.<sup>22</sup>

Like Germany and the United States of America, the regulatory role of administrative law in Georgia finds its

<sup>13</sup> Punder, H. (2009) ‘Democratic Legitimation of Delegated Legislation- A comparative View on the American, British and German Law’ Cambridge Journals, International Comparative Law Quarterly 58(2): 353-378.

<sup>14</sup> General Administrative Code of Georgia, Article 103.11, Legislative Herald of Georgia, N33, 09.11.2009, Article 208.

<sup>15</sup> Turava, P. and Tskepladze, N. (2005) Textbook for General Administrative Law, Tbilisi.

<sup>16</sup> Ziamou, T.(2000) *Public Participation in Administrative Rulemaking: The Legal Tradition and Perspective in the American and European (English, German, Greek) Legal Systems*, 97, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, see [http://www.zaoerv.de/60\\_2000/60\\_2000\\_1\\_a\\_41\\_102.pdf](http://www.zaoerv.de/60_2000/60_2000_1_a_41_102.pdf)

<sup>17</sup> Furlong, S.R. and Kerwin, M.C. (2007) Interest Group Participation in Rule Making: A Decade of Change in Economics of Administrative Law (Rose-Ackerman, S. and Luce, H.R., Eds.). USA: Yale University.

<sup>18</sup> Aedama, A., Loman, E., Parrest, N., Pilving, I., and Vene E. (2005) *Guidance to Administrative Law*, Tartu.

<sup>19</sup> Ziamou, T.(2000) *Public Participation in Administrative Rulemaking: The Legal Tradition and Perspective in the American and European (English, German, Greek) Legal Systems*, 44-48, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, see [http://www.zaoerv.de/60\\_2000/60\\_2000\\_1\\_a\\_41\\_102.pdf](http://www.zaoerv.de/60_2000/60_2000_1_a_41_102.pdf) (downloaded on 05.09.2010)

<sup>20</sup> Warren, K.F. (2004) *Administrative Law in the Political System* (4th Ed.). Colorado, US: Westview.

<sup>21</sup> Koch, C.H. Jr., Jordan, W.S. III. and Murphy, R.W. (2006) *Administrative Law, Cases and Materials* (5th Ed.). San Francisco, US: Mathew Bender and Company.

<sup>22</sup> Croley, S. (1995) ‘Making Rules: An Introduction, IV Administrative Law and Regulation’ *Michigan Law Review*, 93: 1512.

expression in issuing normative administrative legal acts.<sup>23</sup>

In Georgia, a normative administrative legal act is an act by means of which administrative rulemaking of by-laws is exercised.<sup>24</sup> The definition of normative administrative decree provided in the General Administrative Code of Georgia, under which a “Normative administrative decree” means an act issued by an authorized administrative agency pursuant to an applicable legislative act, which comprises general rule of conduct of permanent or temporary and multiple usage,” is the clear example of it.<sup>25</sup>

As we can see, administrative rulemaking in Germany, the US as well as in Georgia constitutes an activity exercised by specially authorized bodies, officials, which are directed at the development of legal norms. Besides, administrative rulemaking in all the above-mentioned states is placed in certain framework, which we shall discuss in detail below.

### III. Forms of Control of Administrative Rulemaking

Delegated legislation is usually considered as the result of a less legitimate process than basic legislation and bears more potential for abuse of power.<sup>26</sup>

As a rule, majority of decision-making persons is not directly elected. They are accountable indirectly. They are appointed by representatives elected by the public who because of work overload are deprived of the opportunity to exert control over the persons appointed by them.<sup>27</sup>

Stemming from this, absolute trust for administrative rulemaking does not exist. Acts adopted as a result of administrative rulemaking often are results of political opposition. Respectively, their democratic legitimation is necessary.<sup>28</sup>

People are a direct means for democratic legitimation. This source may be used both indirectly by ensuring that representatives elected by the people are involved in administrative rulemaking, and directly by the active participation of the people.<sup>29</sup>

It is noteworthy that participation of representatives elected by the people in administrative rulemaking is man-

ifested in the legislative control of administrative rulemaking with regard to which I shall provide detailed discourse below.

#### 1. Legislative Control of Administrative Rulemaking

The principle of delegation of legislative authority is comprised of two interrelated parts: 1. in delegating legislative authority, the legislature must develop basic directions of the policy and leave the possibility for the executive branch to make its detailed implementation (the doctrine of delegation); and 2. a specific action of the executive branch is void unless it falls within the scope of the delegated authority (*ultra vires doctrine*).<sup>30</sup>

As we observe, according to the principle of delegation, transfer of legislative authority to administrative bodies cannot be limitless. The activities of the executive branch cannot become constituent part of legislative process and cannot replace it, because the delegated authority is an authority granted for a specific objective.<sup>31</sup>

The legislative authority is transferred to a decision-making person for applying it or circumventing it as he/she finds it necessary. As a result of the transfer of legislative authority to an administrative body<sup>32</sup>, “the executive branch should achieve its specific, legitimate goal by protecting professional practice and with due regard to contemporary scientific requirements.”<sup>33</sup>

Furthermore, the executive branch may not define basic directions of the regulation.<sup>34</sup> Only the legislature is empowered to establish and restrict rulemaking authority of the executive branch. Consequently, the executive branch on the ground of legislative reference should act and should not substitute the decision-making process exercised by the legislative bodies.<sup>35</sup> Accordingly, the subject of our consideration shall be the role of legislative scope of administrative rulemaking in exerting control over administrative rulemaking.

##### 1.1. Legislative Scope of Administrative Rulemaking

Determination of the legislative scope of administra-

<sup>23</sup> Kopaleishvili, M., Skhirtladze, N., Kardava, E. and Turava. (2008) Manual for Administrative Procedure Law, Tbilisi.

<sup>24</sup> Aedama, A., Loman, E., Parrest, N., Pilving, I., and Vene E. (2005) Guidance to Administrative Law, Tartu.

<sup>25</sup> The General Administrative Code of Georgia, Article 2.c), the Legislative Herald of Georgia, N32(39), 15.07.1999.

<sup>26</sup> McHarg, A. (2006) What is Delegated legislation? Public Law, Autumn.

<sup>27</sup> Coglianese, C. (2004) ‘The Internet and Citizen Participation in Rulemaking’ A Journal of Law and Policy for the International Society, 1, Winter: 36.

<sup>28</sup> Punder, H. (2009) ‘Democratic Legitimation of Delegated Legislation- A comparative View on the American, British and German Law’ Cambridge Journals, International Comparative Law Quarterly 58(2): 353-378.

<sup>29</sup> *Ibid*, 353-378.

<sup>30</sup> McHarg, A. (2006) ‘What is Delegated Legislation?’ Public Law, Autumn: 557.

<sup>31</sup> Kopaleishvili, M., Skhirtladze, N., Kardava, E. and Turava. (2008) Manual for Administrative Procedure Law, Tbilisi.

<sup>32</sup> Asimov, M. R. (2002) Administrative Law, Chicago, US: The BarBri Group.

<sup>33</sup> Andras, S. (2003) Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism, Tbilisi, Georgia: Iris.

<sup>34</sup> *Ibid*, 198.

<sup>35</sup> Jena A.G., Administrative Law within the Legal System and in Relation to Practice, 1-16, see <http://www.docstoc.com/docs/25186743/1-PD-Dr-Athanasios-Gromitsaris-Jena-Administrative-Law> (11.08.2011).

tive rulemaking is foreseen by the legislations of Germany, the US and Georgia.

Under the administrative law of Germany, administrative rulemaking expressed in a decree is a derivative rulemaking and it may be exercised only within the scope of power granted by the legislature.<sup>36</sup> Accordingly, the Basic Law of Germany sets out substantial limitations upon those types of decisions that may be delegated by the Parliament.<sup>37</sup>

Like Germany, delegation of legislative authority in the United States of America is within confines and it is established that in the event of delegation of legislative authority, the Congress shall define the scope and procedure of delegation by a statute.

Like the procedure applied in Germany and the United States of America, at the time of issuance of a normative administrative legal act based on a legislative act, this very legislative act defines “content, objective and scope” of authority for the issuance of a normative administrative decree.

Article 7.7 of the Law of Georgia on Normative Acts establishes that legislative acts of Georgia prevail over other sub-legislative normative acts of Georgia. Therefore, it is necessary that all sub-legislative normative acts be compatible with and emanate from a legislative act with higher ranking in the hierarchy.

Besides, the Law of Georgia on Normative Acts establishes an additional requirement, under which, the content of a forthcoming sub-legislative normative act shall not only be defined by the legislative act on which it is based, but also the preamble of the issued sub-legislative normative act shall refer to the legislative act for the execution of which the normative act is issued.<sup>38</sup>

The reference concerning the definition of scope of delegation provided in the Law of Georgia on Normative Acts elucidates that in Georgia the legislature is authorized to “define the frames and directions of legal regulation implemented by issuance of normative administrative decree in the future so that a governing body may act within and in compliance with the will of the legislature.”<sup>39</sup>

It is noteworthy that respective courts of Germany, the US and Georgia also speak about defining the legislative scope of Administrative rulemaking.

### 1.1.1 *The Court's Role in Defining the Legislative Scope of Administrative Rulemaking*

The supreme courts or constitutional courts of Germany, the US and Georgia refer to the legislative grounds of administrative rulemaking, by which the guiding principles on the scope of delegation of legislative authority have been developed.

The Federal Constitutional Court of Germany formulated the theory, under which, if the legislature tries to regulate the issues related to fundamental rights, it is obliged, according to democracy and the principle of rule-of-law, to lay down the scope of delegation and not to leave the possibility for the administration to apply discretionary authority.<sup>40</sup>

Like the Constitutional Court of Germany, the Supreme Court of the United States of America established that the Congress, in transferring the legislative authority, shall precisely define an issue to be decided, the agency which shall be responsible for making decision and the scope of delegation of legislative authority. In other words, the principle developed by the Supreme Court ensures that the federal agency shall not enjoy the same authority of administrative rulemaking as the Congress. It can only develop regulations appropriate to the parameters established by the Congress.<sup>41</sup>

Like the courts of Germany and the US, the decision Nbs-1260-1204(c-09) of 22 October 2009 of the Supreme Court of Georgia defined that the scope of delegation indicated in a legislative act shall be respected at the time of delegating legislative authority to the executive body. In particular, according to the decision, it was established: “The rulemaking function of a governing body constitutes an important legal function only within the framework of authority and jurisdiction conferred by a legislative act. Otherwise, this shall lead to complete legal chaos and the sense of legal security shall be endangered, which is a cornerstone of the rule of law based state.”<sup>42</sup>

Consequently, a state governing act in Germany, the US and Georgia shall only acquire a legal force if it is issued pursuant to the law, based on the law and for the purpose of its execution. However, in Germany and the US, the process of pre-legislative scrutiny is regulated, about which I shall discuss in detail below.

<sup>36</sup> Richter I. and Shubert G.F. (2000) *Judicial Practice on Administrative Law*, Moscow.

<sup>37</sup> Jena, A.G., *Administrative Law within the Legal System and in Relation to Practice*: 1-16, see <http://www.docstoc.com/docs/25186743/1-PD-Dr-Athanasios-Gromitsaris-Jena-Administrative-Law>

<sup>38</sup> Article 16.2 of the Law of Georgia on Normative Acts, 22 October 2009, the Legislative Herald of Georgia, N33, 09.11.2009, Article 200.

<sup>39</sup> Turava, P. and Tskepladze, N. (2005) *Textbook for General Administrative Law*, Tbilisi.

<sup>40</sup> Jena, A.G., *Administrative Law within the Legal System and in Relation to Practice*: 1-16, see <http://www.docstoc.com/docs/25186743/1-PD-Dr-Athanasios-Gromitsaris-Jena-Administrative-Law>

<sup>41</sup> Johnson, S.F. (2006) ‘Administrative Agencies: A Comparison of New Hampshire and Federal Agencies, History, Structure and Rulemaking Requirements’ *Pierce Law Review*, 4: 441.

<sup>42</sup> Decision Nbs-1260-1204(c-09) of 22 October 2009 of the Supreme Court of Georgia, the decision is available through search system of the website of the Supreme Court at <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>.

## 1.2. *Pre-Legislative Scrutiny of Administrative Rulemaking*

It is noteworthy that apart from the definition of the legislative scope of administrative rulemaking, the legislations of Germany and the US are also familiar with a form of administrative rulemaking scrutiny such as approval.

Under the German constitution, except for cases established by the federal law, the consent of the Bundestag to the acts issued by the federal government and a federal minister on individual matters may become obligatory.<sup>43</sup>

Like Germany, pursuant to the US Congressional Review Act, before a regulation can take effect, an agency shall submit a report on the regulation before each house of the Congress. The report should contain a copy of the regulation, a concise general statement relating to the regulation, including whether it is a major regulation, and proposed effective date of the regulation.<sup>44</sup>

Besides, a submitted regulation should be endorsed by both houses of the Congress. If the Congress does not approve a regulation, it passes a joint resolution of disapproval, as a result of which, a regulation shall not take effect.<sup>45</sup>

Georgian legislation differs from those of Germany and the US as it does not provide for the consent of the Parliament for administrative rulemaking of a corporate or non-corporate administrative body (implying administrative rulemaking on both important and non-essential issues).

In Georgia, legislative scrutiny of administrative rulemaking is manifested only in defining the legislative scope of administrative rulemaking. However, such a form of scrutiny over administrative rulemaking is applied as direct participation of the people in developing a normative administrative legislative act, about which we shall discuss in detail below.

## 2. **Public Participation as a Form of Control Over Administrative Rulemaking**

Delegation of legislative authority is necessary for effective governance. However, the delegation of legislative authority does not exclude the need for democratic responsibility of those persons, on whom the authority to develop administrative legislative norms is conferred.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Art. 80 (2).

<sup>44</sup> Congressional Review Act (CRA), 5 USC &801 (a) (1) (A)

<sup>45</sup> Congressional Review Act (CRA), 5 USC &802 (a)

<sup>46</sup> Rose-Ackerman, S., *Regulation and Public Law in Comparative Perspective*: 2-4, [http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/Trebilcock09\\_Rose-Ackerman.pdf](http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/Trebilcock09_Rose-Ackerman.pdf)

Since representatives elected by the people may not directly participate in administrative rulemaking, for the legitimacy of the act adopted as a result of such activity, it is necessary to ensure the direct participation of the people in its development.<sup>47</sup>

Public participation is necessary to convince it that a normative administrative legal act is based on the analysis of a legislative norm and important empirical evidences.<sup>48</sup>

Stemming from this, it will be interesting to explore the American and Georgian legislations with regard to public participation in administrative rulemaking.

### 2.1. *The Basics of Public Participation in Administrative Rulemaking in the United States of America and Georgia and the Distinction from Germany*

Under the American and Georgian laws, the route to legitimacy of administrative rulemaking is the direct participation of the people in administrative rulemaking.

In this regard, the American and Georgian legislatures differ from their German counterpart, which does not foresee the participation of the stakeholders in administrative rulemaking.

Besides, it is true that some statute in Germany establishes the participation of the stakeholders in administrative rulemaking, but the Constitution of Germany does not recognize the forms of public participation in administrative rulemaking.<sup>49</sup>

The APA, in delegating legislative authority, defines the participation of the stakeholders in administrative rulemaking. Under the APA, an administrative agency should publish a draft regulation on commencement of administrative rulemaking as well as a notice on administrative rulemaking. The notice should indicate a statute on the ground of which a legal act regulating the relevant matter should be issued as well as the description of a regulation to be considered.<sup>50</sup>

It is worth mentioning that the necessity of active public participation in administrative rulemaking is enshrined in the General Administrative Code of Georgia (GACG) as well as the APA: “The purpose of the (GACG) is to make frequently non-transparent and closed procedure of normative acts open to the public and other state bodies.

<sup>47</sup> West, W. (2005) ‘Administrative Rulemaking: An Old and Emerging Literature, Special Report’ *Public Administration Review*, 65 (6): 659.

<sup>48</sup> *Ibid*, 659.

<sup>49</sup> Punder, H. (2009) ‘Democratic Legitimation of Delegated Legislation- A comparative View on the American, British and German Law’ *Cambridge Journals, International Comparative Law Quarterly* 58(2): 353-378.

<sup>50</sup> Administrative Procedure Act (APA) 5 USC & 553 (b) (1) (2) (3).

This is the guarantee that a normative act shall be based on correct understanding of the matter and the public will be better familiarized and will accept it.”<sup>51</sup>

The GACG establishes the application of formal and informal procedure of different natures in the process of developing administrative norms by an administrative body. Publication<sup>52</sup> of a notice on administrative rulemaking and submission of opinion<sup>53</sup> should be distinguished among the informal procedures of public participation, and the oral hearing<sup>54</sup> among formal procedures.

It is noteworthy that in the GACG, from its enactment (the first of January 2000) onwards to the adoption of a new Law on Normative Acts, a separate chapter was devoted to administrative proceedings on the issuance of normative administrative decrees, which foresaw the possibility of applying formal and informal procedures of public participation at the time of issuing a normative administrative decree of any kind (implying a normative administrative decree issued by both corporate and non-corporate administrative bodies).

On 22 October 2009, a new Law of Georgia on Normative Acts took effect, Article 1.3 of which establishes that the types of administrative proceedings, provided for the adoption of normative administrative decrees under the General Administrative Code of Georgia, are applied with respect to normative acts issued by a corporate administrative body only. As for the matters related to the adoption (issuance) of normative acts issued by other administrative bodies and official persons, they are regulated by the Organic Law of Georgia on Normative Acts.<sup>55</sup>

As a result of the change introduced, the public is deprived of the possibility to participate in the process of adopting such normative administrative decrees, which shall be unilaterally elaborated by official persons. Similar change is not justified, because pre-parliamentary scrutiny over administrative rulemaking is not applied in Georgia. Consequently, the direct participation of the people in the development of a normative administrative decree constitutes an important guarantee of administrative rulemaking control.

In order to eradicate the abovementioned lacuna in the law, it is advisable to introduce relevant changes that ensure full-fledged participation of the people in administrative rulemaking, because the public participation constitutes an effective form of administrative rulemaking

control with regard to which I shall argue below in detail.

## 2.2. *Outcome of Public Participation in Administrative Rulemaking*

When we speak about public participation in administrative rulemaking, we should discern those positive and negative sides which may be characteristic of public participation.

The scholars supporting public participation in administrative rulemaking point to different positive sides of public participation and indicate that public participation in administrative rulemaking constitutes the provision of public's involvement in governance, which simplifies the process of discussions among experts, policy developers and citizens.<sup>56</sup>

Apart from this, in the opinion of the scholars supporting public participation, “the core of the ground of free society is an informed citizen. The more the public knows about the activities of their government, the better the country is governed, as transparency of the government is the best precondition for development of a country and accountability of the authorities before their people.”<sup>57</sup>

Besides, effective participation of the people in administrative rulemaking creates the desire among people to get rid of individualism and be involved in the exercise of public authority. Stemming from this, it is believed that the introduction of homogeneous practice of public participation in administrative rulemaking shall help create “the culture of public participation,” that will guide citizens towards increased involvement in the political process.<sup>58</sup>

Therefore, in the opinion of some scholars, the way through the use of which administrative rulemaking may be exercised in such a manner that its outcome shall not contradict the principle of democratic governance, i.e., direct involvement of those persons in administrative rulemaking that are interested in resolving the matter.<sup>59</sup> As Sajo points out, “The principle of proper procedures, if not by the content, through the procedures, still restrict the possibility of delegated rulemaking, which may not

<sup>51</sup> Adeishvili, Z., Winter G. and Kitoshvili, D. (2002) Comments on General Administrative Code of Georgia, Tbilisi.

<sup>52</sup> General Administrative Code of Georgia, Article 103. 11, the Legislative Herald of Georgia, N33, 09.11.2009, Article 208.

<sup>53</sup> *Ibid.*, Article 1062, the Legislative Herald of Georgia, N33, 09.11.2009, Article 208.

<sup>54</sup> *Ibid.*, Article 1064, the Legislative Herald of Georgia, N33, 09.11.2009, Article 208.

<sup>55</sup> *Ibid.*, Article 1064, the Legislative Herald of Georgia, N32(39), 15.07.1999.

<sup>56</sup> Abels, G. (2009) ‘Organizer, Observer and Participation, Different PTA Models?’ Science, Technology and Innovation Studies, 5: 19.

<sup>57</sup> New Information Reality and Internet, Institute for Development of Freedom of Information, Information Bulletin N1, <http://www.idfi.ge/uploadedFiles/27-32.pdf>

<sup>58</sup> Ziamou, T.(2000) Public Participation in Administrative Rulemaking: The Legal Tradition and Perspective in the American and European (English, German, Greek) Legal Systems, 44-48, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, [http://www.zaoerv.de/60\\_2000/60\\_2000\\_1\\_a\\_41\\_102.pdf](http://www.zaoerv.de/60_2000/60_2000_1_a_41_102.pdf)

<sup>59</sup> Balla, S.J. (2005) ‘Between Commenting and Negotiation: The Contours of Public Participation in Agency Rulemaking’ *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 1, Winter: 60.

arbitrarily be exercised even then, when there is no direct prohibition about it in the law. The participation of those should be secured in adopting administrative acts, to whom these decrees immediately apply, whereas the state bodies should prove that their draft decrees are in compliance with the rule defined by the law.”<sup>60</sup>

However, some scholars do not share the opinions held by the scholars supporting public participation in administrative rulemaking. They consider that those members of the society who are involved in administrative rulemaking are protecting not the public good but their own interests.<sup>61</sup>

This school of scholars believes that administrative rulemaking is the authority of the government, because governmental agencies have expertise with regard to specific issues and can make a decision independently, without public participation.<sup>62</sup>

Additionally, in the viewpoint of the scholars who oppose public participation in administrative rulemaking, public participation in administrative rulemaking is a procedure extended in time and is linked with excessive expenses incurred on the part of administrative bodies.

Nevertheless, determination of the link between public participation and the final outcome of administrative rulemaking is not always easy. It is believed that in order to make a political decision, the best solution shall be to share public opinions in the process of administrative rulemaking.<sup>63</sup> Moreover, if we take into account that public participation in administrative rulemaking empowers<sup>64</sup> the people to exercise democratic self-governance and besides, it provides the possibility to play a significant role in the “quasi legislative” process.<sup>65</sup>

This is especially important for Georgia, where it is desirable to both enhance the role of the public and constant

control over decision making procedure by administrative bodies in the exercise of governance.

#### IV. Conclusion

As a result of the analysis, it has been discerned that delegation of legislative authority is frequently applied in Germany, the United States of America and Georgia.

Respective legal acts are developed in all three countries, which establish the control mechanisms for delegated legislation. The German, the US and Georgian legislations resemble one another in defining the legislative scope of administrative rulemaking. However, it is noteworthy that pre-legislative scrutiny over administrative rulemaking is applicable in Germany and the United States of America, whereas the legislation of Georgia does not recognize such parliamentary control mechanism. However, unlike Germany, the American and Georgian legislations establish the institution of administrative rulemaking such as the provision of public participation in the development of acts drafted by the executive branch.

Besides, notwithstanding the fact that public participation in administrative rulemaking is envisaged in the GACG, the procedures pertaining to public involvement are not completely elaborated. Therefore, it is desirable to introduce the following changes in the legislation:

- The chapter on administrative proceeding with regard to the issuance of normative administrative decrees shall be separated as a special chapter in the GACG;
- Provisions on public participation in the GACG should be extended not only to rulemaking of corporate administrative bodies but also to that of non-corporate administrative ones;
- The possibility to submit public opinions about administrative rulemaking through hardcopy documents as well as electronic methods (as it is defined with regard to publication of notice about administrative rulemaking);
- In every separate case, additional procedures for public participation in administrative rulemaking shall be established by a legislative act.

<sup>60</sup> Andras, S. (2003) *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Tbilisi, Georgia: Iris.

<sup>61</sup> Punder, H. (2009) ‘Democratic Legitimation of Delegated Legislation- A comparative View on the American, British and German Law’ *Cambridge Journals, International Comparative Law Quarterly* 58(2): 353-378.

<sup>62</sup> Harter, P.J. (2004-2005) ‘A Plumber Responds to the Philosophers: A comment on Professor Menkel-Meadow’s Essay on Deliberative Democracy’ *Nevada Law Journal*, 5: 384.

<sup>63</sup> Ziamou, T.(2000) *Public Participation in Administrative Rulemaking: The Legal Tradition and Perspective in the American and European (English, German, Greek) Legal Systems*, 44-48, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. [http://www.zaerv.de/60\\_2000/60\\_2000\\_1\\_a\\_41\\_102.pdf](http://www.zaerv.de/60_2000/60_2000_1_a_41_102.pdf).

<sup>64</sup> Aman, A.C.Jr., (2008) *Politics, Policy and Outsourcing in the United States: The Role of Administrative Law, Administrative Law in a Changing State in Essays in Honour of Mark Aronson (Pearson, L., Harlow, C. and Taggart, M., Eds.)*.Oxford, UK: Hart Publishing.

<sup>65</sup> Noveck, B.S. (2004) ‘The Electronic Revolution in Rulemaking’ *Emory Law Journal*, 53, Spring: 460.

Mayis Aliyev<sup>1</sup>

## Democratization of Legislation Envisaging the Education Rights of Persons with Disabilities in Azerbaijan

### I. Introduction

*According to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 13 December 2006 and the legislation of the Republic of Azerbaijan, one of the most important tools to integrate persons with disabilities into society is the creation of necessary conditions to realize their educational rights. Persons with disabilities can ensure their employment by obtaining relevant professional qualifications as an outcome of their education. Inclusive education is perceived as the most effective mechanism aimed at ensuring the educational rights of persons with disabilities in accordance with international legal norms. Inclusive education means an opportunity for persons with disabilities to get education together with their peers' in common educational institutions. The present article gives the analysis of democratization of the legislation envisaging the educational rights of persons with disabilities, and particularly, legal issues of inclusive education as the most effective tool to enforce their educational rights. The author analyzes the reflection of inclusive education in international and national legislations, its significance, principles and the relevant work done in the country, including the ways of wider implementation of inclusive education in Azerbaijan. The Article also treats problems of different nature, including problems seen in legal regulation and its solutions, existing in the field of inclusive education in Azerbaijan.*

### II. Legal Basis of Educational Rights of Persons with Disabilities

The right to education is seen as one of the fundamental social and cultural rights envisaged in the first Constitution of the independent Republic of Azerbaijan adopted via the nationwide voting on 12 November 1995. The right to education is characterized as a social value in legal literature and its social significance is explained by the realization of this right and the transformation of an individual into a holistic personality.<sup>2</sup> Indicated as a field of activities of

strategic importance in society<sup>3</sup>, education is an important factor that influences social processes, and serves the formation of qualities and values that constitute personality. Democratic education ensures equal rights to education for both ordinary and disabled children, i.e., all members of the society, which creates conditions to maintain social equality.

For a long time, the approach to persons with disabilities was based on the medical model, i.e., they have been considered as 'incapable members of the society'. This has limited their integration into society on the principles of equality before law and equal opportunities. At the same time, such an approach to persons with disabilities in the society resulted in the views such as disabled persons are supposed to stay home, not to visit public places, not to work with other persons in relevant work places and educational institutions or get educated. In its turn, such an approach makes it necessary to form a moral model for persons with disabilities in society and not to treat them through the prism of charitable actions. The elaboration of a model of social approach that accepts persons with disabilities as full-fledged members of society and reflects their full and effective integration into society as well as its adaptation to the current legislation are among the most topical issues of the contemporary period. The idea of a social model stems from the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (henceforth referred to as the Convention) of 13 December 2006, ratified by the Azerbaijani State on 2 October 2008, and the social reforms implemented in this field. The adoption of the Convention demonstrates that the state, persons with disabilities themselves and all the members of society should be sensitive to this issue and all these relations should be aimed at the full realization of human rights.

Having adhered to this Convention, the Republic of Azerbaijan has undertaken the important obligations to ensure the rights of persons with disabilities, to observe and promote these rights, and the protection of their rights has become one of the most important priorities of the national policies. The Convention requires the states to ensure the creation of legal, economic and social conditions that enable persons with disabilities to be fully independent and gain full physical, intellectual, social and professional skills, and remove obstacles that can influence their full and effective activities in the social sphere. For this reason, scientifically elaborated state programs and strategies should be prepared and implemented.

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities adopted by the UN General Assembly on 13 Decem-

<sup>1</sup> Professor, PhD in Law, Labor and Environmental Law Chair, the Baku State University

<sup>2</sup> Alasgarov, Z.A. (2011) *Constitutional Right*, Baku: Baku University Publishing House.

<sup>3</sup> Jafarov, I.M. (2010) *Comments on the Constitution of Republic of Azerbaijan*, Baku: Law literature.

ber 2006 covers many aspects of the educational rights of these persons in parallel with their other rights. According to Article 24 of the Convention envisaging the right to education, persons with disabilities should be able to study in equal conditions and the states should support access to education for them at all levels. While enforcing the right to education, the participating states should ensure all the possibilities for persons with disabilities so that they are not left out of the general educational system and get inclusive, high quality and free education in their places of living, together with other persons on equal basis.<sup>4</sup>

The Convention also envisages the approach to the education model it promotes, addressing impediments and stereotypes. It also promotes inclusive education as the best educational environment for all, including mentally impaired persons. Such approach favors the creation of an inclusive society that does not fear disabled persons and easily accepts them. Once children with disabilities grow together with their peers and participate jointly in the educational process, they are able to develop better mutual understanding and respect.

Following the restoration of national independence, the Republic of Azerbaijan has ratified several international conventions related to human rights, including the Convention on the Rights of the Child. This convention on the rights of children is the first document that prohibits openly the discrimination against children with disabilities. At the same time, it reflects the right of children with disabilities to live as full-fledged members of the society and the right to receive assistance in case of necessity.<sup>5</sup>

According to Article 5 of the Law of the Republic of Azerbaijan on Education, the state guarantees to create corresponding conditions for each citizen and does not permit the deprivation of any level and form of education. The state secures the creation of equal opportunities for each citizen and does not tolerate discrimination, regardless of the individual's gender, race, language, religion, political views, nationality, social status, background, and state of health. The citizens have the right to choose freely the type of education, educational facility and the language of education. The educational policy of Azerbaijan is aimed at ensuring high quality education for citizens and creating equal opportunities of high quality education for children representing national minorities, refugees and IDPs and children with limited health abilities.<sup>6</sup>

The Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in

society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015 indicates that the needs of children with disabilities and their families should be evaluated in detail by relevant institutions to help those children to grow-up in their families and integrate into community life. The fourth chapter of that program is dedicated to the educational possibilities of persons with disabilities.<sup>7</sup>

The Azerbaijan-2020: Vision for Future – development concept approved by the Decree of the President of the Republic of Azerbaijan, dated 29 December 2012, stipulates that various development, corrective and inclusive education programs will be implemented for children with special needs and limited health abilities. Targeted qualification courses on (interactive) training technologies and inclusive education will be organized for teachers of all secondary educational institutions. A flexible system is to be established to enable each teacher to gain ICT skills.<sup>8</sup>

### III. Content, Specific Details and Principles of Inclusive Education as an Effective Tool to Realize the Rights of Persons with Disabilities

One of the most important issues to effectively implement the measures related to persons with disabilities, defend their rights and integrate them fully into all spheres of public life is to realize inclusive education aimed at ensuring the full implementation of the educational rights of persons with disabilities and, particularly, children with limited health abilities in accordance with international legal norms.

Inclusive education reflects an opportunity for children with special educational needs to study together with their peers in secondary educational institutions. The program of inclusive education supports children with special needs to realize their potential. This educational system increases the self-confidence of children with special needs and puts them in equal conditions with other normal children.

Though the Law on Education and the Law on Education of Persons with Limited Health Abilities, (Special Education) adopted to ensure the educational rights reflected in the Constitution of the Republic of Azerbaijan, do not directly envisage the norms related to inclusive education, there are provisions that reflect this idea indirectly.

Despite the fact that the Law of the Republic of Azerbaijan on Education of Persons with Limited Health Abilities (Special Education) contains relevant norms related to the

<sup>4</sup> Legal groundwork of Disabled persons, Baku: Goliath Group

<sup>5</sup> 'Inclusive Education: Experience and Assigned Tasks' (2011) Collection of articles of V International Research-to-Practice Conference: 624.

<sup>6</sup> Republic of Azerbaijan Law "About Education" (<http://e-qanun.az>)

<sup>7</sup> <http://www.mlsp.gov.az>

<sup>8</sup> "Azerbaijan 2020: A Look into the Future Concept" approved by the decree of the President of the Republic of Azerbaijan on 29th December 2012 : <http://e-qanun.az>

organization of special education, education at home and integrated education, the notion of inclusive education is not inserted even in the list of main definitions. There is no provision in the Law of the Republic of Azerbaijan on Education that could regulate inclusive education. The Law on Education of Persons with Limited Health Abilities (Special Education) envisages 'integrated education' to ensure education for children with limited health abilities in secondary schools. However, the involvement of children with limited health abilities in educational institutions with integrated educational processes is limited to their mere presence in the schools and does not provide equal education possibilities with other schoolchildren. Thus, integrated education means the involvement of children with limited health abilities in education in special classrooms on the basis of special education programs. However, notwithstanding the existing abilities of each child, the application of modern approaches in inclusive education to the development of their potential and the process of adaptation to the social environment can open up wider possibilities for children to master the skills of independent life. This approach should cover various educational stages.

The development of inclusive education is one of the priorities set for educational policies in many countries of the world. The current reforms have the goal to adapt education to international principles and standards. One of these principles is to make education more humanistic and bring in line with human rights. According to the UN Convention on Human Rights, all states have the obligation to create equal educational possibilities for all children and integrate children with disabilities into society. One of the goals of contemporary education is the stimulation and realization of the integration of persons with disabilities into society. The main principle of inclusive education is to enable children to study together to live together in society.

Inclusive education differs mainly by 4 principal qualities:

- to ensure the use of different requirements in relation to intellectual and physical abilities and search for optimal instruments to take these differences into account;
- to stimulate problem solving abilities and the creative potential of schoolchildren using various ways;
- to ensure the rights of children to attend school, express their vision and obtain results by participating in high quality educational processes, notwithstanding social and ethnic specifications;
- and to provide moral support to schoolchildren who are subjected to social isolation and demonstrate poor school attendance.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> 'Inclusive Education: Experience and Assigned Tasks' (2011) Collection of articles of V International Research-to-Practice Conference: 624

Inclusive education is based on the eight principles given below:

1. Value of a person is not measured by his/her abilities and achievements.
2. Each person has an ability to feel and think.
3. Each person has the right to communicate.
4. All people need each other.
5. A genuine education can be achieved only through real mutual relations.
6. All people need the assistance and friendship of their peers.
7. Development of achievements of all studying people is measured by what they can do and not by what they cannot do.
8. Diversity develops all qualities of a person.<sup>10</sup>

#### **IV. Status of Implementation of Educational Rights of Persons with Disabilities in the Contemporary Period**

According to UN statistics, the world has over 650 million persons with disabilities who make up 15% of the world's population<sup>11</sup>. In fact, if we add their families to this number, we can say almost two billion people directly or indirectly are suffering today from some form of disability. Usually, persons with disabilities in many countries live in isolation from the rest of society and are deprived from an opportunity to enjoy good living standards. They do not have opportunities to go to school, work, live in their houses, marry and raise their children and participate in public life. As the most vulnerable part of society that requires more social protection, the rights of persons with disabilities are among important problems of not only any one country and region, but the entire world.

5.5% of the population of the Republic of Azerbaijan is comprised of persons with disabilities. According to the data of the State Statistical Committee of the Republic of Azerbaijan, there are 506,127 persons with disabilities in Azerbaijan, of which 61,693 are children with disabilities under the age of 18<sup>12</sup>.

Besides being the tool of education for children with special needs, the model of inclusive education also envisages their transformation and development. At the same time, this model covers children that belong to an even wider category. This means that it is related not only to children with disabilities, but also to orphans, children de-

<sup>10</sup> Azerbaijan Education: a Look into Near Past, Present and Future: <http://www.muallim.edu.az/arxiv/2009/n30/ardi1.html>

<sup>11</sup> Кондратьева З.А. Пенсия по инвалидности // Социальное обеспечение, 2013, № 11, pages 43-47

<sup>12</sup> [www.azerbaijan-news.az](http://www.azerbaijan-news.az); [www.azstat.org](http://www.azstat.org)

prived of parental care, problem children, children with behavioral difficulties, children with bad habits, children with arrears in education, and those with violated rights and facing violence.

Studies demonstrate that the experiences of Canada, Denmark, US, Great Britain, Germany, Norway, the Netherlands, Spain, Sweden, Italy, Iceland, Malta, India and other countries are important. Children with special needs in the educational systems of these countries study jointly with normal children in ordinary schools and kindergartens spend their leisure time together and participate in various events. Such organizational form of education helps children with special needs to avoid isolation from society and their peers, be integrated into society and ensure their development and rights. It also helps normal children to form humanistic and tolerant attitude to their peers.<sup>13</sup>

It should be also noted that though progressive legislations are adopted in several countries, there was no serious progress made in the field of inclusive education. For instance, we can notice the trends of increase in the numbers of children in the special education facilities of India, Germany and Belgium.

Tangible results are obtained from the projects implemented by UNESCO in former socialist countries such as Slovenia, Croatia, Macedonia, Romania and Bulgaria. Inclusive education projects are under way in former Soviet republics – the Baltic countries, Russia, Belarus and Georgia.

The Ministry of Education of the Republic of Azerbaijan has elaborated the Development Program for Organization of Education of Children with Special Needs (with Limited Health Abilities) for the years 2005-2009. It was approved by the decision of the Cabinet of Ministers of the Republic of Azerbaijan on 3 February 2005. The program includes the following important issues: to ensure the educational rights of children with limited health abilities; to create equal educational opportunities for this type of children; to realize the gradual transition to integrated (inclusive) training; to ensure equal possibilities for the education of all children in educational institutions; to increase the social protection of children under state care; to register at national level children with special needs of all categories in line with the relevant classification and attract them into the education; and, to adapt material and educational platforms of special educational institutions to modern standards.

The activities of the Heydar Aliyev Foundation which strongly supported the implementation of this program should be noted in particular, and the work done by Mrs. Mehriban Aliyeva, President of the Heydar Aliyev Foun-

ation, the Goodwill Ambassador of UNESCO and Member of Parliament, is very valuable. Relevant work is done to organize education for children with limited health abilities, orphans, and children deprived from parental care and left beyond the public attention, and to increase the material, technical and educational possibilities in their schools. Boarding and special schools have undergone full renovation or were rebuilt for children with limited health abilities. At the same time, these institutions are equipped with the inventory and equipment that meet modern requirements.

Several projects are implemented in Azerbaijan to organize inclusive education. Only 283 out of 61,693 children with limited health abilities are included into the inclusive education system on the basis of such projects<sup>14</sup>.

With regards to the psychological and pedagogical problems of children with special needs and support the implementation of their integration into society, the activities of the Inclusive Education Center (hereinafter referred to as the Center) should be highlighted. The Centre is attached to the Azerbaijani Teachers' Institute, and is created within the framework of Positive Changes in Life of Persons with Disabilities Project being implemented by World Vision International humanitarian organization. Currently, this project is continued successfully with the Public Association on Studies of Social Rights. As a result of the effective organization of the activities of this Center, it becomes possible to study global practice related to the problems of inclusive education, adapt the results of the study to Azerbaijan's requirements, increase the quality of scientific and research work and coordinate with modern training methods. At the same time, it is necessary to use mass media to raise public awareness on the activities of the Center and issues related to children with limited health abilities, organize training courses on inclusive education in national secondary schools, elaborate recommendations on scientific methods, booklets, books for specialists of pedagogy and parents of children with limited health abilities, hold lectures and seminars related to inclusive education for graduates of professional qualification courses (including teachers at boarding schools organized for children with limited health abilities), organize teaching internships in the schools with inclusive education and run seminars on inclusive education at the branches of the Azerbaijan Teachers' Institute.

The Law of the Republic of Azerbaijan on Education (the Special Education) of Persons with Limited Health Possibilities regulates issues related to the organization of pre-school, general and vocational education for these

<sup>13</sup> <http://www.muallim.edu.az/arxiv/2009/n30/ardi1.html>

<sup>14</sup> [http://www.cie.az/az/index.php?option=com\\_content&view=article&id=83&Itemid=294&lang=en](http://www.cie.az/az/index.php?option=com_content&view=article&id=83&Itemid=294&lang=en)

persons by creating special conditions to enable them to use pedagogical, psychological, medical, social and other services. In accordance with the law, general, vocational and higher education should be ensured for persons with disabilities and children with limited health abilities in general education and, in case of necessity, in special educational institutions. The education of children with limited health abilities to study at regular schools is organized upon their and their parents' wish.<sup>15</sup> We think that it would be worthwhile to clearly reflect a possibility for persons with disabilities and children with limited health abilities in the law to study together with other persons in general educational institutions, i.e., inclusive education.

## V. Problems Existing in the Field of Inclusive Education in Azerbaijan and the Ways of Their Resolution

There are various problems identified in the field of inclusive education within the educational system of Azerbaijan. Among them are the issues related to legal regulation. It is obvious that the problems will persist in the future. The challenges existing in the field of inclusive education and the ways of their resolution are given below:

Firstly, though the Law of the Republic of Azerbaijan on Education (the Special Education) of Persons with Limited Health Possibilities contains relevant provisions on special education, education at home and integrated education, the Law of the Republic of Azerbaijan on Education does not envisage any norm that regulates the organization of inclusive education. The lack of definition of 'inclusive education' in the general list shows, in fact, that this problem did not yet find its resolution at the legislative level.

We think that it would be expedient to indicate clearly, in the texts of the Laws of the Republic of Azerbaijan on Education and the Education (the Special Education) of Persons with Limited Health Possibilities, the opportunities of inclusive education, which ensure that persons with disabilities would have a possibility to study together with other persons in general educational facilities and make changes to the rules and mechanisms of attracting such persons into inclusive education. It should be noted that the list of diseases that qualify one's eligibility to participate in inclusive education is not yet elaborated. In this regard, there is a need to approve at the legislative level the list of all types of diseases that allow and impede one's involvement in inclusive education.

Secondly, insufficient experience in the field of inclusive education and the scarcity of professionals slow down

the progress of work in this field. At the same time, the necessary staff list comprising teachers, teaching assistants, educators and assistants in the educational institutions where inclusive education projects are implemented is not complete. Teachers and educators in relevant classes and groups at secondary schools and kindergartens should be accompanied by assistants in their work. However, the current list of staff does not envisage such positions, and therefore it becomes necessary to add additional positions to the staff list of educational institutions where such projects are implemented, whenever a need arises. International practice demonstrates that any educational institution that provides inclusive education should have the competence to add additional positions to the staff list immediately, and such issues are considered during the planning process. So far, no work has been carried out at the national level to appoint child development therapists (ERG therapists). In this regard, we should start to prepare experts specialized in the field of exclusive education while the educational institutions implementing inclusive education projects should have proper staff lists comprising teachers and educators and appropriate assistants. At the same time, we should also train specialists in the field of child development (ERG therapists).

Thirdly, despite the significant role played by parents in organizing inclusive education, the issues of their development and education via special training courses should be resolved. In this regard, we are of the opinion that special courses should be organized for parents of children with disabilities to ensure the latter's education.

Fourthly, though inclusive education is applied to a limited extent in preschool and secondary institutions in Azerbaijan, no project is implemented to ensure the same type of education in vocational and higher educational facilities. We are of the opinion that inclusive education should be implemented at all stages of education, envisaging individual programs by taking international experience and education standards for children into account. These programs will ensure, in real terms, the possibilities of using high quality education for children with disabilities. At the same time, new rules should also be applied to evaluate opportunities for persons with disabilities to be involved in education.

Fifthly, no services have been created in the field of inclusive education. There are no groups composed of speech therapists, psychologists, speech pathologists, and others who could be assigned to educational institutions. We think various services should be started in this field by creating the groups of speech therapists, psychologists, speech pathologists and assigning them to educational institutions.

Sixthly, due to the lack of mechanisms and rules of

<sup>15</sup> Republic of Azerbaijan Law "About Education of Persons with Limited Health Possibilities (Special Education): <http://e-qanun.az>

involving children with disabilities into education, the Commission for Psychological, Medical and Pedagogical Issues faces some difficulties in issuing an opinion. Currently, this institution mainly deals with the issue to clarify educational abilities of children. We think that the Commission for Psychological, Medical and Pedagogical Issues should be able to evaluate the educational needs of children with disabilities in detail to ensure their educational rights. The individual plan of development based on the comprehensive approach should be elaborated for each child. Due to this reason, relevant changes should take place in the activities of the said Commission.

Seventhly, the adaptation of the infrastructure of educational institutions at all stages of education to the needs of persons with disabilities remains as one of the main problems in this field, and there is a need to make the infrastructure of educational facilities compatible with the needs of persons with disabilities.

Eighthly, the current access of persons with disabilities cannot be considered as satisfactory. In this regard, it would be expedient to create a data bank on children with disabilities involved in inclusive education. One of the main goals is to increase the level of public awareness about the educational rights of persons with disabilities.

Ninthly, the inclusion of children with disabilities into education is also related to the material security of their parents, and relevant expenses of parents should be compensated. The widest form of extending assistance to such families is to assign them relevant child benefits. For this reason, families with children are assigned many child benefits both in the European countries and post-Soviet Union states. For instance, the Republic of Belarus has several types of child benefits such as benefits for pregnancy and child birth, the service for a child with disabilities under 18 years, etc.<sup>16</sup> Mothers with children below 3 years also receive social allowances for their care in that country.<sup>17</sup> In Spain and Poland, families receive one time child benefit at birth and monthly benefits until a child becomes 3 years old.<sup>18</sup> Denmark assigns monthly child benefits for the period of care given by parents to a child with disabilities.<sup>19</sup> Though Article 36 of the Law of the Republic of Azerbaijan on the Rights of Children envisages special benefits to the persons that take care of children with limited health capacity until they are 18 years old, the benefits still remain

undetermined for the time being. We think that it would be worthwhile to determine special social benefits in the form of a minimal salary set at the national level for the persons that take care of children with limited health capacity until they are 18 years old.

The resolution of all the above-mentioned issues requires a comprehensive approach to, and it is necessary to implement new projects and programs to enable children with disabilities to access high quality education jointly with other children (inclusive education). Due to the fact that inclusive education is reflected as a priority in the education strategy, the Ministry of Education of the Republic of Azerbaijan should carry out systematic work in this field by involving civil society institutions and NGO representatives as the practice of other countries shows.

Inclusive education is destined to make educational process accessible for every child and ensure children's equality in this field, create equal conditions for their communication, manage effective learning processes, ensure relevant skills are imparted to the specialists of pedagogy involved in these processes, take into account needs of each schoolchild, and fully involve the families of children actively in the life of educational institutions to realize the educational rights of all schoolchildren, including children with disabilities. Only in this way, real results can be obtained and the principle of 'education for all' promoted by inclusive education can be realized.

<sup>16</sup> Куренной А.М., Томашевский К.Л., Ярошенко О.Н. Трудовое право и право социального обеспечения в Беларуси, России и Украине (формирование и развитие). Минск: Дикта, 2011, page 105

<sup>17</sup> Постовалова Т.А. Курс права социального обеспечения Республики Беларусь. Минск: Тесей, 2008, page 292

<sup>18</sup> Пособия на ребенка в странах Европы. <http://www.domeuropa.e/womens/27-womens/67>

<sup>19</sup> Дания день за днем [http://www.IS-europa.dk/ru/Nyheder/Nyheder\\_ru/htm](http://www.IS-europa.dk/ru/Nyheder/Nyheder_ru/htm)

Sergi Jorbenadze<sup>1</sup>

## Regulating “Must Carry” at Legislative Level as one of the Integral Elements of Democratic Legislation

### I. Introduction

*The present article is related to the legislative amendments performed in Georgia in 2012 and 2013. Pursuant to these amendments, the so called “Must Carry” obligation was introduced into the Elections Code of Georgia, and the Law of Georgia on Broadcasting.<sup>2</sup> This legislative amendment was implemented due to the political conditions existing in the country at that time. On one hand, the parliamentary elections of 1 October 2012 were hugely significant politically and public interest was very high; on the other hand, despite interest, the people could not watch programmes of all television channels as some cable operators were not transmitting the signals of certain television channels. If we refer to the judicial practice of the European Court of Human Rights, we will see that if public interest towards a specific issue is high, the possibility of publicizing information shall not be restricted by the government.<sup>3</sup> The mentioned stipulation may be considered to be a precondition for the adoption of “Must Carry”.*

*Regulation of the “Must carry” legal concept at the legislative level was originally qualified as one of the attempts at creating democratic legislation. This article discusses the expediency of the relevant amendment; its role and outcomes will be highlighted in the conclusion.*

### II. Rationale of Must Carry

“Must Carry”, i.e., so called “Mandatory Transmission” implies that locally licensed television channels must be carried on a cable operator’s system. It would not have been adopted in Georgia without significant public interest towards the parliamentary elections of 1 October 2012. Numerous opinions and assessments indicated that its adoption was linked to the pre-election period.<sup>4</sup> The Parliament of Georgia had discussions on the issue at stake<sup>5</sup> and finally, at the first

stage, it was reflected in the amendments made to the Organic Law of Georgia – Elections Code of Georgia.<sup>6</sup>

Pursuant to the “Must Carry” obligation, 60 days prior to the elections, an obligation was imposed on each cable operator to carry a broadcast television station at no cost to view in the general consumer package. In June 2013, the Law of Georgia on Broadcasting introduced a different regulation. Under the latter, the “Must carry” obligation became permanent, i.e., broadcasters were granted the right to request “mandatory transmission” of their signal at all times.

“Must carry” means public transmission of broadcasters’ signal only by electronic media. Although print media is a type of media, the difference between it and television and radio broadcasting is significant, which is reflected in the scales of the coverage area and perception by population.<sup>7</sup> The role of electronic media in modern times is more important. With the adoption of the condition of “mandatory transmission,” the population of Georgia was given a possibility to receive information regarding every important and topical issue from the media, which is most widely spread and covers the largest area of the Georgian territory.

#### 1. Necessity Caused by Elections

The necessity to adopt “Must Carry” arose due to the unstable state of the media due to which the Georgian population was prevented from watching certain TV channels. The situation was protested by the Georgian population several times. The parliament<sup>8</sup> requested to speed up the process of bringing the regulation on par with those of democratic regimes and resolve the broadcasting issue.

The field of operation of broadcasters is defined under the law. Such kind of freedom is also expressed in the choice of what to broadcast.<sup>9</sup> In most cases, programmes, and, accordingly, the shows are thematic in nature and they stem from the current events that take place in the country. In 2012, the parliamentary elections were the most important events in the country.

In general, free and fair elections represent the first precondition of democratic development.<sup>10</sup> The legislation governing elections and its observance during elections period

<sup>6</sup> See. <<http://civil.ge/geo/article.php?id=25652> \_ Point 17 of Article 50 of Election Code of Georgia

<sup>7</sup> Jarass H. D., and Pieroth, B. (2007) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (13<sup>th</sup> Ed.). München : C.H.Beck. (Jarass) - Art. 5, Rn. 36

<sup>8</sup> See for example: <<http://dfwatch.net/must-carry-law-goes-into-force-in-georgia-43465>

<sup>9</sup> Wendt R., Münch, Iv. and Kunig, P. (2000) *Grundgesetz-Kommentar*, München : C. H. Beck. Art. 5, Rn. 46

<sup>10</sup> Tugushi, T., Burjanadze, G., Mshvenieradze, G., Gotsiridze, G. and Menabde, V. (2013) *Human rights and Practice of Constitutional Proceedings of Georgia (judicial practice of 1996-2012)*, joint project of the Constitutional Court of Georgia, Public Defender of Georgia and Young Lawyers’ Association, Tbilisi : Sezani. (tugushi...) - 382

<sup>1</sup> Doctoral student at the department of law at Ivane Javakhishvili Tbilisi State University (TSU); Master of Law of TSU (MA); Master of Law of Bremen State University (LL.M.); invited lecturer at TSU; invited lecturer at Caucasus University; Assistant professor at East European University; Senior Associate, Lawyer, Rödl & Partner (Tbilisi, Georgia)

<sup>2</sup> The legal concept at stake will be referred in the Article as “Must Carry”.

<sup>3</sup> See case: *Lingens v. Austria* \_ #9815/82 \_ 08.07.1986.

<sup>4</sup> See, for example: <<http://www.civil.ge/eng/article.php?id=24940>.

<sup>5</sup> Regarding parliamentary discussions see for instance: <http://transparency.ge/en/node/2138>

represent a means to evaluate existing democracy in the country.<sup>11</sup> Therefore, public interest towards elections is significant. Public interest was expressed in parliamentary elections of October 1, 2012, when people needed access to information regarding the activities of the candidates during the pre-election period. Based on the aforementioned, freedom of choice would originate and the audience would decide from which broadcaster to receive information regarding a particular issue; thus the freedom of expression and the right to information would be effectively exercised.<sup>12</sup>

In case of lack of a possibility referred above, it is impossible to form civil society in the country. Civil society cannot be formed without the opportunity for self-development,<sup>13</sup> while self-development, first of all, should be reflected in the enjoyment of fundamental rights.

Democracy does not only mean holding impartial elections. It is based on the performance of relevant activities by media. If, for example, television broadcasting transmits a specific type of information through news and it is not accessible for all, democracy will be essentially undermined in parallel with unavailability of this information.

## 2. The Significance of “Must Carry” in Terms of the Formation of Democratic Legislation

Elections in democratic countries depend on relevant activities performed by the state. The state should not establish unreasonable restrictions for persons having active as well as passive electoral rights<sup>14</sup>. On the contrary, the state should create all necessary conditions for democratic elections. In order to meet the above-mentioned condition, it is necessary to have high level of objectiveness among media. The aforesaid is impossible without democratic legislation governing media law. Hence, it is important to determine the significance of media in terms of democracy.

**a. Freedom of media as a pre-condition of establishing democracy:** Freedom of media represents citizens’ right to control current events in the country.<sup>15</sup> Media is considered to be the fourth branch of power, which can be formed where

there is no censorship.<sup>16</sup> Stemming from the aforementioned, it is necessary to have apolitical legal provisions in place; thus media activities that are free from any political pressure will serve as the main preconditions for the full realization of democratic regime.

**b. The role of “Must Carry” in establishing democracy:** Implementation of broadcasting tools enables the public to receive information substantiated by specific facts. Required information is directly linked with objective information, which should not be formed of only subjective views and should be carried out within the so called “free programme”. Moreover, the public as well as a private broadcaster is protected by obligation.<sup>17</sup> By means of “Must Carry,” the population chooses which broadcaster to watch and which of them is free from third party influence. The level of democracy thus dramatically increases in the country and each person will have an opportunity to determine the quality of a broadcaster’s activity on his/her own.

**c. Negative result of “information vacuum”:** “Must Carry” is an opportunity of free choice for each citizen, otherwise the so-called “information vacuum” would flourish; the population would receive only that information on topical events which the government or owners of media outlets would decide to impart.<sup>18</sup> The term “information vacuum” is selected as the result of opinions expressed in the jurisprudence of the Constitutional Court of Georgia as well as the Georgian legal doctrine, e.g., decision no. 2/2-389 of the Constitutional Court of Georgia dated October 26, 2007, in the case of *Maia Natadze and others v. the Parliament of Georgia and the President of Georgia*. The decision concerns the state’s obligation not to impose on the public the so called “information filter”. If the state decides what to broadcast it will amount to an attempt at creating unequal conditions for the people. The public will, therefore, be deprived of any opportunity to make a choice; thus, irrespective of their will, the public will receive only that information the state is willing to impart. “Must carry” represents the best way to prevent such an eventuality. In this case, cable operators broadcast both the so-called “opposi-

<sup>11</sup> Gegenava, D., Kantaria, B., Tsanova, L., Tevzadze, T., Macharadze, Z., Javakhishvili, P. and Erkvania, T. (2013) The Constitutional Court, Tbilisi : Legal Institute of David Batonishvili. (gegenava...) - 162

<sup>12</sup> Decision of the Constitutional Court of Georgia #1/3/421,422 of November 10 of 2009 – citizens of Georgia Avtandil Ungiadze and Giorgi Kipiani v. Parliament of Georgia.

<sup>13</sup> Lobzhanidze, G. (2005) *Human Rights Law*, Tbilisi : Publishing House Innovation. (Lobzhanidze...) - 239.

<sup>14</sup> Decision #1/1/257,268 of the Constitution Court of Georgia dated January 24 of 2005, citizens of Georgia GuramSanadze and IrakliKotetishvili v. the Parliament of Georgia

<sup>15</sup> Löffler, M. and Ricker R.. (2000) *Handbuch des Presserechts*, München : C.H.Beck. (Loeffler...) - 38.

<sup>16</sup> See for example: <http://gip.ge/blog/%E1%83%9B%E1%83%94%E1%83%93%E1%83%98%E1%83%90-%E1%83%93%E1%83%90-%E1%83%9E%E1%83%9D%E1%83%9A%E1%83%98%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%99%E1%83%90/> [14.01.2014].

<sup>17</sup> Kannengiesser in Schmidt-Bleitbreu, B., Hofmann, H. and Hopfauf, A. (2008) *GG Kommentarz um Grundgesetz*, München : Carl Heymanns. (Kannengiesser) - Art. 5, Rn. 16

<sup>18</sup> For instance, we can discuss the case of South Korea: in 2010 world football championship, the team of South Korea lost 1:2 to Brazil. This issue was differently aired, in particular: it was broadcasted in the South Korea that their national team won 1:0. Correspondingly, the video that was broadcasted after the match was finished was missing two goals scored by the team of Brazil. (See <http://www.youtube.com/watch?v=-O-s1WhYOWs>). Such incidents represent severe interference in media activities, which itself is a factor that prevents development of democracy.

tion” as well as “government television”.<sup>19</sup> Thus, the public is able to watch programmes of any channel.

**d. Intermediate result:** Freedom of media including private autonomy of media is of specific nature and differs from private autonomy granted to other persons.<sup>20</sup> Based on media activities, the quality of freedom of media can be determined as a criterion of freedom of media. These activities determine specific criteria on works performed by media<sup>21</sup>, enabling it to decide what type of activity to carry out as well as the type of information to be provided to people.<sup>22</sup>

The state should facilitate and support independence of various media, be it political, social or cultural.<sup>23</sup> First of all, a law should be adopted, which would take constitutional rights and possibility of their enjoyment into consideration. “Must Carry” was adopted for avoiding the negative outcome caused by the lack of information in the country. The main essence and importance of democratic society are reflected in the publicity of media activities. The goal of the state is to encourage the fulfillment of such activities. It must adopt a law which supports media in its activities. If public is unable to watch media broadcasts, the meaning of media in the country will be fundamentally undermined. Broadcasting any news, socio-political talk-shows and debates will make no sense, if people are unable to see and listen to them. Therefore, amendment of the legislation in terms of “Must Carry” is significant.

### III. Ensuring Freedom of Expression and Information on the Basis of “Must Carry”

Media has a right to freedom of expression irrespective of the type of registration of an outlet.<sup>24</sup> Freedom of expression implies the right of a person to form an opinion and impart it to a broader public.<sup>25</sup> The possibility to disseminate ideas and thoughts is directly linked to the existence of free press

(media), which itself is a guarantor of free information.<sup>26</sup> For example, freedom of information consists of aspects of the distribution of information as well as the provision of specific information to any person. However, the exercise of the constitutional right at stake becomes impossible without positive actions on the part of the state.

The abovementioned does not imply that the right to freedom of information and expression is an absolute one. In certain cases, the law enforcement bodies may restrict the disclosure of information, for instance, if the information is classified,<sup>27</sup> or if the state of emergency is declared in the country,<sup>28</sup> etc. The restrictions also include the restriction of media, in particular in imparting information.<sup>29</sup> In other words, restricting constitutional rights implies the restriction of media activities as well. The latter may not be absolute and sometimes such restrictions are provided for by law.

To what extent is statutory restriction of freedom of expression and information covered by legislation in case of “Must Carry”? In general, statutory restriction of rights ensures more reasonable, necessary and expedient notion of limitations.<sup>30</sup> Media activities represent a form of freedom of expression, which in some cases may be subjected to interference from the state.<sup>31</sup> In case of “Must Carry” such kind of interference is justified as the population represents the main target of the law and it is necessary to take into consideration the public interest for the functioning of a free (and democratic) society.

The activities of electronic media imply the enjoyment of freedom of expression and information by natural persons and legal entities.<sup>32</sup> In this regard, “Must Carry” may be considered to be the safeguard of the rights of the public (i.e., the consumers of media). On one hand, there is a protected right of persons to receive information, and, on the other hand, restriction of the right of those companies transmitting broadcasts serves the realization of this right.

The objective of legal basis of interference with fundamental rights should be a legitimate aim.<sup>33</sup> This is an argument to justify restriction in each particular case. “Must carry” does not mean an obligation of fulfillment of activities, by which the state interferes with the rights of broadcasting

<sup>19</sup> Such kind of differentiation is a characteristic of the post Soviet Union countries. Of course, there is no statutory differentiation of this kind; however, upon a closer scrutiny of other countries’ practices, it is evident that in most cases broadcasters act in the interests of a particular group of persons. See Lung I., *Media and Elections*, manual, Georgian translation, published by information bureau of the Council of Europe, publisher – “Regtime”, Tbilisi, 2003. The author highlights events that take place in post Soviet Union countries during pre-election period and observes that, even if there are no political ads, some information with political connotation will still be indirectly broadcasted in television programmes.

<sup>20</sup> BverfG, 1 BvF 1/91 vom 11.11.1997, Absatz-Nr. 54.

<sup>21</sup> Jorbenadze, S. (2013) *Allocation of Commercial in Television Broadcasting*, Tbilisi : David Batonishvili Institute of Law. (Jorbenadze) - 36

<sup>22</sup> BverfG, 1 BvR 411/00 vom 14.12.2004, Absatz-Nr. 37.

<sup>23</sup> Savaneli, B. (2001) *Human Rights*, Tbilisi : Meridian. (Savaneli) - 258

<sup>24</sup> Wendt R., Münch, Iv. and Kunig, P. (2000) *Grundgesetz-Kommentar*, München : C. H. Beck. (Wendt) - Art.5 Rn. 44

<sup>25</sup> BverfG, 1 BvR 901/11 vom 25.10.2012, Absatz-Nr. 19.

<sup>26</sup> Zoidze, B. (2013) *Comments on the Constitution of Georgia*, Tbilisi: Petiti, GIZ. (Zoidze) - 264

<sup>27</sup> BverfG, 1 BvR 1215/07 vom 24.4.2013, Absatz-Nr. 44.

<sup>28</sup> Jorbenadze, S. (2013) *Comments on the Constitution of Georgia*, Tbilisi : Petiti, GIZ. (Jorbenadze) - 247

<sup>29</sup> BverfG, 1 BvR 654/09 vom 3.4.2009, Absatz-Nr. 21.

<sup>30</sup> Zoidze, B. (2013) *Comments on the Constitution of Georgia*, Tbilisi: Petiti, GIZ. (Zoidze) - 268

<sup>31</sup> Alpaidze, T. (2008) *Media Law*, Tbilisi: Poligard Tbilisi. (Alpaidze) - 102

<sup>32</sup> See Kublashvili, K. (2010) *Principle Rights*, Tbilisi : GCI. (Kublashvili) - 262

<sup>33</sup> See decision #1/1/468 of the Constitution Court of Georgia dated April 11 2012, Public Defender of Georgia vs. the Parliament of Georgia.

or transmission. In the aforesaid case, the constitutional right will be violated,<sup>34</sup> i.e., it will be abused.

The state is obliged to recognize fundamental human rights,<sup>35</sup> but not make them absolute ones. Under Article 24 of the Constitution of Georgia, media censorship shall be impermissible. “Must Carry” should not be interpreted in this light. Restriction of the rights differs from imposition of censorship, which will be reflected in several aspects:<sup>36</sup> a) restriction of a right is carried out through the adoption of a legal act; b) restriction is final in nature; c) it must be constitutionally justified; and d) principle of proportionality must be observed. Each above-listed case is evident in the case of “Must Carry” as interference with the fundamental right caused by necessity of interference in a democratic society; at the same time the scope of interference should be evaluated in terms of proportionality<sup>37</sup> and a legitimate aim of restriction of the right; it will become the only legal ground in case of interference.<sup>38</sup>

When speaking about freedom of expression and information, we shall mention the legal concept of equal competition, governed by Article 30.2 of the Constitution of Georgia. Any entrepreneur is entitled to carry out activities permitted under the law within the scope of competition and point out the advantage of his/her own product in comparison with other entrepreneurs’ products.<sup>39</sup> While fulfilling “Must Carry” obligation, the requirement of equal competition conditions may become stronger. For instance: hypothetically, out of the two private Georgian broadcasters - TV company ‘Rustavi 2’ and ‘Imedi’ - one has a talk-show that has numerous viewers. This implies higher ratings and bigger commercial income for the company. If the public is not able to receive the signal of the second television company in the same way, equal competition condition will be breached as the latter is unable to create a competitive television product.

This is directly linked with the enjoyment of freedom of information. If we refer to Article 41 of the Constitution of Georgia, we will see the state’s obligation related to informa-

tion stored by state institutions.<sup>40</sup> The state has an obligation to disclose information on performance of its institutions, which itself means that the public controls the activities carried out by the state. As per Article 41 of the Constitution of Georgia<sup>41</sup>, the population includes legal entities. If the state does not disclose information,<sup>42</sup> it will be impossible to control it. It will not provide information to third parties regarding activities it carries out. In this regard, parallels may be drawn to the activity of a broadcaster: if it does not impart information through television broadcasting, it will be impossible to clarify ongoing events in the country. Moreover, it will also be impossible to find out if the state bodies act in good faith. For instance, the wish to receive public information may arise after certain actions performed by an administrative body are learnt from TV. If someone is unable to watch news on TV, he/she may not be willing to realize his/her constitutional right. “Must carry” represents a legal precondition to grant such an opportunity.

If the right to freedom of information and expression is realized, other constitutional rights are realized as well; for example, freedom of speech. It would be impossible to protect and exercise the mentioned right if the rights that imply expression of opinions and imparting information to third persons are not protected. Freedom of speech is an integral part of a democratic society.<sup>43</sup> If it does not have legal grounds defined in the constitution, there can be no democratic legislation in the country.

#### IV. Problem Related to the Legal Regulation of “Must Carry”

Regulating “Must Carry” by legislation does not mean that the problem is finally solved. Under the Georgian legislation the institution at stake allows double interpretation. “Must Carry” is the obligation to include a broadcasting signal in a customer package, which is imposed on a person authorized to transmit television signals.<sup>44</sup> A person authorized to transmit television signals is a person authorized under the Law of Georgia on “Electronic Communications,” which determines that person’s obligations.

<sup>34</sup> Kublashvili, K. (2005) *Comments on the Constitution of Georgia, Fundamental Human Rights and Freedoms*, (Collective of authors), Article 24, Tbilisi. (kublashvili) - 212

<sup>35</sup> Zoidze, B. (2012) ‘Principle on Preserving the Essence of Fundamental Right’ *Review of Constitutional Law*, #5: 139.

<sup>36</sup> The mentioned classification is built on the basis of the following works: Izoria, L. (2002) *Restriction of Human Rights and Principle of Proportionality, Protection of Human Rights in National and International Law* (Korkelia, K. Eds.). Tbilisi : Georgian Young Lawyers’ Association.

<sup>37</sup> Zoidze, B. (2013) *Comments on the Constitution of Georgia*, Tbilisi: Petiti, GIZ. (Zoidze) - 268

<sup>38</sup> Eremadze, K. (2013) *Balancing Interests in Democratic Society*, Tbilisi : GIZ. (Eremadze) - 27

<sup>39</sup> Decision of the Constitutional Court of Georgia #1/2/411 dated December 19 of 2008, LLC “Rusenergосervice”, llc “Patarakakhi”, JSC “Gorgota”, GiviAbalaki’s individual enterprise “Permeri” and LLC “Energiа” v. the Parliament and the Ministry of Energetic of Georgia

<sup>40</sup> See Jorbenadze, S. (2012) *Freedom of Information*, guideline, Tbilisi : IDFI. (Jorbenadze) - 40

<sup>41</sup> Kantaria, B. (2013) *Comments on the Constitution of Georgia*, Tbilisi : “Petiti”, GIZ. (Kantaria) - 500

<sup>42</sup> Regarding provision of information, see: Jorbenadze, S. (2012) ‘Provision of Public Information in Georgia’ *Legal Magazine*, #2:Tbilisi State University. (Jorbenadze) - 184-195

<sup>43</sup> Decision 2/2/180-183 of the Constitution Court of Georgia dated November 5 of 2002, Georgian Young Lawyers’ Association, ZaalTkeshelashvili, Nino Tkeshelashvili, Maia Sharikadze, Nino Basishvili, Vera Basishvili and Lela Gurashvili vs. the Parliament of Georgia

<sup>44</sup> Circle of broadcasters covered by obligation on broadcasting transit is regulated by Election Code as well as the Law of Georgia on Broadcasting.

Under the law in force, “Must Carry” is regulated by Organic Law of Georgia – Elections Code of Georgia, as well as the Law of Georgia on Broadcasting. In terms of legislative regulation, the stipulation in the Elections Code is not as problematic as the reference in the Law of Georgia on Broadcasting as on one hand the Elections Code is an Organic Law, which under the Law of Georgia on Normative Acts is hierarchically superior to the Law of Georgia on Electronic Communications; and, on the other hand, “Must Carry” as referred to in the Organic Law concerns only the election period.<sup>45</sup> In this regard, amendments made to the Law of Georgia on Broadcasting carry significantly different meaning. Article 40<sup>1</sup> of the mentioned law defines the authority of broadcasters to request “Must Carry”. The mentioned authority also means an automatic obligation to transmit television signals. As a result, if legal aspects of transmission of television are governed by the Law of Georgia on Electronic Communications, the Law of Georgia on Broadcasting, which is hierarchically on the same level, should not determine legal scope of this activity. Moreover, the provision does not determine a specific timeframe (for instance, as it is indicated in the Elections Code, i.e., during pre-election campaign).

Georgian National Communications Commission, a regulatory body in the field of broadcasting, has expressed its view regarding this issue.<sup>46</sup> In its opinion, the amendments at stake could cause certain collision, which would be expressed in the imposition of sanctions in case of violation of the concerned law.<sup>47</sup>

The second problematic issue regarding “Must Carry” is related to the differentiation of broadcasters. In particular, under the Elections Code of Georgia and the Law of Georgia on Broadcasting, apart from the Public Broadcaster, licensed general broadcasters who meet legal requirements have a right to request the transmission of their television programs by a cable operator. Under the Law of Georgia on Broadcasting, granting authorization under the same law is a precondition to perform cable broadcasting activity. In other words, a broadcaster is not obliged to obtain a license for transmitting television signals.<sup>48</sup> If during transmitting television signals, authorization is not required under the law for placement of

television signal by a cable operator, what should be the legal ground for requesting the transmission of its own television signal by licensed general broadcaster in case of “Must Carry”?

Hence, the question arises if freedom of expression is restricted for those broadcasters who represent authorized broadcasters? Proceeding from Article 10 of European Convention on Human Rights and based on the right to freedom of expression, the state is not obliged to grant broadcasting license to all applicants. The Convention does not consider a guarantee of obtaining a broadcasting license;<sup>49</sup> apart from legal provisions, obtaining a broadcasting license may depend on other issues, for instance, technical functioning,<sup>50</sup> inability to grant a license, exhaustion of resources,<sup>51</sup> etc. In the light of these factors, restriction of freedom of expression is within the scope of law. However, when regulating preconditions of restriction by legislation, the state is obliged to give sufficient reasoning based on clearly determined criteria. Apart from license on general broadcasting, the provisions governing “Must Carry” determine general terms for a broadcaster, which must be met by each of them in case of a relevant request. The mentioned conditions are introduced for those media outlets that cover at least 20% of the population of Georgia. Such broadcasters are local broadcasters. In accordance with the law, placement of a television signal by a local broadcaster is not mandatory, i.e., “Must Carry” does not cover such cases.

Under the Law of Georgia on Broadcasting, a local broadcaster ensures the coverage of its statutory area, e.g., only the territory of Tbilisi. If the license terms mean the coverage of 20% of the population, the broadcaster still has no authority to request the placement (carrying) of its signal in the consumers’ package.

The Law of Georgia on Broadcasting differentiates between local broadcasting from national broadcasting; the latter implies coverage of at least 90% of the population of Georgia. According to the interpretation of the Georgian National Communications Commission, broadcasters should not be categorized as local and national broadcasters based on the number of viewers receiving the signal (simple statistics), but according to the percentage of the population able to watch the broadcaster if they wish to.<sup>52</sup> Therefore, the accessibility of television signal for 20% of the population of Georgia is absolutely impractical in nature.

<sup>45</sup> See point 17 of Article 51 of Election Code of Georgia, as well as goals of the mentioned Code (Article 1)

<sup>46</sup> <[http://www.gncc.ge/files/110\\_114136\\_979485\\_pressrelease%20GNCC.pdf](http://www.gncc.ge/files/110_114136_979485_pressrelease%20GNCC.pdf)

<sup>47</sup> Regarding the mentioned, see: Jorbenadze, S. (2013) Allocation of Advertisement in Television Broadcasting, Tbilisi : David Batonishvili Institute of Law. (Jorbenadze) - 44

<sup>48</sup> The mentioned rule was changed in 2012, which was legally grounded on decision #1/1/468 of April 11 of 2012 of the Constitutional Court of Georgia in Public Defender of Georgia v. the Parliament of Georgia. Pursuant to the mentioned decision, the Court determined that cable broadcaster should not be obliged to obtain license. Correspondingly, a new simpler rule was defined, which was named authorization on the basis of the Law of Georgia on Broadcasting.

<sup>49</sup> Gotsiridze, E. (2008) Freedom of Expression in Conflict of Values in Line with European Convention on Human Rights and Jurisdiction of Strasbourg Court, Tbilisi: GCI. (Gotsiridze) - 446

<sup>50</sup> See case: Informationsverein Lentia and others v. Austria \_ #13914/88; 15041/89; 13717/89; 17207/90 \_ 24.11.1993.

<sup>51</sup> See: Interpretation of Georgian National Communication Commission regarding issuance of license on broadcasting. [http://gncc.ge/index.php?lang\\_id=GEO&sec\\_id=110&info\\_id=113164](http://gncc.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=110&info_id=113164)

<sup>52</sup> See decision #245/22 of Georgian National Communication Commission dated April 11 of 2013.

The third issue that should be considered in this context is the following: to what extent freedom of expression of local and specialized broadcasters protected while they are not covered by the “Must Carry” provision? As it was mentioned above, a local broadcaster only broadcasts to a particular territory and cannot cover the whole territory of Georgia. As for specialized broadcasting, it is a type of broadcasting covering programs of particular topic except news and socio-political shows.<sup>53</sup> According to the law, “Must Carry” applies to general broadcasters only, i.e., a broadcaster offering socio-political shows and news.

Could such legislative regulation amount to discriminatory treatment towards specialized broadcasters? In order to answer this question, we should discuss the importance and necessity of the legislative regulation of “Must Carry” that resulted in amending the relevant laws.

It was already pointed out above that the necessity of introducing “Must Carry” in the Georgian legislation arose during the election period. The coverage of election campaign means dissemination of information regarding the activities carried out by candidates. Imparting such information is possible only through those broadcasters that offer socio-political shows in their broadcasting network, or news, which is even more factual and necessary during elections. As previously mentioned, only a general broadcaster is authorized to broadcast news. Accordingly, a specialized broadcaster will not be entitled to broadcast such information. Moreover, Article 51.2 of the Elections Code of Georgia specifies requirements for a general broadcaster with regard to conducting talk-shows during pre-election periods.

If we assume that the ground for introducing “Must Carry” was the necessity to impart specific information to the public during the pre-election period, not covering specialized broadcasters by “Must Carry” provisions should not be seen as the violation of their constitutional right. This is the occasion when freedom of expression of the specialized broadcasters is restricted based on legislation and this restriction is justified by existing public interest.

In conclusion, it may be said that interference with freedom of expression through the adoption of “Must Carry” is in full compliance with the principle of proportionality. It corresponds to legal goals and is the result of a pressing social need in a democratic society.<sup>54</sup> In the light of its rationale, expression during a pre-election period, in most cases, is related to public interest and political issues. This sufficiently justifies the possibility of interference by the state.

## V. Conclusion

“Must Carry”, as one of the legal concepts of democratic legislation, should be credited with the fact that for the first time, on October 1, 2012, the government of Georgia was changed in a democratic way.<sup>55</sup> Despite some legislative shortcomings, the adoption of “Must Carry” played an important role in the Georgian media. One such example was the Videos showing the torture of inmates in prisons broadcasted on September 18, 2012 by “The Ninth Channel”,<sup>56</sup> which was instrumental in forming final opinion of voters and changing the government.<sup>57</sup> If there was no “Must Carry” provided by the legislation, the voters would have not been able to see those video records as only one cable operator<sup>58</sup> would have been able to receive the signal of the Television Company “The Ninth Channel”. The fact that before 2012 the media and journalists were not free in their activities is proved by the research conducted by an American scientist, who published a book in Georgia regarding development of democracy in the aftermath of independence and, among other important events, pointed out the aforesaid facts.<sup>59</sup> It is this fact that proves the great practical importance of “Must Carry” and confirms the final outcome of this legal concept at stake.

The role of “Must Carry” appeared to be important for media in general as well as for the media law. Legislative amendments contributed to the possibility of the people to select the broadcaster of their choice and assess which of them provided objective and accurate information.

<sup>53</sup> Jorbenadze, S. (2013) Allocation of Advertisement in Television Broadcasting, Tbilisi : David Batonishvili Institute of Law. (Jorbenadze) - 58

<sup>54</sup> Gotsiridze, E. (2008) Freedom of Expression in Conflict of Values in Line with European Convention on Human Rights and Jurisdiction of Strasbourg Court, Tbilisi: GCI. (Gotsiridze) - 209

<sup>55</sup> Here it is very important to differentiate between the change through elections and revolution. After 1990s, i.e., after Georgia left Soviet Union; it was the first case, when the government was changed by virtue of elections.

<sup>56</sup> See. <<http://www.youtube.com/watch?v=Zl0ChBqHqus>; Note: Children under 18 are prohibited to watch the mentioned recordings.

<sup>57</sup> After seeing the mentioned recordings, massive demonstrations were started in Georgia. See one of the footages which were also aired by “The Ninth Channel” <<http://www.youtube.com/watch?v=V4-eHPItfGE>>

<sup>58</sup> The mentioned cable operator was “Global TV” <[www.globaltv.ge](http://www.globaltv.ge)>.

<sup>59</sup> See Jones, S. (2013) *Georgia, Political Story After Announcing Independence*, translated by Chkheidze, K., Tbilisi : Centre of Social Science. (Jones) - 157

Simon Takashvili<sup>1</sup>

## Presumption of Veracity and Completeness of Public Registry Data – Democratic Legislation or a Legal Gap?

*“Property is not a creation of legislation but a legal order!”*

**Besarion Zoidze**

### I. Introduction

*Along with the development of modern relations of civil law, the issue related to legal regulation of ownership right is becoming more active. In this regard, the substantive, legal grounds of the origin of ownership right of property are especially important and interesting. Origin of the ownership right of property is carried out through the state registration authority – Public Registry, which creates some problems in practical terms.*

*The aim of the present article is to present the role of Public Registry in registering ownership right on an immovable property, in particular, registering ownership right and its importance within the scope of democratic law. Recently, the advisability of presumption of veracity and completeness of Public Registry data is widely discussed within the process of civil transactions development and formation of democratic legislation. This is confirmed by the fact that the Constitutional Court of Georgia is considering the issue related to the constitutionality of clauses 185 and 312 of Civil Code of Georgia. Proceeding from the aforementioned, the main objective of the present article is to consider the assumption of veracity and completeness of the Public Registry data and the liability of the Public Registry. In terms of content, apart from theoretical material, the article is built on the trends of recent judicial practice.*

### II. Public Registry and Legal Aspects of Accrual of Ownership Right on Immovable Property

#### 1. The Form of Conclusion of Agreement on Immovable Property

The Civil Code of Georgia (hereinafter – CCG) differs in vesting the ownership right on movable and immovable properties. In formal terms, vesting of ownership right on immovable property is much clearly defined due to the fact that the whole process of vesting ownership right on im-

movable property is put into certain framework, which is reflected in a written agreement between the parties.<sup>2</sup> Ownership right on immovable property proceeded from obligation or a legal relation is accrual as a result of the realization of rights and obligations.<sup>3</sup>

Certain types of agreement require to be concluded in writing, i.e., the parties' signatures are required on the agreement.<sup>4</sup> Clause 183 of the CCG defines the written form of the agreement concluded between the parties to acquire the ownership of immovable properties. The mentioned norm has a close connection with clause 69 of the CCG, which regulates the forms of a transaction. Pursuant to Part 2 of the indicated norm, the transaction may be concluded in the cases determined under the law or upon agreement between the parties. Clause 183 of the CCG represents the written form defined under the law. In addition, Part 1 of clause 59 of the CCG is important, which considers that a transaction made without observing the stipulated form as void. The mentioned norm of the Code is imperative and participants of a transaction cannot change them.<sup>5</sup> Thus, in case if participants of a civil transaction violate Part 1 of clause 183 of the CCG, the transaction shall be deemed void. In general, a transaction that vests ownership right on immovable property in writing ensures more security and stability of property relations.<sup>6</sup> Pursuant to Georgian law, notarial authentication is not required for the written form of transaction on immovable property.<sup>7</sup>

#### 2. The Role of Public Registry in Accrual of Ownership Right on Immovable Property

Existence of certain conditions is necessary for the development of real estate market. Ownership, as a principal human right, may be deemed as a supranational right.<sup>8</sup> In this regard, state registration authority carries huge importance; it carries out registration of property right on immovable property. Georgian Civil Code consolidates the system of real estate register.<sup>9</sup> As eligibility for rights arises from the moment of a person's birth, numerous rights are

<sup>2</sup> Zoidze, B. (2003) *Georgian Property Law* (2nd Ed.). Tbilisi: 136.

<sup>3</sup> Chitoshvili, T. (2012) 'Vindication as a Mean of Protection of Ownership Right on Immovable Property' Collection dedicated to Roman Shengelia's 70th anniversary, *Legislative Problems*: 260.

<sup>4</sup> Markesinis, S.B., Unberath, H. and Johnston, A. (2006) *The German Law of Contract, A Comparative Treatise* (2nd Ed.). Oxford: Hart: 82.

<sup>5</sup> Chanturia, L. (2011) *General Part of the Civil Law*, Tbilisi: 348.

<sup>6</sup> Chelidze, Z. (2010), *Property Law (Comparative – Legislative Research)* (2<sup>ND</sup> Ed.). Tbilisi: 183.

<sup>7</sup> Markesinis, S.B., Unberath, H. and Johnston, A. (2006) *The German Law of Contract, A Comparative Treatise* (2nd Ed.). Hart Publishing: 83.

<sup>8</sup> Zoidze, B. (2007) *Constitutional Control and Regulation of Values in Georgia*, Tbilisi: 96.

<sup>9</sup> Zoidze, B. (2003) *Georgian Property Law* (2nd Ed.). Tbilisi: 144.

<sup>1</sup> Student, 1<sup>st</sup> term, Master of law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University.

born from the moment a property is registered in the Public Registry. This system of registration is adopted from German law. It represents serious guarantee of reliable and disciplined civil transaction.<sup>10</sup>

The goal of registering ownership right in Public Registry is to preserve the stability of civil transactions and transaction through the confirmation of right to immovable property, and provision of guarantee by the state.<sup>11</sup> Stability of civil transaction means confidence and good faith towards participants of civil relations, which is ensured by presumption of veracity and completeness of Public Registry data.<sup>12</sup>

Anyone interested can access registry data. Data means information, which influences the rights of participants in civil transactions.<sup>13</sup> The main goal of the existence of Public Registry is to create a solid base for legal relations related to immovable property in order to allow the receipt of accurate and reliable information regarding immovable property.<sup>14</sup> It is necessary to submit an application to the Public Registry in order to register a buyer in the Public Registry.<sup>15</sup>

It is noteworthy that before concluding an agreement of sale of an immovable property and registering the buyer at Public Registry, there is always a defined timeframe when the seller is registered at the Public Registry, which allows the seller to dispose of the property. Proceeding from the above-mentioned, the necessity to protect the buyer's interests becomes evident. However, no such protective norm exists in the CCG. The issue is differently regulated in the German law.<sup>16</sup>

Proceeding from above-mentioned, by adopting the real estate register system, Georgia recognized the registration of property transactions as mandatory within the sphere of private legal relations. In addition, with the implementation of this system, Georgian law joined the countries that follow the Roman-German legal system, where the law requires the registration of legal relations involving property.<sup>17</sup>

Legal status of the Public Registry is presented in the

<sup>10</sup> Zoidze, B. (2005) *Reception of European Private Law in Georgia*, Tbilisi: 274.

<sup>11</sup> Lapachi, E. (2011) 'Public Registry – Registration Authority on Ownership Right on Immovable Property and Reform Conducted in this Field' *TSU Legal Magazine*, #2:80.

<sup>12</sup> Judgment-1607-1509-2012 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 1 July 2013

<sup>13</sup> Chanturia, L. (1999) *Comments on the Civil Code*, Book II, (Chanturia, L., Ed.). Tbilisi: 324.

<sup>14</sup> *Schöner H., Stübe K., Grundbuchrecht, Band 4, Handbuch der Rechtspraxis* Verlag – C – H, Beck – München, 2008, 16. See., citation: Lapachi, E. (2011) 'Public Registry – Registration Authority on Ownership Right on Immovable Property and Reform Conducted in this Field' *TSU Legal Magazine*, #2:80.

<sup>15</sup> Chanturia, L. (1999) *Comments on the Civil Code*, Book II, (Chanturia, L., Ed.). Tbilisi: 324.

<sup>16</sup> Chechelashvili, Z. (2010) *Property Law (comparative – legislative research)* (2<sup>nd</sup> Ed.). Tbilisi: 186.

<sup>17</sup> Shotadze, T. (2012) *Mortgage as a Mean of Banking Collateral of Loan*, Tbilisi: 148.

CCG and the Law of Georgia on Registry. Public Registry, as an entity of public law, is one of the forms of state registry. The main function of the Public Registry is the registration of ownership right on immovable property.<sup>18</sup> The Public Registry represents a legal institution, where registration of rights of private law takes place.<sup>19</sup> The notion of Public Registry was reflected for the first time in clause 311 of the CCG.<sup>20</sup> The goal of the Public Registry is to ensure public accessibility. In addition, Public Registry data carry certain evidential function.<sup>21</sup> Public accessibility of the registry makes it easy for people to obtain complete information regarding the actual condition of their partners' rights.<sup>22</sup> In one of the cases, the Supreme Court of Georgia interpreted that the role of the Public Registry is to ensure stability of civil transactions. In addition, it represents the guarantee of protecting the right of partners in good faith.<sup>23</sup>

Apart from the CCG, legal regulations of the status of Public Registry as well as its activities are regulated by various laws and bylaws, including the Law of Georgia on Public Registry, which is very important. Point 1 of clause 4 of the mentioned law represents the notion of Public Registry.<sup>24</sup> Clause 5 of the mentioned law is important too, as in line with the aforesaid clause, presumption of authenticity operates towards the data registered at the Public Registry, unless they are recognized as void, annulled or null under the rules determined by Georgian law. Chapter 2 of the Law of Georgia on Public Registry shall be noted, which regulates issues related to the registration of immovable property.

Beside the laws, legal regulation of the activities of the Public Registry is carried out under Ordinance no.4 on "Adoption of Instructions on Public Registry" of the Ministry of Justice, dated 15 January 2010. These instructions determine the rules and conditions on Public Registry proceedings, providing information, participants of the proceedings, and their rights and obligations.

Taking into account the presumption of veracity and completeness, the accuracy of a Public Registry entry has significant importance.<sup>25</sup> Presumption of veracity and completeness towards Public Registry data determined under

<sup>18</sup> Lapachi, E. (2011) 'Public Registry – Registration Authority on Ownership Right on Immovable Property and Reform Conducted in this Field' *TSU Legal Magazine*, #2: 79.

<sup>19</sup> Zoidze, B. (2003) *Georgian Property Law* (2<sup>nd</sup> Ed.). Tbilisi: 363.

<sup>20</sup> See clause 311 of CCG.

<sup>21</sup> Palavandishvili, K. (2012) 'Transformation of Accrual of Ownership Right on Immovable Property in Georgian Law' *TSU Legal Magazine*, #2: 214.

<sup>22</sup> Zoidze, B. (2003) *Georgian Property Law* (2<sup>nd</sup> Ed.). Tbilisi: 365.

<sup>23</sup> Judgment -1607-1509-2012 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 1 July 2013

<sup>24</sup> See clause 4 of the Law of Georgia on Public Registry

<sup>25</sup> Palavandishvili, K. (2012) 'Transformation of Accrual of Ownership Right on Immovable Property in Georgian Law' *TSU Legal Magazine*, #2:215.

clause 312 of the CCG is an important expression of confidence and good faith established among people.<sup>26</sup> In one of the cases, the Supreme Court clarified that presumption of veracity and completeness operates towards Public Registry data, and that the aforesaid is due to the interests of the people. The assumption of veracity means that a registered right exists and it belongs to a registered authorized person. This represents the Public Registry as a guarantee of veracity and completeness of rights.<sup>27</sup> Hence, clause 312 of the CCG creates the legal presumption that a title registered at Public Registry really exists.<sup>28</sup> In one of the cases, the Cassation Court noted that presumption of veracity and completeness of Public Registry data determined under clause 312 of Civil Code of Georgia represents a legal fiction, according to which it may be assumed that registration of a right at registry is carried out accurately and completely. The term fiction means in this context that any fact existing, which indicates a gap of registration, cannot exclude the assumption protected under the norm to be considered regarding the appropriateness of the title registered at the registry.<sup>29</sup>

### III. Accuracy of Public Registry Data and Buyer in Good Faith

#### 1. Judicial Practice

Clause 185 of the CCG is related to the protection of buyer's interests. Under the mentioned norm, proceeding from the interests of a buyer, a seller is deemed to be an owner if he/she is registered to that effect in the Public Registry. The mentioned legal norm fully corresponds to modern European law.<sup>30</sup> In general, the owner may conclude an agreement of any type and condition.<sup>31</sup> However, the registration of a buyer of immovable property is mandatory. In its turn, registration of the titles means the existence of an authentic right, i.e., the right may be registered at the Public Registry if it is lawful.<sup>32</sup> If the seller is registered as an owner at the Public Registry, the buyer may deem without any

other grounds that the seller is the owner.<sup>33</sup> If the buyer did not and might not know regarding the lack of seller's will or restricting grounds indicated in clause 312 of the CCG, it is considered that he/she is of good faith and correspondingly, he or she maintains the ownership right. The content of the indicated norm allows the possibility of protection of the real owner. According to the norm, a disputing party shall prove that the person who alienated his/her property was registered at the Public Registry inaccurately and that he/she was not the actual owner. In actual terms, this procedural issue creates a huge problem in practice.

In addition, it is interesting to view the interpretation given by the Supreme Court regarding the buyer in good faith, where it is mentioned that "when it comes to the acquisition of immovable property, the buyer may rely on the assumption of accuracy of facts registered in the Public Registry to prove his/her rights. Even if the registry entry is inaccurate, it has no significant importance if the buyer acted in good faith, which means that he/she was not aware of the inaccuracy of a relevant Public Registry entry. The only thing that violates the veracity of registry and, correspondingly, acquisition of property is bad faith of the buyer. Thus, when applying the norm that protects a buyer's interest, not only the Public Registry data shall be examined, but it shall be determined if the buyer was not aware and might not be aware of the inaccuracy of Public Registry entry."<sup>34</sup>

As for the interpretation of good faith, the courts mainly provide analysis of particular cases. As good faith is established by a buyer's subjective attitude towards certain factors, the court shall be especially careful within its assessment. The buyer shall not be required to know circumstances which go beyond his/her capacity. When assessing good faith, realization of facts by the buyer is important, but not the interest towards this fact, i.e., knowledge of mentioned facts represents subject of assessment, but not targeted knowledge.<sup>35</sup>

The Supreme Court of Georgia interpreted in one of the cases that when acquiring ownership of real estate, the Public Registry stands between the owner and the buyer, while presumption of veracity and completeness operate towards Public Registry data. If the buyer acts based on the Public Registry data in good faith and the data is inaccurate, good faith wins upon ownership. This legal attitude simplifies the burden of a buyer acting in good faith and limits the scope of protection

<sup>26</sup> Zoidze, B. (2003) *Georgian Property Law* (2nd Ed.). Tbilisi: 366.

<sup>27</sup> Judgment bs-367-363(k-12) of Chamber of Administrative Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 28 February 2013.

<sup>28</sup> Chechelashvili, Z. (2010) *Property Law (Comparative – Legislative research)* (2<sup>nd</sup> Ed.). Tbilisi: 189.

<sup>29</sup> Judgment as-1607-1509-2012 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 1 July 2013

<sup>30</sup> As a result of regular meetings of judges at the Supreme Court of Georgia, recommendations are designed in the fields of administrative and civil law and common practice of the Supreme Court regarding civil law matters. Tbilisi, 2011, 67.

<sup>31</sup> Singer, J.W. (2004) *Introduction to Property* (2nd Ed.). New York: Aspen: 7.

<sup>32</sup> Judgment -1154-1299-08 of Chamber of Civil, Corporate and Bankruptcy Cases of the Supreme Court of Georgia dated 2 July 2009.

<sup>33</sup> Chanturia, L. (1999) *Comments on the Civil Code, Book II*, (Chanturia, L., Ed.). Tbilisi: 120.

<sup>34</sup> Judgment -1148-1293-08 of the Chamber of Civil, Corporate and Bankruptcy Cases of the Supreme Court of Georgia. dated 28 April 2009

<sup>35</sup> As a result of regular meetings of judges at the Supreme Court of Georgia, recommendations are designed in the fields of administrative and civil law and common practice of the Supreme Court regarding civil law matters. Tbilisi, 2011, 72.

measures on foresight, which itself serves the simplification and stability of civil transactions. Presumption of veracity of the Public Registry guarantees the buyer that despite the inaccuracy of a Public Registry entry, and even if the seller is placed in an unlawful condition by such data, in case of dispute the mentioned data and good faith of the buyer toward Public Registry carries superior legal force.<sup>36</sup> Without Public Registry, the buyer is less able to check the legal status of a seller. Hence, his/her scope of foresight is relevantly narrow.<sup>37</sup>

It is important that the presumption of veracity of Public Registry is related to titles that can be registered at the Registry but not to titles that cannot be registered.<sup>38</sup> In addition, the law itself determines the case when the accuracy of a registry entry does not work, the cases when subjective but not objective factors influence, which indicates to the bad faith of the buyer. In particular, pursuant to Part 2 of clause 312 of the CCG, if a person acquires a title from another person on the grounds of a transaction while this right was entered in the Public Register in the name of the seller, the entry in the Public Register shall be deemed to be accurate except when a complaint has been lodged against this entry, or when the buyer knew of the inaccuracy of the entry. The mentioned regulation indicates that the complaint lodged against this entry, or the fact that the buyer knew about this inaccuracy excludes the operation of the presumption. Correspondingly, the mentioned factors indicate bad faith of the buyer.<sup>39</sup>

Proceeding from the above-mentioned, in case of an inaccurate entry, if the registration is made on its basis, it is impossible to avoid violation of lawful interests and rights of participants in a transaction. That is why, it is very important to create a legislative precondition in order to exclude the possibility of carrying out inaccurate entries to the greatest extent possible.<sup>40</sup>

It is very important to view the judgment of the Supreme Court of Georgia, dated 9 March 2006 (no.-980-1243-05), where the Court singled out: "In order to deem the seller of an immovable property as owner, it is enough for the buyer to see the seller registered as the owner at the Public Registry. Exception represents the case when the buyer knows that the seller registered at the Public Registry is not the owner." In this regard, the Court resolves that in order to de-

termine good faith of the buyer under the mentioned norm, it is not enough to take into consideration only Public Registry data, as in a particular case the subjective attitude of the buyer towards the seller is very important (whether he/she was aware or not). Correspondingly, when applying the norm regulating buyer's interest, Public Registry data shall be examined. In addition, it shall be determined that the buyer had no knowledge of another owner of the property.<sup>41</sup>

Thus, the rule on registration of ownership right at the Public Registry based on private agreement between buyer and seller does not give the right to change legal property. Ownership right of the owner becomes independent from the previous owner's right. The buyer just needs to examine if the seller of the immovable property is its registered owner. However, the fact that the "real" owner of the property is another person does not concern the buyer. In case if the property is purchased from the registered owner, the buyer shall be registered as the new owner and the aforesaid represents the guarantee on acquiring new ownership right.<sup>42</sup>

## 2. Access to Public Registry Data and Principle of Democracy

Access to Public Registry data is ensured under clause 6 of the Law of Georgia on Registry. Pursuant to Point 1 of the mentioned clause, data registered at the Public Registry and documentations are public. In general, information regarding participants of civil transactions and, especially, personal data is protected under clause 41 of the Constitution of Georgia. The mentioned clause involves access to information stored at official sources.<sup>43</sup> Access to information means, on one hand, the right of a person to receive information needed as determined by the law and, on the other hand, request protection of information about him/her from disclosure.<sup>44</sup> Pursuant to the interpretation by the Constitutional Court of Georgia, clause 41 of the Constitution of Georgia protects a person's right regarding disclosure of information related to private matters.<sup>45</sup> When sufficiently implementing any right, it is important that the state protects positive as well as negative

<sup>36</sup> Judgment as-203-622-06 of Chamber of Civil, Corporate and Bankruptcy Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 24 January 2006.

<sup>37</sup> As a result of regular meetings of judges at the Supreme Court of Georgia, recommendations are designed in the fields of administrative and civil law and common practice of the Supreme Court regarding civil law matters. Tbilisi, 2011, 70.

<sup>38</sup> Chanturia, L. (1999) Comments on the Civil Code, Book II, (Chanturia, L., Ed.). Tbilisi: 326.

<sup>39</sup> Judgment -1607-1509-2012 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 1 July 2013

<sup>40</sup> Palavandishvili, K. (2012) 'Transformation of Accrual of Ownership Right on Immovable Property in Georgian Law' TSU Legal Magazine, #2: 215.

<sup>41</sup> As a result of regular meetings of judges at the Supreme Court of Georgia, recommendations are designed in the fields of administrative and civil law and common practice of the Supreme Court regarding civil law matters. Tbilisi, 2011, 72.

<sup>42</sup> Taylor, G. (2008) *The Law of the Land: The Advert of the Torrens System in Canada*, Toronto: University of Toronto Press: 9-10.

<sup>43</sup> Tugushi, T., Burjanadze, G., Mshvenieradze, G., Gotsiridze, G. and Menabde V. (2013) *Human Rights and Legal Proceeding Practice of the Constitutional Court of Georgia (Judicial Practice of 1996-2012)*. Tbilisi: 568.

<sup>44</sup> Kantaria, B. (2013) *Comments on the Constitution of Georgia, Chapter II, Georgian Citizenship, Principle Human Rights and Freedoms*, (Turava, P. Ed). Tbilisi : 503.

<sup>45</sup> Decision #2/3/406,408 of the Constitutional Court of Georgia dated 30 October 2008 on the case of Public Ombudsman of Georgia and Georgian Young Lawyers' Association against the Parliament of Georgia.

obligations, in order to ensure that the exercise of citizens' rights is not fragmented and defeat the purpose that is included in the content of each right.<sup>46</sup> In this regard, it is interesting to examine if the public nature of the Public Registry data is an expression of democratic principles. With reference to the principles of democracy and constitutionality, it may be said that access to Public Registry data, in some respect, is undemocratic; however, principles of private law of civil transactions shall be taken into account. For private law, as for legal relations based on equality, the starting point is to perform civil rights lawfully and take civil law risks into consideration. Thus, it may be said that a normal civil transaction widely depends on access to information on property condition and the owner. In addition, it is important that in case of no access to Public Registry data, the participants of a civil transaction may abstain from performing certain activity of civil law, which will significantly endanger civil transactions. Hence, it is clear that free access to Public Registry data shall not be deemed undemocratic in terms of democratic principles. In addition, in European countries, information on legal and factual condition of real estate is available through internet. As for electronic registration request and electronic information exchange, in most European countries the works are ongoing in this direction.<sup>47</sup>

### 3. Excluding Liability of Public Registry – A Principle of Democracy?

Clause 3 of the Law of Georgia on Registry determines the system and authority of registration authority. Point 6 of the mentioned clause is interesting as it defines the rule on excluding liability. As per the law, the registering body and its employees are not responsible for the authenticity of submitted registration documents. Moreover, they are only responsible for the accuracy of registered entries and registration data kept with them. Hence, the law created a direct legal ground in order to protect the registration authority and its employees from legal proceedings regarding the authenticity of submitted documents. Thus, it seems that the Public Registry represents an entity with protected rights and obligations, whose liability is restricted, and nearly excluded under legal norms. Correspondingly, it appears that in democratic and legal terms, the problems are not in clauses 185 and 312 of the CCG, but in the Law of Georgia on Registry. If the participant of a civil transaction submits a request to the Public Registry, he/she stays completely unprotected and with impaired rights. Thus,

<sup>46</sup> Tugushi, T., Burjanadze, G., Mshvenieradze, G., Gotsiridze, G. and Menabde V. (2013) *Human Rights and Legal Proceeding Practice of the Constitutional Court of Georgia (Judicial Practice of 1996-2012)*. Tbilisi: 573.

<sup>47</sup> Shotadze, T. (2012) *Mortgage as a Mean of Banking Collateral of Loan*, Tbilisi: 154.

the above listed clause of the Law of Georgia on Registry needs to be developed and improved in order to minimize the violation of rights of participants in civil transactions. The parties shall have the possibility to protect their rights in case they are violated and request compensation for loss from the Public Registry.

### 4. Conclusion

Generally, all transactions which involve the right on immovable property shall correspond to the requirements of the Public Registry, which means their registration at the Public Registry.<sup>48</sup> Despite this, based on the analysis of the Supreme Court decision mentioned earlier, it may be said that Public Registry data may create certain problems. In practice, there are numerous instances when Public Registry data was falsified and replaced without owners' will. As the acquisition of ownership was carried out on the basis of falsified documents, ownership is not acquired on an immovable property under clause 183.<sup>49</sup> However, in this case, the buyer acquires immovable property in good faith on the basis of falsified data, and the original owner is actually left without protection. Developing modern civil transactions, and finding solution to the problem mentioned above are, though difficult, very important. It can also be said that in this case civil law risk, which is mainly characterized for civil relations, is present. Despite this, constitutional right of the owner shall be protected by specific legal mechanisms. A person shall have the possibility to request compensation for loss from the Public Registry, which actually is not able to provide appropriate protection to the right of a person.

Beside this, it is important that civil transaction in good faith is considered to be essential in legal doctrine, where the foundation is laid by the operating Civil Code. Good faith of transaction is the good faith of participants of that transaction, which means reliability of the participants of a transaction. Such a relation is a necessary precondition for simplified and robust civil transactions. It does not mean that the participants of a transaction shall blindly trust each other. It necessarily means reasonable caution, and if ignored, the participant of the transaction may become party in bad faith and left without protection. Good faith is so important in a civil transaction that in case of confrontation between right and good faith, as a confrontation of values, sometimes the good faith wins and becomes the source of the right. The point is that in certain cases by granting priority to good faith, the law protects the civil

<sup>48</sup> Campbell, D. and Alibekova, A. (2006) *Comparative Law Yearbook of International Business*, Volume 28: 199.

<sup>49</sup> Chanturia, L. (2012) *Law on Ensuring the Loan*, Tbilisi: 66.

transaction as a value and, in this way, the interests of participants of that transaction.<sup>50</sup>

It is important that in legal relations, the institution of registration is considered as an act of public law importance. When ensuring stability through registration, the state does not interfere in relations of private law, but carries out the protection of participants of legal relations through the public nature of registration, and the accuracy of the registration of right. The state provides order in relations of private law through state registration.<sup>51</sup>

#### IV. Overlapping Ownership Right

On 28 February 2013, the Chamber of the Supreme Court of Georgia adopted a judgment, which regulated and determined anew the liability of the Public Registry. The decision is important as the Cassation Court discusses the purpose, and rights and obligations of the Public Registry. In addition, it is important that the Chamber imposes liability on the Public Registry not only regarding examination of authenticity of data, but also the authenticity of documentations presented for registration, and substantive examination of the situation. The Cassation Court interprets that “ownership is a fact”<sup>52</sup> and its abstract existence in the nature is inadmissible. The appeal judgment of the Appeal Court allows and agrees with the inconsistency of registration data. Such a solution to the problem harms legal safety, creates a situation when a person possesses ownership right, but does not have the subject of the property right, as ownership right does not exist separately from the object of this right.<sup>53</sup>

The mentioned decision is interesting in that it is inadmissible for a person to have registered ownership at the Public Registry when the other participant of the civil transaction has ownership on an already registered immovable property at the same time. Taking this into consideration, the Cassation Court deemed that “by such solution of impugned legal relations, the right to property will be registered in the name of a person; however, the property itself, i.e., the subject of right will not exist; the aforesaid is inadmissible in view of owner’s rights and interests of stability of civil circulation transaction. The decision of the Appeal Court is contradictory. On one hand, it recognizes ownership of an immovable property by the

claimant (i.e., it agrees with the registry entry), while, on the other hand, the Court with its decision excludes, actually denies, the ownership, as neither the Court nor the Public Registry service indicates another location of the immovable property under the claimant’s ownership. Thus, immovable property registered in a person’s name as a result of measures carried out by the administrative body becomes unusable. The Cassation Court states that fiction is not the property, which the person possesses as a result of registration, but the accuracy of registered data itself. Correspondingly, inconsistency between registration data and real condition is inadmissible; the possibility of existence of conflict with registered data is inadmissible as well.<sup>54</sup> In addition, the Court stated that when adopting a disputable decision, the administrative body had not examined the circumstances of the case. When deciding the issue, the administrative body shall determine the circumstances important for the case through obtaining evidences; in the mentioned case, the determination of evidence had not taken place. The Cassation Chamber deemed that the actual condition of properties and registered data shall be compliant; if duplication and parallelism is revealed, it shall be clarified who has better legal ground. By the mentioned decision, the Cassation Court strictly assessed the activities of the Public Registry.<sup>55</sup> In addition, the Court was not doubtful of the veracity of the Public Registry data, but, in general, it “criticized” the Public Registry for its attitude towards civil transactions that was reflected in not examining factual circumstances while registering.

#### V. Conclusion

Based on the discussion above, it is possible to highlight several important issues. Firstly, it shall be noted that the right of a buyer of immovable property in good faith is guaranteed by a corresponding Public Registry entry. In addition, it is important that in case of falsification of Public Registry data or other activities, a buyer in good faith, based on registry entry, becomes the owner. When registry data is artificially changed and falsified, it is possible that ownership right of the real owner will be violated and he/she will be left unprotected from law. Despite these risks pointed out in the law, it is doubtless that the Public Registry plays, against the background of a modern democracy, an important role to guarantee ownership right of immovable property. In practical terms, it can be said that the problem rests not in clauses 185 and 312 of

<sup>50</sup> As a result of regular meetings of judges at the Supreme Court of Georgia, recommendations are designed in the fields of administrative and civil law and common practice of the Supreme Court regarding civil law matters. Tbilisi, 2011, 68-69.

<sup>51</sup> Shotadze, T. (2012) Mortgage as a Mean of Banking Collateral of Loan, Tbilisi: 147.

<sup>52</sup> Kochashvili, K. (2003) Ownership and Possession – Fact and the Right in Civil Law, Tbilisi: 131. Also, Zoidze, B. (2003) Georgian Property Law (2nd Ed.). Tbilisi: 83.

<sup>53</sup> Judgment bs-367-363(k-12) of Chamber of Administrative Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 28 February 2013.

<sup>54</sup> Judgment bs-367-363(k-12) of Chamber of Administrative Cases of the Supreme Court of Georgia dated February 28 of 2013.

<sup>55</sup> Judgment as-328-313-2012 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 17 May 2012 is also important regarding overlapping of ownership.

the CCG, but in the Law of Georgia on Registry and the legislative acts regulating the Public Registry's activities. In addition, it is problematic that present legislation allows the employees of the Public Registry with dubious intent to put the whole civil transactions upside down and leave thousands of people without the supranational right, i.e., right of ownership. It is important that the injured party shall have the possibility to carry out action proceedings to restore his/her violated right; the aforesaid shall be reflected in the compensation of corresponding loss from the side of the state. Thus, it can be said that the subject of criticism is not the presumption of accuracy of Public Registry data, but proper operation of the Registry. The Public Registry is obliged to carry out registration of ownership right based on submitted documents, as well as examine the legal appropriateness of presented documents. If this is not fulfilled, the Registry together with the state is obliged to compensate the injured person for the loss resulted due to improper action of the Registry under common rules.

The issue related to overlapping is important as it represents a huge problem for modern civil transactions. In this regard, progress is noticeable at the Supreme Court of Georgia as well as in case law. The approach of the Cassation Court is justified as it directly or indirectly emphasizes the obligation of more generousness of the Public Registry and, in case of necessity, it even imposes certain liability. In case of buyer in good faith as well as overlapping, it is not the existence of Public Registry as a separate legal institution that is in question but its proper functioning.

Hence, the existence of the Public Registry is undoubtedly important for the stability of civil law transactions and the formation of a democratic and social state. In addition, as it was mentioned above, not the approach of the Civil Code towards the discussed issue, but the Law of Georgia on Public Registry should be improved.

Karen Sureni Amiryan<sup>1</sup>

## Some Issues of Armenian Citizenship and Dual Citizenship

### I. Introduction

*The purpose of this work is to clarify and cover the citizenship related issues, as well as to compare the RA citizenship legislation with the legislation of other countries regulating such relationships – by identifying the existing similarities and differences, which will contribute to the improvement of our legislation. The emphasis in this work is not put that much on the presentation of theoretical approaches, but rather identification of a range of issues and proposals about possible mechanisms of their solution. The work consists of two parts: the first part deals with the general characteristics of citizenship institution and dual citizenship, while the second part – obtaining and termination of citizenship.*

### II. General characteristics of citizenship institution, dual citizenship

The citizenship is one of the main legal institutions. The citizenship is more than the legal connection with the State. The citizenship is the willingness and the persuasion to link his/her own existence with the given country, which is embedded in citizen's social behavior and such manifestation of public behavior of State power, the basis of which is the perception of the constitutional values and the principle of rule of law of his/her own and their understanding as internal criteria; the result of the above-mentioned is the formation of a sustainable internal belief of manifesting behavior meeting the requirements of the community. The citizenship institution has been known since slavery era. The concept of "citizen" with a relevant meaning is mentioned even in the Bible, because the Apostle Paul was a Roman citizen. When he was threatened with physical punishment, he referred to the fact that he was a Roman citizen and couldn't be punished. Thus, the citizenship institution was known still to the Romans<sup>2</sup>. The first precondition of having rights and obligations of the population under the jurisdiction of any State is the citizenship, which is characterized as certain legal status of a person<sup>3</sup>.

The Hague Convention on Citizenship was the first attempt to ensure that all the persons had citizenship. The Convention stipulates that "It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognized by other States in so far as it is consistent with international conventions, international standard, and the principles of law which are generally recognized with regard to nationality<sup>4</sup>". The term "citizen (national)" is tightly interconnected with the concept of "State" and it is reflected not only in the citizenship institution. The citizen can demand from the State to protect his legitimate rights, to ensure and create conditions for the exercise of his rights and interests – at the same time bearing some obligations towards the State and the State must act in this context based on the interests of the citizen<sup>5</sup>.

The concept of citizenship is quite comprehensive. The opinions and viewpoints about the definition of the concept of citizenship are different. The European Convention on Nationality stipulates that "nationality" means the legal bond between a person and a State and the person's ethnic origin<sup>6</sup> is not indicated. The citizenship is also defined by Inter-American Court on Human Rights as the political and legal bond that connects the person with the given State with commitment and loyalty links – enabling him/her to benefit from the diplomatic protection of that State<sup>7</sup>. There is no concept of citizenship in our legislation on citizenship. The content of the article "RA Citizenship" in RA Law on Citizenship is not fully consistent with the actual wording of the article. The law gives the concept of the citizen, as the bearer of the citizenship; however, the actual concept of citizenship is missing. We think it would be appropriate, if the law clearly stipulates what is citizenship; gives its concept as it has been done by many States. In particular, the Russian Law on Citizenship gives the following concept on citizenship: the citizenship is the stable legal bond of the citizen with RF, which is expressed in the integrity of their mutual rights and obligations<sup>8</sup>. Summing up all this we can give a more comprehensive definition of citizenship – the citizenship is the stable legal bond of the person with the State based on the State's legal recognition of that person as its citizen, which in cases envisaged by the law puts forward mutual rights, obligations and responsibilities, as well as the bond, which is based on the human dignity, recognition and respect of fundamental rights and freedom. In exercising issues linked with the citizenship the States shall be guided by a range of principles, which

<sup>1</sup> Leading specialist of expertise analytical division of the legal advisory service /department/ of the Staff of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, YSU, Faculty of Law, Master's degree

<sup>2</sup> See Lukashova E. A.; Human Rights; University Textbook, M. 1999, p. 107

<sup>3</sup> See Matuzov N. I. Personality, Rights, Democracy; Saratov 1972;p. 72

<sup>4</sup> See Hague Convention on Nationality, 1930,Article 1

<sup>5</sup> See Avakyan S. A. Constitutional Law; Encyclopedia Dictionary; Moscow 2000, p. 168

<sup>6</sup> See European Convention on Nationality, 1997,Article 2, point a

<sup>7</sup> See "Castillo Petruzzi and others vs. Peru" IACHR (range C) No 52

<sup>8</sup> See RF Law on Citizenship, Article 3

inherently can be divided into two groups: a) general principles “right of blood”, “right of land” (which are applied by all the states) and b) private principles (which are applied by individual States – as by preference)<sup>9</sup>.

The dual citizenship is a special status of the person, which is connected with the fact that he has citizenships of two countries at the same time<sup>10</sup>. Persons that have such status are called bipartite (Latin bis-dual and Greek patridos-fatherland words). 1997 European Convention on Nationality stipulates that “multiple nationalities” means the simultaneous possession of two or more nationalities by the same person (Article 2, clause b). According to Article 13.1 RA Law on Citizenship dual citizen is the person, who has citizenship of more than 1 country. A dual citizen of the Republic of Armenia is the person, who in addition to the citizenship of the Republic of Armenia has also citizenship of another country (countries). The dual citizen of the Republic of Armenia shall enjoy all the rights envisaged for the citizen of the Republic of Armenia and bear all the obligations and responsibilities envisaged for RA citizen, except for cases envisaged by RA International Treaties or laws. Whereas the Republic of Armenia has not concluded any international treaty regulating the dual citizenship with any country and within the current RA legislation the principle of equality between the dual citizens and RA citizens is not enforced; in particular in regard of exercising the civic rights. The aforementioned Article 13.1 of RA Law on Citizenship stipulates that in case the citizen of the Republic of Armenia adopts or receives citizenship of another country must inform the authorized body of the Government of the Republic of Armenia about it within one month - in accordance with the procedure established by the Government of the Republic of Armenia. The violation of this obligation shall entail administrative or criminal liability – depending on the subject. It is also necessary to mention that Article 195<sup>2</sup> of RA Code on Administrative Violations is incomplete, as the words “within the period provided for in the law” are missing.

Some issues regarding the dual citizenship are connected also with the electoral system. The right to participate to RA election by RA dual citizen with the amendments made in RA Electoral Code was not conditioned by the fact of permanent residence in RA, but presence on the territory of Armenia during the voting and having registration in Armenia. Thus, RA Electoral Code stipulates that the voting shall be conducted only in precinct centers formed on the territory of the Republic of Armenia from 8am till

8pm, except for cases envisaged by the Electoral Code<sup>11</sup> and the exception does not concern the dual citizens. Thus, not only the dual citizens, but also all RA citizens can participate to RA elections being only on RA territory. To avoid the creating of unnecessary issues one can find other ways of solving the issues linked with the electoral right of the dual citizens, in particular, active electoral right should be given to the dual citizens permanently residing in RA; i.e. those dual citizens, who have closer links with the Republic of Armenia and are concerned about its destiny.

There are also some problems about military conscriptions of dual citizens. RA Law on Making Amendments in RA Law on Military Conscription dated February 26, 2007 was aimed at the solution of the issues connected with the military conscription of RA dual citizens, which made amendments in RA Law on Conscription, according to which the citizen of another country that adopted RA citizenship is exempt from the mandatory military services, if prior to the adoption of RA citizenship he has served for no less than 12 months in the armed forces of another country or in another country he has undergone alternative military services for no less than 18 months, except for the States established by RA Government. Together with this RA Law on Conscription stipulates that RA citizen that adopted citizenship of another country is not exempt from compulsory military service, regardless of whether or not he served in another country. The dual citizen is not exempt from the draft and training mobilization<sup>12</sup>. The stipulation of such norm is also justified and stems from the national security interests of Armenia. The identification of the legal status of dual citizens during the armed conflicts is also another serious issue. Moreover, the situation is further exacerbated, when the conflicting parties are the two States, of which the given person is citizen. The legal status of the dual citizenship during the armed conflict is neither regulated in RA legislation.

There are certain difficulties in inter-State relations regarding the diplomatic or consular protection of the persons with dual citizenship. The first problem is that the State’s diplomatic or consular protection of the proper citizen will be less effective against the State, of which that person is also a citizen. The next issue is about which citizenship should be given preference to and respectively what legal regime will the second country choose towards the dual citizen on its territory<sup>13</sup>. The opportunity of the State’s diplomatic or consular protection of the proper citizen depends on which of the two principles – i.e. equality of citizenships or effective citizenship – will be guiding for

<sup>9</sup> See Constitutional Law of the Republic of Armenia, Textbook for Universities, 4<sup>th</sup> elaborated edition (edited by Ajnzavyan N. A.), YSU publication, Yerevan 2008, p. 357

<sup>10</sup> See Chernichenko S. V., Dual citizenship and human rights in the context of Russia’s relations with other members of the CIS (Actual problems of citizenship. Proceedings of international scientific-practical conference on citizenship), Moscow 1995; p. 123

<sup>11</sup> See RA Electoral Code, Article 54

<sup>12</sup> See RA Law on Conscription, Article 3.1

<sup>13</sup> See Heater D. Citizenship: The Civic Ideal in World History, Politics and Educational, London, New York: Longman, 1990, p. 322

this or that State or group of States in this matter. We believe that the issues of diplomatic and consular protection of the dual citizens should also be settled by international treaties. In diplomatic and consular protection of dual citizens one should be guided by the principle of “effective citizenship”; i.e. the right to provide with diplomatic and consular protection to the dual citizen is reserved with the State, with which the dual citizen has closer ties.

We would like to refer also to another issue. Article 13<sup>1</sup> of RA Law on Citizenship stipulates the concept of dual citizenship, grounds and procedure of providing with dual citizenship. It is worthwhile to mention that there is certain inconsistency between the current law and RA Constitution’s Article 30.1, as RA Constitution stipulates only the institution of dual citizenship and according to the law multiple citizenship is also envisaged. Thus, part 2 of Article 13<sup>1</sup> stipulates that the dual citizen of the Republic of Armenia is the person, who in addition to the citizenship of the Republic of Armenia also has citizenship of other country (countries). Thus, the multiple citizenship as such is not allowed by the Constitution and the law has regulated it.

To solve the dual citizenship issues in Armenia and properly regulate the legislation it is necessary to perform the legal regulation of the dual citizenship primarily by international treaties and for that purpose do active works to join and ratify international treaties.

### III. Obtaining and Termination of Citizenship

According to RA Constitution the process of obtaining and terminating the RA citizenship shall be established by law. Article 9 of RA Law on Citizenship stipulates 7 grounds to obtain citizenship.

Persons of Armenian nationality obtain RA citizenship in a simplified procedure. This is a requirement of RA Constitution and it is stipulated in RA Law on RA Citizenship, according to which persons of Armenian nationality obtain RA citizenship in a simplified procedure. Indeed, the stipulation of such provision is preferable; however, the question is who is a person of Armenian nationality? This is to say how to determine the Armenian nationality of a person, who wants to become a RA citizen in a simplified procedure. In some cases the evidence of person’s Armenian nationality was the fact that in another country he has been baptized in an Armenian church. Indeed, this is not a complete solution; however, if the person has been baptized in an Armenian church in childhood, it is in a way evidence of spiritual link between that person and Armenian State and church. At the same time we believe that the Armenian nationality characterization needs to be

defined in the legislation; i.e. to define who is an Armenian national, how to determine being an Armenian national, develop and stipulate relevant mechanisms, criteria, which will help to answer the question whether the given person is considered an Armenian national or not. This is quite a complex issue that assumes deep and systemic analysis.

There are also a range of issues, in case of which the person’s application to obtain RA citizenship is refused. Highlighting the existence of refusal institution, at the same time we believe that there is another issue here. The law has stipulated that the refusal of the application to obtain RA citizenship may not be reasoned. This provision, one may say, comes to violate the rights of the persons, who having met the requirements of the law, can be refused – without getting any reasoning thereof. We believe that the refusal of the application to obtain citizenship must be reasoned, which will exclude the discretionary approach and it will be clear for the person which specific legislation requirements have been put in the basis of the refusal.

If the citizenship is the stable bond of the person with the State, then the termination of the citizenship is the loss of that legal bond. As the citizenship is legal bond between two parties, then that stability shall be provided for by coincidence of will of the citizen and State. In case there is no such coincidence the citizenship related relations can be terminated upon the wish of one of the parties. Citizenship termination upon the wish of the person due to social circumstances shall enable him/her to search for other more acceptable for him/her human congregations<sup>14</sup>. Reviewing the legislations of different countries one can affirm that it happens on a range of grounds. Concerning the termination of RA citizenship, then it is the loss of the person’s legal bond, which according to RA Law on Citizenship is possible on the following grounds: a) as a result of change of citizenship; b) if the citizenship has been granted on the basis of false data or false documents; c) on the basis of RA international treaties and d) on other grounds envisaged by the law (Article 23). Before dealing with the aforementioned grounds let us mention that the person loses RA citizenship as a result of termination of citizenship. The renunciation of RA citizenship or adoption of citizenship of another country does not automatically result in the loss of RA citizenship.

Let us discuss the institution of changing of citizenship as one of the grounds to terminate RA citizenship. The change of RA citizenship can be done in two ways – by means of giving up the citizenship and adoption of another country’s citizenship. Giving up the citizenship can happen only upon the wish of the citizen. Article 24

<sup>14</sup> See Belkin A. A., On some doctrinal issues of citizenship. // Jurisprudence 1995, N 6, p. 12

of the law says that each person above 18 has the right of changing his citizenship at any time; i.e. give up the RA citizenship or obtain citizenship of another country. If giving up the citizenship can happen only upon the wish of the person, then obtaining the citizenship of another country is not always done upon the wish of the person. The differences of the citizenship obtaining and termination principles in different countries have substantial impact on the settlement of those issues. Often a person can find himself in stateless, as well as in multiple citizenship situation. This can happen also in cases, when the person has renounced his/her previous citizenship knowingly with good intentions to apply for another citizenship, but in the aftermath did not have a change to do so and remained without citizenship<sup>15</sup>. Convention on the Reduction of Statelessness, which is also joined by RA, stipulates that loss of nationality or the renunciation of a nationality shall be conditional upon a person's acquisition or possession of another nationality. This also applies to the Article 24 of our law, which enables to get out of RA citizenship and obtain citizenship of other country. The State should undertake measures for the citizen not to become Stateless after having given up RA citizenship. This is to say that our law should also incorporate the relevant mechanisms. According to the Russian Law on Citizenship the application of giving up Russian citizenship shall be rejected, if the person does not have another country's citizenship or guarantee to obtain it. I think it will be appropriate to stipulate such provision in our law, which will be preventive measures, that the person, having lost RA citizenship, does not become Stateless. Then the convention stipulates that the States should introduce provisions, which enable re-obtaining of the citizenship, if the persons lose or do not obtain other citizenship. As such a provision one can consider the presence of the institution of restoration of the citizenship in RA Law on RA Citizenship.

Article 13 of current RA Law on RA Citizenship stipulates that a copy of the Republic of Armenia Constitution shall be given to the person obtaining the Republic of Armenia citizenship. According to the regulation preceding this regulation the person obtaining the citizenship of the Republic of Armenia shall receive a copy of the Republic of Armenia Constitution and informative handbook about legislation specificities of the Republic of Armenia developed by the authorized body of the Government of the Republic of Armenia. We believe that the previous regulation is more appropriate and reasonable as the citizen is entitled to be informed about his rights and obligations stemming from the citizenship – to fully realize them. From the moment of obtaining the citizenship the person should be well-aware of his participation opportuni-

ties and scope in person-State legal relations and participate to the public administration affairs thereof.

#### IV. Conclusion

As a result of review of legal regulations dealing with the citizenship in RA we come to the following conclusions:

1. the legal regulation of the dual citizenship shall be performed primarily by international treaties and perform active actions to join and ratify the international treaties on the dual citizenship;
2. the concept of citizenship is missing in RA legislation on citizenship. Indeed, the aforementioned is not an issue or legislation gap, but rather necessary for academic community;
3. the Armenian nationality needs a legislative characteristic; definition on how to determine the Armenian nationality or develop and stipulate respective mechanisms, criteria, which will help to answer the question of whether the given person is an Armenian national or not;
4. define that the refusal of the application to obtain citizenship must be reasoned, which will exclude the discretionary approach and it will be clear for the person which specific legislation requirements have been put in the basis of the refusal;
5. Article 13 of RA Law on Citizenship stipulates that a copy of RA Constitution is given to the person obtaining RA citizenship. We believe that in addition to RA constitution the citizen shall be given also an informative handbook about legislation specificities of the Republic of Armenia developed by the authorized body of the Government of the Republic of Armenia;
6. RA Constitution stipulates only the institution of dual citizenship and according to the law multiple citizenship is also envisaged. Thus, part 2 of Article 13<sup>1</sup> stipulates that the dual citizen of the Republic of Armenia is the person, who in addition to the citizenship of the Republic of Armenia also has citizenship of another country (countries). We believe that the aforementioned provision should be consistent with the constitutional norm and
7. a new clause 5 shall be added in the part 2 of Article 24 of RA Law on RA Citizenship, according to which the citizen's application on giving up the RA citizenship shall be rejected, if the person does not have another country's citizenship or guarantee to obtain it (or written official assurances, guarantee from the respective authorities that will obtain citizenship of the given state). This new provision will be a preventive measure, that the person, having lost RA citizenship, does not become Stateless.

<sup>15</sup> See Statelessness guidelines, N3, Yerevan 2012, p. 23

Marine Chkonia<sup>1</sup>

## Conflict of Norms in Corporate Legal Relations and its Elimination through Improving the Legislation

### I. General Review

*The norms of substantive law grant certain rights and obligations to the participants of legal relations. The mechanisms of their realization are presented in procedural norms. Conflict of norms hinders performance of rights granted under the law, which is the main condition of development of legal and democratic legislation. When there is a conflict between substantive norms of different legal areas collision takes place. When conflict appears between substantive and procedural norms, fulfillment of rights granted under the law is endangered. In the present article, the conflict of norms is discussed with the example of corporate legal relations and possibilities of its solutions are presented. Judicial practice is applied where relevant. The main points are related to action and uncontested proceedings among entities of corporate law. Problems of specific norms in the Law on Entrepreneurs are analyzed, where their viability is depended on Civil Procedure norms. Gaps in legislation and ways of their elimination are presented.*

### II. Introduction

Apart from basic rights and freedoms of individuals, chapter two of the Constitution of Georgia recognizes the obligation of the state to promote the development of free business activity and competition. The state intervenes in entrepreneurial activity only through legal regulations and designs guarantees for free entrepreneurial activities in the form of law. The Law on Entrepreneurs takes an important place among them as this law is considered as constitution of entrepreneurial activities.

Pursuant to the Law on Entrepreneurs, entrepreneurial activity is a legitimate and continuous undertaking that is carried out for the purpose of making profit individually or in a corporate manner (Article 1).

The definition presented in the law is of legal nature. There is also an economic definition of entrepreneurial activities, according to which “Entrepreneurial activity is a free

business activity of citizens’ initiative aiming to get profit”<sup>2</sup>.

There is no significant difference between legal and economic definitions. In both cases it is recognized that the entrepreneurial activity is individual and corporate, based on an initiative and freedom. However, pursuant to the operating law, it is a registered action carried out at own risk aiming at making profit.

In order to start entrepreneurial activity, a prospective entrepreneur shall choose a legal status and register it under defined regulations. Business registry carries huge importance in carrying out entrepreneurial activities. A business entity registered under the law can start legal and economic activities. In particular, it can regulate internal corporate relations among partners, conclude agreements with third parties, and undertake obligations thereto. It is very often that legal status, charter capital, and data on partners and officials carry significant importance in relations with third persons as every job is related to risk and it is proffered to the parties to reduce this risk to minimum.

The Law on Entrepreneurs entered into force on 1 March 1995. Under Article 4.1 of the law, enterprises were to be registered by courts, where business registry was created. In terms of disputes and general development of corporate law, business registration in the court established an important practice. Civil Procedure Law that came into force on 15 May 1999 dedicated one chapter to business registration through uncontested proceedings. Besides the advantages listed above, first instance courts became too overloaded by problems related to business registration. The practice established the institution of a registering judge.

As early as on 14 May 1981, the Cabinet of the Council of Europe adopted recommendations on simplified appeal to the justice. According to its addendum #z (86) 12, the list of functions some of the judges should be freed from was designed; business registry was included in the list.<sup>3</sup>

The aforesaid circumstance may have numerous explanations; however, it is a fact that Georgia considered the mentioned recommendation only in 2005. Tax authorities started to carry out business registration. Correspondingly, amendments were proposed to numerous laws, including the Law on Entrepreneurs, Tax Code and Civil Procedure Code. The norms that regulated business registration and related issues totally disappeared from chapter on uncontested proceedings of Civil Procedure Code. The aforesaid brought undesirable consequences, which will be considered below through analyzing specific case.

While reviewing corporate law, a specialist opined,

<sup>2</sup> Economic Glossary – Tbilisi university Publishing. 2001. Under guidance of Professor A. Silagadze p. 477

<sup>3</sup> Recommendations of the Cabinet of the Council of Europe on simplified appeal to the justice, 1981, 14.05. #z (86) 12 recommendation addendum

<sup>1</sup> Director of non-commercial legal entity - “Open Circle”, PhD candidate of business engineering at Technical University of Georgia

“Civil and in particular corporate law, is under influence of continental Europe, in particular, theory of German Law. The aforesaid allows sharing experience and reduces expenditures related to interpretation of law by court decisions and legal theories.<sup>4</sup>”

I do not agree with the above opinion because of following reasons: Although Georgian corporate law is close to German legislation, influence of German legal theory is not noticeable on decision-making and interpretation of law by legal theorists. Interpretation of norms is important when there is opacity. Norms that are clear do not need interpretation. All comments existing up to present avoid interpretation of vague norms; first of all, they are the reason for dispute in judicial practice.

Such vague norms are numerous in the Law on Entrepreneurs. The most important problematic issues are related to statute of limitations, rights of enterprise heads, and conflict of rights of partners who own small shares. These problems will not reduce expenditures related to interpretation of law; all the more so as problems related to interpretation of vague norms are undertaken by only practicing lawyers, in particular, judges and attorneys at law.

The Supreme Court established the institution of generalization and recommendation of practice, which interpreted vague norms. However, the Supreme Court mostly generalizes problems on cases which are faced at cassation instance. In addition, it is very often when their interpretation is unacceptable for parties and their attorneys.

Since 2007 to date, numerous dramatic amendments were presented to the Law on Entrepreneurs. The Procedure for business registration was simplified; the notion of authorized capital was removed from the law; the number of business entities increased and entrepreneur partnership was added to them. New terms such as company and corporation appeared in the law. New grounds for partners' liability were defined. Under the new wording of the law, a certificate of state and tax business registration is an administrative act (however, it was implied earlier too), etc.

It can be said that the totally new law, on its face, was presented to the civil society in a simplified manner. However, it shall be noted that simplifying procedures does not mean simplification of disputes and complaints arising from corporate relations. Granting viability to any legal norm is carried out within its application in practice. Mistakes or gaps made while creating a norm, as a rule, are revealed in disputes, i.e., when it is necessary to interpret a provision and apply it to a particular case.

The fact that the law does not regulate expulsion of

partners from a company does not itself mean that such kinds of disputes do not exist. Unfortunately, dispute resolution out of court did not work in Georgia; that is the reason why a vast majority of them move to the court. The above listed difficulties are faced while drafting the claim and making decision.

### III. Peculiarities of Corporate Dispute Consideration

All disputes arising from legal relations shall not be considered as precondition to bring action. The right to submit claim to a court is guaranteed under the Constitution of Georgia, which means that any person is authorized to address a court in order to defend his/her rights and interests determined under the law. The Constitution was fortified by the norms of Civil Procedure Code; however, it is necessary to have certain preconditions to realize the above mentioned right. A person must have an interest or right defined by the law, and he/she must appeal to the court in order to defend them.

At first glance, this principle is simple to understand. However, if we review judicial practice, we can see that the vast majority of actions are brought in violation of this principle. The vast majority of disputing parties try to obtain through the court the right he/she does not have under the law, or attempts to ground that he/she has an interest and therefore addresses the court in order to defend it. However, they forget that this interest shall be considered under the law. Sometimes even the court forgets it, which causes unreasonable expenditures and loss of time.

The above listed problems mostly appear within disputes arising from corporate relations. This is because each business entity has strictly defined rights and obligations. It is very often in practice when the action is brought to protect a right a person does not have or an entity of corporate law may not have a particular right which it seeks to protect.

Corporate law strictly determines the rights the participants of corporate relations have. In some cases it is possible to protect this right by bringing action, while sometimes it is necessary to solve the case through uncontested proceedings. However, amendments proposed to the Civil Procedure Code took away this means from the participants of the aforesaid relations. If we consider the Law on Entrepreneurs, we may divide relations in corporate law as follows: inter corporate and relations with third parties; in terms of procedural law: action and uncontested proceedings.

In terms of uncontested proceedings, internal corporate relations are very interesting. I believe that in relation

<sup>4</sup> Ketevan, B. and Mike, S.M. (2003) ‘Corporate Law in Georgia’—Review of Georgian Law, 6 (32-3): 278.

with third persons, it is inadmissible to apply uncontested proceedings as a dispute may arise with a business entity only. The Law on Entrepreneurs knows terms such as claim, application and complaint. As an example, we can review Article 14.2.8, Article 24, Article 53.5., Article 53.7<sup>1</sup> Article 56, etc., of the law. The listed Articles allow bringing action to the court. Article 9, 53.4 and 36 highlight application while Article 15 is related to the complaint. Correspondingly, the claims in corporate law may be divided as follows: inter corporative disputes, which proceed from business registration; disputes among partners, partners and directors, supervisory Section and directors; and decisions made by the company.

#### **IV. Claims against Third Persons or Claims of Third Persons Against the Company**

As an example, we can discuss disputes of business registration from inner corporative disputes. An enterprise starts its operation upon its registration in the taxation bureau, thus, all legal affairs starts from the moment it is entered into the unified business registry.

Pursuant to Article 5.8 of the Law on Entrepreneurs, in force before the amendments of 24 June 2005, "If the business is registered, but does not satisfy the conditions of registration, or if these conditions are later considered void, the registration is annulled if the defect is not corrected within a period of three months. The registration may be also annulled on the basis of a claim submitted by the third person." Thus, before the amendments, complaint on registration accuracy proceeded from inner corporative relations. The mentioned norm of the law allowed the court to dispute regarding accuracy of business registration through uncontested proceedings while partners or the third person were able to do it on the basis of the claim.

The Civil Procedure Code in force totally excludes dispute on accuracy of business registration. However, the circumstance that the decision on registration made by the taxation body represents decision of an administrative body gives ground to commence administrative dispute pursuant to Article 2.1.a) of General Administrative Code. Such kind of dispute shall not be deemed as a corporative dispute and the action may be brought only against an administrative body. The subject of dispute may appear to be the brand name, data necessary for registration, power of attorney and so on; consequently, all the amendments carried out regarding these data can be subjects of dispute.

Prior to registration, all the above listed issues are considered in the meeting of partners, general meeting and supervisory Section. Mostly it concerns amendments

to the registration data of an already registered business. Decisions on amendments are made by the highest circle of a company management and, correspondingly, it is possible that the dispute will arise towards the ground of registration but not towards an already completed registration.

In accordance with comments on Civil Procedure Code, "The claim shall clearly and completely state what the claimant requests from the respondent. Pursuant to the Civil Procedure Code, there are three types of claims: awardable or executable claims, transformable claims and claims of recognition, or claims of resolution."<sup>5</sup>

Such classification of claims represents types of procedural-legal classifications. In practice, substantive classification is the most important as in most cases substantive norms contradict procedural law norms and there appears a vacuum as a result. Then the parties and the court try to fill the aforesaid vacuum by unreasonable analogues, and various interpretations of procedural and substantive norms; this finally creates improper judicial practice.

What type of claim may be needed to appeal a decision of an LTD partners' meeting on dismissal and appointment of a new director? Let us consider that a meeting of partners made the decision to dismiss the present one and appoint a new director. The dismissed director is also a partner in the company. In accordance with the decision, the amendments in the business registry were carried out. The dismissed director believes that there were no grounds for his dismissal; he brings an action to the court seeking the abolishment of the decision made by the partners meeting, but not on the amendments carried out in the business registry. If the claim is satisfied, the decision made by the court shall serve as a ground to abolish the record made in the business registry and restore the old record as the decision of the registering body is based on the decision made by the meeting of partners.

Thus, at a glance, the amendments released the court from the work-load to deal with corporate disputes related to business registration; however the law still provides for the application to a court. Within this kind of disputes, decision made by the registering body is just a fact and complaint towards it shall not exist. It is a different case when the registering body makes a mistake during registration. The decision made by it, as an administrative legislative act, will be appealed in the court pursuant to regulations on administrative proceedings.

A commercial legal entity is oriented towards profit. While registering such type of businesses the partners get

<sup>5</sup> Tengiz, L. and Valeri, K. (2004) Comments on Civil Procedure Code, Tbilisi.

associated with each other because of special trust among them. Their joint activities shall be oriented towards profit, and based on respect and trust. Unfortunately, the above listed conditions do not necessarily exclude distrust and dispute arising between them.

Pursuant to the Law on Entrepreneurs, partners' rights and the mechanism of their protection are strictly defined. Before amendments were proposed to the law, Articles 3 and 5 determined the grounds for a partner's dismissal and it was linked to non-submission of contribution within the formation of charter capital. Article 31 of the law regulated the grounds, indicated in the general part, of expulsion of a partner. It could be an important ground when a partner violates obligations undertaken, intentionally or by negligence, if performance of such obligations becomes impossible to him/her. This definition of law created rich judicial practice, however full of some obstacles.

While considering one of the cases, the Cassation Court interpreted that "expulsion of a partner from a company is admissible only in special occasions and it should be grounded on the fact that it is impossible for other partners to do business with the one they want to expel."<sup>6</sup>

The Supreme Court also interpreted that a decision on a partner's expulsion is a fact, which shall be confirmed by the court, i.e., despite decision made by the meeting of the partners, the company should bring action to the court in order to allow the court to confirm the appropriateness of grounds of expulsion.

After the amendments came into force, the notion of partner's expulsion was removed from Article 3. However, in line with point 7, "The partners are entitled to define rules and terms on contribution of each partner in cases defined by the charter. After the term expired, the partner who does not carry out the payment, losses the result of partially fulfilled obligation unless otherwise prescribed by the charter." The ground on partner's expulsion was also removed from the law; however, this amendment made the record in Article 3 unclear.

Loss of share for a partner means nothing but expulsion from a company. Loss of share shall not be considered as automatic action as there is decision made by meeting of partners, protocol of the meeting on founding, record of business registry, etc.

Why was it necessary for the legislature to remove the notion of partner's expulsion from the law? As I have already mentioned, in accordance with recording that existed before the amendments entered into force, there were two options on expelling a partner: the meeting of partners

made a decision and addressed the court with the request to expel the partner; or made the decision on a partner's expulsion and registered the amendments.

The Supreme Court considered the case when the meeting of partners decided to expel a partner and the decision served as a ground for the registration of changes. The Supreme Court considered that the action on a partner's expulsion should be brought to the Court. "It is inadmissible to decide an issue related to a partner's expulsion through uncontested proceedings. It is possible to expel a partner only through action proceeding."<sup>7</sup>

This kind of conclusion undermines the independence of a business organization, decision-making capacity of the top managing body, and the notion of appealing the decision made at a partners' meeting. The above conclusion is not based on the assumption that the expulsion of a partner itself amounts to a dispute and that is why the action proceedings should be applied. Instead, the conclusion recognized the conflict of norms of procedural and substantive law as this issue could not be considered through other regulations of the Civil Procedure Code.

The norms on business registration were removed from the chapter on uncontested proceeding, while existing norms did not give ground to consider a partner's expulsion under this regulation. However, the law on Entrepreneurs did not directly indicate on action proceedings. It founded the term "request" that gave participants of the relations the possibility to interpret the norm differently.

I believe that the norms shall clearly determine the form on applying to the court. The norms of substantive law shall not contradict procedural norms; procedural norms allow protection of rights and interests granted under the law.

Because the right defined under substantive law was procedurally impossible to realize, the amendments were proposed to the law. However, removal of the reference to a partner's expulsion from the law could not solve this problem. Losing share as a result of non-performance of obligation by a partner means losing the partner; however, the law does not regulate procedures on losing share.

## V. Judicial Practice in Corporate Law

On 4 December 2007, LTD "A" submitted a claim to the Section of Civil Cases of Tbilisi City Court requesting the expulsion of LTD "ITL" from the company and registering corresponding amendments in the business registry. On 28 November 2007, at the meeting of partners, LTD "A" made the decision to expel "ITL" from the list of partners. The company was given a task to address the Court

<sup>6</sup> Ruling of Supreme Court of Georgia #as-556-939-06 13 March 2007, Tbilisi.

<sup>7</sup> Practice of Supreme Court of Georgia

in order to realize the decision of the meeting. According to the claimant, pursuant to Article 7 of charter of LTD “A”, the partners were prohibited to carry out actions that would result in damage to the company. The respondent carried out such an action, in particular: it performed total usurpation of management, forced the Georgian party to enslaving conditions of the charter; as a result of its sole management the company experienced financial loss. Besides, it carried out numerous disputes against the company, which caused not only pecuniary damage, but demoralized the company.

Pursuant to the decision of the Section of Civil Cases of Tbilisi City Court, dated 8 April 2009, the claim of LTD “A” was not satisfied. The Court considered the following factual circumstances already determined:

1. “ITI” owned 85% of LTD “A” capital, while LTD “MTK” owned 15%;
2. In the meeting of partners of LTD “A” (8 November 2007), the decision on the expulsion of “ITI” and distribution of its share among the rest of partners was made. The motivation for the expulsion of the partner was as follows: LTD “MTK” should be removed from the management of the company because of unsuccessful business activities, and instituting criminal proceedings against the top managers of the company;
3. The respondents in the action brought by LTD “ITI” were LTD “MTK” and LTD “A”;
4. Preliminary investigation was commenced against heads of LTD “MTK” and LTD “A” under Article 182 of Criminal Code of Georgia at Tbilisi Main Division of Revenue Service of the Ministry of Finances of Georgia; and
5. In accordance with the information provided by the general director of LTD “A”, as of 1 January 2004, the total sum of loss accumulated amounted to 7, 437, 659 GEL.

The Court considered that LTD “A” was not able to prove the fact of loss, or submit enough evidences proving the loss caused by the respondent. As for the rest circumstances presented in the claim, usurpation of business management, deprivation of preferential right on purchase of share, etc., they did not represent the legal ground to expel the partner from the company.

The Representative of LTD “A” appealed the decision in the Appeals Court and requested its abolishment. In accordance to the ruling dated 1 October 2009 made by the Chamber of Civil Cases of Tbilisi Appeal Court, the petition of appeal submitted by LTD “A” was not satisfied and the decision made by the Section of Civil Cases of Tbilisi City Court on 8 April 2009 was left in force.

The Appeals Court fully agreed with the factual cir-

cumstances and legal grounding determined by the first instance court. In addition, it stated that the Law on Entrepreneurs considers only one ground on a partner’s expulsion from a company, which is defined under point 3 of Article 5 of the above-mentioned law. In the present case, the respondent was not expelled from the company based on this ground.

From the legal assessment of the case by the Court, we shall conclude that the Supreme Court shares the opinion of the lower instance courts that the Law on Entrepreneurs considers only one ground on a partner’s expulsion as determined under point 3 of Article 5 of the law. In the present case, the expulsion of the respondent was not based on the said ground.

Article 5.3 of the Law on Entrepreneurs did not consider such wording at the time of decision making; only Article 31 gave the ground on a partner’s expulsion. In particular, pursuant to Article 31.2, “If the partner intentionally or by negligence violates the obligation imposed on him/her, if performance of such an obligation is impossible, or there is another important ground, the court, based on the request of other partners, may adopt a decision on the expulsion of this partner.”

Unfortunately, the Supreme Court of Georgia deemed the cassation appeal inadmissible, therefore, refused to form judicial practice on a partner’s expulsion. Let us provide another case from the judicial practice of the Supreme Court:

LTD “K. i-i-2000” brought an action to the Court against the agency regarding amendments to the registration data. The respondents did not recognize the claim.

In accordance with the decision adopted on 18 January 2011 by Section of Civil Cases of Tbilisi City Court, the claim was not satisfied. The claimant appealed the decision in the Appeals Court. In line with the ruling of the Chamber of Civil Cases of Tbilisi Appeal Court dated 10 May 2011, the claim was not satisfied and the decision adopted by the City Court was left in force because of following circumstances:

The Appeal Court guided by paragraphs 5, 7 and 41 of Article 3 of the Law of Georgia on Entrepreneurs deemed that the mentioned law does not directly consider the possibility of a partner’s expulsion from the company, however, by its content and legal outcome of Article 3.7 equals to the expulsion of a partner from the company.

It is implied that despite differences in terms, relevant paragraphs of the mentioned Article regulated a partner’s expulsion from a company in case of non-payment or partial payment of partner’s contribution.

It shall be noted that in accordance with the same provision, expulsion of a partner from a company must be regulated by the charter of the company. Thus, in line with

indirect formulation, the law considers a partner's expulsion as admissible. In the present case, the charter of LTD "II 2000" involves the same regulations. The agenda involves the legal regulation of the issue related to the ways of expelling a partner from a company as pursuant to Article 3 of the Law of Georgia on Entrepreneurs; the amendment carries mandatory force as a result of registration in public registry.

The Appeal Court interpreted that the Law of Georgia on Entrepreneurs does not clearly answer the mentioned issue. However, taking into account the importance of the outcome of a partner's expulsion from a company, also highlighting the circumstance that a partner's expulsion raises certain rights and obligations among the company and the partners, the Chamber deemed that the mentioned, of course, shall be carried out based on the decision of the partners' meeting. However, registration of amendments at the public registry shall be preceded not only from the decision of a partners' meeting but court decision as well, which will determine the legitimacy of a partner's expulsion from an LTD by completely studying the will and factual condition of all LTD partners.

The Chamber of Appeal considered that precondition for a partner's expulsion is the decision of a partners' meeting on expulsion, which does not directly result in expulsion. The decision on a partner's expulsion from a company shall be made by the court on the basis of decision made by the partners' meeting.

Proceeding from all the above-mentioned, in order to avoid abuse of authority by the company partners and defend the property rights of the expelled partner, the Chamber considered the need of a court decision as one of the important preconditions for the registration of amendments on partner's expulsion in public registry. Especially, when there are 25 partners in the company and the case concerns the expulsion of 24 partners.

As for arguments of LTD "II 2000," All the partners agree on the expulsion of the partner from the company and nobody has appealed the decision of the founder dated 27 July 2010. The Chamber considered that this circumstance would significantly simplify the proceedings and in case of consent of all the partners it would be possible for the Court to make decision on the basis of partners' recognition. However, despite complete consent, prior to registering amendments in the public registry, the will of partners shall be confirmed by the Court and the legitimacy of decision made by the partners shall be proved."<sup>8</sup>

The Supreme Court did not deem the cassation appeal

as admissible, thus, it agreed with the legal assessment of Appeal Court. In particular, it deemed confirmed that the expulsion of the partner was permissible by law despite the fact that this term disappeared from the law. It also considered that the grounds of expulsion are of evaluative nature and within this evaluation the Court has an important role to confirm the decision on a partner's expulsion.

## VI. Conclusion

The conclusions presented by the Supreme Court and the lower instance courts diminish the independence of commercial legal entities, and the ability of managing bodies to manage their companies. The notion of appealing the decision of a partner meeting loses its sense. The company which has already considered the expulsion of a partner shall mandatorily address the court and request the expulsion of the partner. However, it should be the other way round; an expelled partner, who did not agree with the decision of the meeting, should address the court and appeal the decision.

Hence, we can conclude that there is a conflict between the norms of procedural and substantive law, and it is unjustified to resolve it through norms of substantive law. In addition, the problem will not be resolved by frequent amendments. There are the same problems within procedural application of the authority granted to a partner, as well as when starting the liquidation process of a company. I believe that it is necessary to carry out amendments in substantive and procedural law, which will allow a person with relevant rights to use these rights appropriately.

<sup>8</sup> <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>

Norbert Bernsdorff<sup>1</sup>

## Democratic Law-making in Europe: the EU Charter of Fundamental Rights and the “Convention Method”

### I. Introduction

In his opinion, dated 12 December 2013, concerning requests from the High Court of Ireland<sup>2</sup> and the Austrian Federal Constitutional Court<sup>3</sup> for preliminary ruling, Advocate General Pedro Cruz Villalón outstandingly emphasized the importance of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, calling the public for appealing to reason. In these litigation cases, the European Court of Justice (hereinafter, “the ECJ”) discussed the validity of the Directive 2006/24/EC<sup>4</sup> (“the Data Retention Directive”) in the light of Articles 7, 8 and 52(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The Advocate General proposed to the Court to find the Directive as invalid on the ground that it was not fully compatible with Article 52(1) of the EU Charter of Fundamental Rights.

On 1 December 2009, exactly ten years after the Brussels Convention on Human Rights was approved and signed on 17 December 1999, the Treaty of Lisbon entered into force. On the basis of Article 6(1) of the (new) Treaty on European Union, the Charter of Fundamental Rights of the European Union dated 7 December 2000 or, more specifically, its version adapted in Strasbourg on 12 December 2007, also came into force.<sup>5</sup> In other words, since 1 December 2009, we have another new instrument on human rights, viz., the Charter of Fundamental Rights of the European Union. This is a legal text of primary European law which fundamentally affects all areas of life; this is what confers huge importance to this document. Certainly, it is not a new “Great Charter of Liberties,” as it was euphorically called at the time of its first proclamation in Nice on 7 December 2000. Nevertheless, the Charter does occupy its place among other important documents on human rights such as the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the European Convention on the Protection of

Human Rights and Fundamental Freedoms. In fact, for us, the Germans, the human rights “bi-angle” in the form of “Karlsruhe-Strasbourg” turned into a “triangle” of “Karlsruhe-Strasbourg-Luxembourg”. Some time ago, this triangle was called, with some derision, a Bermuda triangle by *Limbach*, former President of the German Federal Constitutional Court.<sup>6</sup>

Despite the legal validity of the EU Charter of Fundamental Rights and solemn words which people use to speak about the Charter at various summits, one cannot deny that this new human rights instrument poses a number problems and controversies in terms of its meaning. What does the EU Charter of Fundamental Rights is about? Does it simply reflect something that already exists or, as earlier, is it an opportunity to prepare a ground for a single European Constitution? Views expressed in media sources are as diverse as they might be: “A fig list for brutal globalization,” “A product of exaggerated assiduity,” “A mere list of political wishes,” “A decoration in a European showcase,” “A catalog of European values,” “A business card of Europe,” and, as Joschka Fischer, former German Federal Minister of Foreign Affairs put it, “A bedrock stone in the history of European unity”. Against this background, almost 15 years after the proclamation and 5 years after the entry into force of the EU Charter of Fundamental Rights, it makes sense to recall the past and to look beyond the scenes of the Brussels Charter of Fundamental Rights.

### II. Why does the European Union need the EU Charter of Fundamental Rights? Reasons and Background

In 1970s, *Rupp*, a teacher of state law, called the European Community “governance without fundamental rights”. This adage had been true to some extent till as long as the very recent past. The Treaties of Rome (1957), Maastricht (1992) and Amsterdam (1997) did create all-Europe level state authorities equipped with executive and legislative powers. But there was no clear-cut recognition of basic rights in the form of a list of fundamental human rights. As the European Court of Justice stated at the relevant time, a guiding principle recognized by a majority of the EU member states, the European Union law prevails over the national laws of its member states. A possibility to refer to the rights enshrined in national laws with a view of challenging the EU legal acts has been excluded and remains excluded to date, much like the protection of fundamental rights through domestic constitutional courts. Otherwise,

<sup>1</sup> The author is a judge at the Federal Social Court in Kassel, Germany, which is a third judicial instance for social disputes. Dr. Bernsdorff is also the Chief Editor of this journal.

<sup>2</sup> Case no. C-293/12, ABI EU 2012, Nr. C 258, 11.

<sup>3</sup> Case no. C-594/12, ABI EU 2013, Nr. C 79, 7.

<sup>4</sup> Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC

<sup>5</sup> ABI EU 2007, Nr. C 303, 1.

<sup>6</sup> This idea is taken from Lenz. (1999) Note to the Gibraltar judgment of the European Court of Human Rights, Judgment of 18.02.1999, EuZW.

unified application of the European Union law would be endangered in the EU member states. This principle has long been acknowledged in the European Union.

Lack of a list of fundamental human rights does not really mean that there is a deficit in the protection of these rights at the European level. Since 1969 (the Stauder Case<sup>9</sup>), the European Court of Justice has created a whole system of judicial protection of fundamental rights. In the beginning, the process progressed modestly but it was gaining strength and clarity over the time. In addition, the ECJ was referring to other European legal instruments, mostly the acts of the Council of Europe. In this context, we must mention, in the first place, the 1950 European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the 1961 European Social Charter. The Treaty of Amsterdam did accept the jurisprudence of the European Court of Justice but not through producing a list of fundamental right but through a simple reference to Article 6 of the Treaty on European Union concerning fundamental rights envisaged elsewhere (in the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the national constitutions provided that they have turned into general principles of the community).

A group of experts appointed by the European Commission deemed this legal state of affairs unsatisfactory despite the changes effected by the Treaty of Amsterdam. In 1999, the group made the following remark: “The mentioned system of references is very confusing and unproductive. In is unclear what meaning should be conferred to treaty texts, which are not mentioned in the references. There is a danger that fundamental rights may be confined to the simple possibility of addressing the authorities of the European Union and EU member states.”<sup>7</sup> All of the European bodies and institutions shared this same idea.

The European Community always requires accession to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a prerequisite for joining the European Union. Without this requirement, the EU Charter of Fundamental Rights as a separate instrument would be devoid of its function. However, the European Court of Justice has eradicated this problem by its opinion made in 1996; otherwise, it would be necessary to insert amendments and addenda into the Treaty of European Union. The matter remained unresolved for a long time but the legal obstacles have been overcome. Article 6(2) of the (new) Treaty on European Union envisages the possibility for the European Union to accede to the European Convention on the Protection of Human Rights and

Fundamental Freedoms and, likewise, the possibility of joining the Council of Europe. Conventional legal prerequisites are thus satisfied in this regard.

### III. Substantive and Institutional Framework: Köln and Tampere

It is widely known that the initiative of creating the EU Charter of Fundamental Rights was advanced thanks to Germany’s chairmanship of the European Union. In June 1999, the European Council, in other words, the assembly of heads of state and government of the European Union, at its session in Köln, tasked a competent authority with this assignment. The substance and the functions of the future Charter of Fundamental Rights were described as follows: “Fundamental rights confirmed and formalized by the European Court of Justice need to be summarized and made visible.” Literal meaning of the decision suggests that the European Council wanted, first of all, to retain the existing rules rather than to create new ones. The Charter must have encompassed three groups or, to use the Brussels terminology, three “baskets” of fundamental rights, viz., classical rights of liberty, fraternity and constitutional rights (the so-called First Basket); rights of the citizens of the European Union (the so-called Second Basket); and socio-economic rights (the so-called Third Basket). As regards the legal validity of the Charter of Fundamental Rights, the Köln decision was pretty clear on that. Whether the Charter should be included in the treaties and how, became a matter of discussion later, following the proclamation, at the next governmental conference (the so-called two-step proceedings).

Terms of reference of a body, which was later named “Convention,” were determined in 1999, at a summit in the Finnish town of Tampere. The Convention was composed of 62 members and 4 observers (the European Court of Justice and the Council of Europe, including the European Court of Human Rights). The Convention included 15 proxies of national governments, 30 national parliamentarians, 16 members of the European Parliament and one representative of the European Commission. The Convention was chaired by Prof. Roman Herzog, former President of the German Federal Constitutional Court and Federal President of Germany, representing the German Federal Government – in other words, a person with a dual role at the Convention. The German Bundestag was represented by MP Meyer who later became famous for his concept of fundamental social rights, and Altmeier, Meyer’s deputy, an MP and future Minister of Environment.

In assessing and making conclusion about the EU Charter of Fundamental Human Rights, it is necessary, first of

<sup>7</sup> Report on the “Guarantees of Fundamental Rights in the European Union: Time for Action”, p. 13 and subsequent pages.

all, to bear in mind the procedure of decision-making by the Convention. At the relevant time, the press was informing that the Convention's working method was evaluated by all of the participants as a success. This evaluation has been said to be accurate both in the past and present. Vesting the Convention with the authority of discussing the EU Charter of Fundamental Rights was an experiment. The Convention method had not been envisaged by the founding treaties of the European Union as an approved method. As regards the composition of the Convention (¾ of its members were members of parliaments), it added a substantial parliamentary legitimacy to the entire process. For this reason, *Hilf*, a specialist of the European Law, stated that this working method was an example to follow and advised the European Union to make use of this method in the future reformation process.<sup>8</sup> As a continuation of this successful story, the next Convention entitled "Convention about the Future of Europe" took place on 28 February 2002 to elaborate recommendations on a common European Constitution.

#### **IV. Consultations during the Convention: Technical Procedures, Transparency, and Controversial Matters of Substance**

In trying to make a sort of an expert and laboratory analysis<sup>9</sup> of the Convention consultations, we have to bear in mind a number of limitations. Not to start wandering about in a maze of topics, it is worth catching a glimpse of the 18 sessions conducted within the Brussels Convention.

Thanks to his balanced temper, Roman Herzog made a significant contribution to making the EU Charter of Fundamental Freedoms a reality. However, his task was not an easy one since he had two roles to play. On the one hand, as a plenipotentiary of the German Federal Government, he was representing the interests of Germany but, on the other hand, as a Chair of the Convention, he was coordinating the interests of member states of the European Union. After he was appointed the Chair of the Convention, Roman Herzog was no longer able to perform his first role. This turned out to be a problem for the German Government because it lost the possibility of submitting its own proposals of amendments and addenda to the plenary session of the Convention. In addition, Mr. Herzog had already submitted for the Convention's discussion a list of fundamental rights he elaborated; he was one of the first to disseminate proposals for discussion. Herzog proposed drafting the EU Charter of Fundamental Rights in terms of its contents in a way to make it readily available for entry

into force. This idea was to some extent contradictory to the Köln decision and a sort of pressure upon those who wanted to voice opinions about validity of the EU Charter of Fundamental Rights at the Convention. He should be credited also for the fact that the Charter, in terms of its system, fully rests upon the Basic Law of Germany with the human dignity standing above all: human dignity is proclaimed as "maternal basic right".

The Convention consultations were accompanied with live discussions in Germany. Cooperation among the German members of the Convention mirrored the way of discussions taking place in Germany. By the end of May 2000, all of the Convention's German members, despite their party affiliation, had a unanimous stance on all major issues. However, the unanimity changed after both of the two large German parties recalled their "special needs". As an example, it is sufficient to mention the request for inserting the fundamental right to homeland and protection from eviction, on the one hand, and the request for equating same sex marriages and extramarital relationships to traditional understanding and forms of marriage and family, on the other hand.

How democratic and transparent the decision-making process was in reality within the Convention? This one has been a less discussed but a vital topic in the society. The Convention on fundamental rights proceeded without an internal schedule. It was hard to discern the views of the majority and the minority. No lots were drawn to ascertain support for individual provisions of or the entire Charter during the plenary session. Eventually, it was the competence and the responsibility of only the Presidium to say to what extent the text was a compromise. Concluding compromise decisions had been discussed within the Presidium rather than at the plenary session of the Convention. This is the only way of explaining how the request, made in the very beginning, for the inclusion of the freedom of art and science and the right to refuse mandatory military service had not been envisaged for months but were included only at the final stage of the Convention consultations. Here is a short story: in June 2000, at the plenary session, the Presidium received 371 motions for amendments and addenda on 506 pages concerning fundamental social rights. Just a day later, the Presidium responded to this influx of motions with a compromise document asserting that it took all of the proposed amendments into consideration. Indignation among the plenary session participants was evidently high.

The Convention on the fundamental rights had to do splits all the time, be it in relation to classical fundamental rights or social fundamental rights. Which extreme positions should have been drawn together?

One thing that generates a strong controversy of ideas

<sup>8</sup> FAZ dated 6.12.2000: "Parliaments in the Starting Position"

<sup>9</sup> Compare with the Journal "Die Zeit" dated 16.3.2000: "A Community of Values: Europe in a Laboratory"

in Europe is the purpose of the EU Charter of Fundamental Rights. Some indeed believe in this document but others think that it is just a “window dressing”. One would witness the same disagreement during the debates within the Convention. Euphoric supporters of the EU Charter of Fundamental Rights, including the members of the European Parliament, were regarding the Charter as an instrument of greater European democracy, approximation with citizens and transparency or, in other words, a preliminary stage of a single European constitution. This passion of the European parliamentarians was not completely devoid of selfish interests because the European Parliament vowed to increase its own powers if a new constitution was created. Skeptics have doubts about the need for such a Charter fearing that a catalogue of values contained in the Charter, if it is made part of a treaty document, could be litigated by citizens of the European Union claiming these rights from their own governments and thus giving impetus to unwanted national obligations. Moreover, some interesting alliances emerged within the Convention on the fundamental rights: for example, French and Belgian conservatives, almost all of the left from the Scandinavian countries and the British Tory. However, there were a bunch of reasons for this to happen. Representatives of the Scandinavian states feared that their own very high standards in terms of fundamental rights would “depreciate” if only a “moderate” level of protection would be introduced. Discussions in the area of environment protection lasted for quite a long time because the Finns and Swedes were egocentrists rather than anthropocentrists wanting to regulate this area by strengthening individual fundamental rights.

Lord Goldsmith, plenipotentiary of the British Government and the spear of Tony Blair at the Convention, turned out to be a significant brake. The British Government was in favor of allowing as minimum a competence as possible without isolating themselves. The European press responded to the British position in the following way: the British are allegedly supporting free trade rather than a list of fundamental rights. However, the British Government’s resilience was based on one more solid reason. Almost no one in the Convention realized that the 1950 European Convention on the Protection of Human Rights and Freedoms was implemented into the British law only in the middle of year 2000 (through Human Rights Act of 1998). This can be explained by the tradition of the British law that the British legislature is not subject to any legal limitations. Violation of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by the British legislature could not be challenged by British citizens before the domestic courts. It was feared to some extent that the substantial changes introduced by the Human Rights Act could significantly affect

the British law if the mandatory EU Charter of Fundamental Rights imposes higher standards in the protection of fundamental human rights.

Many of the EU membership candidates also sympathized with this position. Since they had implemented the European Convention on the Protection of Human Rights and Freedoms into their domestic laws only a short time ago, many of the candidate countries headed by Estonia were extremely skeptical about the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

What were the controversies that affected the discussion process? I would like to show how sensitive these discussions were using the example of some of the rights.

### **1. Controversy about the So-called “Modern Fundamental Rights” or the “New Generation” Fundamental Rights**

However surprising it may seem, some of the specific articles of the EU Charter of Fundamental Rights are more up-to-date than the German Basic Law. For example, in its provision concerning personal data protection (Article 8), the Charter deals with the most recent threats in the fields of information and genetic technology. Furthermore, Article 3(2) of the Charter prohibits eugenic practices and reproductive cloning of humans. Another innovation is the fundamental right to good administration envisaged in Article 41 of the Charter.

Prohibition of cloning is a matter of bitter controversy. According to the wording used in Article 3(2), the Charter prohibits the so-called reproductive cloning of human beings. This sentence was perceived by the conservatives as a sort of mollification of flat prohibition of cloning because it implies the possibility of allowing therapeutic cloning. Both forms of cloning are aimed at generating embryos; the first form may be used for reproduction and the second form for scientific research. Related reproaches were not taken into account later either. There is still indignation about “play of words” and the opening of the doors to further the development of biotechnology in the future. Moreover, by virtue of Article 3(2) of the Charter, the level of decision-making about values concerning other forms of cloning has diminished to the level of member states of the European Union.<sup>10</sup>

### **2. Controversy about Fundamental Social Rights**

The European Community emerged as a result of an economic community with a clear focus of free movement

<sup>10</sup> Compare with Borovsky. (2011) *Introductory and Further Directions*, cited in Meyer, *Charter of Fundamental Rights of the European Union* (3rd Ed.). Commentary.

of people, goods, capital and services. One of the primary objectives of the EU Charter of Fundamental Rights was to “add flesh” to it and eliminate social inequality in the European Union. The turning of the economic community into a community of values and of a community of law into a community of rights was the matter that had been continuously discussed during the consultations within the Convention. It was for this reason that the statement by *Limbach*, former President of the Federal Constitutional Court of Germany that the Charter may help “civilizes the capitalism” was heartily applauded.<sup>11</sup>

The topic of fundamental social rights contained a high amount of explosives. During the Convention, all the possible options were proposed, e.g., non-inclusion of social rights, inclusion of social rights as a matter of policy, and inclusion of social rights as real rights enforceable against the European Union and the member states of the European Union. The giving of such a social flavor to the Charter was opposed by critics using the main argument that fundamental social rights are too expensive and will overburden both enterprises and the state treasury as well as endanger the “European economic zone”. In addition, the delegates were extremely distrustful of “the right to engage in work,” which is sometimes wrongly understood to mean “the right to a job”.

In the end, the Convention on fundamental rights chose a golden mean. The Chapter entitled “solidarity” (Part IV) uses modest enough terms in admitting the fundamental social rights that have been accepted standards in the member states of the European Union. It is without doubt that this fact should be credited to Meyer, representative of the German Bundestag in the Convention. This compromise decision, which he called “a three-component model,”<sup>12</sup> was approved by a majority of the Convention members. In terms of the “second component,” the model copied the types of fundamental economic and social rights enshrined in the international social pacts. The model was based on the idea of “division of obligations into three parts” on account of the “scope of impact” of fundamental economic and social rights. This approach is understood to mean that each fundamental right imposes three types of obligations upon the EU member states or the EU itself, viz., the obligation to respect and fulfill, the obligation to protect, and the obligation to promote. If the approach is applied to a labor right (the right to engage in work) or, pursuant to Article 15 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the right “to work,”

<sup>11</sup> FAZ dated 8.7.2000.

<sup>12</sup> For more detail, compare with Bernsdorff, N. (2001) *Fundamental Social Rights in the EU Charter of Fundamental Rights – Status of Discussion and Concept*, VSSR. Bernsdorff, N. (2001) *EU Charter of Fundamental Rights – Needs, Process and Impact*, NdsVBl.

it means the following: the obligation to respect and fulfill guarantees that the carrying out of professional activity must not be disproportionately restricted. The obligation to protect, which is directed against third parties in majority of cases, compels compliance with the appropriate legislation protecting from termination of labor relations or, in other words, from unjustified dismissal. The obligation to promote should stimulate the member states of the European Union to create a labor exchange; in other words, the latter obligation is focused on prevention rather than fulfillment of fundamental social rights.<sup>13</sup>

To note in the conclusion: inclusion of the fundamental social rights, or in other words, the Third Basket rights into the EU Charter of Fundamental Rights was a must for the Convention. By its letter dated 27 April 2000, the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights sent “warning remarks” to Roman Herzog, Chair of the Convention. The letter said that non-inclusion of fundamental social rights into Charter would amount to violation of the International Covenant<sup>14</sup> on Economic, Social and Cultural Rights dated 16 December 1966.<sup>15</sup>

### 3. Controversy about Prohibition of Death Penalty, the Right to Asylum and the Right to Protection of Minorities

While speaking of its legal importance, we must also mention the political meaning of the EU Charter of Fundamental Rights. That was particularly meaningful for Turkey at that time, since the dispute about complete prohibition of death penalty was debated during the trial of *Abdulla Ocalan*. *Bereijo*, representative of Spain, was vigorously raising objections against the prohibition of the death penalty. Death penalty, as such, is prohibited in Spain but the Spanish Constitution allows for using it in time of war according to a procedure established by law, which has not yet been adopted. It is important not to depart from the framework established by normative base on human rights envisaged by the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Article 2(2) of the EU Charter of Fundamental Rights indicates that the Spanish delegate’s remarks were not taken into account. No other outcome could be expected within the European

<sup>13</sup> See Bernsdorff cited in Meyer: Art. 15, sidenote 15 et. seq.

<sup>14</sup> BGBl 1973 II, 1570.

<sup>15</sup> “The Committee ... would nevertheless like to point out that if economic and social rights were not to be integrated in the Draft Charter on an equal footing with civil and political rights, such negative regional signals would be highly detrimental to the full realization of all human rights at both the international and domestic level, and would have to be regarded as a retrogressive step contravening the existing obligations of Member States of the European Union under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.”

community of values; there has already been a consensus for a longtime before this issue in Europe that death penalty is completely incompatible with “EU member states’ understanding of fairness”.<sup>16</sup>

Since the entry into force of the Amsterdam Treaty, the European Union has assumed the responsibility also for the policy of the right to asylum. This is why the right to asylum is envisaged in Article 18 of the EU Charter of Fundamental Rights. Inclusion of this Article into the Charter was preceded with impressive differences in opinions with all the consequences stemming there from; for example, many of the Convention members wanted to grant this right to not only nationals of third countries but to citizens of the European Union. The issue of Kurds in Turkey, which was a candidate to EU membership at that time, played a key role here. It was not properly realized that the purpose of the right to asylum which is to obtain protection from persecution in another country could, in fact, be achieved also through the provisions of the European law on the issuance of residence permits. For this reason, to date, the right to asylum (according to Article 18 of the EU Charter of Fundamental Rights) may be exercised also by citizens of the EU member states. However, Protocol No. 24 on Asylum for Nationals of the Member States of the European Union says that “given the level of protection of fundamental rights and freedoms by the Member States of the European Union,” the Member States are regarded as safe countries of origin, which means that applications for asylum will always be unfounded.<sup>17</sup>

First of all, the Greens of Europe were saying that the right to asylum must be an individually litigated right. For the majority of the Convention delegates this proposal was unacceptable. The majority was in favor of the “one rights less” approach, willing to tolerate only objective guarantees for the right to asylum. As regards the Federal Republic of Germany, the literal meaning of Article 18 of the EU Charter of Fundamental Rights, as it stands now, does not accurately reflect the position voiced at the Convention. An indication is contained in the title, which says “the right to asylum”.<sup>18</sup> The plenary session of the Convention saw many emotional scenes during these discussions. *Voggenhuber*, a member of the European Parliament representing the Austrian Green Party in the European parliament, in exchange for purely objective guarantees for the right to asylum, demanded the cancellation of limitations upon the

right to free movement of the EU citizens and spreading the application of this right to nationals of third states. With Article 45 of the EU Charter of Fundamental Rights, one may say that Mr. Voggenhuber’s demand was upheld at least to some extent. Pursuant to Article 45, nationals of third countries legally resident in the territory of a Member State, have the right to free movement and residence “in accordance with the Treaties,” in other words, their affiliation with the European Union is taken into account.<sup>19</sup>

Now, a few more words about the protection of the rights of minorities under Article 22 of the EU Charter of Fundamental Rights! This provision recognizes cultural, religious and linguistic diversity in Europe. It prescribes elements of protection of minorities thereby promoting the heritage of the European culture. However, a large group of the Convention delegates thought that there was a major flaw in this regard. The EU Charter of Fundamental Rights does not deal with the sins committed in the area of human rights in the previous century such as expulsion and ethnic cleansing. Naturally, this question was discussed by the Convention. *Friedrichs*, former Vice President of the European Parliament, reminded the Convention delegates twice about the need to include the right to protection against expulsion. However, the drafting of the EU Charter of Fundamental Rights was a truly political process. The right to protection against expulsion must have been followed by the right to return to the place of origin. It was a bad message against the background of European Union’s enlargement in the eastern European direction because the Czech Republic was regarded as a candidate for EU membership. Thus, it was impossible to allow, by any means, any claims for the return of the properties on account of their confiscation and the carrying out of post-war reforms under Article 17 of the EU Charter of Fundamental Rights based on the principle of *ratione temporis*. It was deemed that, as “instantaneous acts,” they did not result in continued violation of legal obligations in the present day.<sup>20</sup>

#### 4. Controversy about the Preamble

The controversy emerged in the last moment during the work on the wording of the preamble of the EU Charter of Fundamental Rights. In the absence of Roman Herzog, thanks to the Presidium of the Convention, representatives of France and Belgium, lay (secular) countries, removed the phrase “religious heritage” from the preamble. They were strongly confronted by conservative

<sup>16</sup> It should be noted that Spain refrained from introducing death penalty in time of war. See Borovsky in Meyer, aaO, Art. 2 RdNr. 24.

<sup>17</sup> Compare with Jochum cited in Stern, K. and Tettinger, P.J. (2006) Charter of Fundamental Rights of the European Union, General Commentaries, Köln, Art. 18, sidenote 15

<sup>18</sup> For more about the meaning, see Bernsdorff in Meyer, Art. 18, sidenote 13a

<sup>19</sup> To date, this is regulated in Article 77 and the subsequent articles as part of the activities of the European Union.

<sup>20</sup> Compare, in particular, with Meyer. and Bernsdorff, N. (2009) *The EU Charter of Fundamental Rights does not Substantiate Claims for the Return of Properties Confiscated in Czechia*, EuZW.

members of the European Parliament and representatives of Austria and Luxemburg. A compromise was reached in the end. The English and French copies of the final version of the EU Charter of Fundamental Rights speak of “spiritual and moral heritage”. Nobody objected to translating the word “spiritual” as “spiritual-religious” in the German version. Eventually, the question of religious and transcendent interrelation remained undetermined; according to the jurisprudence of the European Court of Justice, the principle of a uniform interpretation and application of all official texts prohibits isolated understanding of individual provisions using only one of the language versions of the relevant text. So, in this case, one may think that interpretation difficulties could have been implanted ahead of time.<sup>21</sup>

## V. Monitoring of the EU Charter of Fundamental Rights: Interrelationship between the European Court of Justice (Luxemburg) and the European Court of Human Rights (Strasbourg)

Mr. Fischbach attentively followed the consultations within the Convention in Brussels. As a justice from the European Court of Human Rights, he was responsible for ensuring adherence to the provisions of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In the consultations in Brussels, he participated as one of the four representatives without the right to vote. Mr. Fischbach was of the view that the European Union must accede to the European Convention on the Protection of Human Rights and Freedoms and, thus, join the Council of Europe; a simple fight for competences?

Whenever seized with applying the case law on human rights and the human rights guarantees provided for in the ECHR, the European Court of Justice had been actively referring in its decisions to the jurisprudence of the European Court of Human Rights due to the lack of its own list of fundamental rights. Despite no legal obligation to account for before the European Court of Human Rights, certain relations did exist. This helped prevent parallel development of fundamental rights in Europe. The European Court of Human Rights enjoyed a sort of a “privileged right of interpretation”.

This state of affairs changed drastically after the EU Charter of Fundamental Rights came into force. Legal protection within the Community law and the EU law became

unique of its kind, which formally stands apart from the European Convention on the Protection of Human Rights and Freedoms. The European Union has its own legal text. This contains the danger of development of two parallel systems of human rights protection or double standards; “legal protection at a luxury level” for the citizens of 28 member states of the European Union and “legal protection at a basic level” for the members of the Council of Europe who have joined the European Convention on the Protection of Human Rights but who are not members of the European Union.<sup>22</sup>

On the other hand, the European Court of Justice, despite the respectable amount of work carried out, is not regarded as “a guardian of fundamental rights”.<sup>23</sup> Actions implemented by the common legislature within the framework of the European Court of Justice have not yet been violating fundamental rights. The skepticism that the European Court of Human Rights had been displaying in regard to creating the EU Charter of Fundamental Rights was not based on a mere “unconstructive thinking of a competitor”. It was because of serious concern about the possibility of emergence of a conflict between the two existing legal systems incompatible with each other.<sup>24</sup>

As Article 52(3) of the EU Charter of Fundamental Rights stipulates, Charter rights that correspond to the rights guaranteed by the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms have the same meaning and legal consequences as the rights laid down in the Convention. However, this resolves the problem of (necessary) integration only in part. The second sentence of the same provision, in fact, contradicts the orientation of the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In discussing this issue, one should not forget any links with the Preamble (paragraph 5). It is unclear what legal and, first of all, political dynamics will be formed in future in the relations between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. It is completely unclear whether and “in which direction” the tension will be relieved by virtue of Article 6(2) of the (new) Treaty on European Union in terms of the Union mandatorily becoming a member of the Council of Europe

<sup>22</sup> See also Alber, S. and Widmaier, U. (2000) *Charter of Fundamental Rights of the European Union and its Impact upon the Case Law*, EuGRZ.. On public discussion about this issue, compare various articles in NZZ dated 15.3.2000, FAZ dated 25.9.2000 and 27.9.2000, also NZZ dated 30.9.2000 and 4.11.2000.

<sup>23</sup> Compare with Ress, *Human Rights, European Law and National Constitutional ILw* in Haller., Kopetsky, Novak., Paulson., Rushhour., Ress. and Widerin (1997) *State and Law*, Anniversary edition dedicated to Gunter Winkler.

<sup>24</sup> For this reason – which is very interesting – Switzerland, which is not a member of the European Union, was vigorously included into the discussion of the EU Charter of Fundamental Rights; compare with Nabholz-Heidegger in NZZ dated 4.11.2000.

<sup>21</sup> Compare with the reference to the so-called proceedings (cases) in Meyer, Preamble, sidenote32; Strainz. (2012) *Treaty on European Union* (2nd Ed.).

and, accordingly, mandatorily acceding to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.<sup>25</sup>

## VI. Conclusion: Future Perspectives

Since 1 December 2009, national courts can no longer avoid application of fundamental rights envisaged in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The national courts are deemed to be acting as “courts of the European Union;” their role as “an extended arm” of the European jurisdiction stems from Article 19(1) of the (new) Treaty on European Union. When applying fundamental rights envisaged in the Basic Law, the national courts will, at least, have to check what the European basic law says on the same issue as interpreted by the European Court of Justice.<sup>26</sup> As *Hirsch*, former President of the Supreme Federal Court of Germany, says, the time when the EU Charter of Fundamental Rights used to be criticized and the fundamental rights envisaged in the Basic Law used to be applied must now be forgotten.<sup>27</sup> “Critical remarks” could have been expressed only in the past when the Charter was in the process of development during the consultations within the Convention and the subsequent government conferences. It would be prudent, therefore, to make use of legal and educational materials and, since 2014, get on to studying the provisions of the EU Charter of Fundamental Rights as part of the all-European doctrine of human rights. The “Convention method” as a procedure of European law-making proved to be very successful.

<sup>25</sup> Spiekermann. (2013) Impact of EU’s Joining of the Council of Europe and its Accession to the ECHR upon the Relations between the EU Court and the European Court of Human Rights as well as upon the Resulting Individual Legal Remedies.

<sup>26</sup> Hirsch, *Inclusion of the EU Charter of Fundamental Rights into the Constitutional Agreement* in Schwarze, J. (2004) *The Constitutional Draft of the European Convention* (1<sup>st</sup> Ed.).

<sup>27</sup> Hirsch, *Inclusion of the EU Charter of Fundamental Rights into the Constitutional Agreement* in Schwarze, J. (2004) *The Constitutional Draft of the European Convention* (1<sup>st</sup> Ed.).

Margarita Galstyan<sup>1</sup>

## Electoral Rights: Residency Requirements for Candidates under Armenian Legislation

### I. Executive summary

*This paper is focused on the elaboration of the right to free elections and particularly limitations to the right to stand for elections. The objective of the research is to discuss the residency requirement as a criterion for candidates to national elections and to show inconsistency that exists between national and international law. For the purpose of this research comparative analysis of Armenian and international electoral legislations and regulations has been conducted. Inter alia to international binding documents and case laws of the European Court of Human Rights, relevant international requirements, standards for democratic elections and commentaries are presented. This analysis has enabled me to present and to evaluate the right to free elections in the light of two jurisdictions, to discuss the contradictions and inconsistencies among the relevant pieces of legislations regarding residency requirement for candidates.*

### II. Introduction

Right to free elections is one of the first generation of human rights and stands in the core of civil and political rights. This right has an important role not only in the human rights dimension but also in the creation of a democratic state and rule of law. This approach is also stated in the UN Universal Declaration of Human Rights, Article 21.3 of which states that the authority of the government of the state shall be based on the will of people, which shall be expressed by genuine and periodic elections.<sup>2</sup>

Right to free elections is also stated in the European Convention of Human Rights. According to this document right to free elections consists of voting rights and right to stand for elections (active and passive electoral rights). Under this instrument electoral rights are not absolute rights and may be subject to limitations imposed by states. Such limitations may be age, citizenship, permanent residence, criminal conviction, etc. Each of these limitations

may have its implications on the full enjoyment and implementation of the electoral rights. Beside the mention major human rights instruments, rights to vote and stand for elections are also elaborated in different documents adopted by universal and regional international organizations.

According to the Armenian legislation (Constitution and Electoral Code), a citizen to be eligible for standing as a candidate for the elections, inter alia to the citizenship and age requirements, must have a permanent residency in the country. This means that a citizen of the Republic of Armenia can be registered and stand as a candidate for the President or for the Member to Parliament if he/she has permanently resided in the country for the last 10 and 5 years respectively. When drafting the relevant provisions of the Armenian Constitution, there were debates, whether it was justified to have such requirements. The rationale behind such high residency requirement was to ensure tight link of the high level officials with the country. However, residency requirement has become a deliberate tool in the hands of the Armenian authorities. The residency requirement is also stated in the Electoral Code of Armenia, which was adopted in 2011. Before the adoption of the Electoral Code, the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) and the Organization of Security and Cooperation in Europe/Office of Democratic Institutions and Human Rights have issued their joint expert opinion on the Code. The comment on the residency requirement considered it disproportionate and unjustified.<sup>3</sup>

The actuality of the research is driven from the Armenian experience of election administration and the arbitrary implementation of the residency requirement by the authorities. This paper will focus on the Armenian legislative and regulatory flows stipulating residency requirement and will present international standards and best practice of electoral legislation. For the research the analysis of Armenian legislation is conducted. Simultaneously, the relevant international requirements, standards, commentaries as well as case law of the European Court of Human Rights are analyzed. The comparative analysis of the Armenian and international legislation will allow me to present and to evaluate the right to free elections in the light of two jurisdictions, to discuss the contradictions and inconsistencies among the relevant pieces of legislations.

<sup>1</sup> National Legal Expert in the UNDP Integrated Border Management portfolio, LLM in Human Rights holding from the Central European University, LLM holding from the American University of Armenia

<sup>2</sup> United Nations Universal Declaration of Human Rights, art. 21 part 3, Dec. 10, 1948

<sup>3</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) & OSCE/Office of Democratic Institutions and Human Rights Joint Final Opinion on the Electoral Code of the Armenia chap. 7, points 37-38, Op. No611/2011 (2011)

## 1. Electoral Rights under Armenian Legislation

### 1.1. *Right to Vote and Stand for Elections*

Right to free elections is one of the first generation of human rights and stands in the core of civil and political rights. This right has an important role not only in the human rights dimension but also in the creation of a democratic state and rule of law. In 1995 the Constitution of the Republic of Armenia was adopted which established the constitutional structure of the government based on a separation of powers. According to the general foundation of the constitutional order of Armenia, the power belongs to the people who exercise it through elections of their representatives and referenda. The President of the Republic and the members of the National Assembly as well as the representatives of local self-governments shall be elected based on universal, equal and direct suffrage.<sup>4</sup>

On November 25, 2005 amendments to the Constitution were adopted through national referendum. Though many substantial changes have been introduced in the field of human rights, provisions regulating electoral rights and requirements for the candidates for the President of the Republic and deputies for the National Assembly have not been changed. Article 30 of the Constitution of the Republic of Armenia<sup>5</sup> stipulates electoral rights for citizens of Armenia who attained the age of 18 (maturity), stating that every citizen has the right to participate in the elections and referenda.

The right to vote and stand for elections further is elaborated in the Electoral Code of the Republic of Armenia (hereinafter referred as Electoral Code), which has been adopted in May 2011.<sup>6</sup> The Electoral Code provides legal framework for electoral rights and system, administration of elections. Though many changes have been made, provisions regarding requirements for voting and candidacy rights remain unchanged as in the Constitution, despite recommendations presented in the joint opinion on draft Electoral Code by the European Commission for Democracy through Law ( hereinafter referred as Venice Commission) and the Organization of Security and Cooperation in Europe/Office of Democratic Institutions and Human Rights ( hereinafter referred as OSCE/ODIHR), which will be discussed in more details later.<sup>7</sup>

According to part 1, of Article 2 of the Electoral Code: “[c]itizens of the Republic of Armenia, having attained the age of eighteen as of the day of voting, shall have the right to vote in the Republic of Armenia, persons not holding the citizenship of the Republic of Armenia shall have the right to vote at local self-government elections in case of being, prior to the voting day, registered for at least six months in the population register of the community where elections are held.”<sup>8</sup> It can be seen from the Article 2 that the first sentence of it reflects the Constitutional provision stated above, providing right to vote to eighteen year old Armenian citizens. Mentioned article, inter alia, defines national elections stating that these are elections of the President of the Republic, and elections to the National Assembly under the proportional electoral system.<sup>9</sup>

The Electoral Code stipulates the principles of equal, direct suffrage and secrecy of the ballot,<sup>10</sup> which are elaborated further in Articles 3-5. Particularly under equality, Article 3 states that participation in elections shall be on equal grounds and electors shall have equal right to vote and to be elected irrespective on grounds, such as national origin, gender, race, religion language, political or other views.<sup>11</sup> It should be noted that the mentioned provision ensures equality not only for voters but also for candidates. However, it can be seen from the wording of the article that the grounds for discrimination are exhaustive, the provision provides a closed list which can be considered as a flow for providing real equality and ‘prohibition of discrimination’ on any grounds. It should be noted that social origin or situation, is not included in the list which is very important in realization of political rights, such grounds as citizenship and residence are also excluded (these grounds are often used for excluding certain people from elections). While the OSCE Copenhagen document of 1990 on Human Dimension<sup>12</sup> (hereinafter referred as Copenhagen Document) and “The Code of Good Practice in Electoral Matters”<sup>13</sup> of the Venice Commission state that the right to universal and equal suffrage should be without discrimination on any grounds. It can be stated that there is an inconsistency between international standards and Armenian legislation in this respect.

<sup>4</sup> RA Constitution art 2 and 3

<sup>5</sup> RA Constitution as of amended on November 25, 2005, non-official translation available at: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1&lang=eng>

<sup>6</sup> RA Electoral Code, AL-164-N, (2011), non-official translation available at: <http://www.legislationline.org/topics/country/45/topic/6>

<sup>7</sup> Final joint opinion on Electoral Code of Armeniasupra note 3

<sup>8</sup> RA Electoral Code art.2

<sup>9</sup> RA Electoral Code art.2

<sup>10</sup> *Id.* art.1.1

<sup>11</sup> *Id.* art.3

<sup>12</sup> OSCE Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on Human Dimension of CSCE, 1990

<sup>13</sup> Council of Europe’s European Commission for Democracy through Law (the Venice Commission) *Code of Good Practice in Electoral Matters*, CDL-AD (2002) 23 rev, 2002, para. p. 1.1 d.

### 1.2. *Residency Requirement for Candidates to National Elections*

As it can be seen, the criteria for the realization of voting rights in national elections are citizenship and age of maturity. No special requirement of residency is prescribed by law. While, in the case of criteria for candidacy rights the picture is different.

According to Article 50 of the RA Constitution the President of the country is elected in direct elections for 5 years term. As stated in the paragraph 2 of Article 50 “Every person having attained the age of thirty five, having been a citizen of the Republic of Armenia for the preceding ten years, having permanently resided in the Republic for the preceding ten years, and having the right to vote is eligible to be elected as President of the Republic.”<sup>14</sup> This provision is reflected also in the Article 77 part 1 of the Electoral Code. The given provision stipulates criteria for the candidates to President of the Country. Among other requirements, to be eligible to stand for elections the candidate should be citizen of Armenia for ten years and permanently reside in Armenia for the preceding ten years.<sup>15</sup>

According to article 63 of the RA Constitution the National Assembly of Armenia consists of 131 deputies and is elected for 5 years.<sup>16</sup> Article 64 stipulates criteria for candidates to deputy of National Assembly: “Any person having attained the age of twenty five, having been a citizen of the Republic of Armenia for the preceding five years, having permanently resided in the Republic for the preceding five years, and having the right to vote, may be elected a Deputy.”<sup>17</sup> The given provision is reflected in the Article 105 of the Electoral Code. Here again, among others a citizenship and permanent residency for five year is required as an eligibility criteria for candidates.

As it can be seen from the wording of two mentioned articles, the law establishes a minimum citizenship and permanent residency length to be eligible to stand for the national elections. During the drafting period of the Constitution, when the articles of the Constitution were under discussions, Articles 50 and 64, which stated eligibility criteria for candidates to national elections, were also widely debated. In the early 1990s three main factors were essential for the adoption of residency requirement for candidates to national elections in Armenia: Diasporas, newly established republic, Nagorno-Karabakh conflict.

The rationale behind 10 year and 5 year citizenship and residency requirements stipulated in the Constitution of Armenia was “protection” of the state and the will that

the potential candidates for national posts (President and Members of Parliament) should be well aware of the situation in the country. One of the reasons was that after independence a big number of Armenians living abroad started to return to their homeland. However, another, hidden reason behind these provisions might be the fact that among these returnees, there were some who engaged in politics and soon became strong political figures, creating unwanted competition for those in power.

When comparing above discussed provisions with international standards the equality clause of the Electoral Code can be recalled again. As it has been mentioned, Article 3 gives a close list of discrimination grounds, not mentioning permanent residence, which can be and often is used as a ground for discrimination (and abused) against candidates in national elections. While, both Copenhagen document and The Code of Good Practice in Electoral Matters state that discrimination on any grounds should be eliminated. The paragraph 1.1(c) of the Code of Good Practice in Electoral Matters indicates that no length of residency should be required for candidates in national elections.<sup>18</sup> These provisions will be discussed more detailed later. Moreover, according to paragraph 15 of the UN General Comment 25: “[...]Persons who are otherwise eligible to stand for election should not be excluded by unreasonable or discriminatory requirements such as education, residence or descent, or by reason of political affiliation.”<sup>19</sup>

### 1.3. *Candidates Registration*

Relevant articles of the Electoral Code stipulate necessary procedures and documents that should be provided to the Central Electoral Commission (hereinafter referred as CEC) for the registration of candidates to national elections. Inter alia to other documents, candidates should present a statement attesting that the candidate has been permanently residing in the Republic of Armenia for the required period of time (ten years for the candidates for the president and 5 year for the candidates to National Assembly).<sup>20</sup> According to the Code, the authorized stated body shall issue the above mentioned statement within a three day period after receiving a request on that. The request shall be denied and the authorized body shall not issue the statement in the case when personal data of the applicants

<sup>14</sup> RA Constitution art.50

<sup>15</sup> RA Electoral Code art. 77.1,

<sup>16</sup> RA Constitution art 63

<sup>17</sup> RA Constitution art 64

<sup>18</sup> Code of Good Practice in Electoral Matters *supra* note 13, para I. 1.1.c.

<sup>19</sup> UN Human Rights Committee ,General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25), para.15, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 1996, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/d0b-7f023e8d6d9898025651e004bc0eb>

<sup>20</sup> RA Electoral Code arts. 79, 105

do not meet necessary requirements mentioned in the relevant provisions of the Electoral Code.

The certificate on permanent residence for the candidates for the President of the Republic and deputies to the National Assembly shall be provided by the authorized state body. The procedure of the issuing the certificate is regulated by Law on State Registration of Population and few bylaws, particularly, Governmental decision N1231-n (adopted 14.07.2005) on introduction of the State Population Registry System in the Republic of Armenia and Decision of Central Electoral Commission N51-N (adopted on 29.07.2011) on Approving Form of the statement for the candidates on being a citizen and permanent resident of the Republic of Armenia.

Article 7 of the Law on State Registration of Population gives a definition of permanent residence: “[...] Permanent place of residence (habitation) is considered the territory, where the resident has a right to reside, which he considers and declares as his habitation. In case of changing the place of permanent residence (habitation), the person is obliged to inform in a written form the local state register in seven-day period, where his/her new habitation is located. The resident can be registered in only one habitation.”<sup>21</sup> Part 2 of the given article states that in case of leaving Armenia or residing in other country for more than six months citizens of Armenia are obliged to inform about that consular or diplomatic representative of Armenia in the respective country.<sup>22</sup> However there are no other legislative provisions in this regard, what will be the remedies if a citizen fails to inform about his temporary residence or how that fact can be checked by other means. As it can be seen from the definition of the ‘permanent residence’ given by the mentioned article, the permanent residence is the place where the person has the legal right to reside (habitat) and not the actual place of habitation.

According to the Articles 79.5 and 108.4 of the Electoral Code, the state authorized body shall issue the statement on permanent residence, the Governmental decree N1231-N designates RA Police as an authorized state body to maintain state population registry. However neither the Code itself, nor the above mentioned legislation defines which department of the RA Police should be responsible for the maintaining state population register, as well as issuing statements on permanent residence of candidates for president of the Republic and deputies to the National Assembly. As a common practice the statement on permanent residence is issued by the Passport and Visa Department of the Police (hereinafter referred as PVD). In practice, to get the statement a candidate shall file a request

to territorial branch of PVD of his/her residence, which shall issue the statement based on the data in state population registry. However there is no certain mechanism on checking data or how the fact of residence should be checked beside the note in state population registry. Moreover, there is no provision on counting the required 5-year and 10-year residence period for the candidates, especially in cases when the potential candidate has been abroad for certain time period during counting period. The legislation does not stipulate how long a potential candidate should be abroad for being denied the statement of permanent residence (e.g. 3 months, 6 months or more than 6 months) and to become disqualified for standing as a candidate. The electoral legislation does not stipulate any provisions to appeal decision of the PVD not to issue the statement. This decision may be appealed on general grounds stated in the Law on Fundamentals of Administration and Administrative Proceedings (within the time period stated by the law).<sup>23</sup> As we know in electoral disputes the prompt discussion of the disputes is one of the important elements of effectiveness of remedies. It can be seen that there is a clear regulatory gap in the legislation, which leads to arbitrariness and abuse of candidacy rights.

The issue of the residency requirement has been addressed in the “Joint Final Opinion on Electoral Code of Armenia” by the Venice Commission and OSCE/ODIHR. In paragraphs 37-38, it states that the 10 year and 5 year of citizenship and residence requirement for the candidates of the President and deputies to the National Assembly are excessive and disproportionate. Particularly it states that “Except in very specific situations, which do not appear to be present in Armenia, these restrictions are not justified by the need to protect national or democratic interests.”<sup>24</sup> As it can be seen from the wording of the joint final opinion, the citizenship and residency requirement for candidates to national elections was considered excessive. However, Armenian authorities did not consider this recommendation when adopting the Electoral Code.

Furthermore, as we have seen there is a clear legislative and regulatory gap for issuing statement on residency. There is no clear statement on authorized state body which shall issue this statement, no clear regulations on how the statement should be issued and no special mechanisms for appeal. Imposing an excessive and disproportional requirement on potential candidates, State authorities failed in establishing procedures for fulfilling this requirement which often results in arbitrariness. The most worrying is that most of the time this arbitrariness is used against op-

<sup>21</sup> RA Law on State Register of the Population of Armenia, art.7.1, AL-419-N (2002)

<sup>22</sup> *Id.* part 2

<sup>23</sup> RA Law on Fundamentals of Administration and Administrative Proceedings, chap.10, AL-41-N (2004), regulates complaint and appeal procedures of administrative acts.

<sup>24</sup> Joint Final Opinion on Electoral Code of Armenia *supra* note 3

position candidates. As it has been discussed there were 'grounds' for high citizenship and residency requirements for Armenia in the 1990s. This was the way of thinking in 1995 and it could serve as a justification for these provisions to be included in the Constitution, but it cannot be justifiable for Armenia in 2013.

## 2. Electoral Rights under the European Convention on Human Rights

### 2.1. *Development of the right to vote and stand for elections*

The right to free elections under the European Convention on Human Rights (hereinafter referred as Convention) is provided by Article 3 of Protocol No. 1 of the Convention. According to this Article: "The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature"<sup>25</sup> The text of this Article can be considered as "a relatively modest account of the role of elections as regards the relationship between government and the people."<sup>26</sup> This can be explained by the text of the Article, which does not contain any explicit individual right and any requirement for the universal suffrage.

From the wording of the Article 3 Protocol No. 1, it looks like it stipulates an obligation for Member States to hold free elections and does not provide a right to individuals. At first, this approach was presented by the European Commission of Human Rights (hereinafter referred as Commission). Its general conclusion was that Article 3 does not provide for individual rights to vote and stand for elections.<sup>27</sup> However this position had been changed later. In later case law the Commission stated the individual nature of the right provided under Article 3 of Protocol No. 1. In the case of *W, X, Y and Z v. Belgium* the Commission stated that Article 3 provides for universal suffrage and guarantees, in principle, the right to vote and the right to stand for election to the legislature.<sup>28</sup> The Commission recognized individual nature of rights stated in Article 3. Despite not explicit wording of the mentioned Article, it stipulates subjective individual rights to vote and stand for elections, which are enforceable as other rights of the Con-

vention. However, as many other rights provided by the Convention, rights under Article 3 are not absolute, and can be subject to limitations.

As it was mentioned the right to vote and stand for elections stipulated by the Article 3 of Protocol No. 1 is not an absolute right. In its judgment on the case of *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, the Court stated that considering the wording of the art. 3 there is a room for implied limitations<sup>29</sup>. As there is nothing in the text of the Article 3 of Protocol No. 1 on limitations of rights stipulated thereof, it is left to the Court to define the scope and elaborate criteria of 'implied limitations'.

In the meantime, it has recognized that States have a wide margin of appreciation in making the rights to vote and stand for elections subject to certain conditions. However these conditions should be set in such a way as not to curtail the rights or "...to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate."<sup>30</sup> The scope of regulations compatible with Article 3 of Protocol No. 1 is wide as its wording does not stipulate specific limits or certain aim which a measure must pursue.<sup>31</sup> In the application of general limitation test to the limitations on electoral rights, the Court emphasizes the legitimate aim pursued in justifying the limitations.

### 2.2. *Residency requirement as a limitation of the right to stand for elections*

The case law of the Court shows that different limitations and restrictions to stand as a candidate have been found compatible with Article 3. In case of *M v. the United Kingdom* the Court found legitimate to limit the persons being members of one legislature to be able to stand as a candidate for another one. Prohibiting dual citizens to be elected to the parliament was also considered compatible with Article 3, as well as requirement to provide certain number of signature for registration as a candidate or to pay deposits.<sup>32</sup>

It should be noted that most of the Court's judgments on passive voting rights are against Eastern European

<sup>25</sup> European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 04, 1950, CoE T.O. 005

<sup>26</sup> Susan Marks, *The European Convention on Human Rights and its 'Democratic society'* 66 *Brit. Y.B of Int. Law*, 224 (1996)

<sup>27</sup> PIETER VAN DIJK, *THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* (F. Hoof, et al. eds., 4th ed, Antwerp, Intersentina 2006) at 916-917

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, A no. 113, para. 52

<sup>30</sup> *Gitonas and Others v. Greece*, 1 July 1997, § 39, Reports of Judgments and Decisions 1997-IV, *Podkolzina v. Latvia*, appl46726/99, ECHR 09 July, 2002, para. 33

<sup>31</sup> *Sergey Golunok*, Right to free elections: Emerging guarantees or two layers of protection, 27/3, *NETH. Q.H.R* 361, .364 (2009) at 372

<sup>32</sup> *Asensio Serqueda v. Spain* appl. 23151/94, ECHR, 09 May, 1994, and *Sukhovetsky v. Ukraine* appl. 13716/02, ECHR, 01.Feb, 2005

states which are considered as emerging democracies.<sup>33</sup> Thus the Court's approach is accurate in interference with the discretion of states in regulating and taking appropriate political arrangements. The main focus of the Court in considering restrictions on passive voting rights is "to check on the absence of arbitrariness in the domestic procedures leading to disqualification of an individual from standing as a candidate."<sup>34</sup>

In the scope of the current research it is important to elaborate on Court's position on the residency requirement for candidates. The Court found that the residency requirement for candidates is in general compatible with Article 3 of Protocol No. 1. This approach has been explained by the statement that: "a non-resident citizen is less directly or less continually concerned with his country's day-to-day problems and has less knowledge of them".<sup>35</sup> The Court has emphasized that there should be continual link between a candidate and a state. This will make effective the involvement of that person in political life of the state. In the *Melnichenko v. Ukraine* case the Court considered compatibility of residency requirement for the candidates under Ukrainian legislation with Article 3 of Protocol No. 1. Ukrainian legislation required five year continuous residency for registration of candidates. The applicant was denied registration on the reasoning that he actually lived abroad and had a refugee status. Here again, the Court stated that the residency requirement could be legitimate. The rationale of such a strict requirement could be driven by the state's interest to ensure democracy and to ensure that the voters were properly informed about candidates' qualifications before electing them as their representatives. Another rationale could be to make sure that candidates were familiar with the issues in the country and with the work of the parliament.<sup>36</sup> Discussion of certain limitations should be done in the light of political evolution of the country. Thus some requirements in one state may be in violation of Article 3 of Protocol No. 1, while the same requirement in other state may be compatible with Article 3. However, the Court has also restated several times that rights provided by the Convention and its Protocols should be interpreted and applied by the member states in such manner as to make them practical and effective, otherwise these rights will become just theoretical or illusory.

In the *Melnichenko* case the court referred to the residency requirement for the candidates for the first time. In its judgment the Court mentioned that residency require-

ment in regard to voting rights was not a per se violation of Article 3. However, in *Melnichenko* the Court once more stated that interpretation and application of Convention rights should be effective and practical. The rights provided by Article 3 and particularly the right to stand as a candidate, would be ineffective if "one could be arbitrary deprived of it at any moment".<sup>37</sup> The Court further stated that though States have wide margin of appreciation in defining eligibility criteria for candidates, sufficient procedural guarantees should be provided to prevent arbitrariness. The Court also stated that in consideration of violation of Article 3 because of residency requirement, case by case approach must be adopted. Thus in each case all relevant circumstances and facts should be considered. In this case, the Ukrainian authorities failed to consider special circumstances of applicant's absence from the Country and applied the residency requirement in a formalistic and arbitrary manner to reject registration of the applicant.<sup>38</sup> Considering all relevant facts and implementation of the residency requirement by the Ukrainian authorities, the Court found violation of Article 3.<sup>39</sup>

### 2.3. *Other International Documents: Soft Law*

In regard to other international documents on electoral rights, it is worth to mention organs of the Council of Europe such as European Commission for Democracy through Law (hereinafter referred as Venice Commission) as well as Organization for Security and Cooperation in Europe (hereinafter referred as OSCE) documents on elections and electoral rights.

The right to universal and equal suffrage without discrimination on any grounds is stated in the OSCE Copenhagen document and in the Venice Commission Code of Good Practice in Electoral Matters.<sup>40</sup> Though mentioned documents are not binding, they are providing thorough interpretation of electoral rights and setting standards for democratic elections. The Court often refers to these documents while interpreting electoral rights guaranteed by the Convention.

In the preamble of Copenhagen document OSCE member states recognize the important role of elections in creation of political pluralism, development of democratic institutions and rule of law. Member States also acknowledge that the right to free elections is a fundamental human right and it should be universal, equal, free and secret. In order to classify elections democratic, electoral processes

<sup>33</sup> DAVID HARRIS, MICHEAL O'BOYLE, ED BATES AND CARLA BUCKLEY *LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*, 719 (Harris et al eds., 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 2009)

<sup>34</sup> *Melnichenko v. Ukraine*, no. 17707/02, § 59, ECHR 2004-X

<sup>35</sup> *Hilbe v. Liechtenstein* (dec.), no. 31981/96, ECHR 1999-VI

<sup>36</sup> *Melnichenko v. Ukraine* no.17707/02, para 51

<sup>37</sup> *Id.* para. 61

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> Code of Good Practice in Electoral Matters *supra* note 13, para. I.1.1.c

should be transparent, fair and accountable.<sup>41</sup> Though it is states' discretion to establish election system for national legislative bodies and other elected officials, according to paragraph 7.2 of Copenhagen document at least one chamber of legislature must be elected through direct elections. Moreover even in case of indirect elections states should ensure will of electors, political pluralism and other elements for democratic elections.<sup>42</sup> It can be stated that the Copenhagen document expressly states the central role of electoral rights and elections in the creation of democratic state.

In OSCE/ODIHR document on "Existing commitments for democratic elections in OSCE participating states" the principles stipulated in Copenhagen document are further developed.<sup>43</sup> Particularly it explains the elements of electoral rights such as universality and equality of vote, and right to stand for elections. Particularly Part 6 of the document describes the right to stand for elections, stating that participating states should ensure the right of every citizen to seek public office. Paragraph 6.3 states that: "No additional qualification requirements, beyond those applicable to voters, may be imposed on candidates except, for certain offices, concerning age and duration of citizenship and/or residence..."<sup>44</sup> It can be seen from the wording of the given provision, that requirements for candidates to stand for elections should not be more restrictive and burdensome as not to curtail the nature of the right. It is further explored that reasonable registration requirements, such as personal information, statements on certain statuses (membership in a party, financial situation) may be established. However these and other requirements should be necessary for election administration and should not be "unduly burdensome or potentially discriminatory".<sup>45</sup> The OSCE document on "Existing commitments for democratic elections in OSCE participating states" also stipulates and explains requirements for election administration, voting procedure, campaign and campaign financing, complaint and appeal procedures etc.

Another soft law document that is worth to discuss is the Code of Good Practice in Electoral Matters adopted by the Venice Commission.<sup>46</sup> In general remarks to the Code of Good Practice the Venice Commission highlights the principles of 'European electoral heritage' and their interconnection with democratic state and rule of law. Particularly it states that the five core principles of Europe's

electoral heritage are base for the establishment of representative government and democracy. On the same time these principles can be implemented "if certain basic conditions of a democratic state based on rule of law, such as fundamental rights, stability of electoral law and effective procedural guarantees are met."<sup>47</sup>

Giving thorough guidelines on elections, the document explores five core principles of Europe's electoral heritage. These principles are universal, equal, free, secret and direct suffrage.<sup>48</sup> According to the paragraph 1.1 universal suffrage means that everyone has the right to vote and stand for elections. It is important to mention that regarding the residency requirement for the electoral rights, the Code of Good Practice states that residency requirement may be established both for voters and for candidates. However it should be underlined that, further in the paragraph 1.1(c) it is stated that residency requirement may be imposed only for local or regional elections.<sup>49</sup> The required residence length should not exceed six months. A longer period of residency may be required only for the protection of national minorities. For example, in the *Polacco and Garofalo v. Italy* case, only those persons who had been continuously residing in the Trentino-Alto Adige Region for at least four years were eligible to vote for the regional council elections.<sup>50</sup> Thus it can be stated that for the national elections, such as elections to the parliament and presidential elections, residency should not be required as an eligibility criteria.

### III. Conclusion

As it has been mentioned the Constitution of Armenia was adopted in 1995 which provided general provisions for electoral rights. These provisions were further elaborated in the Electoral Code. As it has been presented, under Armenian legislation 5-year and 10-year residence requirement is set for candidates to members of Parliament and the President of the state respectively. Legislation regulating registration of the candidates to national elections has been presented. From the discussion it can be seen that there is a legislative and regulatory gap which may and often result in violations of candidacy rights.

In international prospective it has been presented that the rights to vote and stand for elections are not absolute and may be subject to limitations. However these limitations should be imposed in such a way as not to impair the essence of the rights. Though stating wide margin of appre-

<sup>41</sup> Copenhagen document, *supra* note 12, para. 7

<sup>42</sup> *Id.* para. 6

<sup>43</sup> OSCE/ODIHR *Existing commitments for Democratic Elections in OSCE Participating States*, Warsaw, 2003

<sup>44</sup> *Id.* para 6.3

<sup>45</sup> *Id.* para. 33

<sup>46</sup> Code of Good Practice in Electoral Matters *supra* note 13, para. I. 1.1.c.

<sup>47</sup> *Ib.* para 2

<sup>48</sup> *Id.*, para I.3

<sup>49</sup> *Id.* para 1.1(c)

<sup>50</sup> European Commission of Human Rights, *Polacco and Garofalo v. Italy*, no. 23450/94, Sep.15, 1997.

ciation of states in imposing limitations, the Court's general approach is that in any case these limitations should not be discretionary and arbitrary. The same approach was stated by the Court regarding residency requirement for candidates to elections.

Further, non-binding documents, such as OSCE Copenhagen Document, Existing commitments for democratic elections in OSCE participating states and Code of Good Practice in Electoral Matters have been discussed. As it has been presented, these documents state that there should be no residency requirement for the candidates to national elections.

It can be stated that both national and international legislation on electoral rights are complex and not unequivocal. On the one hand different international documents state that there should be no residency requirement for candidates to national elections. On the other hand, European Court of Human Rights, based on its case law, finds that the residence requirement is not a violation *per se*. However, one thing is obvious: even in the case of limitations of right to stand for elections, these limitations should be legitimate and in such a way as not to impair the essence of the right and not to make it illusory and not effective.

Comparing these requirements with Armenian legislation and regulations, it can be stated, that there are number of flows and inconsistencies. These gaps leave room for arbitrary implementation and thus violation of electoral rights in Armenia. As a core of civil and political rights, electoral rights should be effective and accessible. The importance of the right to free elections should be considered not only in the scope of human rights, but also in the scope of ongoing democratization processes in the country. Consideration of mentioned shortcomings and conclusions may be further elaborated. It may be useful especially now, when Armenia has launched on discussions and drafting of new Constitutional amendments.

Audrey Eugénie Schlegel<sup>1</sup>

## The Role of Experts in “Democratic” Legislation Processes: Erosion of the Power of the *Demos*?

### I. Introduction: Are Experts Taking over Democratic Power?

*The reproach of “technocracy” has often been addressed to the European Union (EU)<sup>2</sup>. Technocracy or expertocracy refers to a form of government whose members are legitimated by their technical expertise instead of a decision by the ‘demos’. Where experts are entitled to make law, legislation can no longer be described as ‘democratic. This issue does not affect only the EU but most modern democracies, and therefore doubly concerns Georgia, currently implementing EU legal norms with a view to adhesion, and also trying to strengthen democratic processes in purely national affairs. Intervention of experts in legislative processes is a necessity and has been constitutionally provided for (I). However, new mechanisms of checks and balances against their increasing powers are necessary in contemporary democracies (II).*

### II. The Role of Experts in Contemporary Legislative Procedures

Democracy is “government by the people, of the people and for the people.”<sup>3</sup> Realism has led us to accept representative democracy, whose function is “not make democracy more democratic, but to make democracy possible (...) for we realize that the system cannot be operated by the *demos* itself,”<sup>4</sup> and that each single office in the executive cannot be attributed on an elective basis (only 510.497 out of 4.931.000 in 1992 in the USA<sup>5</sup>); expert knowledge often plays a crucial role in the attribution of the latter. One would therefore think that a clear distinction could be made between a democratically legitimated legislature and an executive to which experts, chosen according to their competences, may belong without threatening the democratic character of legislation (I). Indeed, there is a pragmatic rea-

son to request of legislation that it is democratic, and separation of power is needed to secure this democratic character.

However, this border has become porous and it is to be feared that legislation no longer represents the will of the *demos* (2): parliaments seem to have become mere “registration chambers”<sup>6</sup> of the will of the executive and its experts, and parliamentary legislation grant such margin of manoeuvre to the executive for their execution that the latter gets into the position to actually legislate.

#### 1. Democratic Legitimation v. Competence Legitimation

Modern theories of democracy are commonly traced back to Hobbes, Locke and Rousseau. All “agreed” on the fact that the people shall be the sole source of sovereignty, since “The strongest is never strong enough to always be the master, unless he turns might into right and obedience into duty<sup>7</sup>,” no form of government is supposed to ensure as much political stability<sup>8</sup> as a democratically legitimated government (this modern theory goes against *Plato*’s hypothesis that “dictatorship naturally arises out of democracy”<sup>9</sup>). According to *Carl Schmitt*<sup>10</sup>, the *demos* is to be identified as the natural sovereign since it is the only actor disposing of the (material, if not constitutional) power to impose its will against all others- if necessary by means of a revolution. Stability is therefore the pragmatic justification to requiring of legislation to be democratic.

Arguments can yet be found against this pragmatic justification. Judges are seldom elected but a readiness to comply with legal norms as interpreted by the judiciary is also expected – and found- in democracies; merely because judges rule “in the name of the people” (a phrase heading French and German judgments)? Judges are, after all, the mere “mouth that pronounces the words of the law, mere passive beings, incapable of moderating either its force or rigor,”<sup>11</sup> or “a vending machine (...) disgorging the judgment”<sup>12</sup>. Yet, the word “case-law” clearly points to a (welcomed<sup>13</sup>) law-making power of judges<sup>14</sup>. Still, the reproach goes that judges may

<sup>1</sup> A. E. Schlegel is a research fellow at the Chair for French and European Public Law at Saarland University (Germany). She is specialized in comparative law and national implementation of supranational legal norms. She is currently writing her Ph.D., analyzing EU-Georgian legal relations.

<sup>2</sup> Münchau, W. ‘The Dangers of Europe’s Technocratic Busybodies’, FT online

<sup>3</sup> Lincoln, A. 16<sup>th</sup> US President. Gettysburg address, 19.11.1863.

<sup>4</sup> Sartori, G. (1965) *Democratic Theory*.

<sup>5</sup> Shelley, F. M. (1996) *Public Geography of the USA*, USA: Guildford Press.

<sup>6</sup> Poher, A. (1986) ‘Speech to the French Senate’ *Journal officiel, Sénat, Débats Parlementaires*, 9.10.: 3891.

<sup>7</sup> Rousseau, J.J. *The Social Contract*, Book I, chap. 3.

<sup>8</sup> UK Deputy Prime Minister *Nick Clegg*. 23.09.2013, UN General Assembly. “Only open societies, democracies guarantee long term stability.”

<sup>9</sup> *Plato*. ‘Socrates-Adeimantus Dialogue’ in *The Republic*. The Internet Classics Archive. Tr. B. Jowett. Book VIII.

<sup>10</sup> Schmitt, C. (1992) *Political Theology*, USA: University of Chicago Press. Tr. G. Schwab. Chap. 1.

<sup>11</sup> Montesquieu, L. (1748) *Spirit of Laws*, USA: University of Chicago Press, 1987. . Tr. T. Nugent. Book VI, Chap. 2.

<sup>12</sup> *M. Weber* quoted by Coser, L. A. (2003) *Masters of Sociological Thought*, USA: Waveland Press.

<sup>13</sup> Gény, F. (1899) *Méthode d’interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, Vol. 2. N° 156.

<sup>14</sup> Dzehtsiarou, K. (2011) ‘European Consensus and the Evolutive Interpretation of the ECHR’ *German Law Journal*, 1730-1745.

impose on “the people (...) and their elected representatives things they do not want”<sup>15</sup>. Democratic legitimation ensures acceptance.

Separation of powers ensures that only the democratically legitimated parliament would enact legislation. Within the executive, the government *per se* may enjoy democratic legitimation, but not every single administration member. Indeed, “merit selection is supported by many scholars because it is believed that this method of selection produces the best qualified.”<sup>16</sup>

The executive is supposed to do no more than apply legislation voted by the legislature. In individual cases, this may require technical knowledge, and therefore experts. In this view, parliament defines in its legislation general policy orientations to be concretized by the executive, which is supposed to act only within the latitude granted by parliament.

To improve the quality of legislation, many parliaments have resorted to the consultation of experts during the legislative process. One example would be the adoption of the German Civil Code. It illustrates that expert participation does not alter the democratic character of the legislative process as long as the parliament has the last say in the matter (here again, an application of *Schmitt's* theory<sup>17</sup>). By the same token, no alteration is to be seen in the fact that the executive proposes nowadays more and more bills. Since these proposals have to be validated by parliament in order to become law. The parliament remains sovereign, and the legislative process, democratic<sup>18</sup>.

Separation of powers therefore ensures the democratic character of the legislation (thus legitimating said norms in the eyes of the *demos*).

## 2. The Porous Border Between Powers

Are experts still mere “advisors to the prince,”<sup>19</sup> or have they become the prince? A fear of the delocalization of the legislative power from legislature to executive is expressed in the description of parliaments as “registration chambers,” an expression often used to qualify the relation between EU and national parliaments. If parliaments no longer have the last say over legislation, the *demos* they are representing are no longer sovereign in *Schmitt's*<sup>20</sup> paradigm, and legislation no longer democratic. EU directives define general goals to be reached leaving states free as to the choice of the means.

However, they are often so precise that national parliaments are only called upon to transplant their wording into national law<sup>21</sup>. Parliaments may be subjected to considerable pressure to do so. Indeed, the ECJ held in *Francovich*<sup>22</sup> that states are liable for any damage arising from their failure to transpose a directive- even if this liability originates in parliamentary (in)decisions<sup>23</sup>. And although saying “no” to a given act does not amount to refusing the whole concept of European integration, which has always been the object of democratic approval at national level<sup>24</sup>, the only way out of the obligation to implement a given directive consists of leaving the EU. In the case of Georgia, a state is openly seeking admission to the EU and therefore already implementing its *acquis communautaire*- a pre-condition to accession! The Georgian parliament is therefore in a situation where it has to implement EU law without having yet formally decided to join the Union. While such situations are justified in the case of member states by a democratic decision to join the EU, such a decision is to be found in Georgia only if the renewed decision to elect pro-European parties is interpreted as a decision to join the EU itself, and therefore justifies pressure on the parliament to take the necessary steps in this direction. This theory ignores the importance of the hierarchy of norms and of the formal theory of law, by placing an interpretation of the electors' votes on the same level as a constitutional norm or a law. The Georgian situation is problematic from the point of view of democratic theory, and such a decision of the voters can hardly justify pressure on the Georgian parliament to implement EU law.

The democratic character of legislation may further be reduced by the fact that always more expertise seems to be necessary in order to efficiently legislate. This pushes parliaments to formally transfer the legislative power to the executive, either by reducing the scope of their norm-setting competence to the benefit of the executive in the constitution itself (see Article 31 and 34 of the French Constitution), or by punctually delegating the power to legislate in a given domain to the executive (as provided for by Article 80 §1 of the German fundamental law or the UK Constitution<sup>25</sup>). Both forms of transfer are justified by the need for speed and efficiency. One possible safeguard for democracy could consist in the limitation of such delegations to detail issues. Another safeguard may lay in the systematic requirement of a parliament ratification of the norms thereby enacted by the executive to allow them to come into force. However, governments

<sup>15</sup> Grayling, C. UK Justice Secretary. BBC Radio 4 Interview, 30.12.2013.

<sup>16</sup> Watry, R.A. (2006) *The People Who Serve in the State Court Systems* (Hogen, S.O., Eds.). The Judicial Branch of State Government, ABC-Clio.

<sup>17</sup> See Fn. 10.

<sup>18</sup> Aberbach, J.D., Putnam, R.D. and Rockman, B.A. (1981) *Bureaucrats and Politicians in Western Democracies*, USA : Harvard University Press.

<sup>19</sup> Macchiavelli, N. (1513) *The Prince*, Chapter XXIII.

<sup>20</sup> See Fn. 17.

<sup>21</sup> Bilancia, P. (2012) *The Dynamics of the EU Integration and the Impact on National Constitutional Law*, Italy : Giuffrè.

<sup>22</sup> ECJ, C-6/90, C-9/90, 19.11.1991.

<sup>23</sup> Commission 1998, C-250, 203-4; Commission 1999, COM (99) 301 final.

<sup>24</sup> Sitter, N. (2009) *To Structure Political Conflicts: the Institutionalization of Referendums on European Integration in the Nordic Countries* (Setala, M. and Schiller, T., Eds.). Referendums and Representative Democracy, Routledge. .

<sup>25</sup> UK House of Commons. Delegated Legislation, Brief Guide. 2011. p. 3.

may exert pressure to adopt a particular norm or to grant the power of delegation. Finally, it is to be noted that such practices are restricted by the principle of legal reserve, enshrined for example in Article 19 of the German Fundamental law, and Articles 5§1, 7§1, 8§2, 9§2 and 10§2 of the European Convention of Human Rights. According to this principle, legal dispositions producing a certain effect (here, restricting human rights) are only valid in the form of a law, and not of a norm of inferior value. On the whole, these practices do not negate the democratic character of legislation *per se* but raise interrogations as to its degree of “democracy”. Such transfers of the norm-giving power from the parliament to the executive are multiplied in the context of European integration<sup>26</sup>. And in the Georgian case; they cannot be justified by an initial decision of the *demos* to join the EU.

Such transfers may also be informal, effected by granting such a wide latitude of action to the law enforcers that they might set general rules instead of merely deciding individual cases; “in these case policy is effectively ‘made’ by the people who implement it”<sup>27</sup> (the observation might be extended to judges<sup>28</sup>)- and a policy is expressed in legislation<sup>29</sup>. The latitude left to administrations has long been justified by their activities being nothing more than the articulation of parliamentary decisions<sup>30</sup>. Administrations have not usurped their actual power but have received it from the executive<sup>31</sup>. The need for expert knowledge became always more pressing, therefore the legislative mandates broader<sup>32</sup>, as welfare states developed<sup>33</sup>. To the US Supreme Court, such broad mandates are necessary in order to avoid having the “expression of legislative power[becoming]a futility”<sup>34</sup>. Conferring “broad and vague mandates” to regulatory agencies has even been cautioned as long as the ends pursued by that means were clear<sup>35</sup>. Parliaments have however been condemned for “abdicating” their powers to the administration<sup>36</sup>, for not being precise enough in their instructions to the administration<sup>37</sup> or

for leaving the task of defining the substance of legislation to the “discretionary power of the executive”<sup>38</sup>. This yet remains a common practice in the EU, where the Commission (the organ executing EU law) has been given large powers to substantially define the content of the competition norms in communications and guidelines.

Besides, the Commission is charged with the investigation, prosecution, judgment of cases of infringement of competition law<sup>39</sup>, yet under judicial scrutiny by the ECJ. But the latter only disposes of the power to strike down a given decision and not to rule on the case as a whole. This represents a direct restriction of the judicial power, indirectly of the democratic character of EU legislation, judges no longer being in position to control the application of the norms laid by the legislature, more or less democratically legitimated<sup>40</sup> (the directly elected European Parliament being at best a co-legislator with the Council, and without powers to set law on its own).

This state of affairs has often been justified by the need to ensure the efficiency of EU law<sup>41</sup>. The assumption that the Commission represents the most efficient EU institution has never been seriously questioned. But two aspects of this concentration of powers have to be differentiated: the first lays with the concentration of enforcement powers (investigating, prosecuting and judging) in the Commission; the second with the wide margin left to the Commission as the executor of EU competition law to further concretize its dispositions. Empowering the other main EU institutions to enforce competition law, since they are legislature in the formal sense could certainly not solve the first issue. This would represent an even more blatant violation of the principle of separation of powers, already ill-treated in the current configuration<sup>42</sup>. But the second issue could be tackled by encouraging the EU legislature to enact more detailed competition law provisions, therefore restricting the margin of manoeuvre left to the Commission.

An(insidious) concentration of executive and legislative powers may also occur where too few experts are available, and are therefore called upon as parliamentary advisors, as law enforcement experts and as judges (at least judicial experts). This is the case in Georgia, where competition law has only been taught in universities since 2012: The country cruelly lacks competent personnel as least in the competition field. And the current administration relies on almost no expe-

<sup>26</sup> Bilancia, P. Loc. cit. p. 97.

<sup>27</sup> Lipsky, M. (1978) *Standing the Study of Public Policy Implementation on Its Head* (Burnham, W.D. and Weinberg, W.W., Eds.). American Politics and Public Policy, USA: MIT Press.

<sup>28</sup> Kairys, D. (1982) *Legal Reasoning’ in the Politics of Law: a Progressive Critique*, n° 11.

<sup>29</sup> Dechesene, F., Dignum, V., Tanin, Y., Dechense, F. et al. (2011) *Advanced Agent Technology*, AAMAS 2011 Workshops, Revised Selected Papers.

<sup>30</sup> West, W.F. (1995) *Controlling the Bureaucracy: Constitutional Constraints in Theory and Practice*, USA: Library of Congress. Also: Wilson, W. (1941) ‘The Study of Administration’ *Political Sciences Quarter*, 1 (n°56): 481-506.

<sup>31</sup> Gruber, J.E. (1992) *Controlling Bureaucracies: Dilemmas in Democratic Governance*, USA: University of California Press.

<sup>32</sup> West, W.F. Loc. cit. p. 6.

<sup>33</sup> Christian, D. (2007) *This Fleeting World: A Short Story of Humanity*. Also: Benz, A. (2001) *Der Moderne Staat*, Germany: Oldenburg Wissenschaftsverlag.

<sup>34</sup> US Supreme Court. 310 US 381, 20.05.1940.

<sup>35</sup> Landis, J.M. (1938) *The Administrative Process*, USA: Yale University Press.

<sup>36</sup> US Supreme Court. 295 US 495, 27.07.1935.

<sup>37</sup> *Conseil Constitutionnel*, 85-191 DC, 10.07.1985.

<sup>38</sup> *Conseil Constitutionnel*, 83-162 DC, 20.07.1983.

<sup>39</sup> Hauger, N.F.W., Palzer, C. (2013) ‘The Leviathan Role of the European Commission in the Light of Fundamental Rights’. *World Competition*, 36 (4) : 565-583.

<sup>40</sup> Sieberson, S.C. (2008) *The EU Constitution and the Union’s Democratic Deficit* (Khovanova, K.M., Dogan, N. and Kovalece, M., Eds.). *Expanded EU: From Autonomy to Alliance*, Netherlands: Rodopi.

<sup>41</sup> Andersen, S. (2012) *The Enforcement of EU Law: the Role of the European Commission*, UK: OUP.

<sup>42</sup> Curtin, D. (2009) *Executive Power in the EU: Law, Practice and the Living Constitutionalism*, UK: OUP.

rience in competition law enforcement; Georgia having had virtually no competition law until the 1996 bill, which was repelled in 2005! A new bill is currently under discussion, but this lack of competent personnel leads to a situation in which the same experts who have proposed a text for a new competition law bill may become members and heads of the future competition law authority to be founded in 2014.

### III. Keeping Expert Power in Check

Reigning in the practice of competences transfer requires institutional solutions to control the executive. It was already evident to Montesquieu that “the legislative body being composed of two parts, they check one another by the mutual privilege of rejecting. They are both restrained by the executive power, as the executive is by the legislative<sup>43</sup>.” But today, control needs to be secured not only over the executive, but also over the administration, and the legislative needs not only control over, but also protection from the executive. Montesquieu did not address the role of the judiciary<sup>44</sup>- this simple “mouth of the law<sup>45</sup>,” but judicial control has become a key feature of modern democracies. To be efficient, this control however requires as much expertise on the side of the controllers as on the controlled.

In contemporary Georgia, the problem is less with the control of the executive than the empowerment of local institutions, especially the parliament, against EU executives. This empowerment is to be achieved by creating national expertise, which cannot be effected by institutional solutions. Expertise has to be imported from abroad and local experts have to be formed.

#### 1. Institutional Solutions: Controlling the Executive

Classical and modern literature provides us with a range of solutions to secure control over the executive, and to therefore ensure that the legislation it applies corresponds to what has been voted by the representatives of the *demos*; question times (whose policing effect over the executive shall not be neglected<sup>46</sup>), parliamentary control over the agenda<sup>47</sup> and parliamentary enquiry commissions<sup>48</sup> ensure transparency, while motions of defiance, control mechanisms over the budget, the power to reject governmental legislation proposals or to alter them se-

cure effective control over the executive. These are “privileges of rejecting<sup>49</sup>” and could lead to state paralysis (e.g., disagreement over the US federal budget led in 2013 to two government shutdowns). The theory of “rationalized parliamentarism” has been developed as a reaction to this issue<sup>50</sup> (for example in Article 69 §2 of the German Fundamental Law).

However, administrations have a life of their own<sup>51</sup>; ensuring the control of “the executive” (i.e., the government) may not be enough to secure control over the administration. New mechanisms are needed to secure effective steering of the autonomous administration by the legislature. Experiments have been conducted in which the legislature has been granted the power to directly investigate the activities of the administration. Parliaments have always disposed of the right to control government spending<sup>52</sup>, and the administration gets its funds mostly from the executive. But increased institutional administrative autonomy has been followed by financial autonomy (freedom to (re)allocate funds between administration functions)<sup>53</sup>, so that parliaments need a possibility to directly control administrative spending in order to directly ascertain that the latter has confirmed its actions to legislative provisions<sup>54</sup>. France for example adopted in 2011 a “*Loi organique relative aux lois de finances*,” empowering parliamentary committees to inspect administrative bodies, to question their members and to request the communication of any document they deem relevant, in order to control the use of public funds by the concerned body.

But all these suggestions only tackle the issue of informal transfers of the legislative power from the parliament to the executive. Classical mechanisms aiming at ensuring transparency of the executive’s activities, especially question times, still exercise a chilling effect on the very practice of delegating to experts, since “bureaucrats work in the dark”<sup>55</sup>. Further reforms are needed to effectively restrain formal transfers and to ensure that parliaments are in a position to make free and informed decisions over legislation proposals. The reforms could consist, e.g., the allocation of more time to parliaments to decide over technical issues (instead of requiring them to reach a decision within a minimal time as the UK and French governments are entitled to do), and in the suppression of mechanisms of pressures such as Article 44 of the French Constitution, which enables the government to prohibit amendments of a text and to force the parliament to adopt or reject the text in a single vote. Furthermore, parliaments shall be granted more investigatory

<sup>49</sup> See fn. 43.

<sup>50</sup> Laveaux, P. (1998) *Parlementarisme Rationnalisé et Stabilité du Pouvoir Exécutif*.

<sup>51</sup> Spanou, C. (2003) *Citoyens et administration: les enjeux de l'autonomie et du pluralisme*, L'Harmattan.; Weber, M. (1922) *Wirtschaft und Gesellschaft*, Vol. 1, Springer.

<sup>52</sup> Elliott, M. and Thomas, R. (2011) *Public Law*, UK: OUP.

<sup>53</sup> OECD. *Tax Administration in OECD and Selected Non-OECD Countries*. Comparative Information Series. 2008.

<sup>54</sup> Goodnow, F.J. (1893) *Comparative Administrative Law*, Vol.1, Ulan Press. .

<sup>55</sup> Salmond, R.C. Loc. cit. pp. 263-281.

<sup>43</sup> Montesquieu. Loc. cit. Book XI, Chap. 6.

<sup>44</sup> Vile, M. J. C. (1998) *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund.

<sup>45</sup> Montesquieu. Loc. cit. Book VI, Chap. 2.

<sup>46</sup> Salmond, R.C. (2007) *Parliamentary Question Times: How Legislative Accountability Mechanisms Affect Citizens and Politics*, Pro Quest.

<sup>47</sup> Griffith, J. A. G. and Ryle, M. (2002) *Parliament: Functions, Practice and Procedures*, Sweet and Maxwell.

<sup>48</sup> US Supreme Court, 354 U.S. 178, 17.06.1957.

powers and enabled to select their own experts (financial independence is needed to that end)<sup>56</sup>. Parliaments should also recover the control over the course of the legislative procedure, that is, over their agenda, and also over the repartition of parliamentary staff and budget<sup>57</sup>.

All these mechanisms of control of (and protection against) the executive had been designed for a bilateral relationship between the executive and legislature. However, the administration has become a full-fledged third actor of state institutions, and the relationship trilingual. Following the unwillingness or incapacity of the executive to exercise control over the administration, mechanisms of judicial control of the administration have been developed sometimes by the judges themselves such as the French *Conseild'Etat* in his *Cadot* ruling<sup>58</sup>. Nowadays, judicial control of the administration's behavior is recognized as a fundamental right in Article 24.1 of the Spanish Constitution, Article 19 of the German Constitution, and Article 6 of ECHR, and by judges themselves (for example in competition law proceedings<sup>59</sup>). Making it an individual right of petition to the courts increases the odds that judges are called upon to rule over wrongdoings of the administration, thereby improving the efficiency of judicial review<sup>60</sup>. The dangers of the administration being kept from its other tasks by an overwhelming number of lawsuits shall however not be neglected<sup>61</sup>.

Efficiency of judicial review is not to be measured only after the number of petitions brought to the courts, but also after its quality; no one can be expected to pass an appropriate judgment over something one does not understand. The judges have to be equal to the administration in their understanding of the questions to be decided. Hence, jurisdiction over the administration is granted either to general administrative courts or to specific courts for certain (highly technical) matters. In Georgia, Germany and France, the competence to control administrative spending has been granted to specific tribunals (State Audit Body, *Bundesrechnungshof*, and *Cour des Comptes*). The EU went down the same path with the creation of the European Court of Auditors. These highly specialized judges are, due to their special qualifications, in a privileged position to exercise control over the administration in this domain. Efficiency of the judicial review is also closely linked to the speediness of the proceedings; a judgment condemning the administration but handed down too late to improve the petitioner's situation is inefficient. Specific tribunals may thus be created in order to ensure that cases are dealt

with in a timely fashion in those domains that typically generate mass complaints. In France and Germany, jurisdiction over cases handled by the social care administration has also been attributed to specific administrative courts.

The Georgian State Audit Body, construed rather as a special prosecution office than a tribunal, is accused of having exceeded its powers when it requested a court to impose a penalty on individuals for abuse of public funds. This body functions as an administrative body, and it could be assumed that its members are not held to the same standards as judges. This example thus does not raise so many doubts about the trust to be granted to the judiciary as it raises the question of "who is going to oversee the controllers?"<sup>62</sup> This is a real issue in those cases where control over the administration is ensured by the creation of regulatory agencies (in other words, even more administrations!).

Besides, in such situations a higher risk of collusion between the controlled and the controllers appear. This is particularly obvious in France, where the highest civil servants of the administration and the administrative judges are selected from a same body of students (*Ecole Nationale d'Administration*), who have received an undifferentiated education and might indifferently occupy positions in the administration and in the administrative justice (the *Conseild'Etat*, Supreme Administrative Court, also directly plays advisor to the government). The term "judge-administrator" is sometimes used in lieu of the expression "administrative judge";<sup>63</sup> does the administrative judge still aim at ensuring the application of the democratic legislation, or only at protecting the administration?<sup>64</sup> Collusions may also simply arise from personal affinities between members of the controlling and of the controlled body; this represents a real risk in countries where qualified personnel are scarce and therefore most likely to have studied together.<sup>65</sup> This threat to effective enforcement of the law, and therefore to the respect of the democratic will, is not to be neglected in a country such as Georgia which is barely starting to build and recruit qualified personnel.

## 2. Georgia: Empowering Local Institutions

Assistance in the form of experts to countries undergoing a reform process<sup>66</sup> has increased over the past years. The EU is particularly keen on this form of assistance. Such (for-

<sup>56</sup> World Bank paper, Common Wealth Parliamentary Association. Administration and Financing of Parliament; 2005. p. II.

<sup>57</sup> Favoreu, L., Gaia, P. et al (2009) *Droit Constitutionnel*, Dalloz.

<sup>58</sup> *Conseild'Etat* n°66154. 18.12.1889.

<sup>59</sup> ECJ, T-442/08, 12.04.2013.

<sup>60</sup> Howard, A.E.D. (2001) *Judicial Independence in Post Communist Europe* (Russel, P.H. and O'Brien., Eds.). in *Judicial Independence in the Age of Democracy*, USA: University of Virginia Press.

<sup>61</sup> Beckett, J. (2014) *Public Management and the Rule of Law*, USA: Library of Congress.

<sup>62</sup> Eckenrod, J.S. (1976) *Who Controls the Controllers? A Case Study of Political Behavior*, UK: Allyn & Bacon.

<sup>63</sup> Tifine, P. (2012) *Droit Administratif Français*, EJFA.

<sup>64</sup> 'Quand le juge administratif est aussi administrateur, l'impartialité est mal administrée' in *La Semaine Juridique, Administrations et Collectivités territoriales* n° 15. 16.04.2012.

<sup>65</sup> Masse, B. (2002/3) 'Ritesscolaires et Ritesfestifs: les Manières de Boire dans les Grandesécoles' *Sociétés Contemporaines*, n°47: 101-129.

<sup>66</sup> Kapova, S.N. (2002) *Assistance or Cooperation* (van Den Berg, F., Jenei, G. And Leloup, L., Eds.). *East West Cooperation in Public Reform: Cases and Results in Central and Eastern Europe*, IOS Press.

eign) experts do not contribute to the democratic legitimacy of legal norms, but provide governmental outputs with another kind of legitimacy, efficiency legitimacy<sup>67</sup>. But is the efficiency argument enough to legitimate the take-over of democratic legislation by experts?<sup>68</sup> Or is there any way out of this expert Leviathan?

Georgia has been keen on taking advice from foreign experts since its independence from Soviet rule in 1991, but the same might be said of several countries that have recently undergone or are currently undergoing a democratic transition after the end of Soviet rule: even in 2011, Romania has for instance drawn on the expertise of French legal scholars in order to reform its Civil code<sup>69</sup> (the Civil Code of 1865 having also be modeled upon the French example<sup>70</sup>). Georgia also had sought several times in recent legal history the support of foreign legal experts in its enterprise of massive reforms. The first time for its own Law on Entrepreneurs adopted in 1994, and the last time in 2013-2014 for its reform of competition law, with the support of the *Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)*.

Particular criticism is levelled at the transfer of the so-called 'plea bargaining' from the US-American into the Georgian criminal system during the criminal law reform of 2004. Due to the predominant role of the prosecution and the degree of discretion it enjoys, a high degree of independence<sup>71</sup> and autonomy<sup>72</sup> would be required of the prosecutors. The foreign experts advocating this 'transplant' of the plea-bargaining however neglected the fact that Georgia still needed to strengthen both aspects of its judiciary<sup>73</sup>. Besides, the process resulted in having the legal institution of the plea bargaining artificially cut from its context<sup>74</sup>, thus ending in Georgian legislation of depriving the courts of real counter-powers to those of the prosecution<sup>75</sup>. The general result of this unchecked exercise of (foreign) 'expert power' has been a growing (and maybe enduring) mistrust towards the judiciary in Georgia<sup>76</sup>.

<sup>67</sup> Benz, A. And Papadopoulos, Y. (2006) *Actors, Institutions and Democratic Governance* in *Governance and Democracy*, UK: Routledge.

<sup>68</sup> Cobley, E. (2009) *Modernism and the Culture of Efficiency: Ideology and Fiction*, Canada: University of Toronto Press.

<sup>69</sup> Borcan D., Dumitrache B. and others (2013) *Code civil roumain*, Dalloz, pp. 3-9.

<sup>70</sup> Société de législation comparée, „Le code civil français et son influence en Europe“ in *Revue de droit comparé*, Vol. 2 n°4, 1950, pp. 757-767 (764).

<sup>71</sup> Hodsson J., Roberts A, „Criminal Process and Prosecution“ in *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Cane P., Kritzer H. eds.) Oxford University Press, 2010, pp. 64-95(82).

<sup>72</sup> Scott R. E., Juntz W. J. „Plea Bargaining as a Contract“ in *Yale Law Journal*, 1992, Vol. 101, pp. 1909-1931 (1912).

<sup>73</sup> Transparency International Georgia, *Plea-Bargaining in Georgia: Negotiated Justice*, 15th December 2010, p. 3.

<sup>74</sup> Schauer F., *The Politics and Incentives of Legal Transplantation*, CID Working Paper N° 44 (Law and Development Paper n°2), April 2000, p. 2.

<sup>75</sup> Criminal Law Working Group of the Coalition for an Independent and Transparent Judiciary, *Application of Plea-Bargaining in Georgia*, 2012, p. 4.

<sup>76</sup> Transparency International Georgia, *loc. cit.*, p. 4.

In other words, foreign expert advice did more ill than good in this case. Even the efficiency argument cannot justify giving all powers to an "expert Leviathan".

According to Hobbes, the Leviathan was created as a "Common Power"<sup>77</sup> in the face of the incapacity of human beings to ensure order and security otherwise, employing those means "as he shall think expedient"<sup>78</sup> and against whom "no man without injustice protests"<sup>79</sup>. The Georgian situation could also be described as a situation of "expertise Leviathan," with the exceptions that protest by the parliament against the proposed bills is not prohibited but *de facto* impossible with the parliament lacking (local) expertise. Inviting more foreign experts may ensure diversity of opinion, but in Georgia, the problem arises due to there not being enough local experts. For this reason, the EU's actions in Georgia rather take the form of (massive) financial support (€180.7 million for 2011-2013 according to EU websites), to ensure implementation of EU guidelines by local experts. The EU seems to see Georgia as advanced enough to implement EU policies without being led by hand. Hence, the current issue in Georgia is not to find expertise at all, but to strengthen local authorities by providing them with more local expertise, thereby ending the dependency on foreign experts.

This mechanism of telling Georgian authorities what is to be done *via* "Action Plans" set by the EU institutions but further detailed by the Commission and subject to modifications at any times, and then pouring in money in order to ensure their implementation, has come to be perceived as a "carrot-and-stick" policy<sup>80</sup>. If Georgia adopts a particular regulation, it shall move a little bit closer to the EU<sup>81</sup>. However, the carrots no longer look so tasty, partly because of the EU's ambivalent policy towards Georgia. The Treaty on a Deep and Comprehensive Free-Trade Area, initialed in November 2013 in Vilnius, describes Georgia as an "Eastern European Country". This wording has been interpreted as the EU showing distance to Georgia<sup>82</sup>. Further intervention of EU experts in Georgian legislative processes may actually result in the hostility of the Georgian people, therefore casting shadows over the democratic character of Georgian legislation.

Having foreign experts does not suffice to ensure diversity of opinions and democratic debate over the legislative steps to be taken, and local experts built by foreign ones may just take over the view of the latter. Such a phenomenon cannot be reconciled with the notion of a sovereign people taking democratic decisions as to its own future.

<sup>77</sup> Hobbes, T. *Leviathan*. 1651. Part II, Chap. XVII.

<sup>78</sup> Hobbes, T. *Loc. cit.* Part II, Chap. XVII.

<sup>79</sup> Hobbes, T. *Loc. cit.* Part II, Chap. XVIII.

<sup>80</sup> UK House of Commons, „Eastern Partnership in Vilnius: Carrots v. Sticks“. Last update: 26.11.2013. SNIA/6766. Library of the House of Commons.

<sup>81</sup> Commission. 2013 Report on Georgia.15.11.2013. COM (2013) 808 final.

<sup>82</sup> Rettman, A. EU-Georgia Highlights Enlargement Fatigue. EU Observer, 08.07.2013.

Therefore, clearly, in order to strengthen local authorities (including, but not only, the parliament, the key actor of democratic legislation), local experts must be multiplied. To that end, the EU has facilitated the issue of study visas to Georgian students. In order to enable their effective mobility, it has also included Georgia in the Erasmus Mundus programme. While most EU students making use of the Erasmus possibilities tend to participate in exchange rather than in graduating program, Erasmus Mundus in Georgia aims at having Georgian students earning real degrees (Bachelor, Masters or Ph.D.) in EU universities.

The EU also strives to improve local institutions for higher education through the Tempus program, which supports modernization of higher education institutions in accordance with the Bologna Guidelines (which facilitates the recognition of the degrees earned either in Georgia for students applying in the EU, or in the EU for returnees).

Since 2006, the rate of high-skilled returnees has increased<sup>83</sup>, a trend identified as being due to a generally more positive attitude towards returning<sup>84</sup>. These returnees are also fostered by the favorite destinations of Georgian students (Germany, UK, and USA) encouraging their participation in (graduating) exchange programs instead of coming “on their own”. The returnees are also been supported by programs, such as the German CIM (*Centrum für international Migration und Zusammenarbeit*), practically doubling the local salary of high-skilled returnees. The diversification of possibilities to study abroad leads to a diversification of the returnees’ profiles, and, therefore, to a diversification of these new experts’ opinions, which should be followed by the diversification of the opinions of members of parliaments and government. Such a process will in the long run enable a real democratic debate in Georgian legislative processes.

Transfers of more legislation powers (or of fractions of the legislative process, such as the redaction of a proposal for a bill) to bodies of experts are legitimized by the latter’s assumed competences. However, it is a general feature in modern democracies that “debates among experts are insulated from any political decision-making process and debate<sup>85</sup>.” If decisions made by Georgian experts are not subjected to democratic checks (i.e. discussed by the *demos* and its representatives), building local expertise or importing foreign expertise both amount to creating a Leviathan of experts. But again, this would not be a feature specific to Georgia, but only the local expression of a general problem currently experienced in any contemporary democracy<sup>86</sup>.

#### IV. Conclusion: Democracy does not only take Place in Democratically Elected Parliaments

To sum up, as of today, no better legitimization of legislative norms has been found than the democratic one. The democratic character of legislation is to be secured only by ensuring some degree of separation of powers between legislature and executive, but efficiency and speed require the intervention of experts without democratic legitimization at the side of one of the two powers; experts secure “output legitimacy of (...) policy-making”<sup>87</sup>. Their legitimation function goes even beyond that; they ensure that members of parliament are in a position to take informed decisions over a legislation often proposed by a more expertly advised government. But their ever-extending role raises the fear that our democracies are turning into ‘technocracies’ or ‘expertocracies,’ and this fear is doubly justified in Georgia.

Institutional solutions already applied or discussed in other democracies may be applied to Georgia in order to limit the erosion of the democratic character of the legislative process. Georgia’s Leviathan however does not consist merely of experts, but mostly of foreign experts. Therefore, the most pressing issue consists in securing control over their own legislation for the Georgian state and people, by ending dependency on foreign expertise, which requires building up local expertise.

Finally, we shall keep in our minds that democracy does not take place only in parliaments, “but also, and foremost, in newspapers, books, on radio, on television, and in any other vehicles of public opinion”<sup>88</sup>. These forms of democratic expression require a people willing to express their will, also transparency of government actions, free media to relay this will and a global awareness that the voice of the people matters. To the latter also belong elected representatives willing to pay attention to the opinions expressed through these channels. In other words, what is needed now in contemporary democracies, and also in Georgia, is more public participation in the democratic debate.

However, the will expressed by the *demos* through these channels still needs to be turned into actual legislation if the later is to be qualified as “democratic”. To achieve this result, a parliament representing the will of the *demos*, endowed with the (institutional) power and the (technical) means to make this will effectively heard and followed, cannot be dispensed with.

<sup>83</sup> Commission. Migration and Returns in Georgia- a Report by the Danish Refugees Council. 2007. p. 11.

<sup>84</sup> Commission. Loc. cit. p. 12.

<sup>85</sup> Bartolini, S. (2010) *Taking ‘Constitutionalism’ and ‘Legitimacy Seriously’* (Glencross, A. and Trechsel, A.H., Eds.). EU Federalism and Constitutionalism, Lexington Books.

<sup>86</sup> UK Cabinet Office. When Laws Become too Complex. 2013. Point 2.

<sup>87</sup> Bouwen, P. (2006) *Business Interests in European Governance* (Sismans, S., Eds.). in *Civil Society and Legitimate European Governance*, USA: Library of Congress.

<sup>88</sup> McIntosh, S. C. R. (2005) *Fundamental Rights and Democratic Governance*, Ian Rangle Publishers.

Edgar Shatiryan<sup>1</sup>

## Some Aspects of Improving the Legal Mechanisms of Regulation of the Election Campaigning in the Republic of Armenia

### I. Introduction

Important activities of the preparatory phase of elections are proper organization and holding of election campaigning, for which, in the first place, it is necessary to have a clear legal regulation, which in turn is undoubtedly the most important safeguard to increase the public confidence in the electoral process. Gaps and inaccuracies of legal regulation in the given area have considerable impact on the acceleration process of electoral culture inherent for a democratic state. Not equal choice of legal criteria of electoral campaigning, as well as their massive violations often have tremendous significance in terms of maintaining democracy guarantees stipulated by Constitution. The proposals for improvement of legal mechanisms of legal regulation of electoral campaigning in the Republic of Armenia presented within the given article, in our opinion, can in practice contribute to the settlement of number of problems in this area.

### II. On the Need to Review the Legal Rules Defining the Period of Election Campaigning

Electoral campaigning is the period of time, within which for the purpose of providing *equal opportunities* for candidates (underscore is ours) there are established by RA Electoral Code rules for the use of public potential, advocacy and provision of financial transparency.<sup>2</sup> In this sense, in our opinion, the rules from the Electoral Code, defining the election campaign period, are problematic. This, in particular, is the norm of the Electoral Code of the Republic of Armenia, which heralds the official start of election campaigning, and the related problem of ensuring equal opportunities in practice for participants of the electoral process. Thus, the official start election campaign in RA is given on the seventh day following the last day of the RA Electoral Code established day for the registration period of candidates and party lists and ends one day before the voting day. In this regard, we should pay attention the norm of the Electoral Code, according to which the

period of the established campaigning does not restrict the campaigning in a different period not prohibited by the given Code (emphasis is ours) (Article 18, Part 1). In fact, the current legal regulation provides an opportunity for candidates, parties, party blocks to launch the informal campaign much earlier, as a result of which between the candidates, political powers participating in the election of inequality arises, due to factors like, for example, the implementation of covert propaganda by some media outlets prior to the election campaigning period established by the law (which may be done for, as well as against specific individuals and political powers), abuse of administrative resources, etc.

Still in the decision - PKC 703 dated June 10, 2007 the Constitutional Court ruled: "The legal relations connected with the processes, preceding the vote, are not properly regulated by legislation. In particular, there is a need for a clear and perceivable definition of the expression "election campaigning", which, as evidenced by the practice of elections to the National Assembly of RA 2007 is often equated with such concepts as "political processes", "campaigning period and period preceding it, etc." The RA Constitutional Court found it necessary to stipulate in the Electoral Code an unambiguous, certain order and conditions of content "of election campaigning" and the application of this institution in time<sup>3</sup>.

Adopted in 2011 RA Electoral Code gives a partial solution to this matter. In particular, Part 1 of Article 18 provides a definition of the election campaigning, to which we have already referred. Related to the election campaigning's norms of the Electoral Code, which guarantee equal conditions for all participants in the electoral process shall apply only during the official campaigning, that is not during almost the whole week, which follows the established RA Electoral Code the last day of registration of candidates and party lists. In this regard still in a joint opinion in 2011 OSCE/ODIHR and the European Commission "Democracy through Law" of the Council of Europe (the Venice Commission) relating to the draft of the new Electoral Code, they noted: "... the official campaigning period begins no earlier than in the seventh day following the last day of registration of candidates and party lists provided by the Code. This creates an opportunity gap (space) between the candidate registration period and notice of agitation. OSCE/ODIHR and the Venice Commission propos that this article should

<sup>1</sup> Associate Professor of Constitutional Law Chair at the Law Faculty of Yerevan State University, Ph.D in Law.

<sup>2</sup> See the Electoral Code of the Republic of Armenia, Article 18, Part 1 (prin. 26.05.2011).

<sup>3</sup> See Decision of the Constitutional Court of the RA PCB-703 of 10 June 2007 in the case contesting the decision of the Central Electoral Commission of 19 May 2007 N 149-A "On election of deputies of the National Assembly of the Republic of Armenia by the proportional system" on the basis of party appeals "Impeachment" bloc, the "New Times", "Rule of Law Country" and "Republic".

be revised so as to eliminate this gap (space) ...”<sup>4</sup> This problem is also reflected in the final report of the OSCE/ODIHR observation mission of the elections of the President of RA 18.02.2013, which says: “The Electoral Code should be amended, stating that during the election campaigning officially begins at the latest the day after the deadline for registration of candidates so that the rules governing campaign could be enforced”<sup>5</sup>.

In regard of the aforementioned problem, we consider the current legal regulation in a number of states. Thus, in the Republic of Belarus presidential and member of parliament candidates, *from the moment of their registration* (emphasis is ours) have an equal right to speak on election and other meetings, conferences and meetings, in print, on public radio, and the candidates for the President of Belarus, the House of Representatives - and on national television<sup>6</sup>. The analysis of this provision shows that campaigning starts with the registration of candidates. Such legal regulation is also established in the Republic of Kazakhstan, where the election campaigning starts with *the registration deadline* (emphasis is ours) of the candidates. Starting from the end of the registration period, candidates, political parties, which nominated the party list, are eligible for agitation and propaganda of his election program in print and other media<sup>7</sup>. In Uzbekistan, campaigning begins on the date of *registration* (emphasis is ours) of candidates for the President of the Republic or members of parliament by the Central Electoral Commission<sup>8</sup>. In the Republic of Turkmenistan as well the campaign begins from the date of *registration* (emphasis is ours) of candidates<sup>9</sup>.

In the Russian Federation *the campaign period begins on the date of nomination* (emphasis is ours) of the candidate or list of candidates. The election campaigning on the channels and radio broadcasting organizations and periodicals is held in the period that begins 28 days before

voting day. In the case of repeat voting the campaigning period is resumed from the date of appointment of the relevant commission of the re-vote day<sup>10</sup>.

Thus, the analysis of the relevant provisions of the election laws of some foreign countries shows that, as a rule, the election campaigning begins with the completion of the period for the registration of individuals participating in the elections and the electoral lists of political forces, and such legal regulation, in our opinion, is fully justified.

Based on the above, we propose to make appropriate legislative changes to Part 1 of Article 18 of the Electoral Code, finding that the election campaigning period begins on the day following the last day of registration of candidates and party lists established by this Code. We believe that legislative stipulation of this rule will in no way interfere with the implementation of the rules laid down in paragraph 2 of Article 19 of the Electoral Code, according to which the procedure and timetable for the provision of free and paid airtime on public radio and public television to the presidential candidates, parties participating in the elections under the proportional electoral system and block parties at the forthcoming general election and the election of the Yerevan City Council, shall be established by the Central Electoral Commission on the day after the deadline for the registration of candidates, party lists and blocks. As a result of the proposed legislative changes, of course, the time for electoral campaigning will be increased. This problem can be solved by changing the deadline for the submission of required documents for registration of candidates, party lists and their blocks, as well as the terms of their registration.

We also consider it appropriate to revise the provision of the RA Electoral Code, according to which the setting of the period of campaigning does not limit the implementation of campaigning in a period not prohibited by the Code (Article 18, Part 1). This proposal does not imply stipulation ban on implementation of campaign, starting with the following days after the announcement of elections. However, on the other hand, the current rule allows the participants in the electoral process to actively pursue an explicit (or) hidden or election campaigning before the official start of the election campaigning, which not only fails to contribute to the public confidence in the electoral process, but also further deepens the existing lack of confidence.

<sup>4</sup> See paragraph 42 of the joint conclusion OSCE/ODIHR and the European Commission “Democracy through Law” of the Council of Europe (Venice Commission) dated 20.04.2011 regarding the new Electoral Code of Armenia (CDL (2011) 020).

<sup>5</sup> See Final Report of the observation mission of the OSCE/ODIHR regarding RA presidential elections 18.02.2013 (Warsaw, 08.05.2013), XIV Recommendations, paragraph 13.

<sup>6</sup> See “Election Code of the Republic of Belarus” from 11.02.2000 N 370-W, Article 74, Part 1.

<sup>7</sup> See Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan “On Elections in the Republic of Kazakhstan” 28.09.1995 N 2464, Art. 27, paragraph 2, art. 28, paragraph 2.

<sup>8</sup> See Law of the Republic of Uzbekistan “On the Election of the President of the Republic of Uzbekistan” (in force, ed.), Art. 28 Law of the Republic of Uzbekistan “On elections in the Republic of Uzbekistan OliyMazhlis” (in force, ed.), Art. 27.

<sup>9</sup> See the Act of May 4, 2013 “On approval and enactment of the Electoral Code of Turkmenistan” (effective 01.07.2013) Art. 63, Part 1.

<sup>10</sup> See Federal Law of 12.06.2002 N 67-FZ “On basic guarantees of electoral rights and the right to participate in the referendum of the citizens of the Russian Federation” (as amended on 07.05.2013), Art. 49, paragraphs 1, 2, 5

### III. Mandatory Publication of Election Programs and Fixing of the Legislative Requirements for Them

Electoral campaigning is the period of time, during which the candidates, parties (party alliances) should present their programs to voters and steps towards their implementation. Meanwhile, in our reality, we can often see no ideological, but interpersonal struggle and election campaigning often resembles a creative competition with ruthless political advertising techniques using black “PR”. However, the Electoral Code does not prohibit voters, candidates, parties, party blocs participating in elections under the proportional system to conduct campaigning against candidates, parties or party alliance (Article 18, Part 4), but it should be conducted in ways not prohibited by law and the election struggle should take place primarily in the ideological superiority, around the reality of the program provisions of the candidates, political forces and mechanisms of enforcing them. In this regard, a clear legal position expressed the RA Constitutional Court: “One of the major problems is the need to strengthen the legal requirements for election programs. The Electoral Code of Armenia refers to these programs is only in paragraph 4 of Article 6, providing that “During the national elections and elections of the Yerevan City Council, the candidates and the parties (party alliances) participating in the elections under the proportional electoral system, can submit their programs established the Central Election Commission electronically for their further posting on online on the webpage of the Central election Commission. The Central Election Commission shall put these programs on the website after the presentation before the end of the next working day”. Chapter 5 of the Code dedicated to electoral campaigning mostly mainly deals with issues of technical and organizational nature. No explanation what are the electoral programs, actual content of campaigning and what the legal requirements they must comply with. The revision of the case also comes to witness that the given norm was a mere formality and that no part submitted such programs and subsequently posted on the Internet”<sup>11</sup>.

“International constitutional and legal practice shows that the proportional electoral system envisaged by legislation may also be such that the voter gives the vote for

any political force on the basis of its policy guidance and program approaches presented to the public...”<sup>12</sup>.

“Leaving outside of the legal regulation the requirements for the election program, we face a situation, in which the amount and nature of promises given to the voters is left to the absolute discretion of the political forces. In practice, the program provisions of some political forces deviate from the nature of the expected state functions. Moreover, bloated and unequal promises that contain signs of Part 7 of Article 18 of the Electoral Code require an equivalent legal assessment. The RA Constitutional Court considers that in the absence of relevant traditions the proposal of specific legal requirements to the programmatic approaches of the participants in the electoral process and legislative consolidation can be an important key to the organization of democratic elections”<sup>13</sup>.

In fact, the current Electoral Code provides that during the national elections and elections of Yerevan City Council *discretion* (emphasis is ours), but not obligation to submit the election programs electronically for posting on the website of the Central Election Commission (Article 6, Part 4). We believe that the provision of the Electoral Code needs to be changed, providing that the submission of the electoral programs of the Central Election Commission is a duty. Furthermore, we consider it appropriate to legislate the duty of candidates, parties (party alliances) participating in elections under the proportional system to publish their election programs during national elections and the election of the Yerevan City Council in newspapers founded by state bodies or local governments, taking into account also the requirement of part 12 of article 19 of the Electoral Code, according to which the newspapers and magazines established by the government bodies or local self-government must ensure equal, unbiased conditions for candidates, parties (party alliances) participating in elections under the proportional electoral system during the election campaign. Part 4 of Article 6 of the current Electoral Code should provide the deadlines for submission of election programs. At the moment these are not provided for, indicating that this rule has largely formal. It is only noted that the Central Electoral Commission posts these

<sup>11</sup> См. Постановление Конституционного суда РА ПК-1028 от 31.05.2012г. по делу об оспаривании решения Центральной избирательной комиссии РА от 13 мая 2012г. N 265-А “Об избрании депутатов Национального Собрания Республики Армения по пропорциональной избирательной системе” на основании обращения партийного блока “Армянский национальный конгресс”.

<sup>12</sup> См. Постановление Конституционного суда РА ПК-810 от 30.06.2009г. по делу об определении вопроса соответствия статей 12 и 14 Закона Республики Армения “Регламент Национального собрания” Конституции Республики Армения.

<sup>13</sup> См. Постановление Конституционного суда РА ПК-1028 от 31.05.2012г. по делу об оспаривании решения Центральной избирательной комиссии РА от 13 мая 2012г. N 265-А “Об избрании депутатов Национального Собрания Республики Армения по пропорциональной избирательной системе” на основании обращения партийного блока “Армянский национальный конгресс”.

programs on its website after the submission and before the end of the next working day.

In this regard, for example, in the Russian Federation political party that nominated candidates, list of candidates, who are registered by the Election Commission, not later than 10 days before the voting day shall publish its election program in at least one state or local government (or election level) periodical, as well as post it in the information and telecommunications network "Internet". For such publication a free print space shall be used that is provided to the electoral associations, candidates in accordance with the laws or such publication is paid for from the electoral fund of the political party, electoral fund of the candidate nominated by that political party<sup>14</sup>. In case the political party fails to perform the established obligation the election commission is entitled to issue the said party a warning. This also applies to candidates, who have violated the requirements of the Federal Law "On Basic Guarantees of Electoral Rights and the Right to Participate in Referendum in the Russian Federation"<sup>15</sup>. Code on Administrative Offences of the Russian Federation provides for liability for an administrative fine for violation of the legislation on the election procedure and conditions for election campaigning on the channels of television and(or) radio, and periodicals<sup>16</sup>. Administrative liability is also provided for violation of the involvement order in the process of elections' coverage by the media. In particular, a violation by the editor-in-chief, editorial staff of the media outlet, the organization conducting the TV and (or) radio broadcasting or other organization issuing or distributing media, order publication (revelation) materials associated with the preparation and conduct of elections, in including campaign materials, as well as violation during the election campaign about publication (revelation) of these materials in the information and telecommunications networks to which access is not restricted to a range of people, shall be punishable by an administrative fine<sup>17</sup>.

Pursuant to Part 8 of Article 18 of the Electoral Code the RA candidates, parties (coalitions) participating in elec-

tions under the proportional system, as well as other contestants are required to comply with the established procedure for organizing the campaign. Electoral Commissions shall oversee compliance with the established order of campaigning. In case of violation of the established order by candidates, political parties (party alliances) participating in elections under the proportional system, the commission that registered the candidate, party, party block shall refer to the competent authorities in order to prevent violations or issue a *warning* (emphasis is ours) to the candidate, party, party alliance that committed the violation and gives no more than 3 days of a reasonable time to stop the violation. In the case of failure to terminate the violation within the specified period, the Commission appeals to the court for recognition of *lapsed registration* (emphasis is ours) of the candidate, the party list, the party alliance. We consider it appropriate to apply these measures also in case of failure to submit to the Central Election Commission in the manner prescribed by the Commission and within the deadline set by the Electoral Code of Armenia the election programs of candidates, parties (party alliances) participating in elections under the proportional electoral system for national elections and the Yerevan City Council.

As the election program of a political party they may also publish a previously adopted program of the party, but this does not mean that the concept of "program of a political party" and "election program of the political party" shall be identical. They are not necessarily identical in terms of volume and content. Program of a political party should be regarded as the central document that is the basis of political party activities, in a general sense, and campaigning in particular. According to the RA Law on Political Parties 03.07.2002, a party must have a program, which sets out its basic principles, goals, objectives, activities and how to achieve these goals, ways and means of solving problems. State registration of amendments made to the program of the party, shall be as the procedure established for the state registration of the party (Article 16). The electoral program of the political party, as the principal instrument of collective campaign, shall serve the purposes aimed at achieving a particular result in the election.

According to the RA Law On political parties, the decision to adopt the party program shall be made during the founding congress majority of the total number of delegates, the organizers of which at least one month before the congress publish a summary of the party program on the official website of the public notices of the Republic of Armenia, located at <http://www.azdarar.am> (Article 11, Part 2, Article 12, part 1, 3). The program of a political party is a requirement for state registration of the party. State registration of a party may be denied if the provisions

<sup>14</sup> See Federal Law of 12.06.2002 N 67-FZ "On basic guarantees of electoral rights and the right to participate in the referendum of the citizens of the Russian Federation" (as amended on 07.05.2013), Article 48, para 10. See also Federal Law from 11.07.2001 N 95-FZ "On political parties" (as amended on 07.05.2013), Article 36, paragraph 4.

<sup>15</sup> See Federal Law of 12.06.2002 N 67-FZ "On basic guarantees of electoral rights and the right to participate in the referendum of the citizens of the Russian Federation" (as amended on 07.05.2013), Article 20, paragraph 5.1.

<sup>16</sup> See "Code of the Russian Federation on Administrative Violations" from 30.12.2001 N 195-FZ (as amended on 07.06.2013), Art. 5.8.

<sup>17</sup> See *ibid* st5.5 Part 1.

Violation of the legal order of the pre-election campaign the media in Armenia constitutes an administrative offense (KoAPst.40<sup>7</sup>).

of the party program contradict the laws of the Republic of Armenia (Article 14, Part 1). As for the electoral program of the political party, the procedure of its adoption by the RA legislation is not stipulated.

One of the problems that require a legal solution is also the stipulation of the legislative requirements for the election program of the participants in the electoral process, the need of which has been indicated by the RA Constitutional Court<sup>18</sup>. In practice, the process of developing a unified legislative requirements of the election program may seem unrealistic, given, for example, the fact that the provisions of the program of a political party and its election program are often identical. Nevertheless, the stipulation of certain legal requirements to submit to the Central Electoral Commission electoral programs by candidates, political parties (party alliances) participating in elections under the proportional electoral system during national elections and elections of the Yerevan City Council can play a significant role to clarify the nature and scope of representing the electorate promises. The existing legal regulation enables participants in the electoral process to include unrealistic promises in their election programs. Meanwhile, paragraph 7 of Article 18 of the Electoral Code establishes that during the election campaign and on polling day and the day preceding it the candidates, parties and party alliances are prohibited personally or otherwise from giving money, food, securities, commodities, or services to voters, as well as any *promise thereof* (emphasis is ours). In case of violating these terms administrative liability is envisaged. Thus, during the period prescribed by the law for the implementation of election campaign, the implementation of one (or more) of these actions under the guise of charity or *otherwise* (emphasis is ours) entails an administrative fine, if in this case no criminal liability is envisaged (Administrative Code, Article 40<sup>10</sup>).

In regard of the formulation of the question affected, let us consider the existing legal regulations in some countries. Thus, the Electoral Code of the Republic of Belarus contains provisions on election programs of the presidential and parliamentary candidates. In accordance with these the presidential and parliamentary candidates have the right to freely publish their election programs respectively in 5 and 2 typed pages in the state media, the media partly financed from the national and local budgets and also in those media outlets, one of the founders of which are public authorities or organizations, submitting the texts of the program not later than 20 days before the elections.

The list of media shall be determined by the Central Commission. When publishing electoral programs they should observe the order of their receipt. The texts of programs for future activities of presidential and parliamentary candidates shall be determined by the candidates. The program of the candidate must not contain propaganda of war, calls for a violent change of the constitutional order, violation of territorial integrity of the Republic of Belarus; social, ethnic, religious and racial hatred, insults and slander against officials of the Republic of Belarus, other presidential candidates for deputies. In case of violation of these requirements relevant election commission the right to cancel the decision on registration of the candidate<sup>19</sup>.

Similar provisions are contained in the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan "On Elections in the Republic of Kazakhstan", according to which the state guarantees the candidates an equal allocation of funds for the coverage of their programs in media. Each candidate shall be granted the funds for the 15-minute speech on television, 10-minute speech on the radio, as well as for publication in print two articles of not more than 0.1 of a printed sheet. Candidate, political party come out with an electoral program for their future work, which should not proclaim the ideas of a violent change of the constitutional system, violation of the integrity of the Republic, undermining state security, incitement of social, racial, national, religious, class and tribal hatred, cruelty and violence and creation of illegal paramilitaries. In case of violation of these requirements relevant election commission is entitled to refuse the registration of a candidate, political party in the registration of the party list and in the case a candidate or a political party's election program put forward such election program after registration - to cancel the decision on registration of the candidate or party list<sup>20</sup>.

#### IV. Conclusion

As a result of the systemic generalizations of the above, the proposals presented in this article for the introduction or improvement of relevant legal criteria, mechanisms regulating campaigning in the Republic of Armenia, in our opinion, can substantially contribute to solving the problems discussed above and hence increase public confidence in the electoral process in general.

<sup>18</sup> See Decision of the Constitutional Court of the RA PCB-1028 from 31.05.2012 - the case of disputing the decision of the Central Electoral Commission of 13 May 2012. N 265-A "On election of deputies of the National Assembly by the proportional system" at the request of the party alliance "Armenian National Congress".

<sup>19</sup> See "Election Code of the Republic of Belarus" dated 11.02.2000 N 370-W, articles 46, 75.

<sup>20</sup> See Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan "On Elections in the Republic of Kazakhstan" dated 28.09.1995 N 2464, Art. 28, paragraph 3, Art. 29.

Tamar Gvaramadze<sup>1</sup>

## Necessity for Reforming the Administrative Violations Code

*The present article surveys why applicable legislative regulations of the Administrative Violations Code of Georgia fail to respond to challenges that the democratic society faces. The article is comprised of two parts. The first chapter deals with various peer reviews with regard to noncompliance of offenses with the constitution and international norms. The second chapter provides a brief summary of different experiences that different legal systems have in the field of regulating administrative violations. In conclusion, it is indicated that the applicable system for offences is not constitutional and needs to be urgently reformed.*

### I. Introduction

The Preamble of the Constitution of Georgia enshrines the will of the Georgian people to build a democratic state in Georgia, where universally recognized human rights and freedoms, the main values and principles of rule-of-law based state, are secured.<sup>1</sup> In the 1990s, after the independence of Georgia, in the process of building a democratic state, significant legal reforms were initiated which still continue to date. In 1995, after the adoption of the Constitution of Georgia, Georgia acceded to numerous international treaties and agreements that protect universally recognized human rights and freedoms. In the course of 23 years, important reforms carried out in several phases have created an entirely new legal space in our country, wherein new norms regulating the public order should have taken an important place.

Unfortunately, comprehensive legal reform did not touch on administrative violations and the old Code of Administrative Violations of Soviet Social Republic (SSR) of Georgia (hereinafter referred as CAOG) has been applicable till date, which was adopted as long back as in 1984 by the Supreme Council of the Georgian SSR.<sup>2</sup> Despite a number of changes and additions that have been introduced to this Code since 1990, it still fails to comply with the standards of legislation of a democratic state and is not in conformity with the Constitution of Georgia and international mechanisms for the protection of human rights.

<sup>1</sup> Preamble of the Constitution of Georgia (published in the Notifications of the Parliament of Georgia, 1995, NN31-33, Article 668), [www.mastne.gov.ge](http://www.mastne.gov.ge)

<sup>2</sup> The Code of Administrative Offences of Georgia (published in Notifications of the Supreme Council of the Georgian SSR, 1984, N12, Article 421), [www.mastne.gov.ge](http://www.mastne.gov.ge)

The goal of modern law of administrative violations is to ensure, in the process of the exercise of public governance, that an offence is prevented. This domain is considered as the law of public governance order, which, in the first place, secures the respect for law and order through applying preventive mechanisms.<sup>3</sup> Besides, these norms should ensure that adequate responsibility is imposed upon persons who have committed offences. Otherwise, achievement of public stability will be impossible and the important principle of equality before the law will be infringed.<sup>4</sup>

The issues discussed in the article confirm that the Code of Administrative Violations violates human rights and freedoms, and contradicts the Constitution of Georgia. Besides, the issues of offences are regulated by other acts, which render the system more obscure and inhomogeneous. On the other hand, at this stage there is no state vision or strategy with regard to reforming this domain.

This article provides a brief summary of the major and key issues that will once again confirm that it is necessary to urgently start reforming the domain of administrative violations, which by no means comply with the tasks facing a democratic state.

### II. Necessity for Changing the Code of Administrative Violations

In Georgia, like other soviet republics of the Soviet Union, the first codification of administrative violations occurred in the second half of the 20<sup>th</sup> century.<sup>5</sup> The Code of Administrative Violations was adopted as long back as in 1984 and just like the then applicable legislative acts were based on the union-wide law on the grounds for administrative violations.<sup>6</sup> Similar to the legislation of that time, in today's reality, the policy of administrative punishment considered by the Soviet methodology is unacceptable.<sup>7</sup>

As it has been already mentioned, after Georgia acquired independence, the legal system of the country was fundamentally changed and a number of new laws were adopted; however the Code of Administrative Violations turned out to be an exception. This Code is an exception,

<sup>3</sup> Assistance to the Reform of the Code of Administrative Offences of Georgia (General Survey of the Project) – the Center for Legal Studies (Expertise), Tbilisi, 2013, p.1.

<sup>4</sup> Review of the draft code on administrative offences of Georgia of June 2012, Denmark's Georgia Programme 2010-2013 Promotion of Judicial Reform Human and Minority Rights, <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/expertises/Opinion%20Georgia%20Admin%20Offences%20Code.pdf>

<sup>5</sup> Ю.А. Дмитриев, А.А. Евтеева, С.М. Петров, Административное право, Российское юридическое образование, editor: Ю. А. Дмитриева, Moscow, Eksmo, 2005, pp. 277 – 278.

<sup>6</sup> *Ibid.*, ст. 277-278.

<sup>7</sup> Salkhinishvili, M. and Loria, V. (2000) Administrative Penalties and their Application, Tbilisi.

when the public authorities against the backdrop<sup>8</sup> of several unsuccessful attempts, instead of reforming the domain, carried out its cosmetic repair through introducing numerous changes and additions to it. Simultaneously, various kinds of offences were regulated by separate new legislative acts, which render the norms regulating administrative liability more unsystematic and inhomogeneous. Like the legislative regulation, there is a scarcity of theoretical evaluations in this direction.

### 1. The Code of Administrative Violations in Breach of Basic Human Rights and Freedoms

Emanating from the separation of legal responsibility of various kinds, it is believed in certain legal schools of thought that administrative liability is a more lenient form of responsibility as compared to criminal liability. It does not lead to criminal record, strict restriction of personal freedom of a citizen, or does not entail other grave consequences as it happens in the case of criminal liability and delivering a sentence.<sup>9</sup> The Supreme Court of Georgia holds identical position in its Decision Nbs-1078-1040 (k-08) of 24 February 2009.<sup>10</sup>

Hence, it is believed that administrative violations constitute transgressions of less important nature. However, this opinion entirely contradicts various international expert assessments and the case-law established by the European Court of Human Rights, and opposes the Constitution of Georgia. It is indicated in the report prepared within the framework of the EU's Denmark-Georgia partnership 2012 that pursuant to the European Convention on Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights, these transgressions, in most cases, are criminal in nature, therefore, the guarantees for legal safeguards should be respected in the same way as they are respected by consideration of criminal cases.<sup>11</sup> Out of the issues governed by the Code of Administrative Violations of Georgia, the norms regulating administrative detention under the Code of Administrative Violations of Georgia are especially criticized.

Under the Code of Administrative Violations of Georgia, administrative detention may be imposed on a person for up to 90 days.<sup>12</sup> Detention as compared to other types of administrative penalties, according to its durations and gravity, constitutes the gravest form of interference with human rights and freedoms. Stemming from this, it is highly important that restriction of human freedom should be legitimate, which should be preceded by fair consideration of the case.

In the report prepared in 2013, within the scope of the Judicial Independence and Legal Empowerment Project<sup>13</sup>, the unconstitutionality of the Code of Administrative Violations of Georgia was evaluated. It was indicated that the applicable system of Georgia for violations is in breach of the rights of Georgian citizens and inflicts damage to the international reputation of Georgia, as it establishes grave penalties by circumventing the right to a fair trial as guaranteed by the constitution.<sup>14</sup>

In 2013, Hammarberg<sup>15</sup>'s Report on the Human Rights Dimension: background, steps taken and remaining challenges – once again underlined that regulation of the issue of administrative detention remains problematic in Georgia.<sup>16</sup> It is indicated therein that the law fails to foresee basic requirements of human rights, including the right to defense at the court. The author indicates that the Violations Code does not mention at all the notions of criminal procedure law, such as “Legal evidence” or/and “Illegal evidence” and it does not explain the standards of proof on which a judge must base his/her decision, thus opening the way to judges to rely on motions and explanations of police officers alone. In addition, the right to appeal may be infringed by the fact that criteria for legitimacy of testimony/evidence before the court are not established.<sup>17</sup> Therefore, the author of the report considers administrative imprisonment as equivalent to the imprisonment imposed as a punishment under criminal law. Furthermore, according to Hammarberg's recommendation, the government should consider abolishing

<sup>12</sup> The Code of Administrative Offences of Georgia (published in the notifications of the Supreme Council of the Georgian SSR, 1984, N12, Article 421), [www.mastne.gov.ge](http://www.mastne.gov.ge) Article 32. .

<sup>13</sup> Additional Information about “Judicial Independence and Legal Empowerment Project” (JILEP) can be found at: <http://www.ewmi-jilep.org/ka/about/about-jilep>

<sup>14</sup> <http://www.ewmi-jilep.org/ka/e-library/books/307-publications>

<sup>15</sup> Thomas Hammarberg EU Special Adviser on Constitutional and Legal Reform and Human Rights in Georgia

<sup>16</sup> Georgia in Transition, Report on the human rights dimension: background, steps taken and remaining challenges Assessment and recommendations by Thomas Hammarberg, Tbilisi, Georgia 2013 <[http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/press\\_corner/all\\_news/news/2013/human\\_rights\\_2013/human\\_rights\\_report\\_2013\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/press_corner/all_news/news/2013/human_rights_2013/human_rights_report_2013_en.htm)

<sup>17</sup> *Ibid.*, [http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/virtual\\_library/cooperation\\_sectors/georgia\\_in\\_transition-hammarberg.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/virtual_library/cooperation_sectors/georgia_in_transition-hammarberg.pdf)

<sup>8</sup> *Ibid.*, p.4.

<sup>9</sup> Ghvamichava, T. (2006) ‘Differentiation of Administrative Liability from other kind of Legal Responsibility’ *Jurisprudence*, No1(7) : 14. <http://www.google.ge/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fgesj.internet-academy.org.ge%2Fdownload.php%3Fid%3D1117.pdf&ei=VA9OUMzwO83DtAbHr4H0Dg&usg=AFQjCNFpf007cDivOG5PpvINuTVHS7e6Vw>

<sup>10</sup> Decision Nb-1078-040 (k-08) of 24 February 2009 of the Supreme Court of Georgia, <http://prg.supremecourt.ge/default.aspx>

<sup>11</sup> Review of the Draft Code on Administrative Offences of Georgia as of June 2012. <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacity-building/Source/expertises/Opinion%20Georgia%20Admin%20Offences%20Code.pdf>

imprisonment as a penalty for administrative offenses altogether.<sup>18</sup>

The reports prepared in 2011 and 2012 by the High Representative of the EU for Common Foreign and Security Policy, which deals with the implementation of European Neighborhood Policy for 2011-2012 in Georgia, also concerns imprisonment. The EU's representation in these reports emphasizes that it is necessary to revise and change the regulations on administrative detention in compliance with fair trial norms.<sup>19</sup> The 2013 report of the same organization, in which the data of 2012 is assessed, the EU representation also points out that excessive use of administrative detention for up to 90 days for minor offenses of the law such as, for instance, disobeying the police, remains a concerning issue. Administrative detainees are provided by far less legal safeguards than persons held in pre-trial detention for criminal offences.<sup>20</sup> It is also noteworthy that the regulations on administrative detention should be changed in compliance with fair trial norms.<sup>21</sup>

With regard to administrative detention, Human Rights Watch in its 2012 report indicated that it is necessary that the state ensure realization of the right to a fair trial and the right to defense in considering the issues pertaining to administrative detention. The state should inform a person of his/her rights, provide a party to the case with adequate time for the preparation of defense for the proceedings, and provide for the respect for genuine adversarial proceedings in consideration of the case.<sup>22</sup> Besides, under its recommendation, administrative detention as a form of penalty should be abolished.<sup>23</sup>

The problems related to administrative violations are dealt with not only by reports of international organizations, but also by non-governmental human rights organizations operating in Georgia.<sup>24</sup> The state itself has expressed the will to address the problematic character of administrative violations and emphasized the need for

change in the legislation, and this issue is referred in the Criminal Justice Reform Strategy of Georgia.<sup>25</sup>

According to the Georgian Young Lawyers Association<sup>26</sup>, unregulated issues or ineffective regulation are encountered at all stages of administrative detention, which gives rise to daily violation of human rights in a humiliating and degrading form.<sup>27</sup> In particular, the organization points out that in the process of consideration of the cases of violations, the human right to defense is not guaranteed (determining reasonable timeframes for preparing the defense, access to the files, the right to postpone the trial, etc.); the sequence and procedures of consideration of the case of administrative violations at the court is not completely regulated, because of which the Administrative Procedure and Civil Procedure Codes are applied. These legislative acts contain the norms regulating the relationship of the claimant and the respondent, which are less relevant to the contest between drafter of the minutes and the accused person during the consideration of the cases of administrative violations. The latter has a lot in common with the criminal procedure, rather than with administrative and civil procedure. However, the contracted form of the civil procedure is applied in practice.<sup>28</sup> The legislation does not recognize the right of the accused person to remain silent at a trial. Also, it does not include the reservation that the silence may not be considered as recognition of guilt.<sup>29</sup>

In considering the cases of administrative violations, the standard of proof is lower.<sup>30</sup> Also, the issue of appealing resolutions adopted with regard to administrative violations is problematic.<sup>31</sup>

It is interesting that at present the claim<sup>32</sup> is under consideration at the Constitutional Court of Georgia, under which individual norms of the Code of Administrative Violations are appealed that, in the opinion of the claimant, contradict the Constitution of Georgia and basic human rights and freedoms guaranteed by the constitutional norms. In particular, the claimant believing that administrative violations are of criminal nature, contests the con-

<sup>18</sup> *Ibid.*, [http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/virtual\\_library/cooperation\\_sectors/georgia\\_in\\_transition-hammarberg.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/virtual_library/cooperation_sectors/georgia_in_transition-hammarberg.pdf)

<sup>19</sup> Implementation of European Neighborhood Policy in Georgia for the Period of 2011, [http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/enpprogressreport\\_2011\\_ka.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/enpprogressreport_2011_ka.pdf)

<sup>20</sup> Implementation of the European Neighborhood Policy in Georgia, Achievements and Action Plan Recommendations for the Period of 2012, [http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/20130320\\_enpreport\\_ka.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/20130320_enpreport_ka.pdf)

<sup>21</sup> *Ibid.*, [http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/20130320\\_enpreport\\_ka.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/news/20130320_enpreport_ka.pdf)

<sup>22</sup> Administrative Error, Georgia's Flawed System for Administrative Detention, Human Rights Watch, USA, <http://www.hrw.org/reports/2012/01/04/administrative-error-0>

<sup>23</sup> *Ibid.*, <http://www.hrw.org/reports/2012/01/04/administrative-error-0>

<sup>24</sup> The Young Georgia Lawyers Association, Problems and Recommendations on Administrative Detention, Tbilisi, 2011, available upon request.

<sup>25</sup> Criminal Justice Strategy and Action Plan thereto were adopted by the Inter-Agency Coordination Board in 27 July 2009. The document is subject to update and the last time it was adopted was in 2013, in which the changes to the Code of Administrative Offences are indicated as one of the issues of the Reform. See <http://www.justice.gov.ge/AboutUs/Council/237>

<sup>26</sup> Information on the organization is available at [www.gyla.ge](http://www.gyla.ge)

<sup>27</sup> Problems and Recommendation on Administrative Detention, the Georgian Young Lawyers Association, Tbilisi, 2011, p.1, available upon request.

<sup>28</sup> *Ibid.* p.1-2.

<sup>29</sup> *Ibid.* p.1-2.

<sup>30</sup> *Ibid.* p.3.

<sup>31</sup> *Ibid.* p.3.

<sup>32</sup> Constitutional Claim of Citizen Revaz Kopaliani at [http://constcourt.ge/index.php?lang\\_id=GEO&sec\\_id=6&info\\_id=1182](http://constcourt.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=6&info_id=1182)

stitutionality of those norms of the Code, under which it shall be possible to detain a person for up to 12 hours so that a detained person is not, informed about the ground for the restriction of his/her liberty. It is also indicated that the norms of the Code contradict paragraph 5 of Article 18 of the Constitution, under which an arrested or detained person shall be informed about the grounds for restriction of his/her liberty upon his/her arrest or detention; paragraph 3 of Article 18 of the Constitution, under which arrested persons shall be brought before a court, if the detention or another type of restriction of liberty lasts for longer than 48 hours; and individual paragraphs of Article 42, according to which the right to defense is guaranteed, arrest of an individual is permitted by a specially authorized person, and interrogation of witnesses of the prosecution and the defense takes place under the same conditions.<sup>33</sup>

Therefore, the evaluations of national and international organizations considered in the mentioned chapter call into question the conformity of the Code of Administrative Violations with both the Constitution of Georgia and universally recognized human rights and freedoms.

## 2. Unsystematic Character of the Norms Regulating Administrative Violations

In practice, challenges are caused not only by the fact that the Code of Administrative Violations does not conform to the standards of protection of human rights, but also by the fact that the Parliament of Georgia established administrative liability, in individual directions, for specific kinds of violations by different legal acts. Because of the aforementioned, presently in Georgia while the Code of Administrative Violations is applicable, administrative liability is also prescribed by other legal acts for transgressions in the domain of individual legal relationships. Besides, the most problematic issue is that such individual laws establish and determine not only the types of specific violations, but also the procedural issues for the imposition of responsibility measures foreseen for the commission of these violations, which differ from the regulations prescribed by the Code of Administrative Violations. For instance, the Tax Code of Georgia<sup>34</sup>, the Code on Safety and Free Movement of Products<sup>35</sup>, and Election Code of Georgia<sup>36</sup> not only determine individual forms of violations according to their regulatory domains, but also define

the procedures for the imposition of responsibility. Such an inhomogeneous regulation gives rise to many legal problems in practice and is quite problematic in terms of realization of human rights and freedoms. The legislation does not specify whether or not independent regulations scattered in individual legislative acts and the acts establishing respective acts fall under the category of administrative violations, which will disrupt the principle of inadmissibility for the imposition of double responsibility for one and the same transgression not only theoretically but also shall make it practically executable.<sup>37</sup>

## III. Regulation of Administrative Violations in Different Legal Systems and the Case-Law of the European Court of Human Rights

### 1. Experience of Various Countries

In the western legal systems, where, like the legal system of Georgia, the responsibility is established for both omissions and crime, the issue about distinctions existing between administrative omission and criminal crime is topical. Under the old codification, as well as modern legislation, an action constituting threat to the public is deemed as an objective sign characteristic to a crime, and a crime and administrative omission are differentiated from one another. Legal theory and legislation distinguish between the character and degree of public threat. The higher is the public value of an object to be violated and the size of damage to be possibly inflicted, the simpler it is for legal system to substantiate an action constituting growing threat to the public and vice versa.<sup>38</sup>

Georgian legal literature is silent with regard to the mentioned issues and does not provide scholarly assessments on the differentiation of criminal and administrative responsibilities save for the differences based on the degree of threat.<sup>39</sup> Also, the Georgian system is not studied in relation with the same standards of European law.

Therefore, in Georgian judicial practice, the boundary between criminal and administrative violations and respective responsibilities is drawn and incur responsibilities of different type, unlike the case-law of the European Court of Human Rights and the systems of many western states.

Gaps and flaws of the applicable system of administrative violations verify the necessity for reform and change

<sup>33</sup> Constitutional Claim of citizen Revaz Kopaliani at [http://constcourt.ge/index.php?lang\\_id=GEO&sec\\_id=6&info\\_id=1182](http://constcourt.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=6&info_id=1182)

<sup>34</sup> The Tax Code of Georgia (published TCG, 54, 12/10/2010), [www.mastne.gov.ge](http://www.mastne.gov.ge)

<sup>35</sup> The Code on Safety and Free Movement of Products (published at the website, 25.05.2012), [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge)

<sup>36</sup> Election Code of Georgia (published at the website, 10.01.2012), [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge),

<sup>37</sup> Gvaramadze, T. (2013) Dissertation work on the topic: Legal Grounds for Tax Responsibility, Tbilisi. [http://press.tsu.edu.ge/data/image\\_db\\_innova/Disertaciebi/tamar\\_gvaramaze.pdf](http://press.tsu.edu.ge/data/image_db_innova/Disertaciebi/tamar_gvaramaze.pdf)

<sup>38</sup> Tskhadadze, K. (2008) 'Administrative Omission and its Separation from Criminal Crime' *Journal of Justice*, N2: 125.

<sup>39</sup> Loria, V. (2002) *Administrative Law of Georgia* (Giorgadze, G., Eds.). Tbilisi: Publishing House Meridian.

of the system. However, together with the need for reform of the system, there is a pressing issue about to what form the system should be changed. In this regard, international experience is important to be taken into account. The present chapter will provide a brief survey of several models of regulations with different systems and approaches.

In some legal systems, in terms of public threats, minor actions are separated from the criminal domain and are governed by administrative or civil legislations (Germany, Austria, and majority of the post soviet countries). According to the second approach, the actions of the same category remain within the scope of criminal legislation, as the concepts with different legal nature, viz., misdemeanor and felony.<sup>40</sup> The common law and individual continental legal systems are characterized by similar approach (the United Kingdom, the USA, France, the Netherlands, and Estonia).<sup>41</sup> In the United States, which belongs to the common law system, unlike the legal system of Georgia, administrative responsibility and criminal responsibility are not separated. At the same time, for instance, in the USA the Federal Criminal Code makes a distinction between felony and misdemeanor. The former constitutes an equivalent to a crime, but the latter is determined as administrative violations. By their essence, both give rise to criminal liability on the part of an offender as opposed to the legal system of Georgia, when two different types of responsibility based on the degree of threat of an action are established with subsequent different legal consequences.<sup>42</sup> Besides, in the US, other subcategories are discerned among these two categories of crime, by which felonies and misdemeanors are classified<sup>43</sup>. In the US, such crimes that lead to imprisonment as a form of punishment for up to one year and longer are conditionally deemed as felony, and in the case of commission of a misdemeanor, a shorter term of imprisonment is delivered. Besides, every particular instance, stemming from the factual circumstances of the case, may be regarded as a graver crime or relatively minor crime and, respectively, commensurate punishment may be imposed upon a person.<sup>44</sup> Georgian legislation strictly upholds the principle of legality. In particular, exclusion of criminal responsibility does not automatically result in administrative responsibility, if the action, because of

which criminal prosecution was terminated, does not include signs of administrative violations.<sup>45</sup>

To classify a crime into a felony and a misdemeanor, as it has been already mentioned above, is a characteristic of the common law system. However, different categorization of crimes gradually transpires in various common law countries, such as the offences triggering summary proceedings and those triggering ordinary proceedings. Therefore, distinction between the crimes in these systems already occurs in compliance with the course of legal proceedings.<sup>46</sup> The aforementioned may be considered as similar to the Georgian system, when consideration of criminal and administrative cases is carried out by applying different procedures.

Nevertheless, the countries of civil law system are predominantly characterized by the second approach, where administrative and criminal offences and respective punishment are differentiated from one another; diverse approaches can be discerned in the countries with this very system. In some countries (Italy and Spain) crimes are defined as delicts, whereas in France, Belgium and the Switzerland there is a threshold drawn between crimes and less grave crimes - delicts<sup>47</sup>. Simultaneously, in the Georgian legal system, violations of civil law are deemed as delicts, commission of which respectively gives rise to civil responsibility, which is different from administrative and criminal responsibilities. Stemming from the diversity of legal systems, it is sufficiently difficult to generalize and determine unified and universal notions of crime, administrative violations and delicts in different countries.

## 2. The Standards of the European Court of Human Rights with Respect to Administrative and Criminal Cases

Not only practice of various countries, but also that of the European Court of Human Rights differs with regard to issues about the legal nature of administrative violations. Despite the fact that minor offences in a particular legal system are separated from criminal law, and constitute a subject governed by the domain of administrative law, if it is part of criminal law, the European Court of Human Rights uses a unified approach towards all Member States in order to spread the application of Article 6 of the European Convention on Human Rights.

Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, the right to a fair trial is confined to the determi-

<sup>40</sup> <http://en.wikipedia.org/wiki/Felony>

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Misprision of Felony, [Hhttp://www.law.cornell.edu/uscode/718/usc\\_sec\\_18\\_00000004----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/718/usc_sec_18_00000004----000-.html) and Petty Offense Defined [Hhttp://www.law.cornell.edu/uscode/718/usc\\_sec\\_18\\_00000019----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/718/usc_sec_18_00000019----000-.html).

<sup>43</sup> Compare [Hhttp://www.statutes.legis.state.tx.us/docs/PE/htm/PE.12.htm](http://www.statutes.legis.state.tx.us/docs/PE/htm/PE.12.htm)

<sup>44</sup> Arfa, F. Felonies and Misdemeanors, [Hhttp://www.bestdefender.com/felonies.html](http://www.bestdefender.com/felonies.html) and What is a Felony [Hhttp://www.wisegEEK.com/what-is-a-felony.htm](http://www.wisegEEK.com/what-is-a-felony.htm)

<sup>45</sup> The Code of Administrative Offences of Georgia (published at the notifications of the Supreme Council of the Georgian SSR, 1984. N12, Article 421), Article 10, [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge)

<sup>46</sup> F. Arfa, Felonies and Misdemeanors, [Hhttp://www.bestdefender.com/felonies.html](http://www.bestdefender.com/felonies.html)

<sup>47</sup> [Hhttp://en.wikipedia.org/wiki/FelonyH](http://en.wikipedia.org/wiki/FelonyH)

nation of civil rights and obligations and of any criminal charge. In order to allow an applicant to dispute the breach of the multifaceted right to a fair trial at the European Court of Human Rights, he/she should prove the presence of a criminal charge of civil right as foreseen in Article 6.<sup>48</sup> The European Court of Human Rights does not have the standard for administrative cases.

The question of whether the cases of administrative violations belong to “criminal charges” as provided for by Article 6 of the European Convention on Human Rights, or do they fall under the protection of civil law is determined by the European Court of Human Rights on the basis of criteria established by its years long case-law on a case by case basis.

The Court, by its practice, has determined three criteria, under which it defines whether a case has a criminal nature or not. In particular: 1. An action should belong to criminal law by the legislation of a Contracting State of the European Convention on Human Rights; 2. An action, does not belong to criminal law by the legislation of a Contracting State, but from its nature, it may have criminal character; and 3. Punishment imposed for commission of a particular action by its nature is strict and grave.<sup>49</sup>

The European Court of Human Rights in the case of *Ziliberberg v. Moldova*<sup>50</sup> declared that the three above-mentioned criteria that were defined by the case-law of the European Court of Human Rights over the years are non-cumulative. Nevertheless, the Court does not rule out that the second and third criteria can be cumulatively applied, when each criterion taken individually does not make it possible to reach a conclusion with regard to the notion of “criminal charges”. In Moldova, like Georgia, administrative violations and crime are separated from one another. The Court as a result of deliberation and assessment of this case concluded that responsibility established under the Code of Administrative Violations had criminal nature and the charge of criminal nature was present.<sup>51</sup> As a result of this conclusion, administrative violations were moved to a different legal plane.

The court in the case *Janosevic v. Sweden*, in which an applicant appealed the violation of the guaranteed right to property and the right to a fair trial on the part of Sweden,

pointed out that imposition of tax penalties as provided for by the legislation of Sweden was by its nature criminal in character, for the amount of penalties and the purpose of their imposition were of punitive and not compensative nature, in case of which it would have had civil law nature. Moreover, in this case, disputes related to legality of the decisions on the imposition of the abovementioned penalties were considered by administrative courts, which, in the opinion of the European Court of Human Rights, ensured the protection of the interests of the applicant and his access to a court at national level. In this case, the Court assessed the real extent of possibility with which the taxpayer could appeal this decision, to what extent he could rebut the argument submitted by the other side and whether or not the adversarial procedure between the sides was secured. According to these principles, the Court held in a specific case that the state failed to ensure the protection of the right to a fair trial on the basis of the abovementioned criteria.<sup>52</sup>

The European Court in the case of *Galstyan v. Armenia*<sup>53</sup> further indicated that the sphere defined in certain legal systems as “administrative” embraces some offences that are criminal in nature but too trivial to be governed by criminal law and procedure.<sup>54</sup> By this interpretation of the European Court of Human Rights, for the purposes of Article 6 of the European Convention on Human Rights, those administrative violations are deemed to be criminal that are criminal in nature.<sup>55</sup> In the same case, in connection with the severity of punishment, the Court indicates that because of the violation of a law, imposition of imprisonment as the form of punishment does not generally belong to the criminal sphere, if the punishment in its nature, length and the manner of enforcement is not obviously harmful.<sup>56</sup> As it has been already mentioned, the European Court of Human Rights does not confine itself to only assessing the criminal nature of administrative detention in individual Contracting States, but it also defines the case as to what extent administrative penalties are criminal. In the *Ziliberberg* case, the European Court of Human Rights indicated that less serious nature of the punishment does not deprive an offence of

<sup>48</sup> Vitkauskas, D. and Dikov, G. (2012) Protecting The Right to a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights, Strasbourg: Council of Europe. <Hhttp://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb12\_fairtrial\_en.pdf>

<sup>49</sup> *Ibid.* [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb12\\_fairtrial\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb12_fairtrial_en.pdf) .

<sup>50</sup> Decision of the European Court of Human Rights in the case of *Ziliberberg v. Moldova* 2005, ECHR <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119>

<sup>51</sup> *Ziliberberg v. Moldova*, 2005, ECHR <Hhttp://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119H

<sup>52</sup> Decision of the European Court of Human Rights in the case of *Janosevic v. Sweden*, 2003, ECHR <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60628>

<sup>53</sup> Decision of the European Court of Human Rights in the case of *Galstyan v Armenia*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297>

<sup>54</sup> *Ibid.* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297>

<sup>55</sup> Decisions of the European Court of Human Rights: *Ziliberberg v. Moldova*, ECHR <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119> and *Galstyan v Armenia* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297>

<sup>56</sup> Decision of the European Court of Human Rights in the case of *Galstyan v. Armenia* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83297>

its criminal nature. In the Ziliberg case, a fine of MDL 36 (the equivalent of 3.17 euros (EUR) at the time) was imposed upon the applicant for having participated in an unauthorized demonstration. The maximum punishment which may have been imposed upon him was 90 MDL (7.94 EUR at the time). The Court established that the fine did not aim to compensate the damage inflicted upon a person; rather the given fine had punitive and deterrent purpose and was transferred to the state budget. The Court points out that the criminal sanctions are differentiated by their punitive nature. Administrative fine, which has such nature, is criminal by its essence.<sup>57</sup> It should be noted again that the given cases are interesting in terms that both in Armenia and in Moldova, like Georgia, the legal systems separate criminal and administrative violations from one another and at the same time majority of the fines as established by the Code of Administrative Violations has precisely punitive, and not compensatory, character.

The survey provided in this chapter confirms the existence of approaches that differently regulate the issue in various countries. The Georgian government should not automatically select any specific model governing violations. In this regard, it is stated in the recommendations of the Council of Europe that the Georgian choice should satisfy not only the interests of Georgian authorities, but also the interests of everybody against whom the legal mechanisms establishing administrative responsibility could be applied.<sup>58</sup>

#### IV. Conclusion

The issues discussed in the present article prove that the applicable legislative system governing violations fails to meet the challenges facing the democratic society and, moreover, contradicts the Constitution of Georgia.

International and local expert assessments emphasize that applicable legislative regulations, in practice, flagrantly violate human rights and freedoms on a daily basis, and contradict the Constitution of Georgia. At the same time, diversity of the legislations governing violations makes the system inhomogeneous and there is a consistent approach towards the issue.

Existing legislative regulations require systematic and drastic changes and elaboration of the norms establishing administrative responsibility in such a form which should

be in compliance with the Constitution of Georgia and ensure the protection of human rights.

The brief survey provided in the present article confirms that there is no a universal approach towards the regulation of offences in different countries. Together with the diversity of the legal systems, the norms governing the regulation of administrative violations are also different. Hence, the Georgian state, considering criminal law policy, should start working on the reform of administrative law system initially through defining a respective model, under which it shall govern administrative violations. Otherwise, retaining the undemocratic regulations establishing administrative responsibility shall significantly damage Georgia in its way towards building a rule-of-law based state.

<sup>57</sup> Decision of the European Court of Human Rights in the case of Ziliberg v. Moldova, 2005, EHCR Hhttp://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68119

<sup>58</sup> Review of the Draft Code on Administrative Offences of Georgia as of June 2012. <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacity-building/Source/expertises/Opinion%20Georgia%20Admin%20Offences%20Code.pdf>>

Gegham Vardani Gevorgyan<sup>1</sup>

## Legal Consequences of Concentrations Put into Effect in Violation of Legislation in the Republic of Armenia

### I. Introduction

*This article deals with the legal consequences of concentrations put into effect in violation of legislation, as well as offences committed during the effect of concentrations. The legal consequences are provisionally divided into two parts: legal consequences enforced in regard of prohibited concentrations and fines, which are subject of a separate study. The article draws a special attention to study of the responsibility appointment and factors influencing it and parallels are drawn with the EU experience. The subject matter of this article is reviewed both from theoretical, as well as practical standpoints.*

#### 1. Legal Consequences Enforced in Regard of Concentration Put into Effect in Violation of Legislation

The legal consequences enforced in regard of concentrations put into effect in violation of legislation can be provisionally divided into two groups: legal consequences enforced in regard of prohibited concentrations and fines.

Part 1 of Article 9 of the Republic of Armenia Law on Protection of Economic Competition<sup>2</sup> (hereinafter referred to as law) stipulates that the concentration of economic entities, before its practicing or participation therein, shall be subject to declaration if:

- 1) the total value (size) of the assets or proceeds of the concentration participants or value (size) of the assets or proceeds of at least one of the participants during the last financial year preceding its creation exceeded the value (size) of assets or proceeds established by the Commission and at least one of the concentration participants has a dominant position in any product market.
- 2) Parts 2 and 3 of Article 10 of the same law stipulate: The concentration which is subject to declaration or leads to a dominant position shall be permitted on the basis of the Commission's decision, which may also contain conditions and obligations subject to mandatory fulfilment by concentration participant (participants).

It shall be prohibited to practice or participate in concentration subject to declaration or leading to a dominant position prior to the adoption of Commission's decision.

Thus, the Republic of Armenia legislation has stipulated the cases of concentration, which are to be declared prior to putting into operation. At the same time it is stipulated that it shall be prohibited to practice concentration subject to declaration prior to the adoption of Commission's decision.

Part 4 of Article 10 stipulates that the enacted prohibited concentration shall be subject to liquidation (annulment, ceasing) according to the procedure defined by the legislation. This provision enables the Commission to liquidate prohibited concentrations put into operation, in case of detecting them. This is an extremely important provision, in case of absence of which it will not be possible to restore the competition in the common market. However, one should mention that not all undeclared concentrations are to be liquidated, but only the ones that undermine the competition; i.e. the concentration would be prohibited beforehand in declaration. Similar provisions are stipulated also by domestic legislation of EU and EU member states.

EU Council Regulation (EC) Article 8(4)<sup>3</sup> N 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) stipulates that, where the Commission finds that a concentration: (a) has already been implemented and that concentration has been declared incompatible with the common market, or (b) has been implemented in contravention of a condition attached to a decision on the compatibility of the concentration with the common market in the absence of which the concentration would be considered incompatible, the Commission may:

-require the undertakings concerned to dissolve the concentration, in particular through the dissolution of the merger or the disposal of all the shares or assets acquired, so as to restore the situation prevailing prior to the implementation of the concentration; in circumstances where restoration of the situation prevailing before the implementation of the concentration is not possible through dissolution of the concentration, the Commission may take any other measure appropriate to achieve such restoration as far as possible,

-Order any other appropriate measure to ensure that the undertakings concerned dissolve the concentration or take other restorative measures as required in its decision.

§ 41 of German Law on Prohibition of Restriction of Competition<sup>4</sup> stipulates, that, where the concentration is prohibited and put into operation, then Bundeskartellamt

<sup>1</sup> Lecturer of RA Public Administration Academy; PhD in Law; Chief Lawyer of State Agency "National Centre for Legislative Regulation project implementation unit" at the Staff of RA Government.

<sup>2</sup> The Republic of Armenia Law on Protection of Economic Competition No-122 dated November 6, 2000.

<sup>3</sup> Council Regulation (EC) N 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 024, 29.01.2004. P. 1-22:

<sup>4</sup> Act against restraints of competition, 26 August 1998 Federal Gazette I p. 2546.

must undertake the respective measures to liquidate the concentration. Then, the law stipulates an interesting provision that the competition restrictions may be abolished also by other means, than restoration of the previous state. To exercise these powers it can restrict or prohibit the effect of voting securities of the business entity involved in concentration, which is the property of another business entity or relates to it. Bundeskartellamt can also appoint a trustee, which will be in charge of concentration liquidation. As we can see the respective German legislation regulates with much detail the liquidation of unlawful concentrations.

As we saw, the requirement to liquidate the concentration of RA Law on Economic Competition does not contain provisions about restoration of previous status or competition restrictions like in EU legislation. The provisions about restoring have strict significance, as it is not always that the discontinuation of mere concentration leads to the restoration of anti-competition status and establishment of competition equality. However, one should mention that RA Law on Economic Competition stipulates a provision (clause “a” part 1 of Article 19), according to which the commission shall be entitled to make decisions with respect to discontinuation of infringements of this law by economic entities or elimination of their consequences, restoration of the original position, amendment or dissolution of contracts contradicting this law, signing of contracts with other economic entities. This provision is about all the cases of undermining the economic competition, including also putting into effect prohibited concentrations. Nevertheless, it can establish clear mechanism that can regulate with much detail any anti-competitive action, as well as rehabilitation of undermined competition as a result of putting into effect prohibited concentration.

It is necessary to mention that the legislation regulating the economic competition in the Republic of Armenia does not envisage provisions about interim responsibility or discontinuation of concentrations declared on the basis of actions, as well as wrong or false information. For example such provision is envisaged in EU Regulation 139/2004. Regulation 139/2004 stipulates also interim means to prohibit concentration, when the concentration was put into effect in violation of the provisions about discontinuation and the decision about compatibility of the concentration with the general market has not been made yet or has been put into effect in violation of the conditions about the decision on compatibility with the market, etc. The purpose of interim means is to suspend the offence pending the final settlement of the matter, which enables to avoid the severe consequences.

Besides, Regulation 139/2004 stipulates that the Commission may revoke the decision when it has taken based on incorrect information for which one of the undertakings

is responsible or where it has been obtained by deceit; or the undertakings concerned commit a breach of an obligation attached to the decision. This power as well enables EU Council to discontinue the concentrations declared compatible with the common market, which, however, have been declared as such based on the wrong information, for which the economic entity was responsible. This is an additional lever to restrain the economic entities to achieve the preferable results.

It would be logical to envisage such provisions in RA Law on Protection of Economic Competition. The interim means of responsibility are necessary ways, which enable to restore the competition before making a final decision about the concentration that can last for several months. And the lack of specific responsibility for wrong information, deception or not meeting the identified duties can produce serious problems. In particular, a question may arise what needs to be done in cases, when the Council permitted the concentration based on wrong information or deception. Indeed, in any case one can be guided by the provisions of RA Law on Fundamentals of Administration and Administrative Procedure<sup>5</sup> (in particular Article 63) and invalidate the Council’s decision on permitting the concentration. However, taking into account the features of economic competition, as well as of the regulating law, one needs to identify clear mechanisms of responsibility in that very law. Responsibility should also be established, when the obligations of the economic entity have been violated. As we have already mentioned the law (Article 10) stipulates cases, when the economic entities are charged with certain duties. Non-compliance with those duties also can lead to undermining of competition, for which the responsibility is also important.

## II. Fines Imposed for Offences Committed During Declaration of Concentrations and Activities

Sanctions in regard of illegal decisions or liquidations of put into operation, prohibited concentrations will not be sufficient threat for certain parties of concentration. Indeed the economic entities spend time and resources to organize the concentration process; however, it’s quite possible that their loss is not big enough to refrain from unlawful actions. However, the risk of the Commission’s review and probability of the fines in case of detection can prevent them. The commission is entitled to impose fines in regard of the economic entities, which violated the competition rules.

RA Law on Economic Competition entitles the Com-

<sup>5</sup> The Republic of Armenia Law on Fundamentals of Administration and Administrative Procedure adopted on December 12, 2004, HO-41-N

mission to make decisions about imposing fines against the economic entities for violating material, as well as procedural norms of the competition legislation. Part 4 of Article 36 of the law stipulates Failure to declare the concentration as stipulated by this Law, or enactment of (participation in) prohibited concentration shall lead to imposition of a fine upon the economic entity-concentration participant at the rate of 4% of proceeds of the year preceding the participation in the concentration, but not exceeding five hundred million AMD. In case the activity conducted in the previous year lasted less than 12 month, the infringement stipulated in this part shall lead to imposition of a fine upon the economic entity-concentration participant at the rate of 4% of proceeds (however not exceeding five hundred million AMD) of the year preceding the concentration but not exceeding 12 months' period. The same article also stipulates responsibility for violations concerning all the areas of economic competition in general. Thus, parts 7-9 of Article 36 of the law stipulate that:

- “7. Failure of the economic entity to submit documents or other information as defined by the note of the Chairman of the Commission or Commission decision established by the legislation or other information or submission of unreliable or incomplete data shall lead to imposition of a fine at the size of five million AMD.
8. Preventing the Commission, Commissioners or Commission staff from performing the rights or duties reserved to them by this Law shall lead to imposition of a fine at the size of two million AMD.
9. Failure of the economic entity to correct the violations identified by the Commission within the established timeframe; to fulfill the conditions, obligations or instructions envisaged by the decision shall lead to imposition of fine at the size of up to five million AMD”.

In calculating the fine the Commission shall take into account all the facts concerning the case, like the severity, nature and duration of the violation, as well as the attitude of the entity towards the action. In imposing the fines it also tries to take into account the principle of proportionality; i.e. linking the fine with the offence; size of the given economic entity and its responsibility of violation.

Thus, according to part 2 of Article 31 of the law – imposing sanction the Commission shall take into account the nature, duration of the given offence, possible or actual impact of the offence on the competition situation or consumers' interests; replication of violations of this law by given economic entity; degree of intention of the economic entity; incentives and circumstances of committing the office by the economic entity; possible impact of the fine imposed on the economic entity; area and(or) history of activities of the given economic entity.

The law just lists the facts to be taken into account in imposing responsibility; however, it does not contain any

link about them. Although, there is no link to impose fines in the law; however, let us try to analyze certain issues concerning imposition of fines.

The law stipulates that the Commission can impose fines taking into account the degree of intent of the economic entity. One should mention that in concentration cases the natural persons also perform as economic entity and concerning the legal persons, then they can perform only through human factor and intent and negligence are the consequences of the behavior of the latter's directors and staff.

Article 14(2) of EU Council Regulation 139/2004 also contains such a provision, according to which EU Commission can impose fines, when the offence has been committed intentionally or by negligence.

“Intentionally” means to have intent to restrict the competition, but not intent to violate the rules. In case of PVC Cartel II the court of general jurisdiction has stipulated that for violation of the competition provisions, when they take into account whether action was intentional, it is not important for the economic entity to know that it violates those rules, but the mere fact is sufficient that it could not be possible aware that its action has intent to restrict the competition...<sup>6</sup>

The estimate of fines based on the integrity of the facts means it is not based on an estimate made by mere mathematical formula, but also includes legal and economics assessment in each case – taking into account the aforementioned principles. One should observe that this policy gives broad freedom of actions to the Commission – enabling it to individualize the fines for each offender economic entity<sup>7</sup>.

The law stipulates the ceiling of the fine and aggravating and mitigating circumstance, as a result of which the size of the fine in each specific case can be different.

Among the aggravating circumstances we can rank for example the relapse or role in organizing the offence and as mitigating circumstance we can consider the ability to pay fine. In these cases the Commission shall take into account circumstances, like increase of unemployment or worsening of the economic situation – ascending or descending of the respective economic entities. Although during the review the discontinuation of the offence is not a mitigating circumstance; however, continuation of the offence after the review shall be considered as aggravating circumstance<sup>8</sup>.

However; both aggravating and mitigating circumstances lack the fact that the economic entity cooperates

<sup>6</sup> Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, 2011, p 1096

<sup>7</sup> Case T-150/89 *G. B. Martinelli v. Commission of the European Communities*

<sup>8</sup> Case T-13/03 *Nintendo Co., Ltd and Nintendo of Europe GmbH v Commission of the European Communities*. 30 April 2009.

with the Commission, which is a fairly common practice in the advanced world.

For example; in EU the failure to cooperate during the review can be an aggravating circumstance. Thus, in the case of Professional Videotape the fines of Sony increased by 30% for refusal to answer the questions and hiding the documents during the control.

As mitigating circumstance can be the cooperation with EU Commission.

The economic entities, which have been recognized as guilty or procedure has been launched against them because of anti-competitive behavior, as a result of which fine was imposed on them, should not be sanctioned second time for the same action.

There can be difficulties in imposing fines, when the economic entity that is responsible for violation of the competition rules does not exist anymore (or does not exist in the same way). When an economic entity is acquired by another one – having bought its shares – then usually no problems emerge. The buyer shall undertake the entire responsibility, as the legal regulation remains the same. There are difficulties, when the buyer acquires the business and assets of the offender. In the case of *Suiker unie*<sup>9</sup> the new company acquired the assets, rights and obligations of four cooperatives, which were liquidated. ECJ decided that the new enterprise shall be responsible for the violations that the cooperatives' management committed through their coordinating body, as the new enterprise acquired the functions, property and personnel of that body.

Unlike RA legislation EU legislation has stipulated also provisions about periodic penalties. The latter are effective means in the fight against violations, which are continuous in their nature and for elimination of which one-time imposed fines cannot be sufficient. For example, such are violations envisaged by RA legislation, like failure to submit on time documents and other information envisaged by legislation or submission of unreliable or incomplete data, interfering with the rights or duties of the Commission, failure to correct violations within the prescribed period, failure to fulfill the obligations or instructions and conditions envisaged by the Commission's decision, etc. It would be more effective to establish for these violations periodic penalties up to the moment of elimination of the respective offence, which would make the economic entities to eliminate the violations quicker.

RA competition law does not stipulate any type of sanction against the natural persons (except for the cases, when the natural person is an economic entity), so it does not punish the individuals. The consequence of the behavior violating the competition right of the economic enti-

ties' employees, directors and officials is the imposition of the fine on the economic entity and not the individuals. Some legislation envisages criminal responsibility for individuals<sup>10</sup>. The most famous of them is USA, where the Sherman Act can be enforced both in criminal and civil procedures. The main argument in favor of criminalizing the competition right violations is that it has more effective preventive consequence, than sanctions enforced against the economic entities.

In UK there are still sanctions against the individuals, who are involved in violation of rules of competition right. Enterprise Act<sup>11</sup>, like also Competition act<sup>12</sup> stipulate provisions, which envisage criminal responsibility for individuals, as well as the deprivation of the right to occupy certain positions. Ireland and the Netherlands are also heading for expansion of competition legislation criminalization.

Nevertheless, one should mention that in regard of the natural persons that violated competition legislation, who are employees or officials of the economic entity, enforcement of the administrative responsibility will introduce sufficient alertness. Some offences are by and large connected with the behavior of such employees or officials and their responsibility will play serious preventive role.

### III. Conclusion

Thus, in fight against the offences committed during the declaration of concentrations and activities and to have a more competitive market one can come to the following conclusions:

- One needs to establish clear mechanisms, which will regulate with much detail any anti-competitive action, as well as the process to restore the competition undermined as a result of putting into operation the prohibited concentration;
- Responsibility interim measures should be established, which will be applied before the final decision making by the Commission;
- An application guideline for the circumstances influencing the size of the responsibility needs to be established and the list of those circumstances shall include the cooperation with the Commission, which will make effective the fight against the offences in the current area of economic competition and
- Stipulation of periodic penalties, in addition to fines, will be a more effective means of fight against certain offences in the economic competition area.

<sup>9</sup> Case *Cooperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities*. Judgment of the Court of 16 December 1975.

<sup>10</sup> Katalin J. Cseres, Maarten Pieter Schnikel and Floris O. W. Vogelhaar, *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, 2006.

<sup>11</sup> Enterprise Act 2002

<sup>12</sup> Competition Act 1998

Vakhtang Giorgadze<sup>1</sup>

## Formation of Stable Government on the Model of Semi-presidential System

### I. Introduction

*Legislation is a necessary element of a democratic state, which shall be saturated with the principle of constitutionalism – limitation of the power of the state at the expense of increasing freedom of an individual. However, the purpose of constitutionalism and democratic legislation is not only limitation of the power of the state, but also creation of a state structure that shall be able to function effectively.*

*In 2010, due to the changes made to the Constitution of Georgia, the powers of the President of Georgia were significantly reduced in the executive branch. As a result of the constitutional changes, certain elements of the parliamentary republic were strengthened; we can name the existence of the cabinet of unstable government as the weakness. The goal of my essay is to show how much the formation of a stable government under the wording of 2010 of the Constitution of Georgia is possible, which shall be able to function and carry out intended plans. To achieve this goal, the present essay shall deal with how the executive authorities are formed, the mechanism for declaration of vote of no confidence to the government shall be explained, the cases when the powers of President and Prime Minister overlap shall be also discussed, and at the end I shall survey the election system applicable in Georgia to demonstrate to what extent the formation of the majority at the Parliament is possible, which will nominate a candidate for Prime Minister.*

*In general, topicality of this theme in today's reality is to be emphasized, because it has been several months since the constitutional changes carried out in 2010 took effect and it is yet hard to say whether the given model will work in practice or not. One of the goals of the present essay is precisely to explain to the interested readers if the constitutional changes of 2010 are compatible with the legislation typical to a democratic state and help them to have an insight about the advantages and weaknesses of the semi-presidential system.*

### II. Formation of the Government

In the first place, I will briefly explain what the semi-presidential system implies. This concept was first in-

troduced by the French political scientist Maurice Duverger in 1970<sup>2</sup>. According to his interpretation, the semi-presidential system includes three elements: a) president of the republic, who is elected by popular vote; b) he/she wields considerable authority; c) he/she shares the authority with a prime minister, who wields the executive branch and is accountable before the parliament. Despite the ambiguity of the definition, many states have still opted for the semi-presidential system as a constitutional model of their countries<sup>3</sup>. The ambiguity of the definition is conditioned by the fact that distribution of power between the president and the prime minister varies in all the states with semi-presidential systems.

Pursuant to the Constitution of Georgia, the President is the head of the state, who shall be elected for a term of 5 years on the basis of direct election. The President shall have the authority conferred upon him/her by the Constitution. Together with the President, the Prime Minister shall have the executive branch and shall be accountable before the Parliament of Georgia. It should be noted that the semi-presidential system is characterized by the presence of more or less powerful president, who shares his/her authority with the prime minister. However, under the wording of the Constitution in force today, the role of the President in the executive branch is significantly reduced and in fact depends upon the Prime Minister.

According to the 2010 wording of the Constitution of Georgia, after the parliamentary elections, the authority of the previous government is withdrawn and a vote of confidence is declared to a new cabinet. The government shall be responsible only before the Parliament. The President's role in nominating a candidate for Prime Minister is formal and may not have any significant influence upon the Parliament, provided that the majority was formed as a result of the elections. Under Article 80 of the Constitution, a political party with best result in the parliamentary elections shall choose a prime ministerial candidate, whose name will be submitted by the President to the Parliament for a vote of confidence. If the Parliament declares the confidence of its majority to the composition of the government, then irrespective of the President's legal approval of the appointment, the Prime Minister shall be deemed as appointed.

If the composition of the government fails to gain the confidence, the same or a renewed composition shall be voted within a term of 30 days from its submission to the Parliament. If in this case the Parliament fails to choose a prime ministerial candidate then the President shall nom-

<sup>2</sup> Elgie, R. (1998) *Comparative European Politics: Semi-Presidentialism in Europe*, UK: Oxford University Press.

<sup>3</sup> Shugart, M.S. (2005) 'Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns' *French Politics*, 3 : 323.

<sup>1</sup> A fourth year student at the School of Law, Free University;

inate a candidate supported by not less than two-fifths of the total number of the members of the Parliament on the current nominal list. There is the possibility that the President shall have certain influence at this time upon submission of the prime ministerial candidate, when the Parliament fails to reach an agreement. However, the President even if he/she manages to submit a candidate nominated by him/her, it is difficult to say whether the President shall have the support in the executive branch in the form of the Prime Minister, because the Prime Minister has sufficient authority and guarantees by which the government may keep functioning without the President. Such an incident occurred in Slovenia in 1996 after the parliamentary elections<sup>4</sup>. Although the Democratic Party managed to form the majority in the Parliament, an opposing party managed to gain up to 90 parliamentary seats, as a result of which, in the end, the Parliament failed to agree about whom to appoint as the prime Minister. Against the background of this crisis, the then President Kucan nominated his candidate and succeeded in making the Parliament acknowledge the candidate put forward by him. Consequently, the President won the significant support in the executive branch. Such maneuver of the president would have sense, when the president and the prime minister alike wield significant power and both are, in a certain way, interdependent. However, in the situation of Georgia, when the President, who as compared to the Prime Minister, has considerably little power, eventually shall not exert influence upon the Prime Minister.

In the end, if the Parliament fails to choose a government, then the President under Article 79 of the Constitution shall dissolve the legislative body within a term of 3 days and schedule new extraordinary parliamentary elections.

As opposed to Georgia, in the semi-presidential system of Austria, the President is authorized to appoint the executive government. He/she is also authorized to appoint the Prime Minister and other members of the cabinet upon the submission of the Prime Minister<sup>5</sup>. Also in France, where the Prime Minister and the President enjoy significant powers, under the constitution, it is precisely the President, who is entitled to appoint the Prime Minister and he/she also enjoys the right to dissolve the Parliament after consulting the Prime Minister.

Pursuant to Article 79 of the Constitution of Georgia, the Prime Minister himself shall form the composition of the government. He/she does not need countersigning of

the President, and does not need to consult him about the formation of the cabinet. It is the Prime Minister who is regarded as the head of the government under the Constitution. The government can make legislative initiative to the Parliament. Also, the government shall be entirely responsible for submitting a draft budget to the Parliament. The Prime Minister shall have complete administrative authority. In fact, in times of peace, when there is no state of emergency, the government does not need the President in the exercise of policy. However, the President retains the authority, during a state of emergency, to issue decrees having the force of law, which shall not need the countersignature of the Prime Minister. He/she also has the right to declare a martial law.

If we compare the power of the Prime Minister with that of the President, we shall see that the President depends upon the Prime Minister in pursuing governmental plans, which is expressed by the fact that he/she needs the countersignature of the Prime Minister. As for the cabinet of the government, it enjoys considerably great power conferred upon it by the Constitution and it is entitled to independently pursue the policy, regardless of whether the President is from an opposing camp or not.

How can we evaluate the role of the President in the executive government? It may be said that the President still remains "as a crisis manager" of the country, who can at the time of war or other situation, when the state lacks the normal exercise of constitutional authority, issue decrees having the force of law. In order to avoid the possibility of the President strengthening his/her power and in order not to result in the constitutional dictatorship<sup>6</sup>, when a single person governs a country by issuing decrees, respective mechanisms are enshrined in the Constitution. In particular, if the President decides to declare a war or makes truce, he/she should submit this decision to the Parliament no later than 48 hours for its approval. Also, the decrees issued by the President should be submitted to the Parliament. In France, the court acts as a counterweight to the power of the President, when the President governs the country by decrees. The court at such time is entitled to declare legal acts of the head of the county as having no legal force, if they contradict the Constitution.<sup>7</sup>

### III. Resignation of the Government and Constructive Vote of No-Confidence

Under the first part of Article 78 of the Constitution, the executive government is accountable only before the

<sup>4</sup> Protsyk, O. (2005) 'Prime Ministers' Identity in Semi-Presidential Regimes: Constitutional Norms and Cabinet Formation Outcomes' *European Journal of Political research*, 44 (5): 737.

<sup>5</sup> Elgie, R. (1998) *Comparative European Politics: Semi-Presidentialism in Europe*, UK: Oxford University Press.

<sup>6</sup> Skach, C. (2007) 'The "Newest" Separation of Powers: Semipresidentialism' *International Journal of Constitutional Law*, 5 (1): 93-121.

<sup>7</sup> *Ibid.*

Parliament. The government's functioning depends precisely on the Parliament's declaration of confidence. The mechanism for the vote of no-confidence constitutes one of the types of political responsibility of the government, in case of exercise of which, the government is automatically declared as dissolved<sup>8</sup>.

The current Constitution of Germany established the constructive vote of no-confidence, the aim of which is to prevent abuse of this mechanism and to provide stable government<sup>9</sup>. Constructive vote of no-confidence means that, in the case of declaring no-confidence in a government, it is necessary for the legislative body to choose a substitute. Otherwise, declaration of no-confidence cannot take place. The mechanism for the vote of no-confidence is divided into three governmental branches – federal Chancellor, federal President and the Bundestag (lower house of the legislative body of Germany). Also, the Constitutional Court represents a guarantee for defense, which has the authority to deliberate the legality of the application of this power.<sup>10</sup>

It is interesting to see the decision of the Constitutional Court of Germany in one of the cases, under which, the Court should have considered the constitutionality of the dissolution of the legislative body. Pursuant to the factual circumstances, when in 2004 the then federal Chancellor Gerhard Schroder submitted a plan of the government, the Bundestag did not declare its support to it, which was caused by no-confidence not only among other political parties, but also there was discord in the Schroder's faction. The Chancellor, due to absence of support, referred to the federal President to dissolve the Bundestag. The President indeed took into account the Chancellor's proposal.

The Constitutional Court discussed how properly the dissolution of the Bundestag by the President took place. The Court indicated that the President can dissolve the legislative body upon the suggestion of the Chancellor, if the declaration of the confidence initiated by the Chancellor is not supported by the majority of the Bundestag. However, the President has the right to take a decision on his/her own. Furthermore, the Court pointed out that dissolution of the Bundestag shall be constitutional only in the case if it complies not only with formal requirements, but also with the constitutional goals. The constitutional goal is to provide a viable government. And for the existence of a viable government, it is necessary to always have the majority in the Bundestag, which will declare its support to the governmental programs. In such situation,

when the Chancellor loses his/her supportive majority in the parliament, he/she can propose to the federal President to dissolve the legislative body. At this time, everything depends on how the President will evaluate the political situation, according to which, the President should take a decision. The political situation, as the Court indicated, justified the dissolution of the Bundestag. Accordingly, the Court recognized the decision of the federal President as constitutional.<sup>11</sup>

Pursuant to Article 67 of the Basic law of Germany, the Bundestag is authorized to declare no-confidence to the federal Chancellor, who will be deemed as automatically resigned if majority of the members of the Bundestag manages to elect a candidate as the new Chancellor. At this time, the federal President is obliged to obey the legislative body and appoint a new Chancellor.

Under Article 68, the issue of confidence in the government can also be brought up by the federal Chancellor. If he/she fails to gain the confidence of a majority of the Bundestag, then he/she can address the President with a proposal for the dissolution of the Bundestag. However, the President enjoys the discretionary authority – he/she can give due regard to the proposal of the Chancellor or not take into account his/her address and refuse to dissolve the Bundestag.

In Germany, since 1949 onwards the constructive vote of no-confidence has been applied twice. It was first applied in 1972 against Chancellor Willy Brandt, which ended up without any results; and for the second time, it was applied in 1982 against Helmut Schmidt, who was dismissed and Helmut Kohl was appointed as the new Chancellor.<sup>12</sup>

New wording of the Constitution of Georgia also established constructive vote of no-confidence, which is almost analogous to that applicable in Germany. However, as opposed to the Basic Law of Germany, the new wording of the Constitution contains a complicated mechanism for the declaration of no-confidence in the government.

Pursuant to Article 81 of the Constitution, the issue of no-confidence in the government may be initiated by two-fifths of the total number of the members of the Parliament. Voting to raise a question shall be held not earlier than 20 days and not later than 25 days. In order to start the process of no-confidence, it is necessary to have the support of the majority of the total number of the members of the Parliament. Afterwards, the Parliament shall vote the submission of a new prime ministerial candidate before the President. If the Parliament fails to agree on a new candidate, the process of no-confidence shall be automatically deemed as terminated. The President retains certain

<sup>8</sup> Demetrashvili, A. and Kobakhidze, I. (2010) Constitutional Law, Tbilisi.

<sup>9</sup> Sajo, A. (1999) Limiting Government: An Introduction to constitutionalism, Tbilisi: Central European University Press.

<sup>10</sup> *Ibid*

<sup>11</sup> Bundesverfassungsgericht, 2BvE 4, 7/05, 25 August 2005.

<sup>12</sup> Dylong, H. and Isenonn, I., A History of Germany's Postwar Elections.

discretionary authority; in particular, he/she is entitled to refuse his/her consent to the prime ministerial candidate nominated by the Parliament. Afterwards, the Parliament shall vote on the same person. The support of three-fifths of the total number of the members of the Parliament is required to override the refusal of the President. Then the President shall be obliged to nominate a new prime ministerial candidate to the Parliament for declaration of confidence. The declaration of confidence in a new composition of the government shall be held by the support of the majority of the total number of the members of the Parliament. Under Article 81, the President shall be authorized to dissolve the Parliament, if the Parliament fails to declare the confidence in a new composition of the government.

The executive branch also has the right to start a vote of no-confidence. Pursuant to Article 81<sup>1</sup> of the Constitution, the government may link the issue of no-confidence with a draft law initiated by it. The mentioned method is well practiced in the Constitution of France. It should be said that this mechanism constitutes increase of the government power rather than that of the Parliament, because if the Parliament decides not to support a draft law and respectively, raise the process of no-confidence, which, as it was indicated above, is quite a complicated process, and there is significantly little chance to successfully finalize the process of changing the government. Whereas, if the Parliament fails to declare no-confidence in the government, the draft law shall be deemed as adopted in compliance with paragraph 4 of Article 81<sup>1</sup> of the Constitution. Similar regulation is met in the Constitution of the Fifth Republic of France, under which, the government may link controversial draft laws with the issue of no-confidence. If at least 10% of the total number of the Parliament fails to declare no-confidence, then a draft law shall be deemed as adopted.<sup>13</sup> It should be noted that introduction of this principle in the Constitution of Georgia contradicts the principles of a democratic country. By this amendment, the government has misappropriated the legislative power, which is not justified, as in a democratic state it is the popularly elected legislative body that enjoys the legislative authority.

Article 81 of the Constitution prohibits those members of the Parliament who initiate a no-confidence motion against the government from initiating another no-confidence motion within the next 6 months, which prevents the possibility to abuse the constructive vote of no-confidence. In Hungary, one and the same members of the Parliament may continuously apply this mechanism.<sup>14</sup>

As we observe, pursuant to a new wording of the new

<sup>13</sup> Sajo, A. (1999) *Limiting Government: An Introduction to constitutionalism*, Tbilisi: Central European University Press.

<sup>14</sup> *Ibid.*

Constitution, the procedure for declaring no-confidence in the government is considerably complicated. The positive side of this may be the fact that the government will become stable and shall be able to carry out its set plans. However, constitutionalism demands that the government's power shall not be unlimited and shall be balanced by the legislative body. As the Constitutional Court of Germany indicated<sup>15</sup>, opposition parties represented in the Parliament can be considered as one of the factors balancing the activities of the government, which can exert certain kind of influence upon the government. For example, as it is known, a majority is required in order to adopt a draft law. If an opposition party holds, between two-fifths and three-fifths of the mandate, say 80 seats, then although it is not enough to declare no-confidence, if the President is against the dissolution of the government (as the consent of three-fifths of the total number of the members of the Parliament is necessary to override the refusal of the President), but it is completely enough to reject any draft law initiated by the government, because 80 seats at the Parliament of Georgia constitute the majority. Besides, one of the means to balance the power is that three actors participate in the process of the vote of no-confidence, viz., the President, the Prime Minister and the Parliament. Also, despite the fact that so far there is no precedent of this, the Constitutional Court may be deemed as a guarantor for the defense. It exercises the authority conferred upon it by the Constitution to consider the disputes related to the competence between the state bodies. However, in my opinion, the main negative that the constructive vote of no-confidence may have is that it is possible that the majority in the Parliament may not have the confidence in the government, but the government still can exist without them. Particularly, let's again consider the case when more than two-fifths of the members of the Parliament initiate the procedure of no-confidence. But the President is against nominating a new prime ministerial candidate, and 80 members in the Parliament (which in fact represents the majority) cannot gather enough number of votes, which will make it possible to override the refusal of the President.

To sum-up, we can say that the executive branch, after the introduction of the constructive vote, will become more stable and powerful and will be able to pursue its intended policies. However, as I indicated above, there are levers that balance the power of the government.

#### IV. Overlap of the Power

In the semi-presidential regime, the supportive majority in the parliament is necessary in order to exercise

<sup>15</sup> Bundesverfassungsgericht, 2 be 4, 7/05, 25 August 2005.

presidential powers. If the president does not have the majority in the parliament, then there is the situation where the prime minister and the president are compelled to exist together. Such a case is called cohabitation<sup>16</sup>. The advantage of cohabitation is that two executives balance each other, and one without the other cannot exercise the power, which needs countersigning. But if, under the constitution, the power is not well separated between the president and the prime minister, then there is a risk of having a governmental crisis, when the two executive branches fail to divide the power between each other.

Under Article 69.3 of the new wording of the Constitution, the President of Georgia shall represent Georgia in foreign relations. Besides, the first paragraph of Article 73 significantly limits the authority of the President, which establishes that the President shall hold negotiations, solely with the consent of the government, with states and international organizations. It is a fact that the President cannot independently carry out foreign policy, conclude agreements, etc. It requires the declaration of confidence of the government in this matter. Against this background, the rights of the government are significantly increased. According to the Constitution, the government shall be entitled to carry out foreign relations, which is facilitated by the right of the Prime Minister to form the cabinet of the government. At the time of granting such authority, the problem may arise, in particular, about who will have the authority to represent the country at certain official meetings. This is proved by the examples of Austria and Poland.

Under Article 65 of the Constitution of Austria, the federal President of Austria does not represent the country in international relations. When Austria became a member of the European Union in 1995, the then President Klastil said that he could represent Austria as an official representative, however, the Prime Minister did not agree and somehow the President yielded to his will. The possible explanation of this is that the President cannot determine foreign policy at his/her own initiative. He/she requires the support of the government in foreign relations.<sup>17</sup>

The Constitutional Tribunal of Poland faced a similar problem in 2008 in the case<sup>18</sup> where the President and the Prime Minister of Poland failed to decide as to who should represent the country before the European Union. The Council in its argumentation indicated that the dispute over the competences was comprised of two aspects: 1. to determine the authorized body that should represent

the country at the European Council; and 2. to nominate a representative of Poland, who shall act on behalf of the country at the European Council. The Council indicated that despite repeated attempts, there was a failure to draw the limits between the power of the President and that of the Prime Minister. The Council held that pursuant to the Constitution, the cabinet of the government had the authority and control over foreign relations. However, in its argumentation, the Constitutional Council of Poland noted that the authority to carry out foreign policy was not only the prerogative of the cabinet of the government. The Constitution provided that the President of Poland also had such authority. The government exercises its power in the foreign domain in compliance with the principles laid down in the Constitution. Consequently, the executive branch is not constrained by the power of the President, who is also considered as a representative of the country in foreign relations. The Council also indicated that under the Constitution there is a dualism between the President and the Prime Minister in the executive branch. The President acts within the scope of his/her competences. He/she has the authority to act with the status of the representative of the country. However, he/she may not define foreign policy of the country on his/her own. He/she shall cooperate with the government and shall define foreign policy goals together.

The Constitution of Poland made a distinction in the status of the President; the first as the "highest representative" of the country, and the second as his/her systematic role in foreign relations. Therefore, the role of the President in foreign relations again is retained, however, it is restricted by the provisions of the Constitution, under which he/she is obliged to cooperate with the cabinet of the government. The Council mentioned that the function of obligation to cooperate is that a compromise between relations of the President and the Prime Minister should be reached, which prevents opportunities to take unilateral decisions.

In the end, the Council pointed out that the President, even if he/she did not express the readiness to participate in the meeting of the European Union, he/she was still authorized to make his/her opinions as a representative of the country in foreign relations. Therefore, the Council held that the President had the power guaranteed by the Constitution to participate in the sitting of the European Council together with the Prime Minister.

The important question is who shall be responsible for the defense of the country. If the president and the prime minister belong to one and the same political party, then there should not be any difficulty, but the situation gets complicated when two executive branches are from the opposing camps. This confrontation is especially pressing

<sup>16</sup> Knapp, A. and Wright, V. (2006) *Government and Politics of France* (4th Ed.). UK: Taylor & Francis.

<sup>17</sup> Elgie, R. (1998) *Comparative European Politics: Semi-Presidentialism in Europe*, UK: Oxford University Press.

<sup>18</sup> The Constitutional Tribunal of Poland, Ref. No. Kpt 2/08, 20 May 2009.

in countries with fragile democracies, where military confrontation is not a strange thing. The question arises as to whose orders should the ministers follow? Should it be the prime minister who appoints them or the president who is the supreme commander-in-chief of the country? Or should the ministers themselves should assume the power, in order to establish constitutional order, under the conditions of conflict between the executive branches.

Pursuant to Article 69 of the Constitution of Georgia, the President of Georgia is the Supreme Commander-in-Chief of the armed forces of Georgia. Also, according to the 3<sup>rd</sup> part of Article 73 of the Constitution, the President with the consent of the government appoints and dismisses the Chief of the General Staff of the Armed Forces of Georgia and other commanders. It is clear from this Article that the President shall need the countersignature of the Prime Minister in order to exercise this authority. The Prime Minister, as a result of the constitutional changes, shall be granted the authority to form the government, including the privilege to appoint the minister of defense. Therefore, there is certain threat of conflict between the President and Prime Minister with regard to the security of the country.

The authority over the defense of the country is vaguely formulated in the Constitution of the Fifth republic of France. Pursuant to Article 21 of the Constitution of France, the Prime Minister shall be responsible for the defense of the country; also he/she shall have the power to introduce regulations and appoint military officials. However, simultaneously, Article 15 again reiterates that the President is the Supreme Commander-in-Chief. In the first years of the establishment of the Fifth Republic of France, when De Gaulle virtually personally governed the country, he circumvented the constitutional limits in a sense that he restricted the procedures of legislative deliberations of the Parliament. In such a situation, it is hard to imagine how the Prime Minister could limit the President's power as his government shared the ideas of De Gaulle.<sup>19</sup>

In some European republics, the role of the president in military activity is a pure formality. For example, Austrian Constitution establishes that the President is the Commander-in-Chief, although the minister of defense enjoys the full authority over the armed forces; the function of the President is limited to have a ceremonial meaning.<sup>20</sup>

It is a fact that in the country with such historic experience which entailed always being on the verge of war, and where democratic institutions do not have much historical experience, the disaccord between the President and the

Prime Minister over martial law is possible to occur. However let us suppose the case when the President declares a state of war, but the Prime Minister, in his turn, who has appointed the ministers with military power, issues an order to them not to launch armed hostilities. Absence of the limits of power may give rise to the disruption of the constitutional order and political destabilization.

## V. Party System

In order to enable the parliament to declare confidence in the government, majority is necessary to be formed in the parliament. In the process of forming majority, a huge role is attached to the electoral system of the country such as how the parliament is composed; by the elections held through majoritarian or proportional systems. Majoritarian electoral system ensures a legislative body which shall be represented by two or three electoral parties (Duverger's Law)<sup>21</sup>. As far as proportional electoral system is concerned, it secures a multi-party system, as a seat at the parliament is gained as a result of overcoming the minimal electoral threshold<sup>22</sup>. The weakness of the proportional electoral system is that it results in polarization of the parliament and the multi-party system. Therefore, there is a likelihood that majority may not be formed at the parliament. In 1994, in Moldova, changes were added to the electoral system, which included the inclusion of members elected by the proportional system in the representative body. Despite the fact that this change made political parties more powerful and allowed them to gain seats at the legislative body, it led to instability in the Parliament. For instance, the Agrarian Party of Moldova, which held an absolute majority during 1994-1998 at the legislative body, lost its seats in the new elections. The disintegration was precisely caused with the introduction of the proportional system in the country, which led to the emergence of individual actors in the electoral field alongside political parties, and gain seats, with each seat signifying one vote at the legislative body.<sup>23</sup>

Polarization and crisis of parties at the parliament may lead to similar situations that took place in the Weimar Republic in 1919. The Parliament of the Weimar Republic was composed of persons with different political thoughts, which was caused by the proportional electoral system. It was followed by fragmentation and legislative dysfunction of the Parliament of Germany. At such times, the president

<sup>19</sup> Skach, C. (2007) 'The "Newest" Separation of Powers: Semipresidentialism' *International Journal of Constitutional Law*, 5 (1): 93-121.

<sup>20</sup> Elgie, R. (1998) *Comparative European Politics: Semi-Presidentialism in Europe*, UK: Oxford University Press.

<sup>21</sup> Kim, J.O. and Ohn, M.G. (1992) 'A Theory of Minor-Party Persistence: Election Rules, Social Cleavage, and the Number of Political Parties' *Social Forces*, 70(3): 575-599.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Protsyk, O. (2005) 'Prime Ministers' Identity in Semi-Presidential Regimes: Constitutional Norms and Cabinet Formation Outcomes' *European Journal of Political research*, 44 (5): 737.

governed the country by decrees. In terms of constitutionalism, the given case creates a huge risk, because what should occur as an exception or as a last resort, in fact, becomes the basic rule of the country.<sup>24</sup>

The electoral system of Georgia is represented by the mixed system. The Parliament is composed of the members elected by both majoritarian and proportional systems. Together with the changes to the constitution, changes were made to the electoral system as well. Since 2013, the rule to gain seats at the Parliament by the proportional system has been changed. The minimal threshold of the electoral system was set to 5%. If any party overcomes the minimum barrier, it will automatically have 6 seats at the Parliament. Relatively weak parties are given the opportunity to have their own representatives at the legislative body. Together with this, individual actors in the proportional electoral system, who do not represent any political parties, are given the chance to gain parliamentary seats in the representative body, which in its way creates a threat to the process of forming the majority.

The parliamentary crisis and frequent dissolution of the parliament is not good in terms of constitutionalism, as in such situations the path opens up for radical political groups. This situation is proved by historical experience. By frequent dissolution of the Parliament of the Weimar Republic, the radical Socialist-Nationalist Party presided by Adolf Hitler gained seats at the Parliament, who later established a dictatorship in Germany<sup>25</sup>.

## VI. Conclusion

On the basis of the discussions provided above, we can conclude that the constitutional changes carried out in 2010 have both positive and negative sides. Introduction of the constructive vote of no-confidence in the Constitution of Georgia may be deemed as its positive side, which is in fact a guarantee that the state shall not remain without the head of the government. However, the terms for the declaration of no-confidence needs to be changed, which, under the wording of the Constitution in force today, is considerably extended in time, which complicates the declaration of no-confidence in the government.

Strengthening the elements of the parliamentary republic and reduction of the authority of the President, which virtually was unrestricted according to the old wording of the Constitution of Georgia, may also be deemed as the positive side. Linkage of the legislative initiative with the vote of no-confidence, which contradicts the principles of

a democratic state, as the government usurps the law-making authority through the use of this mechanism, should be assessed as the negative side. Moreover, absence of precise limits of the power between the President and the Prime Minister creates a certain threat, which can lead to a crisis of government.

<sup>24</sup> Skach, C. (2007) 'The "Newest" Separation of Powers: Semi-Presidentialism' *International Journal of Constitutional Law*, 5 (1): 93-121.

<sup>25</sup> *Bundesverfassungsgericht*, 2 be 4, 7/05, 25 August 2005.

Aghavni Hakobyan<sup>1</sup>

## On Some Issues of Antitrust Regulation in the Republic of Armenia

### I. Introduction

*Competition is one of the most important incentives for increasing the efficiency of enterprises in countries with developed market economies, the development of which contributes to the public welfare. Experience in many countries shows that in modern conditions the stable development of the economy is impossible without the development of competition and fair competitive environment. The economic nature of competition is connected with the splitting of economic power, while the presence of competition, on the one hand, indicates the possibility for certain economic entities to enjoy economic freedom, and on the other, which is especially important, for the dispersal of economic power among market agents. Therefore, the role of competition is not confined to only the restrictive effects, but serves as a breeding ground for entrepreneurship. Conducting an effective antitrust policy is important for the democratization of the economy, creation of equal conditions for the functioning of all businesses, avoiding centralization and concentration of market power in the hands of individual entrepreneurs, development of small and medium enterprises. Effectiveness of antitrust policy stipulates the possibility of national economy's development and sustainable economic growth. Antitrust policy is directly linked to the creation of fair competitive environment that is essential for the development of entrepreneurship, efforts to attract foreign investment and the development of market conditions – predetermining the relevance of studies on various aspects of improving the antimonopoly legislation and regulation of competitive relations.*

### II. Theoretical Aspects of Antitrust Regulation: Pros and Cons

The development of competition requires a number of prerequisites: economic, legal, technological, social, etc. Among the economic prerequisites one should identify the deconcentration of market power, the multiplicity of business structures and state support of entrepreneurship. Concerning the legal prerequisites, then for the sake of achieving socially significant results the state creates and uses a special system of rules and efforts guaranteeing protection of the

very existence and protection of competition. This kind of activity is a key element of state regulation of market relations and requires fundamental legal registration. Thus, according to Friedrich von Hayek, “the action of competition requires not only the proper organization of institutions such as money, market and channels, but above all the relevant legal system. Legislation should be specifically designed for the protection and development of competition”<sup>2</sup>. No less important role is played by technological preconditions. Access to technology and information provision enable only creation of parallel production and open new market niches, but also contribute to strengthening the competitiveness of emerging business structures. Social prerequisites of competition are associated with the emergence of a new system of motivation and overcoming of the managerial psychology of administrative-command system - mercenary interests, dominance of the current priorities over the long-term ones and aspiration for monopoly.

The term “competition” (competition, concurrence, Konkurrenz) comes from the Late Latin word “concurrentia” (from concurrere) – to collide<sup>3</sup>. In contemporary science and practice they have developed a multidimensional view of competition, which resulted in different definitions of the term. Thus, it is called the main mechanism of the relationship between producers, property, feature, attribute of the market, element of the economic mechanism, and the main engine of social progress<sup>4</sup>.

However, not only the role of competition remains a controversial issue, but also the appropriateness of state intervention in the regulation of competition and competitive relations poses quite serious objections, both theoretical and practical. In economic science and practice there are different positions on the advisability of regulating these relations. Thus, Alfred Marshall believed that “the regulation of competition” is a misleading term that conceals the possibility of a privileged class of producers, often using their collective power, to hinder attempts of a capable man to rise above the social ladder and catch up with them<sup>5</sup>. Proponents of this view believe that an economy based on competition is capable of self-regulation and have a negative attitude towards state intervention in the relationship of competition - believing that this is the main cause of monopolization. This position is based on the positive properties of absolutism and was consistent with

<sup>1</sup> PhD in Economics; Associate Professor; Chief Specialist of the Department of External Relations (Foreign Relations Division) of the Armenian State University of Economics

<sup>2</sup> F. Hayek, *The Road to Serfdom: Per. With Engl. / Pre. N.Ya. Petrakova.* - Moscow: Economics, 1992, p.35

<sup>3</sup> Totyev K. *Competition Law (the legal regulation of activity of subjects of competition and monopolies): Textbook for universities.* 2nd ed., Rev. and add. - M.: Publishing RDL, 2003, p.16

<sup>4</sup> Zhilinski C. *Legal framework of business activity (business law).* M.NORMA-INFRA-M, 1998, p.330

<sup>5</sup> Marshall A. *Principles of Economics.* Moscow: Progress Publishers, 1983, p.63

the conditions of industrial capitalism in Western Europe and the U.S. in 19<sup>th</sup> century<sup>6</sup>. Prevailed in the 19<sup>th</sup> century, the ideas of economic liberalism (*laissez faire, laissez passer*) assigned to the state the role of a “night watchman” that would stipulate a general framework for economic order, in which each individual is assigned a large economic independence. State intervention in economic life, in principle, was deemed undesirable, since it inevitably entailed the invasion into the freedom of the individual and into the private interests of the proprietor. Such state regulation of the business environment, in particular the establishment of the boundaries of monopolistic practices in trade, was considered contrary to “natural law”<sup>7</sup>.

Some authors suggest declarativity provisions of antitrust laws. Thus, according to S. Fisher, R. Dornbush and R. Shmalenzi “for more than ten years the U.S. Government’s attitude to the Robinson-Patman Act was in the same way, for example, towards the existing in many major U.S. cities laws prohibiting spitting on sidewalks, i.e. laws that are rarely enforced in practice”<sup>8</sup>. In connection with this the critics of antitrust laws refer to the poor effectiveness of the latter, believing that they cannot directly prevent backstage collusion in industries with a high level of concentration.

According to R. Krendall and K. Winston, there are some problems, causing inefficiency of antitrust policy, regardless of the specifics of the national legislation, as well as mechanisms to ensure its compliance, in particular:

- too long duration of trials in antitrust cases;
- serious difficulties in identifying measures that would prevent the negative effects of monopolization, partly due to the problematic identification of the relevant steps of this of that case;
- significant costs of distinction of mergers (economic concentration transactions), improving the efficiency of resource use and mergers, restricting competition, leading to reduction in consumer welfare;
- difficulties associated with the formation and implementation of measures of antitrust regulation under conditions of the “new economy”, which is characterized by dynamic competition, rapid technological change and the high value of intellectual property;
- significant impact of the political dimension on the cases related to violation of antitrust laws<sup>9</sup>.

It is also fairly common point of view that the antitrust rules are aimed at protecting the interests of the monopolies? Thus, according to Paul Heyne, the competition is usually protected by the laws prohibiting competition, which in many cases benefit the privileged producers, limiting consumers and disadvantaged producers<sup>10</sup>. P. Heyne, in particular, notes that laws are rarely maintaining competition, but are much more likely to support the interests of defenders of competitors, than defenders of competition. According to him, it is strange, but not surprising that people often equate protection of competitors maintaining competition, in fact, it is rather the opposite. To confirm the above arguments, Paul Heine brings the famous expression of economist George Stigler: “the ghost of Senator Sherman is an unofficial member of the board of directors of any large company.” The opposite view is supported by P. Samuelson, W. Eucken, G. Gelbrayt, justifying the need for state regulation of competitive relations that in the period of scientific and technological progress the market economy is unable to self-regulation, increasing economic dominance of monopolies leads to violation of the rights of entrepreneurs, consumers and destabilization of the economy as a whole. In this connection it is necessary to define the scope of state intervention in regard of competition<sup>11</sup>. In the words of Paul Samuelson, the government should strictly regulate certain extent of competitive relationship and create the conditions necessary for their maintenance, development and improvement; taking on “function, which is competition mechanism, copes poorly”<sup>12</sup>. According to G. Gelbrayt the function of the state is to play an intermediary role to restrain those, who are strong and encourage those who are weak<sup>13</sup>. Thus, the ordoliberalists believed that the purpose of the legislation on monopolies and control over the activities of monopolies should be the motivation of bearer of economic power to support that kind of activity, as if there were a full competition. According to them a non-restrictive policy is the most important tool to maintain competition and fostering competition in the integrated state policy of competitive order is a powerful incentive, not allowing individual businesses to establish strong positions in the markets. According to Walter Eucken, one of the leaders of the Freiburg School, a major center of neo-liberalism in Germany; control over the activities monopolies in competitive conditions should be so determined, as to have a strong deterrent effect. W. Oi-

<sup>6</sup> Parashchuk C. Competition Law (Legal regulation of competition and monopoly). M. Gorodets Publishing House, 2002, p.27

<sup>7</sup> Jidkov O. Legislation on Capitalist Monopolies. M.: “Legal Literature,” 1968. p.15

<sup>8</sup> Fischer, S., R. Dornbusch, R. Schmalensee Economics. Moscow: Delo, 2001, s.258-259

<sup>9</sup> Crandall R., Winston C. Does antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence. – Journal of Economic Perspectives, 2003, vol.17, No 4, p.13

<sup>10</sup> Heine P. Economic way of thinking. - Per. With Engl. - Moscow: Publishing House “News” with the participation of the publishing house “Cataplexy”, 1991, p.292

<sup>11</sup> Contest and competition: a critique of anti-Marxist views. / Ed. I.Changli, S. Smol’kovo and others, M. Politizdat, 1983, p.182

<sup>12</sup> Samuelson P. Economics. Introductory course. M.: “Progress”, 1964, p.670

<sup>13</sup> J. Galbraith Economic theories and goals of society. M.: “Progress”, 1976, p.67

ken emphasizes that “the political and economic activities of the state should be focused on the creation of forms of economic order, but not regulate the economic process”<sup>14</sup>. Representatives of neo-liberal concept of state regulation of the economy, bearing in mind the wishes of Ludwig Erhard: “competition where possible, regulation - where necessary,” proved the legitimacy of the limited participation of the state in economic processes and more contribution to promote the free and stable functioning of the business as a condition to eliminate the disequilibrium in the economy.

From our perspective, the state, providing with the necessary regulation of “rules of the game” in the market, should, through suppression of economic activity aimed at monopolization and abuse of market power, provide support for competition. In particular, in order to maintain the conditions of existence of the free market economy, the state should enforce the “rules” of fair competition, control the pricing conditions of the production of natural monopolies, prevent attempts to discriminatory pricing, as well as protecting the rights of consumers. The need for regulation of competitive relations is conditioned by the fact that the functioning of the market system contains natural regulation that needs to be corrected and supplemented by purposeful influence on the economic system in order to reduce the negative manifestations of market forces. Moreover, the regulatory function of the state is of particular importance in the economies in transition in connection with the tasks of forming an effective competitive environment, creating the conditions for economic growth and competitiveness of the national economy. The concept that the less is government intervention in the economy, the more opportunities are there for liberalization and restore market equilibrium can lead to even more unmanageable and curtailment of national production. The transition to a market economy requires from the state to a more mature approach to the use of different methods of economic policy, helps to smooth the negative effects of the market mechanism and maintains macroeconomic equilibrium of the whole system. Moreover, during the competition policy it is important to prevent the use of competition regulation by certain economic groups to protect their monopoly positions. The danger lies in the implementation of policies that create benefits of individual economic entities at the expense and possibly to the detriment of others, which may lead to the transformation of antitrust policy into pro-monopolistic policy.

At the same time, despite the fact that it seems an indisputable thesis that especially during the transition period the regulation of competitive relations and control over

compliance with the rules of competition law are prerequisites for the development of an effective competitive environment, one should not allow the displacement of competition policy from the development of competition in its regulation. Also, keep in mind that in a market economy, towards which the states in transition are prone to, the role of the competition authority is seen as an institution that promotes the formation of an effective competitive environment and methods of state regulation inherent in the administrative-command economy, are simply unacceptable because they distort the state regulation in a market economy. Competition policy should in no way undermine the foundations of a competitive market-management mechanism, as in this case, the vector control can turn in the direction opposite to the desired performance parameters.

### III. Legal Basis of Antitrust Regulation in the Republic of Armenia

Liberalization of the economy of the Republic of Armenia, started from the beginning of the 90s, gave impetus to the development of the market environment, the emergence of new market entities, changes in the ratio of competitive and monopolistic structures. Competitive market principles in difficult, contradictory, sometimes in marginal forms asserted themselves as an integral part of economic mechanisms, but the development of the market and the competition does not eliminate the question about what market, competition, at what cost and with what consequences for the efficiency of the economy we want. Features of the model adopted for Armenian reforms and macroeconomic policy led to a completely new real relations, trade, and financial intermediary sectors. Initial conditions and methods of market reforms could not lead to the formation of monopolistic markets and limit competition with all the ensuing consequences. In creating of real competitive market principles privatization of property could play a big role; however, hurry, schematic and unification of the complex issues of redistribution of property is not allowed to carry out privatization as a catalyst of forming full-fledged competitive and productive relationships. We regret to note that during the reform years competition policy issues and regulatory and competitive relations are not among the priorities of economic reforms. It must be noted that the liberalization of the Armenian economy has been undertaken in the absence of an established system of competition regulation and control. In addition, the establishment of a market economy in Armenia faced a monopoly of a special kind, for its rise it owes to a non-market environment and its genesis is fundamentally

<sup>14</sup> Oyken V. Basic principles of economic policy. Moscow: Progress Publishers, 1995, s (p.) 429

different from monopolistic relationship naturally grown out of the concentration and centralization of capital in the process of competition.

Among the prerequisites for the formation of a competitive environment in the domestic product market one can distinguish the adoption of the Law on Protection of Economic Competition on November 6, 2000, which aims to protect and promote economic competition, to promote the development of business and consumer protection in the Republic of Armenia. It is safe to note that the need for the abovementioned law was felt in the early process of transformation and probably it would allow avoiding many adverse events. In fact, the transition to the market in the republic was initially impossible without the development of competition and restriction of monopolistic activity, especially that the emerging market of the Republic of Armenia was characterized by a highly concentrated structure that was associated with both the legacy administrative system as well as the peculiarities of the transformation processes.

Among the legal prerequisites for the formation of a competitive environment in the Republic of Armenia an important role is played by the regulations governing competitive relationship. The legislation on protection of economic competition in the Republic of Armenia, in particular includes the following regulations:

- Constitution of the Republic of Armenia;
- the Partnership and Cooperation Agreement between the Republic of Armenia and the European Communities and their Member States;
- Civil Code of the Republic of Armenia;
- RA Law On Protection of Economic Competition and
- RA Government Decisions and acts of the State Commission for Protection of Economic Competition.

According to Article 43 (1) of the Agreement on Partnership and Cooperation, the current legislation of the RA should be brought into line with EU legislation. The agreement provided for legislative cooperation between the parties to also cover the scope of protection of economic competition. According to Article 8 of the Constitution, the Republic of Armenia guarantees freedom of economic activity and free economic competition. It is obvious that the state must not only proclaim these rights, but also provide for the practical freedom of economic activity; however, it is not enough. Given that this freedom is not absolute, it is necessary to clearly define the scope, limits of its implementation. Legal conditions for their establishment are provided for in the Constitution of Armenia, stemming from the fact that certain actions of economic entities may legitimately be restricted for the purpose of protection of interests of other businesses and society. According to

Article 33.1 of the Constitution of RA, everyone has the right to engage in business activities not prohibited by law, prohibits the abuse of monopoly or dominant position and unfair competition. Law may impose restrictions of competition, possible forms of monopoly and their permitted sizes, if necessary, to protect the public interest. Requiring states to maintain competition is not an end in itself and this obligation should be considered in context with other provisions of the Constitution of the Republic of Armenia. Thus, under Article 4 of the Constitution, an important principle of formation of the constitutional order is the priority of human rights and freedoms. Their protection and compliance shall be the obligation of the state. In the economic sphere such inalienable and directly applicable rights and freedoms are enshrined in the Constitution of the Republic of Armenia; i.e. freedom of economic activity, which being an integrated category includes rights provided for and guaranteed by the relevant legal acts: the right of economic entity to start, maintain and discontinue it in any field not prohibited by law; the right to receive, use and disclose accurate economic information, freedom from forced and legally unjustified activities as part of other business entities, as well as the state and its organs, the right to protect the interests of economic activities to appeal decisions and actions (or inaction) of state authorities (local government) and officials, if such decisions and actions lead to a restriction of this freedom.

Competition relations in the Republic of Armenia are also governed by the Civil Code of the Republic of Armenia. According to Article 12 of the Civil Code of RA it is not allowed to use civil rights to restrict competition and abuse of dominant market position. At the same time the dominant position in the market is not illegal, but it is illegal to abuse the dominant position in the market. On this basis, we can say that the antitrust laws of Armenia are closer to the European model of antitrust regulation, which prohibits not the dominance itself, but its abuse.

In RA special legal act of legislation on protection of economic competition is the RA Law on Protection of Economic Competition dated 06.11.2000. This law provides for the conceptual apparatus of the law on protection of economic competition, the provisions of the State Commission for Protection of Economic Competition, the requirements of state control over economic concentration rules on liability for violation of the legislation on protection of economic competition, etc. It is noteworthy that the adoption of this law was due to not accepting the need of having antimonopoly legislation, legal regulation of competition relations, protection of economic competition in product markets and the Republic of Armenia's membership in the World Trade Organization, since the

relevant law was one of the conditions for membership in the WTO. Meanwhile, in contrast to our republic in other republics of the former USSR and the creation of the relevant competition law establishing appropriate competition authorities had already begun in the early 90s, which certainly suggests that the formation of competition policy in these countries was carried out in line with the institutional changes needed for the transition from a command to a market economy. In particular, in countries such as Russian Federation, Kazakhstan, Latvia, Moldova and Ukraine competitive laws were passed in 1991. In 1992 the relevant laws were adopted in Belarus, Lithuania, Tajikistan and Uzbekistan; in 1993 in Azerbaijan and Estonia; in 1994 in Kyrgyzstan and in 1996 in Georgia. In fact, to the period when, Armenia in 2000 adopted the Law On Protection of Economic Competition, almost all former Soviet republics (except for Turkmenistan) not only formed an antitrust legislation, but also given the realities of economic development and competition policy priorities of their countries managed to improve the legal framework for the protection of economic competition and modifying certain provisions of competition laws.

Of great practical importance is the issue of the effectiveness of the legislation on protection of economic competition. Hardly criteria of such efficiency can be the indicators of growth in the number of cases dealt with and won by the State Commission for the Protection of Economic Competition or the growing number of fines collected. According to the report on the 2012 activities of the State Commission for Protection of Economic Competition, in 2012 the amount of fines imposed on business entities totaled AMD 274 million, of which AMD 130 million for abuse of dominant position, AMD 110 million for the various manifestations of unfair competition, AMD 30 million for anti-competitive agreements and AMD 4,000,000 drams for failure to provide with the Commission the necessary information within the established by law terms. It is noteworthy that, if in 2012 the amount of fines imposed by the Commission amounted to AMD 274 million, then in 2011 it was AMD 350 million, in 2010 AMD 37 million, in 2009 AMD 10 million and in 2008 AMD 9 million<sup>15</sup>. As evidenced by the above statistics for the specified period of time the amount of fines has significantly increased: in 2012 as compared with 2008, the amount of fines increased more than 30 times.

Effectiveness of legal norms is usually characterized by the ratio between the actual result of their actions and those social goals, for the achievement of which these rules were adopted. Thus, the standard of performance evaluation of

legal rules favors the purpose of their use. General and specific objectives of the legislation on economic competition laid down in the Constitution and the Law On Protection of Economic Competition (Article 1) proclaim: to guarantee the free development and equal legal protection of all forms of property, freedom of economic activity, free economic competition and the protection and promotion of economic competition, promotion of entrepreneurship and consumer protection in the Republic of Armenia. It is obviously, that the assessment of efficiency of the Armenian competition policy would be the improvement of the competitive environment of Armenia, deepening of the principles of fair competition, improvement of the position of local producers in local and foreign markets, protection of business entities from unfair competition, prevention of attempts to abuse the proper dominant position by enterprises with relevant situation, etc. Only in case of ensuring these objectives the pursued competition policy could be regarded as an effective and conducive to increasing the competitiveness of the national economy.

#### **IV. Analysis of the Competition Environment of the Republic of Armenia and the Development Priorities of Antitrust Policy**

According to data released by the analytical group of the World Economic Forum, in 2013 Armenia improved its position on Global Competitiveness Index, ranking 79<sup>th</sup> out of 148 countries (Global Competitiveness Index)<sup>16</sup>. However, in the list of countries in Europe and Central Asia, Armenia holds the last place in terms of the effectiveness of antitrust policy and intensity of domestic competition. This low figure reflects the lack of dynamics in the economy of Armenia, which, in turn, is the result of high unemployment and low incomes. The high concentrations in various product markets, significant barriers to entry, monopoly and oligopoly structure of most product markets and the dominance of certain companies in several sectors of the economy come to reflect the low effectiveness of antitrust policy of Armenia.

According to 2013 World Bank Report, monopolies and oligopolies control up to 60 % of the Armenian market, and this figure is higher only in Azerbaijan (70 % or more). It is noteworthy that instead of creating equal conditions for the functioning of all businesses the state actually implements a protectionist policy with respect to specific companies, providing them with unreasonable preferences using the public procurement system - resulting in a highly concentrated structure of the product markets, a significant

<sup>15</sup> [http://www.competition.am/uploads/resources/Report\\_2012\\_vor\\_29\\_04\\_13\\_102\\_arm.pdf](http://www.competition.am/uploads/resources/Report_2012_vor_29_04_13_102_arm.pdf)

<sup>16</sup> [http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2013/10/03/000333037\\_20131003152734/Rendered/PDF](http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2013/10/03/000333037_20131003152734/Rendered/PDF)

reduction in both domestic and foreign investment, capital flight; reducing the level of employment, deterioration of macroeconomic indicators, etc. Throughout the period of economic reforms in the Republic of Armenia the role and priority of competition policy were persistently neglected. Meanwhile; unequivocally, it is that the absence of fair competitive environment is one of the reasons for the low efficiency of the economy.

Growing highly concentrated product markets of the country acquire a stable growth trend, which cannot but raise serious concerns, in addition to this, the most highly concentrated product markets are those, where the essential goods are sold. Analysis of the structure of different product markets leads to the reasonable conclusion that the profitable and sufficiently enticing markets do not attract new companies and moreover, scare already operating in the market companies - making them significantly reduce volume of production or import volumes that from an economic point of view is quite an interesting and sometimes paradoxical phenomenon. It should be noted that the large number of participants in the product markets is not always a guarantee of low market concentration, as in different markets they observed a large number of business entities operating. However; their market share analysis shows that the de facto markets are highly concentrated. It should be borne in mind that from standpoint of a formal increase in the number of business entities is not possible to ensure reduction of economic concentration, because in fact they do not create new competing market participants (asset redistribution occurs within the same group of persons). Business entities may adopt the practice of successive establishment of subsidiaries in order to transfer to them assets and leaving in the principal companies the "bad debts".

In the formation of fair competition environment greater role could be played by the relevant institutions; in particular by the State Commission for Protection of Economic Competition. However; most likely this structure is engaged in imposing penalties, but not revealing the causes and consequences of anti-competitive practices of economic entities. The State Commission for Protection of Economic Competition is often dealing with the statement of facts, declaring high concentration indicators of product markets, not disclosing the reasons of high concentrations, identifying barriers for the economic entities to enter into the product markets, minimizing impediments to the development of competition, identifying the negative effects of individual areas of macroeconomic policy on development of competition. Sometimes the tempting sectors of the economy, which promise big revenues, are under the effective control of individual economic entities, resulting in a limited ability of other participants to do business and develop activities in certain sectors of the

economy of Armenia. The existence of the identified barriers, in particular, are proved by the fact that for several years the actual proportion of positions and share of product sales of the product markets participants generally did not undergo significant changes. Particularly alarming is that one and the same company, operating on a different product markets and implementing technologically interconnected activity, becomes dominant in several product markets. With this in mind, one of the main activities of the competition authorities of Armenia should be exactly the removal of the obstacles of doing business in order to ensure equal conditions and prerequisites for development for all entities. Moreover, the State Commission for Protection of Economic Competition must also take into account the possibility of concerted action functioning members of a particular product market, aimed at preventing a competitor into the given sector or limit the prospects for its promotion.

Currently, in the Republic of Armenia the priority for the protection of economic competition should be to ensure a balanced mix of measures to protect the domestic market with increasing product competitiveness of national producers in the international market.

Despite the fact that the protection of economic competition includes both antitrust and complex actions of the state for the development and promotion of competition in product markets, in the Republic of Armenia the activities of the State Commission for Protection of Economic Competition are focused exclusively on restraining regulations and development of a list of activities to be barred. However, it is obvious that antitrust regulation is only one of the areas of protection of economic competition, which is not reduced to competition policy. The rationale for the above is that the amendments of the Law On Protection of Economic Competition in Armenia is not aimed at the prevention and control of possible violations in the sphere of protection of economic competition and seeks to identify violations already committed. Obviously, this approach identifies the priorities of the State Commission for Protection of Economic Competition and prevents the competition policy from becoming an effective stimulant of market relations, preventing the development of approaches that contribute to the development of entrepreneurship in the country. In this regard, the most important priority of economic competition in Armenia should be a shift from passive to active competition regulation and support the development of competition, from purely administrative methods of regulation to more advanced methods to protect and promote competition.

One of the key priorities of economic competition protection in the Republic of Armenia is to raise the status of the State Commission for Protection of Economic Compe-

tition among the representatives of the business community. The point is that in Armenia the role of the competition authority is underestimated, not only at the state level, but also by the economic entities, whose interests should be protected by the competition authority. Moreover, the perception of the competition authority, as the actual structure to maintain a competitive environment in the Republic of Armenia, will only be supported by the effective work of the commission, in practice, proving the effectiveness of its policies and commitment to its purpose. It is obvious, that ignoring the importance of the competition authority for many years was due to misunderstanding and underestimation of competition policy as an effective means of influencing the transformation processes as a means to curb anti-competitive practices, such as public policies, ensuring competitiveness of the national economy.

To strengthen the role and status of the competition authority it is necessary to grant Competition Authority with the appropriate powers, to engage the government bodies responsible for the implementation of economic reforms, to involve the competition authority in the processes of transformation causing the formation of economic and legal prerequisites for an effective competition policy. Moreover, for an effective competition policy the competition authority should be empowered to coordinate the activities of sectorial regulatory agencies, since their orders often directly affect the competitive situation in a particular industry or product market.

## V. Instead of Conclusions

Competition policy analysis and the competition environment of the Republic of Armenia allows to ascertain the role of the state in shaping the structural framework of entrepreneurial activity, fair competitive environment and related institutions for the establishment of entrepreneurship in the country. Obviously, given the need to build the country's social market economy, the competition should not be seen as the ultimate goal of competition policy, but as a means to achieve broader goals related to improving economic performance. There is no doubt that the competition authority may provide the necessary conditions for de-monopolization of the economy, prohibition of the use of administrative resources for the acquisition or strengthening of a dominant position of economic entities. However, it is important that the competition policy should not undermine the foundations of a competitive market-management mechanism of economy, as in this case, the vector regulation may turn to the opposite side of the desired performance parameters.

The effectiveness of competition policy is conditioned by real independence of the competition authority. More-

over, the Commission should be independent both from other government agencies, as well as from leading business entities dominating the various product markets and have sufficient power to influence the activities of agencies, designed to provide for the necessary environment for the development of entrepreneurship. The need to control the activities of economic entities with dominant position is conditioned by the fact that these companies have the opportunity of not only a significantly impacting the competitive environment of the commodity market in which they operate, but also the situation on adjacent markets, to some extent even prejudice the opportunities and prospects of development of the relevant sectors of the economy. Some shortcomings in competition policy are likely due to not so much the gaps in the legislation, by to lack of commitment enforcing an effective competition policy not allowing the unjustified strengthening of the position of certain businesses. In addition, competition policy is due not only to the level of development of competition law, but also the priorities of economic development and other areas of macroeconomic policy. In addition, the competition policy is conditioned not only by the level of development of competition law, but also by the priorities of economic development and other areas of macroeconomic policy. Moreover, the competition policy is conditioned not only by the development level of competition legislation, but also by the priorities of the country's economic development and other areas of macroeconomic policy of the state. Moreover, the relationship of competition policy with other areas of economic policy is by no means one-sided, as the competition policy, in turn, determines the possible development of other areas of macroeconomic policy. Given the importance of the role of competition policy in promoting economic reforms, the improvement of the system of protection of economic competition, combined with the support of business and consumer protection, act as essential conditions for successful socio-economic development of the Republic of Armenia.

Nona Zubitashvili<sup>1</sup>

## Guarantees of a Partner's Right to Property in a Limited Liability Company

### I. Introduction

*The extent to which legislation safeguards fundamental rights and freedoms is one of the indicators of its level of democratization. The legislation regulating entrepreneurial sphere is not an exception. The right to property is a right recognized and protected under the Constitution of Georgia; however, it does not fall within the group of absolute (unrestricted) rights. Even though the most common organizational legal form of enterprises in Georgia is a limited liability company (hereinafter – the LTD), the current wording of the Law of Georgia on Entrepreneurs does not sufficiently govern legal grounds for the nonvoluntary loss of a partner's right to ownership. Nonetheless, the consistent judicial practice more or less addresses open questions stemming from the legislation. The following study aims at summing up the legal basis for the nonvoluntary loss of a partner's right to ownership in an LTD (by way of expulsion), through the analysis of the Georgian legislation and judicial practice. The paper consists of two basic parts. The first part discusses the grounds for a partner's (nonvoluntary) loss of ownership in an LTD, while the second one examines the compatibility of such a case with the Constitution.*

### II. Grounds for the Loss of Ownership in an LTD

In an LTD, as in the organizational legal form, a partner enjoys the right to ownership only of a share, which constitutes intangible property.<sup>2</sup> Although the assets accumulated in an LTD is one (but not the only) of the components for determining the market value of a share,<sup>3</sup> a partner's ownership extends solely to the share and not to the assets equivalent to the share. A share is deemed to be the unity of those rights and obligations, which the person acquires by virtue of his/her membership in the LTD.<sup>4</sup> At the initial stage, an LTD's property is created on the basis

of contributions by a partner.<sup>5</sup> However, from the moment of making/executing the contribution, the ownership is transferred to the LTD, as to the independent actor.<sup>6</sup> Thus, the assets, transmitted to the LTD in the form of contributions or acquired subsequently through entrepreneurial activities, constitute the property of the entity itself. Such exceptional regime of property division, on the one hand, protects the entity's assets from a partner's personal creditors, while, on the other hand, grants the shielding privilege to a partner under the principle of limited liability. This in turn excludes the satisfaction of an entity's creditors' claims out of a partner's personal assets.<sup>7</sup> In contrast, if a partner maliciously uses the organizational legal form of the LTD and does not clearly separate the assets from the standpoint of the entity's creditor, the principle of piercing the corporate veil comes into effect, assuring the partner's personal liability towards the LTD's creditors.<sup>8</sup>

The loss of ownership of a share may occur voluntarily or involuntarily. In the first case, a partner, at no charge, deliberately concedes the share for the benefit of another partner or a third party or alienates the share in lieu of reimbursement. A share is a marketable object and, respectively, may be alienated without restriction. At the same time, the charter of a business may lay down some limitations, for instance, by establishing the right of first refusal. However, due to the essence of ownership, a clause entirely prohibiting share alienation will be deemed void, given that such a restriction contravenes the core of the right to ownership recognized under Article 170(1) of the Civil Code of Georgia. The charter is understood as a transaction (a partnership agreement) and, accordingly, under Article 54 of the Civil Code, provision that prohibits the alienation of a share should be regarded invalid as an unlawful transaction.

In any event, the change of a shareholder obtains legal force from the moment of his/her registration at the Registry of Entrepreneurial Legal Entities.<sup>9</sup> The document certifying the right of a new owner should be submitted to the

<sup>1</sup> Invited lecturer and student of doctoral studies at Ivane Javakhishvili Tbilisi State University.

<sup>2</sup> Judgment of the Constitutional Court of Georgia, 29 January 1998, №2/36-7. Under Article 152 of the Civil Code of Georgia, a share constitutes intangible property.

<sup>3</sup> Cf., An entity's assets are one of the criteria determined under Article 30914 of the Civil Code of Georgia, which need to be taken into account by the court in establishing a fair value during the process of a mandatory sale of shares.

<sup>4</sup> Supreme Court of Georgia, Decision of the Chamber for Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, 30 August 2000, №3K/421.

<sup>5</sup> Law of Georgia on Entrepreneurs, Article 3(5).

<sup>6</sup> Irakli, B. (2008) Proprietary Relationship within the Joint-Stock Entity (Particularly in the Course of Its Formation) on the Example of Georgian and Austrian Law, Tbilisi.

<sup>7</sup> Hansmann, H., Kraakman, R. and Squire, R. (2006) 'Law and Rise of the Firm' Harvard Law Review, 119( No 5): 1338; Law of Georgia on Entrepreneurs, Article 3(4).

<sup>8</sup> Jugeli, G. (2012) 'Shareholders' Liability for a Corporation's Obligations – Piercing the Corporate Veil' South Caucasus Law Journal, 03: 59-60. In spite of existing legal basis (Law of Georgia on Entrepreneurs, Article 3(6)), there is no precedent of piercing the corporate veil in the practice of the Supreme Court of Georgia (in fact, there are only two cases where the cassation appellant referred to the malicious use of legal forms of liability limitation. However, in none of the events did the Court provide any explanations. See Ruling of the Supreme Court of Georgia, 7 March 2013, №AS-1162-1091-2013 and Ruling of 13 May 2013, №AS-286-272-2013).

<sup>9</sup> Law of Georgia on Entrepreneurs, Article 51(55).

registering agency.<sup>10</sup> In the event of concession or alienation, the contract on share concession or sale would work as such document. As for the nonvoluntary loss of ownership, it requires a legally effective judicial decision.<sup>11</sup> Generally, this is the case when a partner is expelled from an entity or a partner's share, as intangible property, is the subject of enforcement under a legally effective decision. The latter case is exhaustively regulated by the procedural and enforcement law.<sup>12</sup> As for a partner's expulsion, it is not thoroughly governed by the Law of Georgia on Entrepreneurs; in particular, Article 3 refers to a partner's breach of the obligation to make contributions as the sole basis for expulsion. The following sub-chapter discusses the grounds which may serve as the preconditions for expulsion.

### 1. Breach of a Partner's Obligation as the Substantive Ground for the Loss of Ownership

By generalizing the Law of Georgia on Entrepreneurs and the practice of the Supreme Court of Georgia, we may conclude that a partner's breach of an obligation is the ground for expulsion from an LTD.<sup>13</sup> This implies the infringement of the obligation that exists by virtue of partnership, expressly prescribed under the Law on Entrepreneurs (making contributions), or any other charter-based obligation (for instance, duty of loyalty, prohibition of competition, prohibition of concluding transaction with oneself, etc.), which in its nature excludes the preservation of trust between the partners or the continuance of business relations. The Law on Entrepreneurs does not refer to a partner's duties of loyalty. However, in case of the absence of charter regulations, such duties are applicable on the basis of a general good faith standard, which, under section 3 of Article 8 of the Civil Code of Georgia, extends to all the participants of private law relationship. Thus, to sum up, the first prerequisite for the expulsion of a partner may be the breach of an obligation established by law or the charter.

<sup>10</sup> *Ibid*, Article 51(2). A transaction shall be duly verified by a notary or the registering agency. The procedure for the verification of a signature by the registering agency is in turn established by the Law of Georgia on Public Registry.

<sup>11</sup> Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, Ruling of 9 March 2001, №3K/303/01, Decision of 22 July 2010, №AS-1157-1419-09.

<sup>12</sup> E.g., under Article 198 of the Civil Procedural Code, for the suit securing purposes, the respondent's assets (including intangible property and, respectively, a share) may be subject to seizure. After the judgment, the enforcement of which was secured by the seizure, enters into legal effect, the share may also be subject to enforcement.

<sup>13</sup> Law of Georgia on Entrepreneurs, Article 3(7).

#### 1.1. *A Partner's Failure to Contribute*

Under Article 3.7 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, the provision of contributions is a partner's basic obligation in an LTD, which should be fulfilled in a timely manner. The obligation is compromised if a partner fails to contribute in the agreed period. However, the infringement, *ipso facto*, does not give rise to the right to expel. "*Pacta sunt servanda*" ("agreements must be observed") discloses the "gap" existing between the breach/undue fulfillment of an obligation and expulsion (as *ex ante* liability for the breach). Firstly, an entity must require the fulfillment of an obligation from a partner by setting a reasonable period for this purpose. To certain extent, such a discourse is motivated by the fact that the Law on Entrepreneurs authorizes a general meeting to demand the provision of contributions from the partners.<sup>14</sup> Logically, the right to claim performance may exist only in a legitimate claim. An entity's right to a claim also originates when a partner exceeds the original time period. Thus, the meeting should decide on the claim of contribution, which in itself entails fixing an additional performance period.<sup>15</sup> After the lapse of such period, in case the claim of contribution could not be established, the meeting is entitled to conclude on a partner's expulsion. The Law of Georgia on Entrepreneurs, as *lex specialis*, does not foresee the setting of an additional period.<sup>16</sup> Due to this, section 2 of Article 399 of the Civil Code could be applied as *analogia legis*, under which, for the repudiation of a long-term contract, if one of the grounds also constitutes a breach of the obligation, prerequisites set by Article 405 shall be observed. Although the Law on Entrepreneurs does not consider the necessity of fixing an additional period, such time limits may be established within the scope of the charter autonomy. In this event, the lapse of additional period will act as the prerequisite for expulsion, even though the Law on Entrepreneurs does not envisage such precondition.

#### 1.2. *Breach of the Duty of Loyalty by a Partner*

In contrast to the failure to contribute, the breach of the duty of loyalty by a partner requires an exceptional assessment, which should be carried out in consideration of a number of

<sup>14</sup> Article 916.b) of the Law of Georgia on Entrepreneurs. However, according to the text of the law, the realisation of this right is not mandatory, thus, the expulsion may actually occur without fixing additional periods.

<sup>15</sup> E.g., if the meeting decided to demand the provision of contribution from a partner before August 10, the difference between the original period for contribution and the time frame determined by the meeting is deemed to be the additional period for the performance of the obligation.

<sup>16</sup> The special additional period was removed by the 2008 reform of the Law on Entrepreneurs (the Law of Georgia №5913, 26.03.2008).

criteria. In the first place, the specific duty infringed by a partner needs to be determined. It should be examined whether a partner acted in accordance with the entity's interests and, if not, what damages were caused to the entity. The extension of violated fiduciary duties towards a partner should be legally substantiated. The existence of such a duty under a partnership agreement could serve as a legal basis. In case the partnership agreement did not foresee such a duty, the sole ground would be the interpretation of the private law standard of good faith in a way that justifies the imposition of liability. In this event, decisive will be the determination of not a specific fiduciary duty, but of the general obligation that exists by virtue of an entity's foundation. For framing such an obligation, the primary point may be an entity's objectives and the essence of partnership as a means for achieving these goals. A commercial entity is founded with the purpose of gaining profit. It is an entity which makes profit, generally distributable between the partners in accordance to their shares at the end of the business year.<sup>17</sup> Such an activity requires from a partner not to infringe on the entity's objectives or dishonestly obtain a share of such profit, which, due to the organizational legal form of the entity, could have been distributed under the procedure agreed in the charter. Thus, a partner undertakes to act in compliance with an entity's interests. This is the most general obligation of a partner that exists by virtue of an entity's foundation, which should be performed in good faith.

It is emphasized in legal literature that the test for the assessment of the breach of fiduciary duties by a partner requires more rigorous examination than the simple evaluation of a director's conduct under the business judgment rule.<sup>18</sup> While scrutinizing the breach of a partner's fiduciary duty, not only the basis for a partner's decision/conduct is examined, but also the properness of such decision/conduct and the consequences, i.e., the fact of causing damage. We also encounter such approach in the consistent practice of the Supreme Court of Georgia. Under the decision of 2009 in the LTD Argo case, a shareholder's act of physical and moral violence towards other partners was an established factual circumstance. Naturally, such actions do not correspond to a partner's reasonable expectations and the preservation of partner relations may become impossible. However, the Court found that even such conduct did not create a sufficient legitimate basis for a partner's expulsion or the loss of ownership (of a share), given that the fact of causing damage to the entity as a result of such action was not proved.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Law on Entrepreneurs, Article 8.

<sup>18</sup> Madden, T.M. (2010) 'Do Fiduciary Duties of Managers and Members of Limited Liability Companies Exist as with Majority Shareholders of Closely Held Corporation' *Duquesne Business Law Journal*, 12(211): 226.

<sup>19</sup> Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, Ruling of 23 February 2009, №1075-1245-08.

## 2. Procedure for the Expulsion of a Partner from an Entity

A partner's expulsion from an entity is an extreme measure allowed only in exceptional circumstances. It needs to be based on a partner's conduct obviously contravening the law and the entity's interests, due to which the preservation of partnership relations become impossible.<sup>20</sup> The creation of a conflict situation in an entity as a result of a lawful act should not be attributed to the executor of such conduct.<sup>21</sup> Frequently, the basic ground for expulsion is a partner's motion against other partners or a director, as a consequence of which the preservation of partnership relations become unattainable. However, under the practice of the Supreme Court of Georgia, a partner's lawsuit in defense of his/her own rights or lawful interests should not be treated as an act that is harmful to an entity.<sup>22</sup>

The conduct disadvantaging an entity, *ipso facto*, does not suffice for the use of the right to expel. The Supreme Court of Georgia ruled in one of the cases: "Expulsion of a partner at any time and on any grounds is not allowed. It is permitted only when the continuance of subsequent activities of an entity with a partner is impossible."<sup>23</sup> Committing an unlawful act which is not related to an entity's interests or activities cannot serve as a ground for expulsion. Only the breach of the obligation assumed towards an entity constitutes a material base for expulsion.

As noted above, the Law on Entrepreneurs does not expressly establish the right to expel. The law mentions that the meeting is entitled to use those additional rights which it enjoys towards a partner by virtue of foundation and/or management.<sup>24</sup> The Supreme Court of Georgia implies under such additional rights also the right to expel a partner.<sup>25</sup>

Certainly, it is the matter of critical discussion whether the right to expel is a right that derives from the foundation and/or the management of an entity. An entity is created with the objective of gaining profit. Thus, along with its

<sup>20</sup> Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, Decision of 2 November 2009, №AS-812-1099-09.

<sup>21</sup> Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, Ruling of 14 September 2001, №3K/787-01.

<sup>22</sup> Supreme Court of Georgia, Ruling of 23 April 2013, №AS-171-164-2013.

<sup>23</sup> Supreme Court of Georgia, Decision of 24 July 2007, №AS-390-741-07. Mention should be made that, in assessing such situation, the USA precedent law uses the criterion of "reasonable impracticability," instead of "impossibility" (Meghan Gruebner, Delaware's Answer to Management Deadlock in the Limited Liability Entity: Judicial Dissolution, *The Journal of Corporation Law Spring*, 2007 [32 Iowa J. Corp. L. 641], 3).

<sup>24</sup> Law of Georgia on Entrepreneurs, Article 91(6 "b").

<sup>25</sup> Supreme Court of Georgia, Decision of 24 July 2007, №AS-390-741-07, as well as Decision of 23 February 2008, №AS-1075-1245-08.

foundation, the partners undertake to act in a manner that does not threaten an entity's goals. Although not expressly stated in the Law on Entrepreneurs, such obligation exists by virtue of an entity's foundation and its objectives. Therefore, if one of the partners threatens the achievement of an entity's aims, the other partners' duty to secure the entity from such conduct comes into play. The use of the right to expel a partner is the mechanism for realizing this very "duty". Hence, the right to expel a partner is the partners' additional right derived from the foundation of an entity.

### 2.1. Prerequisites for Using the Right to Expel

Generally, the duty of good faith safeguards a partner himself/herself from other partners' conduct.<sup>26</sup> This means that expulsion should be carried out within the frames of good faith. It is a universally acknowledged principle that all the parties to a contract/agreement carry the duty to act honestly and in good faith.<sup>27</sup> This principle applies to a partnership agreement in the same manner. Respectively, one party's bad faith conduct does not release the other party from the duty to act in good faith. Therefore, the partners acting on behalf of an entity should conduct an expulsion in good faith. The fact that an expulsion itself is based on the bad faith conduct against an entity does not, *ipso facto*, grant the expulsion the status of a *bona fide* act.<sup>28</sup> Thus, the principle of good faith requires from the partners not to use the right to expel maliciously, solely for obtaining the share of a partner who is to be expelled, and thus receiving gain or a business or property advantage. For instance, the US courts assess the good faith nature of an expulsion on the basis of the following test: 1. an expulsion should be justified by legitimate business reasons; 2. an expulsion should not be motivated by gain or business or property advantage.<sup>29</sup> Regrettably, the Supreme Court of Georgia has not analyzed the issue from this perspective in any of the expulsion disputes.

It is established under the consistent practice of the Supreme Court of Georgia that the mere existence of substantive grounds (the breach of a duty of a partner) without

actual damage is not sufficient for a partner's expulsion.<sup>30</sup> The decision of the general meeting is only the first step in the expulsion procedure. As mentioned above, a partner's removal from partnership should be provided by abolishing the partner's ownership rights through the registration of respective changes in an entity's registration data. This may be executed on the basis of either an agreement or a judicial decision. Accordingly, an entity will not be able to expel a partner and register shareholder change in the authorized body solely based on a general meeting's decision. Such regulation is a crucial guarantee for the right to property.

Thus, a general meeting decision on a partner's expulsion does not directly result in expulsion. Instead, this prerequisite acts as a ground for an entity to refer to a court for a partner's expulsion. Therefore, the final decision on expulsion is taken by a court. The subject of expulsion cannot be examined within the scope of a non-dispute procedure. Under the newly established judicial practice, a partner's expulsion is allowed only through suit proceedings.<sup>31</sup>

To conclude, the procedural prerequisites for a partner's expulsion are the following: 1. a general meeting decision on a partner's expulsion;<sup>32</sup> 2. an entity lodging a claim of expulsion before a court; 3. in case of existent substantive grounds, satisfaction of the claim by a court; 4. the registration of changes in an entity's registration data in the authorized body on the basis of a judicial decision.<sup>33</sup>

### 2.2. Compensation of the Share

As previously noted, a general meeting is authorized to decide on partner expulsion. At a meeting, the decision is taken by the majority of votes, while the to-be expelled partner does not enjoy the right to vote.<sup>34</sup>

Neither the Law on Entrepreneurs nor the existing judicial practice discusses the obligation to compensate an expelled partner's share after expulsion. Given that expulsion results in the nonvoluntary loss of ownership of a share, it should be executed in lieu of compensation. The Georgian legal literature also agrees with such approach.<sup>35</sup> However,

<sup>26</sup> Schawrtz, J. (2005) 'Good Faith in Partner Expulsion: Application of a Contract Law Paradigm' *Chapman Law Review*, 9 (1): 5.

<sup>27</sup> Article 8(3) of the Civil Code of Georgia; in the USA: Restatement (Second) of Contracts, (1981) Sec. 205; UCC Sec. 1-203.

<sup>28</sup> This may be based on the principle of "ex dolo malo non oritur actio" (a right of action cannot arise out of fraud). We come across this principle in the jurisprudence of USA. In particular, partner expulsion would not meet the standard of good faith if the expelled partner was not given the ability to defend oneself (a procedural claim) or the legitimate ground for the expulsion did not exist (a substantive claim) (*Holman v. Coie*, 522 P.2d 515, 519 (Wash. Ct. App. 1974)).

<sup>29</sup> Schawrtz, J. (2005) 'Good Faith in Partner Expulsion: Application of a Contract Law Paradigm' *Chapman Law Review*, 9 (1): 4.

<sup>30</sup> Supreme Court of Georgia, Chamber for Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, Decision of 9 November 2009, №AS-812-1099-09 in the case of LTD "Eka."

<sup>31</sup> Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, Decision of 23 January 2001, №3K/841; Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, Decision of 23 February 2009, №AS-1075-1245-08; as well as Decision of 2010, №AS-764-715-2010.

<sup>32</sup> This implies the realisation of the "additional right" to expel by a general meeting in good faith.

<sup>33</sup> Supreme Court of Georgia, Decision of 21 July 2011, №AS-1060-1090-2011.

<sup>34</sup> Law of Georgia on Entrepreneurs, Article 91(3). Chanturia, L. and Ninidze, T. (2002) *Commentary on the Law on Entrepreneurs* (3rd Ed.). Tbilisi.

the obligation to compensate should not be understood as an unconditional obligation. For instance, when an expulsion happens due to the failure to contribute at the initial stage, a partner should not receive compensation, as he/she has done nothing in turn for an entity's benefit. If the substantive basis for expulsion is a partner's breach of a fiduciary duty or other harmful act of bad faith, under the parties' agreement, the obligations may be set off and an entity would be released from the compensation obligation. However, if a partner is against set-off, an entity reserves against a partner the claim on the reimbursement of damages. Accordingly, a partner will benefit only to the extent the share value exceeds the damage.

The guiding principle for an entity for paying compensation should be the protection of capital. Compensation may be monetary and/or in kind.<sup>36</sup> However, it does not imply the return of a contribution to a partner. As a contribution may be an immovable asset carrying significant functions in an entity's activities, it will not be restituted to a partner. A partner's contribution may be, for instance, one million Georgian Lari, while his/her share in the capital is only 20%. An expelled partner should receive compensation proportionate to the value of his/her 20% share; the amount and kind of compensation is irrespective of a partner's contribution(s). An entity is not obliged to return to a partner a contribution in kind to the charter capital or a monetary contribution of the same amount. A contribution integrates with an entity's capital and assets, respectively. In the market economy conditions, an entity may, along with profit, incur losses, as a result of which the capital and, accordingly, the value of shares could be altered.

Compensation must be adequate to a partner's share's market value at the time of expulsion. It is expedient for a general meeting to base the compensation on the competent assessment of the share of a partner who is about to be expelled. By paying compensation, the capital of an entity is reduced. Due to this, the type of compensation that is least harmful for an entity should be determined. There is an assumption that the compensation of a share is not allowed in the event of a partner's withdrawal, if he/she threatens an entity's capital or entire property.<sup>37</sup> However, in case of expulsion, given the nonvoluntary nature of the loss of ownership, the payment of compensation is compulsory. Furthermore, it may be disputed that a partner's expulsion without compensation results in the unjust enrichment of the remaining partners, as, by distributing the share of an expelled partner, their property is increased without matching "performance". While compensation may not be paid immediately, its amount needs to be es-

tablished by a partnership agreement. An expelled partner should always enjoy the guaranteed right to claim compensation. The claim will be secured as long as it is regulated under a partnership agreement.

### 2.3. *Judicial Proceedings for Expulsion. Potential Jurisdiction of an Arbitral Tribunal*

Having decided on a partner's expulsion in a general meeting, an entity should lodge a lawsuit before a court against the partner who is to be expelled. Respectively, in such a dispute, an entity constitutes the claimant, while the partner who is to be expelled is the respondent. The necessity of legal proceedings is established by the Georgian judicial practice. Furthermore, in one of the partner expulsion cases, the Supreme Court of Georgia ruled that "[W]ithin the scope of expulsion proceedings, the judicial defense should be absolute, implying not only the ability of a person to apply to the court, but also the duty of the court to deliver a fair and substantiated judgment. The court is obliged to assess whether an entity was authorized to expel a partner."<sup>38</sup>

It is interesting under what category the expulsion dispute falls. According to the consistent practice of the Supreme Court of Georgia, partner expulsion constitutes a non-property dispute. In particular, the object of a dispute is a partner's ownership of a share, which in turn is understood not as the amount of contribution to the charter capital, but as the unity of those rights and obligations which a person enjoys by virtue of his/her membership in an LTD.<sup>39</sup> The expulsion dispute gains property character through the claim of share compensation, which is an expelled partner's matching claim, emerged subsequent to expulsion. However, the right to claim compensation originates after a court upholds a partner's expulsion. Accordingly, a dispute on compensation between an expelled partner and an entity cannot be consolidated into one dispute. A dispute on compensation is independent from expulsion proceedings.

The Law of Georgia on Arbitration determines the jurisdiction of an arbitral tribunal, which is limited solely to property disputes.<sup>40</sup> This excludes the arbitral tribunal's competence on expulsion disputes. In case a partnership agreement establishes that the dispute between partners' falls under the jurisdiction of a specific arbitral tribunal, such a term would be void due to its conflict with the law.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, Decision of 22 July 2010, №AS-1157-1419-09.

<sup>39</sup> Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, Decision of 30 August 2000, №3K/421.

<sup>40</sup> Law of Georgia on Arbitration, Article 1.2.

<sup>41</sup> *Ibid*, Article 9(1).

<sup>36</sup> *Ibid*, 282.

<sup>37</sup> *Ibid*, 283.

If the tribunal nonetheless adjudicates an expulsion dispute through lawsuit proceedings, the appellate court of Georgia will not recognize such award. Respectively, the enforcement of the award – the registration of a change and the removal of an expelled partner in the registering agency - will not be executed.<sup>42</sup>

Thus, within the scope of the current legislative regulation, partner expulsion is only subject to judicial proceedings, in contrast to a dispute on the compensation of a share, which is a property dispute and may fall within the arbitration competence.

### III. Relation of Partner Expulsion to the Right to Property

Partner expulsion implies a partner's loss of ownership of his/her share and the remaining partners' respective acquisition of ownership of the expelled partner's share. Remarkably, in the decisions of the Supreme Court of Georgia we come across the notion of the "deprivation of property". In particular, the judgment delivered in 2009 in the case of LTD "Argo" reads as follows: "[T]he fact of sentencing for beating and violence...could not have constituted the ground for expulsion from the entity's partnership and the deprivation of his property (the share in the entity)."<sup>43</sup> However, notably, the concept of "deprivation of property" is not applied in the decisions of the Supreme Court of Georgia in the constitutional-law sense. In case of expulsion, property is restricted, rather than deprived within the constitutional meaning.<sup>44</sup>

Apart from this, the Supreme Court of Georgia treats expulsion as a non-property dispute, reaffirming that here the dispute matter is a right (the right to ownership of a share), not the property.

Hence, the question that arises is whether the use of the right to expel, envisaged in the Law of Georgia on Entrepreneurs, constitutes the restriction of the right to property and, if so, to what extent such restraint is constitutional?

<sup>42</sup> Law of Georgia on Arbitration, Article 45.1."a.b," as well as Article 25623 of the Civil Procedural Code of Georgia; rejection to recognize an award due to the invalidity of an arbitration agreement is also established under the International Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (the "New-York" Convention), Article II, effective for Georgia by the Decision of the Parliament of Georgia of 3 February 1994.

<sup>43</sup> Supreme Court of Georgia, Decision of 23 February 2009, №AS-1075-1245-08; also, Decision №AS-764-715-2010 – "the court judgment is necessary for the expulsion of a partner from an entity, thus, for the deprivation of his/her property."

<sup>44</sup> Cf., Judgment of the Constitutional Court of Georgia of 18 May 2007, №2/1-370,382,390,402,405, which established the irreconcilability of the then acting regulation of the Law on Entrepreneurs on the mandatory sale of shares with sections 1 and 2 of Article 21 of the Constitution.

## 1. General Review of the Right to Property

"The right to property is an eternal and supreme human value, the universally recognized basic right."<sup>45</sup> With its significance undisputed, the right to property does not fall within the group of absolutely safeguarded and unrestricted rights. According to the amendments of 2010 to the Constitution of Georgia, for pressing public needs, the right to property may be restricted under circumstances prescribed by law, and in accordance with the established procedures so that the essence of the right is not infringed. The expropriation of property for pressing public needs is allowed in the circumstances expressly determined by law, under a judicial decision or in case of urgent necessity established by an organic law, on the condition of advance, full and fair compensation. The compensation is exempted from all taxes and fees.<sup>46</sup>

The Constitution of Georgia reaffirms the right to property, however, at the same time, does not define ownership. Such definition is provided in the Civil Code of Georgia, which interprets ownership as the unity of the rights to possess, use, and dispose property.<sup>47</sup> It is considered that all subjects of private law are simultaneously the subjects of the right to property.<sup>48</sup>

## 2. Legitimacy of the Involuntary Loss of Ownership of a Share

According to the established practice of the Constitutional Court of Georgia, for pressing public needs, the right to property may be restricted under circumstances expressly determined by law and in accordance with the established rule, so that the essence of the right is preserved.

The Constitutional Court of Georgia has acknowledged that the right to property carries a social function, which primarily impels its restriction.<sup>49</sup> The property, burdened by a moderate and necessary objective, binds the owner.<sup>50</sup> This implies that share ownership obliges a partner not to use the membership of an entity to the detriment of the entity itself, other partners, or creditors. In case share ownership, the determinant of the membership of an entity, is

<sup>45</sup> Judgment of the Constitutional Court of Georgia of 21 July 1997, №1/51.

<sup>46</sup> The Constitution of Georgia, Article 21.

<sup>47</sup> The Civil Code of Georgia, Article 170.

Chanturia, L. (2001) Real Estate Property, Comparative Law Study on the German Law Example (2nd Ed.). Tbilisi.

<sup>49</sup> Judgment of the Constitutional Court of Georgia of 21 July 1997, №1/51: "The realization of the right to property shall not infringe others' rights and freedoms, while the enjoyment of property should at the same time serve to common well-being."

<sup>50</sup> Zoidze, B. (2007) The Constitutional Control and the Order of Values in Georgia, Tbilisi.

used to the disadvantage of an entity, a partner should be ready for negative consequences such as expulsion from the entity and, consequently, the deprivation of his/her property.

The existence of unconstitutional laws implies state interference in the sphere protected by the fundamental right to property and the encroachment on property.<sup>51</sup> Therefore, actors of private law could actually limit the right to property under the law allowing the unlawful restriction of property. Thus, in such instances, state participation would be confined to enacting a restrictive law. In assessing the legitimacy of legal restriction, the proportionality test is applied. The test aims at deciding a legal relationship of conflicting interests in such a way that valuable good is not sacrificed for less valuable good.<sup>52</sup> In case partner expulsion is discussed in the light of the proportionality test, we will come to the conclusion that restriction of the right to property may be justified when the continuance of business relations between partners is impossible and a partner's withdrawal from an entity is the only solution for the entity to "survive". The preservation of an entity's objectives is more valuable due to its material consequences (not only for partners, but others such as employees, contractors, etc.) than a partner's right to property of a share, which is an abstract good and in itself can bring nothing to the specific partner unless wealth is accumulated in the entity.

Overall, the constitutional justification for the restriction of the right to property relies on the proportionality test. In case the legislative act adopted by the state meets the proportionality requirements, its constitutionality is unquestioned.<sup>53</sup> As mentioned above, the proportionality test justifies expulsion. The Supreme Court of Georgia has straightforwardly ruled that partner expulsion is an extreme measure, the application of which is allowed only through lawsuit proceedings when the continuance of an entity's activities with a partner is unattainable. Respectively, the realization of the right to expel occurs only when the legitimate aim – the continuance of entrepreneurial activities – cannot be achieved by any other means. An expulsion takes place on the basis of Article 9<sup>1</sup>.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, authorizing a meeting to decide on the following: "the use of a supplementary right against a director and/or a partner which [the entity] enjoys by virtue of its foundation or management." Lastly, expulsion and the loss of ownership of a share are accomplished on the basis of a judicial decision. In restricting the

right to property, it is necessary for a fair balance between conflicting interests is struck.<sup>54</sup>

#### IV. Conclusion

The Law on Entrepreneurs considers a significant mechanism for the protection of ownership of a share, i.e., the compulsory registration of ownership at the registering agency. This ensures that nonvoluntary change in ownership occurs only on the basis of a judicial decision, which also constitutes a partner's guarantee for property protection. However, on the other part, the same law does not regulate the expulsion procedure or the relationship developed subsequent to expulsion between an expelled partner and an entity (the compensation obligation). Nonetheless, the nonvoluntary loss of ownership of a share falls within the legitimate limitation of the right to property, in case the law and the practice of the Supreme Court of Georgia are interpreted in interrelation.

However, it is obvious that the Georgian legislation requires further refinement in this respect. In particular, the democratic character of the Law on Entrepreneurs will be undisputed in view of safeguarding the right to property as the fundamental right, only when the exhaustive grounds for the expulsion of a partner, the procedures, and the compensation conditions are established.

<sup>51</sup> *Ibid*, 98. Also the Commentary on the Constitution, Chapter Two, Georgian Citizenship, Fundamental Human Rights and Freedoms, Tbilisi, 2013, 215.

<sup>52</sup> Kublashvili, K. (2003) Fundamental Rights, Tbilisi.

<sup>53</sup> *Ibid*, 181.

<sup>54</sup> The Right to Property and the Right to Fair Trial, The Materials of International Scholar-Practice Conference, Tbilisi, 2005, 17.

Vakhtang Bachiashvili<sup>1</sup>

## Protection of the Interests of a Contract Party through Adequate Interpretation of the Provisions of the Civil Code of Georgia on Standard Contract Terms and the Necessity to Reform the Flawed Norms

### I. General Review

*In view of Georgia's manifested objectives of Euro-Atlantic integration, the legislative liberalization and democratization is a fundamental commitment put forward by the country's strategic partners. The latter intrinsically implies the existence of regulations dictated by the protection of dignity. Through the comparative law analysis of national legislation on standard contract terms, this paper aims at elaborating recommendations, consideration of which, in the author's view, will encourage the state to take significant steps towards the aforementioned historic goals. The article consists of four chapters. In Chapter I, the general review draws attention to the importance of the issue, as well as the fixed aim and research methodology. Chapter II addresses the relationship of standard contract terms to the principle of freedom of contract. This section discusses the status of standard contract terms' participants and the essence of such terms. Chapter III sheds light on the procedural and substantial aspects of standard contract terms' incorporation into the contract, along with the review of the role of dispositive law in the nullity of standard contract terms. To sum up, Chapter IV represents the results of the study and the recommendations designed for the legislature.*

### II. Introduction

The principles of private autonomy and freedom of contract are the cornerstones of a legal contractual relationship.<sup>2</sup> This results in the origination of an individual's private initiative based obligation, the substance of which is determined on the basis of express wish to be bound. A claim for obligation fulfillment rests not on the public coercion legitimized by an administrative act, but on an individual's voluntary intent to accomplish a particular act in return for a matching performance.

Parallel to technological progress, the content of all types of interaction between the society members is transformed, naturally necessitating the modification of forms of such interplay. Legal norms should not serve as an artificial obstacle for already established acts of communication applied in practice *per se*. Otherwise, the entire burden of interpreting the olden provisions innovatively would lay on the judicial authority. This could in turn strengthen unpleasant attitudes towards the constitutional principle of authority distribution and skepticism against the codification idea.

In order to escape such challenges, the legislature has introduced the concept of standard contract terms (hereinafter – standard contract terms), which, on the one hand, underpins the speedy accomplishment of transactions by the formal restriction of an absolute understanding of the freedom of contract doctrine, creates an institutional basis for the well-being and the improvement of standard of living; on the other hand, it establishes the possibility to revise contract terms with the scrutiny higher than allowed in cases of individually negotiated terms.

By analyzing the national legislation on standard contract terms, the following paper aims at disclosing the basic peculiarities. For the avoidance of flawed arrangement, the study seeks to elaborate recommendations for the adequate interpretation, on the one hand, and for the legislative amendments, on the other.

The method of comparative law research is applied in this article. The respective provisions of the Civil Code of Georgia<sup>3</sup> (hereinafter - CCG) are discussed in relation to the relevant clauses of the German Civil Code known as *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz* (hereinafter - BGB).<sup>4</sup> In view of regulation of standard contract terms, the BGB in turn implements the corresponding norms of the European Council Consumer Directive<sup>5</sup> (hereinafter – the Directive). In this sense, the particular provisions of the Directive will also be scrutinized. Along with the Directive, the regulation mechanism favored by the Principles of European Contract Law<sup>6</sup> (hereinafter – the Principles) is nonetheless significant and will be given a due regard in the study.

<sup>1</sup> Student of doctoral studies at the Tbilisi State University Law Faculty, Counsel at Legal Support Office, Legal Department, Chancellery of the Government of Georgia.

<sup>2</sup> On the principle of private autonomy, see Kereselidze, D. (2009) *The Most General Systemic Terms of Private Law*, Tbilisi. As for the principle of freedom of contract, see Chanturia, L. (2001) *Commentary on the Civil Code of Georgia*, Book Three, Tbilisi.

<sup>3</sup> Civil Code of Georgia, Parliamentis Utskhebani (Official Gazette of the Georgian Parliament), Legislative Addition, 1997, No. 31, 1.

<sup>4</sup> German Civil Code, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz* vom 18. 08. 1896, RGBl. №21, 195.

<sup>5</sup> COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of April 1993 on unfair terms in consumer contracts, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:NOT>,

<sup>6</sup> Principles of European Law, [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_partl\\_og\\_II.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partl_og_II.htm) The Principles of European Contract Law is a model law, the so-called “soft law,” elaborated by the European Contract Law Commission. As the Commission was chaired by the Danish law professor Ole Lando, these principles are alternately known as “Lando Principles.”

### III. Relationship of Standard Contract Terms to the Principle of Freedom of Contract

A standard contract term is somewhat an antithesis to the principle of freedom of contract. It is not a regulation developed on the basis of the parties' consensus. Only the intent of a single party participates in the formation of its content. The use of standard contract terms is obviously problematic in view of a traditional contractual principle legitimizing the binding force of a contract through the parties' autonomy, their intent or consent.<sup>7</sup> Yet, it is the lack of a formulator's public discretion and not the essence, which excludes a standard contract term from the category of a legislative act. "Standard contract terms indeed define the relationship rules between the parties; however, they do not constitute legal norms, as standard contract terms solely aim at governing the relations of specific parties, even when they are used towards a number of persons."<sup>8</sup> By presenting a relatively flexible mechanism for the revision of standard contract terms, elaborated through a formal disregard of the principle of freedom of contract, the law pays a certain kind of compensation to this fundamental private law principle. The compensation is manifested by the introduction of standard contract term nullity grounds, additional to those applied in individually negotiated contract term case.

#### 1. Practical Functions of a Standard Contract Term

A standard contract term is a flexible mechanism for persons carrying out entrepreneurial activities and concluding numerous similar contracts with consumers on a daily basis. It ensures the realization of goods or services without delaying the contract negotiation process and the immediate satisfaction of contract parties by avoiding discomforting formalities. Both the CCG and the BGB place the provisions on standard contract terms in the law of obligations. The integration of substantial legal norms concerning standard contract terms into the general part of the law of obligations does not imply that their application to property law contracts should be doubted. Mixed systemic regulation only reaffirms that the central weight of standard contract terms law lays within the obligation law contracts.<sup>9</sup>

To refer to the notion of a standard contract term elaborator, the CCG uses the concept of the "offeror," which could be any subject.<sup>10</sup> "It is not necessary for the offeror to be in the dominant position on the market. The standard term offeror may be any person who has to conclude contracts on one and the same conditions with a number of counteragents."<sup>11</sup>

The same position is taken by the Principles which find decisive not the status of the offeror, but the fact of non-participation of the other party in drafting the term. In contrast, Article 2 of the Directive grants the status of the offeror to a seller or supplier, who may either be a natural person or a legal entity of private or public law, acting at the conclusion of the contract in the scope of its selling, business or professional interests. Given that the authority to compose a contract unilaterally may be used by the formulator in bad faith, both the formal, technical and socio-economic statuses of the contract party are equally less significant to the other party. In this light, the CCG regulation coincides with the Principles' approach, which should be welcomed.

A standard contract term must be drafted by the offeror. It is critical for one of the parties, either oneself or through an assistant, to require the inclusion of terms formulated by oneself or a third party in the contract, unilaterally excluding the ability of the other party to influence the substance of a contract.<sup>12</sup> Thus, the direct participation of the offeror in the term elaboration process is not mandatory. The initiative on the integration of a term in the contract is sufficient.

The particular charm of a standard contract term lays in its pre-formulation. The clauses, the content of which is already established prior to contract conclusion, are drafted in advance.<sup>13</sup> In terms of time, it is acceptable for the provisions to exist before the conclusion of a contract with the intent to be integrated in future contracts.<sup>14</sup> The law does not require written form.<sup>15</sup> Yet, in practice, the largest part of standard contract terms exist in writing. This is important for the accurate determination of content, as well as for the evidential purposes. The existence of a standard contract term should be well-grounded by the party relying

<sup>7</sup> Wilhelmsson, T. (2004) *Standard Form Conditions, Towards a European Civil Code* (3rd Ed.). UK: Kluwer Law International.

<sup>8</sup> Chanturia, L. (2001) *Commentary on the Civil Code of Georgia*, Book Three, Tbilisi.

<sup>9</sup> Looschelders, D. (2008) *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, München: Vahlen.

<sup>10</sup> Zaalishvili, T. (2010) 'Systemic Peculiarities of the Regulation of Private-Law Consumer Relationships in the Georgian Legislation' *Law Journal*, N1-2: 69.

<sup>11</sup> Chanturia, L. (2001) *Commentary on the Civil Code of Georgia*, Book Three, Tbilisi.

<sup>12</sup> BGHZ 130, 57; Hamm NJWRR 99, 999., cited in: Prütting, H., Wegen, G. and Weinreich, G. (2006) *BGB Kommentar*, Germany: Hermann Luchterhand Verlag.

<sup>13</sup> Hk-BGB/Schulte-Nölke §305 Rn. 3., cited in: Looschelders, D. (fn. 9), 118.

<sup>14</sup> MuKo/Basedow §305 Rn 13., cited in: Prütting, H., Wegen, G. and Weinreich, G. (fn.12), 445.

<sup>15</sup> BGH NJW 99, 2180., cited in: Prütting, H., Wegen, G. and Weinreich, G. (fn.12), 445.

on it, i.e., a party other than the offeror.<sup>16</sup> As for the burden of proving the presence of an individual agreement, it is incumbent on the offeror.<sup>17</sup>

Under Article 342 of the CCG, the purpose of recurrent use is paramount for treating a term as a standard contract term. The BGB §305(1) also draws particular attention to the element of repetitiveness. The offeror should intend to apply the term at least in three contracts.<sup>18</sup> However, it is irrelevant whether this is in fact subsequently realized; in the very first instance of using the term, we already deal with standard contract terms.<sup>19</sup> In consumer contracts, the BGB §310(3)2 deems even a single use of a term is sufficient to regard it as a standard term. In such case, a consumer deserves particular protection as he or she did not have an ability to influence the substance of contractual terms due to their pre-formulation.<sup>20</sup>

Instead of the concept of “standard contract terms,” the Principles refer to the notion of “terms not individually negotiated” and confront it with the notion of “an individually negotiated term.” The Principles dissociate standard terms from other terms not negotiated individually and deem the latter more expansive.<sup>21</sup> The Principles do not precisely define “an individually negotiated term,” which should perhaps be interpreted in line with the European Council Consumer Directive.<sup>22</sup>

According to the Directive, the term shall always be regarded as not individually negotiated, if it is drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract.<sup>23</sup> Obviously, the Directive, like the Principles, focuses on the term not negotiated individually and deems it as a variety of a standard contract term.

The notion of “a term not negotiated individually” is more flexible and identifies the essence of the problem better. From the perspective of a party which was not able to influence the substance of the term, it is equally insignificant whether such provision was drafted in advance for

the recurrent use or was formulated specifically for this particular contract.<sup>24</sup>

To effectively protect a legal good safeguarded by the principle of freedom of contract, it is crucial for the CCG to extend the standard contract term provisions also to the clauses not negotiated individually. The qualification of a particular term as a standard term under formal criteria should be considered rather a procedural and not a substantial solution to the issue. It poses a risk to the principle of private autonomy and the party’s legitimate right against unfair binding, making it an ineffective protection mechanism.

## 2. Relation of a Standard Contract Term to the Essential Contract Terms

The collision of a standard contract term with the principle of contractual freedom is clearly exposed in the scope of the parties’ rights and obligations regulated by a standard term. The extent to which the substance of a particular contract is covered by a standard term results in the decay of the quality of the principle of contract freedom in favor of a standard term. Such terms do not exist if they are thoroughly negotiated between the parties. An individual agreement should meet strict requirements, inasmuch as the contract party does not have the ability to influence the substance of a contract.<sup>25</sup>

Essential contract terms should be distinguished from other contract terms. A contractual term may be any regulation, which, in its objective essence, creates for the intended recipient an impression of its ability to define the substance of contractual relationship.<sup>26</sup> This also includes essential contract terms as the basic motivation for contractual binding, impossible to be regulated by a standard provision. In any case, such terms are subject to the parties’ individual negotiation and, respectively, precluded from the integration into a standard contract term. This preserves the core of the principle of contractual freedom not allowing the origination of obligation linked to the fundamental interest without the parties’ mutual intent.

## 3. Criteria for Qualifying as the “Weaker Party” of a Contract

The issue of using a standard contract term puts on the agenda the necessity to introduce the concept of the “weaker party” of a contract. The weakness of a party rests

<sup>16</sup> BGHZ 118, 238., cited in: Prütting, H., Wegen, G. and Weinreich, G. (fn. 12), 447.

<sup>17</sup> BGHZ 153, 152., cited in: Prütting, H., Wegen, G. and Weinreich, G. (fn. 12), 447.

<sup>18</sup> BGH NJW 02, 138; Münch WM 05, 931., cited in: Prütting, H., Wegen, G. and Weinreich, G. (fn. 12), 446.

<sup>19</sup> BGH NJW 04, 1454; ZIP 01, 2288., cited in: Prütting, H., Wegen, G. and Weinreich, G. (fn. 12), 446.

<sup>20</sup> Vgl. Leuschner, AcP 207 (2007), 491 (505), cited in: Looschelders, D. (fn. 9), 118.

<sup>21</sup> Lando, O. and Beale, H. (2000) Principles of European Contract Law, Parts I and II, London/Boston : Kluwer Law International.

<sup>22</sup> Wilhelmsson, T. (2004) Standard Form Conditions, Towards a European Civil Code (3rd Ed.). UK: Kluwer Law International.

<sup>23</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:NOT>, 17.04.2013.

<sup>24</sup> Wilhelmsson, T. (2004) Standard Form Conditions, Towards a European Civil Code (3rd Ed.). UK: Kluwer Law International.

<sup>25</sup> BGH, NJW 2000, 1110 (1111), cited in: Looschelders, D. (fn. 9), 118.

<sup>26</sup> BGHZ 133, 187; WM 05, 875., cited in: Prütting, H., Wegen, G. and Weinreich, G. (fn. 12), 445.

not only in its lack of experience, but in its inability to receive proper counseling at the making of an instantaneous decision. The participation of the weaker party in a contract is in itself questionable in terms of equality of parties. In this light, by introducing additional regulations for their protection, the legislature tries to restore the balance.

“Some authors doubt the properness of the “weaker party” concept, as the existence of such category could become a ground for adjudicating unreasonableness and negligence of individuals, which would then enjoy high standards of legal defense in any situation.”<sup>27</sup> “In the light of this opinion, some conclude that the special regulation is necessitated not by “the weakness” of the consumer, but by collective interests.”<sup>28</sup>

It is advisable to analyze the expediency of equal protection standard in contracts concluded with the participation of a consumer and a professional entrepreneur and the qualification of both categories as the weaker party.

a)

The CCG does not refer to the concept of a consumer in its standard contract term provisions. The other party of the contract is simply qualified as an entrepreneur or the other category. Nonetheless, in legal literature, while defining the other party of the contract, the notion of a “consumer” is used.<sup>29</sup> Given that the BGB §§305-310 are drafted as a result of the implementation of the Directive, Article 2 (b) of the Directive is applied in interpreting the concept of a “consumer,” under which a consumer means any natural person who, while concluding a contract, is acting for purposes which are outside his/her trade, business or profession. The BGB §13 provides virtually identical interpretation of a “consumer.” Both the BGB and the Directive employ a method of negative definition of the “consumer” concept.<sup>30</sup>

For the fair protection of the other contract party’s interests, it is crucial to elaborate the precise definition of a “consumer”. In 2012, the Parliament of Georgia adopted the Code of Product Safety and Free Flow<sup>31</sup> (hereinafter – the Code), which abolished the Law of Georgia on the

Protection of Consumer Rights of 20 March 1996.<sup>32</sup> The Code does not contain any definition of a consumer, even such flawed one as was provided in the Law of Georgia on the Protection of Consumer Rights.<sup>33</sup> Hence, a legal person may well be qualified as a consumer. The fragmented definition included in section 3 of Article 319 of the CCG, which establishes an additional guarantee for the protection of persons acting outside their business purposes or to satisfy their living needs, should be deemed as an attempt to formulate the notion of a consumer irreconcilably with international standards.

“In consumer directives, the status of consumers is enjoyed by natural persons being, undoubtedly, the weaker party. A legal person is never an object of interest save for a few exceptional cases. The Directives focus upon the protection of weaker market players and on the creation of favorable legal conditions and special guarantees for them, which means that a natural person is in the center of continuous and particular attention. The special protection measures are not intended for a legal person due to a simple reason; that is, in the course of the purchasing goods or services, a legal person is represented by professionals, such as lawyers, economists, experts on merchandise and others. This means that it is characteristic for legal entities to have the maximum information and knowledge possible, which is backed up by financial means. As a result, legal persons, more so than natural persons, can better protect themselves.”<sup>34</sup>

Stemming from the arguments on the additional guarantees for the protection of the “weaker party,” it is unacceptable for the same standards to cover both legal and natural person consumers. It is absolutely unreasonable to consider, for instance, non-commercial (non-entrepreneurial) legal entity acting in law profile as the weaker party and to extend to it the additional protection guarantees. Judges should carefully choose objects deserving protection and, until the legislation is amended and the contemporary definition of a “consumer” is implemented, grant such status only to natural persons as to the obviously weaker party.

b)

Given that the objective of standard contract term regulation is the adequate protection of the weaker party, due regard should be given to the case when the offeror concludes a contract with a professional entrepreneur and uses a standard contract term. The opportunity to unilaterally determine the substance of a contract includes the risk of bad faith conduct even in such situation. However, it has

<sup>27</sup> Rinke, J.G.J. (2008) *European Consumer Law: Making Sense, The Yearbook of Consumer Law*, ( Twigg-Flesner C., Parry D., Howells G. and Nordhausen A. Eds). UK: Ashgate, cited in: Zaalishvili, T. (fn. 10), 57.

<sup>28</sup> Zaalishvili, T. (2010) ‘Systemic Peculiarities of the Regulation of Private-Law Consumer Relationships in the Georgian Legislation’ *Law Journal*, N1-2: 57.

<sup>29</sup> Chanturia, L. (2001) *Commentary on the Civil Code of Georgia*, Book Three, Tbilisi.

<sup>30</sup> On the negative and positive interpretation of the notion of a consumer, see Kardava, E. (2007) ‘Comparative Law Analysis of the European Standards on Consumer Protection on the Example of Contracts Negotiated away from Business Premises’ *Georgian Law Review*, Special Edition: 146.

<sup>31</sup> [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge), 25/05/2012, 240110000.05, 001.016708.

<sup>32</sup> *Parliamentis Utskhebani (Official Gazette of the Georgian Parliament)*, №007, 30.04.96, p. 7.

<sup>33</sup> On the flaws of the notion of a consumer, see in detail Zaalishvili, T. (fn. 10), 65-67.

<sup>34</sup> Kardava, E. (fn. 30), 144.

to be established whether the entrepreneur should enjoy the same protection standard as it is advisable in the event of a consumer.

The clauses regulating standard terms aim at safeguarding market economy from unfair terms. The target field is a legal relationship in its entirety, not only the protection of a consumer.<sup>35</sup> Therefore, the absolute rejection of the entrepreneur protection standard is not permissible.

Under paragraph 1 of Article 2 of the Law of Georgia on Entrepreneurs,<sup>36</sup> the entrepreneur may be an individual entrepreneur or an entrepreneurial company acting in the organizational legal form of a legal entity. According to section 2 of Article 343 of the CCG, in case of an entrepreneur, a standard contract term may be integrated in the contract even if the procedural aspects, prescribed by the first section of the same article, do not exist. Thus, the CCG equips entrepreneurial subjects with the protection standard lower than that established for non-entrepreneurs.

The Directive settles the issue of standard term incorporation in the contract concluded between a consumer and an entrepreneur or a supplier. In this way, the regulation of the entrepreneur's participation in a contract is outside the Directive's scope of regulation. Although the BGB includes the legal provisions elaborated as a result of the Directive implementation, it does not categorize the other contractual party as a consumer or an entrepreneur. However, the BGB §310(3) considers guarantees for a consumer in addition to those enjoyed by the person lacking such status. The entire aspiration of the Principles is based on the principle of party equality. Therefore, it does not expressly regulate additional guarantees for the protection of the weaker contractual party. Nevertheless, the acknowledgment of the principle of good faith as the effective clause logically results in the proper protection of the contractual party from unreasonable and unfair standard contract terms.

The current regulation of the CCG should be regarded as an example of the optimal resolution of the issue. It differentiates between the person acting for commercial purposes and the subject with consumer intents, and, by setting higher standard of protection for the latter, correspondingly restores the imbalance in the equality of parties.

#### IV. Incorporation of a Standard Contract Term into a Contract

For the adequate protection of the contract party inter-

ests, it is significant to examine the prerequisites for the integration of a standard contract term into a contract. It should be noted that the protection of a contract party implies safeguarding both the counteragent and the offeror, as the legislature aims at securing not only the party claiming the non-existence of such preconditions, but also the other party, arguing the observance of all requirements prescribed by law. In terms of incorporation of standard contract terms into a contract, the procedural and substantial requirements are distinguished.<sup>37</sup> The procedural requirements focus upon formal circumstances which need to be taken into account at the conclusion of a contract, while the substantial requirements assess the content of a standard contract term in the light of good faith, fairness and reasonableness.

##### 1. The Procedural Aspect

The procedural aspect is regulated by section 1 of Article 343 of the CCG. It is composed of two parts and entails the provision of an explicit notation at the place of conclusion of the contract by the offeror, granting the other party the ability to observe the content of the terms and, if agrees, to accept them. The BGB §305(2) refers virtually to the same criteria.

###### a)

The other party to a contract should be informed on the application of standard contract terms. Sub-paragraph "a" of section 1 of Article 343 of the CCG puts emphasis on an explicit notation and reference to standard terms. The BGB §305(2)1 excludes the requirement of an explicit notation when, due to the way in which the contract is entered into, it is possible only with disproportionate difficulty. In such case, the requirement of explicit notation is replaced by the requirement to post a clearly visible notice on the application of such terms.

The notation on the application of standard contract terms should be provided at the time of the contract conclusion.<sup>38</sup> The Principles regard the requirement of informing the other party accomplished when the party was given such information before the contract had been concluded.<sup>39</sup>

Information on standard terms will be duly provided also when the terms are printed on the backside of the letter containing the offer or on a separate enclosure when reference has been made to the standard terms in the offer.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Coester-Waltjen, D. *European and German Law on Product Liability and Standard Form Contracts*, [http://s-space.snu.ac.kr/bitstream/10371/9027/1/law\\_v42n2\\_071.pdf](http://s-space.snu.ac.kr/bitstream/10371/9027/1/law_v42n2_071.pdf),

<sup>36</sup> *Parlamentis Utskebani (Official Gazette of the Georgian Parliament)*, 1994, Article 455.

<sup>37</sup> Wilhelmsson, T. (2004) *Standard Form Conditions, Towards a European Civil Code* (3rd Ed.). UK: Kluwer Law International.

<sup>38</sup> Looschelders, D. (2008) *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, München : Vahlen.

<sup>39</sup> See PECL, Art. 2(104)1.

<sup>40</sup> Lando, O. and Beale, H. (2000) *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, London/Boston : Kluwer Law International.

The reference to standard contract terms in the receipts, invoices and other similar documents intended for the contract performance is not taken into account, as the contract in principle is regarded concluded before the provision of these documents.<sup>41</sup>

Standard terms sent with a supplier's acceptance of the customer's offer may be treated as a modified acceptance. Terms which the seller sends with the goods the buyer has ordered may be considered as accepted by the buyer when he/she accepts the goods. However, terms sent with a supplier's bill which the customer receives after the service was provided, will not bind the customer.<sup>42</sup>

Terms are not brought appropriately to a party's attention by a mere reference to them in the contract document, even if signed on behalf of that party, unless the party knew of them beforehand – for instance, because in earlier similar contracts between the parties the other party had brought the terms to the first party's attention. In this case a reference to them may suffice.<sup>43</sup>

With respect to the duty to inform the party, a remarkable regulation is contained in Article 1341 of the Civil Code of Italy, under which standard conditions prepared by one of the parties are effective as to the other, if at the time of formation of the contract the latter knew of them or should have known of them by using ordinary diligence.<sup>44</sup> Therefore, by imposing a duty of care of the non-drafting party, the Italian law appears to be more favorable to the party who wishes to enforce his or her standard conditions.<sup>45</sup>

b)

Under sub-paragraph "b" of section I of Article 343 of the CCG, the other party shall have the ability to observe the content of standard contract terms and, if agrees, to accept them. As a rule, such ability in itself is sufficient to satisfy this precondition. Whether the party actually observes the terms is irrelevant for the incorporation purposes.

As for the acceptance by the contract party, it should be expressed explicitly or by conduct.<sup>46</sup> Acceptance is not linked to the form.<sup>47</sup> Usually, it is ample for the consumer not to be obviously against their inclusion in the contract.<sup>48</sup>

<sup>41</sup> Palandt-Heinrichs Rz 30., cited in: Kropholler, J. (2003), Studienkommentar BGB. Erläutert für Studium und Examen, München: C.H. Beck Verlag.

<sup>42</sup> Lando, O. and Beale, H. (2000) Principles of European Contract Law, Parts I and II, London/Boston : Kluwer Law International.

<sup>43</sup> Antonioli, L. and Veneziano, A. (2005) Principles of European Contract Law and Italian Law, A Commentary, US: Kluwer Law International.

<sup>44</sup> *Ibid*, 99.

<sup>45</sup> *Ibid*, 100.

<sup>46</sup> Looschelders, D. (2008) Schuldrecht: Allgemeiner Teil, München: Vahlen.

<sup>47</sup> BaRoth/J Becker §305 Rn 66., cited in: Prütting, H., Wegen, G. and Weinreich, G. (fn. 12), 449.

<sup>48</sup> BaRoth/J Becker §305 Rn 66., cited in: Prütting, H., Wegen, G. and Weinreich, G. (fn. 12), 449.

## 2. The Substantial Aspect

The substantial aspect aims at neglecting the binding force of a standard contract term integrated into a contract in observance of formal criterion. This occurs when the term, in contradiction to the principle of good faith, determines the parties' rights and obligations to the obvious detriment of the non-drafting contract party.

The key problem of the procedural solution is that even an informed consent attained as a result of the unfavorable position of a contract party cannot guarantee the good faith nature of a contract. It does not exclude the necessity of substantial arrangement.<sup>49</sup>

Legislative acts contain separate articles on the nullity of a standard contract term incompatible with the principle of good faith, giving wide discretion to the judiciary in deciding individual cases. However, they also accommodate other clauses, derived from and specifying the general principle of good faith,<sup>50</sup> which supply clearer preconditions for their application.

a)

Under Article 344 of the CCG, the provisions of uncommon character do not become an integral part of the contract. While interpreting this clause, the commentary focuses on the objective criterion. "For a standard contract term to be regarded uncommon, it should be uncommon not only for a particular consumer, but also for an average customer concluding similar contracts."<sup>51</sup> The BGB §305c (1) puts emphasis on the standard terms unusual due to the circumstances, which retain particular significance when, due to the outward appearance of the contract, the other party to the contract could not expect to encounter them. The criterion chosen by the BGB bends towards the substantial settlement of the issue. The commentary takes the similar position; however, due to the plain reading of the content of Article 344 of the CCG, it focuses more on the matter of the form. Nonetheless, it should be understood as having the substance same as the BGB provision.

Article 345 of the CCG requires interpretation of an unclear standard contract term in favor of the other party. A similar approach is employed in the BGB §305c (2).

Under Article 5:103 of the Principles, where there is doubt about the meaning of a contract term not individ-

<sup>49</sup> Wilhelmsson, T. (2004) Standard Form Conditions, Towards a European Civil Code (3rd Ed.). UK: Kluwer Law International.

<sup>50</sup> On the specification of the principle of good faith, see in detail Alexander, I. (2007) 'The Principle of Good Faith in Contractual Law (Comparative Law Study)' Georgian Law Review, Special Edition: 34.

<sup>51</sup> Chanturia, L. (2001) Commentary on the Civil Code of Georgia, Book Three, Tbilisi.

ually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred.<sup>52</sup>

This provision is based on the idea that the party who has drafted the disputed term or the entire contract should carry the risk of any defects.<sup>53</sup> It is recommendatory for acting judges and scholars, desperately seeking mechanisms for the fight against unfair contract terms.<sup>54</sup>

It should be borne in mind that the rule for the interpretation of a term against the party who supplied it is only recommendatory, serving as a guideline.<sup>55</sup> Given this, a judge may, under particular circumstances, interpret the term not negotiated individually in favor of the party who has integrated it in the contract.<sup>56</sup>

Both the CCG and the BGB reject the guideline function of the *Contra Proferentem* rule. These legislative acts candidly protect the interests of the non-drafting contract party and necessitate interpretation in their favor.

b)

The aforementioned issue is dealt in Article 346 of the CCG. It deems a standard contract term, disadvantaging the other contract party in contravention of principles of trust and good faith, as void. The protection standard set by this article extends to any counteragent of the offeror, whether a consumer or a professional entrepreneur.

The sphere governed by the aforementioned article has a long history. "In many countries, before the adoption of respective laws, the courts used to invalidate contracts which contradicted the principle of good faith."<sup>57</sup> Prior to 1976 changes, the courts tried to restrict the application of unfair and clearly unreasonable standard terms by the use of a "public order" clause.<sup>58</sup>

The CCG does not define what is to be understood in contravention of the principle of good faith. Accordingly, the entire risk of reviving the content of this article rests on the judiciary.

The BGB §307(2) contains clearer criteria on when should a term be regarded to be in bad faith. This is the case when the term does not correspond to the general idea of a dispositive legal norm for the avoidance of which the standard contract term was introduced; also when the parties' rights and obligations, intrinsic to the nature of the contract, are restricted to such extent that this poses risk to

the realization of the purpose of the contract. "The agreement on the exclusion of liability on the basis of a standard contract term shall not be regarded valid, if it disproportionately deteriorates the condition of an individual or is irreconcilable with the aims of legislative regulation."<sup>59</sup> The term is to be considered irreconcilable with "trust and the principle of good faith," if it limits the rights, intrinsic to the nature of the contract, to the extent posing risk to the realization of the purpose of the contract."<sup>60</sup>

Standard contract terms are not enforceable if they put the contract party in an unfavorable position in contravention of the principle of good faith. This prerequisite exists when the offeror, by unilaterally drafting the substance of the contract, instead of showing proper attention, maliciously attempts to execute his/her interests without taking into account those of the other party.<sup>61</sup>

Under Article 3(1) of the Directive, a contractual term contravenes the principle of good faith, if it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract and such imbalance is detrimental to the consumer. Article 4:110 (1) of the Principles also refers to the imbalance of the counteragent of the offeror. Imbalance may carry economic or legal character. In the first instance, economic consequences are significantly humiliating for the other party. In the second case, the term may be regarded as causing imbalance if it grants rights only to one of the parties.<sup>62</sup>

It should also be taken into account that the Directive governs only consumer contracts, that is, the contracts concluded between a professional and a consumer, while the Principles extend the scope of the article to all contracts, including commercial and administrative ones.<sup>63</sup>

It is noteworthy that, according to the Principles, the party may rescind the term of bad faith, while, under the Italian Civil Code, such term is deemed cancelled and cancellation is applied only in favor of the consumer.<sup>64</sup>

It is significant for the CCG to take international standards into account and frame the principle of good faith with clear-cut criteria.

c)

Articles 347-348 of the CCG contain additional crite-

<sup>52</sup> The so-called *Contra Proferentem* rule.

<sup>53</sup> Lando, O. and Beale, H. (2000) *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, London/Boston : Kluwer Law International.

<sup>54</sup> Reinhard, Z. (1992) *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, UK: Oxford University Press.

<sup>55</sup> Bush, D., Hondius, E.H., Kooten, J.v., Schelhaas, H.N. and Schrama, W.M.(2002) *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, US: Kluwer Law International.

<sup>56</sup> Lando, O. and Beale, H. (2000) *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, London/Boston : Kluwer Law International.

<sup>57</sup> Germany, BGH, 29th October 1956, cited in: Alexander, I. (fn. 50), 40.

<sup>58</sup> Coester-Waltjen, D. (fn. 35).

<sup>59</sup> Cf. Brandenburg, *Die teleologische Reduktion*, 1983, S52., cited in: Chachava (2011) *Competition of Claims and the Grounds of Claims*, Tbilisi: European and Comparative Law Institute .

<sup>60</sup> Westermann, *Das neue Kaufrecht*, NJW, 2002, S. 242., cited in: Chachava (fn. 59), 132.

<sup>61</sup> Vgl. BGHZ 90, 280 (284); Palandt/Grueneberg §307 Rn. 8. Zu einzelnen Beispielen Brox/Walker, BGB AT, Rn. 236b m. w. N., cited in: Looschelders, D. (fn. 9), 121.

<sup>62</sup> Lando, O. and Beale, H. (2000) *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, London/Boston : Kluwer Law International.

<sup>63</sup> Antonioli, L. and Veneziano, A. (fn. 43), 220.

<sup>64</sup> *Ibid*, 224.

ria for safeguarding natural persons not conducting entrepreneurial activities from unfair standard contract terms. Virtually identical bad-faith grounds are specified in the Annex to the Directive. In the light of its ambit, the regulation constitutes a further standard for the protection of consumer interests. The BGB §§308-309 are based on the implementation of the Directive. Thus, they also set the consumer protection standard.

The concept of “a natural person who is not conducting entrepreneurial activities” widens the category of protection standard beneficiaries more than it is allowed in case of ordinary consumers. Under sub-paragraph 3 of Article 1 of the Law of Georgia on the Entrepreneurs,<sup>65</sup> any activity of a natural person related to art, science, medicine, architecture, attorneys or notaries, advisories (including tax advisories), agriculture or forestry is not considered an entrepreneurial activity. Therefore, an attorney or a notary, acting as a natural person, is authorized to enjoy the protection standard foreseen in the abovementioned CCG articles. Given that the equation of an attorney or a notary with a special knowledge to a consumer cannot be deemed appropriate, the “consumer” concept should be applied only towards the beneficiaries of privileges established under these articles.

It has to be taken into account that the commentary, while discussing the abovementioned articles, notes that it is designed to protect the rights of non-entrepreneurial natural persons.<sup>66</sup> To define the notion of a non-entrepreneurial natural person, it is important to analyze the concept of an entrepreneurial natural person, formulated in Article 36 of the Tax Code of Georgia,<sup>67</sup> embracing, along with an individual entrepreneur, a natural person as determined under sub-paragraph 3 of Article 1 of the Law of Georgia on Entrepreneurs. Thus, we can conclude that the author of the commentary does not consider a natural person, prescribed by sub-paragraph 3 of Article 1 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, as the beneficiary of a protection standard. In the light of the foregoing, the necessity of applying the “consumer” concept is even more conspicuous.

The systemic adjustment of Articles 347-348 of the CCG is nonetheless significant. Both articles contain preambles similar to each other and, at a glance, create the impression of an artificially split provision. However, the BGB §§308-309, regulating the same issue, take the imperative or dispositive nature of a legal norm replaced by a standard contract term, as the dissociating criterion. §308

regulates the issue of the non-binding force of a standard contract term replacing an imperative norm, while §309, under the preconditions set by the clause, allows the loss of the binding force of a standard contract term replacing a dispositive norm. This could explain the views of some of the authors<sup>68</sup> that Article 347 of the CCG refers to the voidness of a standard contract term, while Article 348 refers to its rescission.

Thus, Article 348 of the CCG has to be interpreted adequately and, in terms of legislative amendments, the “voidness” notion should be replaced with the concept of “rescission.”

### 3. The Collision of Standard Contract Terms

The collision of standard contract terms is understood as an event when each of the parties to the contract proposes its own standard terms conflicting with the other party’s standard terms, for instance, an agreement concluded between two entrepreneurs.<sup>69</sup> The settlement of the issue is based on diverse theories, which need to be described in detail. Through the analysis of these theories, it may be concluded that the examination of a chosen rule clearly discloses the peculiarities of various countries and legal systems.

#### a)

According to the “first shot” theory, the party stating that it has accepted an offer should not be allowed to change the terms of an offer. In this event, the standard terms of the first offeror prevail.<sup>70</sup> Holland is a follower of this theory. If the offer and the acceptance refer to different standard contract terms, the second reference is generally ineffective.<sup>71</sup> The essential idea behind the theory is based on the presumption that the acceptance is usually expressed by the “yes” or “no” reply to the offeror’s proposal, whilst, in case of altered standard contract terms, a modified acceptance takes place and, respectively, the acceptance from the original offeror is required for the conclusion of a contract.

The “last shot” theory is dominant in England.<sup>72</sup> Under this doctrine, effective are the standard contract terms of the party which referred to them last, as the party ultimately sending the standard terms is deemed to be in control of the contract and, thus, a subject “who has won the battle.”<sup>73</sup>

The determination of the issue in accordance with the

<sup>68</sup> Todua and Willems (2006) Law of Obligations, Tbilisi.

<sup>69</sup> Kropholler, J. (fn. 41), 180.

<sup>70</sup> Lando, O. and Beale, H. (2000) Principles of European Contract Law, Parts I and II, London/Boston : Kluwer Law International.

<sup>71</sup> Dutch Civil Code, Article 6:225(3), cited in: Wilhelmsson, T. (fn. 7), 438.

<sup>72</sup> See B.R.S. v Arthur Crutchley (1967) 2 All E. R. 285, as well as Butler Machine Tool Co. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd. (1979) 1 All E.R. 965., cited in: Wilhelmsson, T. (fn. 7), 438.

<sup>73</sup> Antonioli, L. and Veneziano, A. (fn. 43), 135.

<sup>65</sup> Parliamentis Utskebani (Official Gazette of the Georgian Parliament), 1994, №21-22, Article 455.

<sup>66</sup> Chanturia, L. (2001) Commentary on the Civil Code of Georgia, Book Three, Tbilisi.

<sup>67</sup> Sakartvelos Sakanonmdeblo Matsne (Legislative Herald of Georgia), №54, 12.10.2010, Article 343.

“first shot” and the “last shot” rules is understood as the resolution of a problem under the procedural criterion, because, in the course of contract conclusion, the point of reference becomes decisive for the application of a particular standard term.<sup>74</sup>

b)

The principle of exclusion is one of the earliest rules for deciding the collision matter. It has been applied by the German courts in a number of instances to solve the problem. Under the Koblenz Land Supreme Court Decision,<sup>75</sup> when parties refer to contradicting standard terms, none of these conditions becomes part of the contract. Nevertheless, a contract is validly concluded if it becomes clear that the parties did not want to have the contract fail just because of lack of consensus on the standard terms.

This position is shared by Saco and De Nova, assuming that, in case of a conflict, both standard terms should be deemed void and the contract should be supplemented by respective provisions of the code so that its validity is not put at risk.<sup>76</sup>

The principle of exclusion ignores the agreement of both parties, including that part where their standard terms coincide with each other. Thus, it should not be regarded as an optimal solution to the issue.

c)

The principle of overlapping is reflected in Article 2:209 of the Principles. The main idea is that the standard terms define the substance of a contract only to the extent they are common. Conflicting standard terms exclude each other. If none of the party wishes to integrate the standard terms drafted by the other party in the contract, neither of the terms shall unweigh the other. Giving the party the right “to win the battle of standard terms by the first or last shot” would lead to the consequence dependent on an accidental factor.<sup>77</sup> The substantial, and not the procedural method, is regarded as the principal solution to the issue.<sup>78</sup> It respects the parties’ agreement in the part where their positions are common and allows the application of dispositive law only in relation to the issues governed by conflicting standard contract terms. As the contradicting terms exclude each other, they have to be replaced by applicable

law, customs and the principle of good faith.<sup>79</sup>

It is desirable for the CCG to share the Principles’ approach and, in cases of conflicting standard contract terms, apply the overlapping rule as the problem solution method.

#### 4. The Role of Dispositive Law in the Voidness of Standard Contract Terms

The CCG does not contain an explicit provision which would establish legal consequences for the standard contract term voidness. The reference in Article 342 of CCG, that, the rules deviating from or supplementing the norms prescribed by law are determined by means of standard contract terms logically gives rise to a presumption that the dispositive law replaces an invalid standard contract term. This also emanates from the general principle of good faith, recognized under section 3 of Article 8 of the CCG.

Nonintegrated or ineffective standard contract terms are replaced by the dispositive norms of law. If the issue is not governed by the law, the contract gaps should be filled through an expansive contract interpretation method.<sup>80</sup>

In contrast to the CCG, the BGB exclusively regulates this issue. Under §306 of the BGB, the relationship governed by the nonintegrated or ineffective standard contract terms is settled in accordance with the respective statutory norms. However, the contract will not have a binding force if the substance defined by this method would create an unreasonable hardship for one party.

It is desirable for the CCG to introduce a norm analogous to the BGB, in the sense of both adequate protection of the contract party and the achievement of a fair legal consequence, emanating from the principle of good faith.

## V. Conclusion

As a result of the comparative analysis of the CCG norms on standard contract terms, it is advisable to present several recommendations, the consideration of which will make the Code more refined and closer to the process of European unification. This in turn should play an important role in the integration of Georgian legislation in the common European legal space:

- Legal norms regulating standard contract terms should extend to terms not negotiated individually, as in both cases the risk of the offeror’s bad faith conduct persists;
- The counteragent of the offeror of a term not negotiated individually should be grouped in consumers and all

<sup>74</sup> Wilhelmsson, T. (2004) *Standard Form Conditions, Towards a European Civil Code* (3rd Ed.). UK: Kluwer Law International.

<sup>75</sup> OLG Koblenz WM 1984, 1347 et seq.; cited in: Schlechtriem, P. (1999) *Battle of the Forms in International Contract Law*, translation by Martin Eimer, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem5.html>

<sup>76</sup> Antonioli, L. and Veneziano, A. (fn. 43), 136.

<sup>77</sup> Lando, O. and Beale, H. (2000) *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, London/Boston : Kluwer Law International.

<sup>78</sup> Wilhelmsson, T. (2004) *Standard Form Conditions, Towards a European Civil Code* (3rd Ed.). UK: Kluwer Law International.

<sup>79</sup> Antonioli, L. and Veneziano, A. (fn. 43), 134.

<sup>80</sup> Looschelders, D. (2008) *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, München Vahlen.

---

other subjects, so that only consumers enjoy additional protection guarantees;

- The CCG should contain the definition of a consumer similar to the one considered in the Directive. In particular, a consumer should be interpreted as a natural person, which, at the time of conclusion of a contract, acts outside its entrepreneurial, business or professional interests;
- While deciding the voidness of a term contravening the principle of good faith, Article 346 of the CCG should formulate the criteria as coherent as those provided in §307 of the BGB;
- For the purpose of differentiating preambles of Articles 347-348 of the CCG, it is important that Article 347 of the CCG points at the possibility to use the right to rescission under the preconditions prescribed by the clause;
- In deciding the issue of conflicting terms not negotiated individually, the overlapping rule should be chosen, as it is foreseen under Article 2:209 of the Principles; and
- In case a term not negotiated individually cannot be integrated into the contract, the CCG should expressly state that the dispositive law determines the rights and obligations regulated by the clause, unless such alteration creates unfair consequences for the other party.

Tigran Arthuri Markosyan<sup>1</sup>

## Issues of the Review in the Civil Procedure of the Legally Enforced Judicial Acts as a Result of the Annulment of a Judicial Act and an Administrative Act Underlying it

### I. Introduction

*The human rights and freedoms that are considered the main pillars of the rule-of-law state and constitutional democracy in the modern world would be of declarative nature, if not guaranteed by effective mechanisms to restore the violated rights. Among them one should pay attention to the institution of review of judicial acts under the light of newly discovered circumstances, in general and the subject matters of this study, in particular, have been relatively less studied by scholars. The need to correctly identify the content of this basis of the review of the judicial acts in the law enforcement practice; to eliminate the existing gaps and shortcomings in the current civil procedure legislation and develop the existing legal regulation under these conditions yield objective timeliness to this work.*

### II. Stipulation of the Overturn of the Judicial Act and Abolition of the Administrative Act as Basis for the Review of the Legally Enforced Judicial Acts in the Civil Procedure

The existing civil procedural legislation enables the review of the legally enforced judicial acts, among other cases also in case, when because of some reasons the judicial act or administrative act that served as basis of that given judicial act are respectively overturned or abolished. In particular, according to the part 4 of Article 204.32 of RA Civil Procedure Code<sup>2</sup> (hereinafter referred to as CPC) “newly discovered circumstances are basis to review the judicial act, they have abolished the judicial act, ruling, decision of the administrative or local self-governing body, which served as basis to take that judgement”.

The stipulation of this group of newly discovered circumstances is first of all conditioned by the need to take into account the pre-judgment (in Latin “Praejudicio”) of the legally enforced judicial acts. The pre-judicial link between the acts of justice is expressed in that the legally

enforced initial judicial act pre-determines the content of the judicial act to be taken in the part, which deals with already confirmed facts in other cases examined in the past. Whereas, in that case all the need is to present the legally enforced judgment or sentence in the case tried in the past, which, as exception, are considered as having force approved beforehand (CPC part 2 Article 53).

This is explained that the facts, which were approved by the judgment or sentence made in the initial case, are considered as reliable; i.e. consistent with the reality<sup>3</sup>. For that very reason from the pre-judgment of the legally enforced judicial act the obligation of the court is derived to introduce this circumstance in the newly taken judicial act and the will of the participants to the case cannot have any impact in this matter. Consequently, the overturn of the initial judicial act should automatically result the invalidity of the circumstances considered pre-judged of other judicial act taken on its basis.

At the same time one should take into account that the pre-judgment of the judicial acts is not absolute and has objective limits of action. In other words – it assumes release from the obligation of proof only within certain limits for the case participants, as well as an obstacle to refute the double proof or similar circumstances in further trials.

According to CPC part 2 of Article 52 the circumstances approved by the legally enforced court judgment in previously tried civil case shall not be re-proved in trying another case in the court between the same persons. RA Court of Cassation has dealt with the analysis of this rule in a range of cases, including decision made on February 29, 2008 in civil case No 3-93 (VD) and formed a principal position, when the circumstances approved by the legally enforced judgment of the case tried in the past, may not be considered pre-judged. Thus, according to the aforementioned decision: “the circumstances approved by the legally enforced judgment of the case tried in the past in the meaning of RA Civil Procedure Code part 2 of Article 52 have pre-judgment significance for the case in trial, except for cases, when:

- a) this proven circumstance does not relate to the subject of the claim of the civil case tried in the past (is not ranked among circumstances to be proven) and/or
- b) This circumstance has been proven in outrageous violation of the formal procedural rules or under the conditions of restriction of the procedural opportunities of one of the parties”.

Unlike the legally enforced judgment in civil case tried in the past, in which all the proved circumstances, except for the aforementioned cases, are mandatory during the

<sup>1</sup> Assistant in the Civil Procedure Chair in YSU, Candidate of Legal Sciences.

<sup>2</sup> Adopted on 17.06.1998. See RASB 1998.09.09/20(53).

<sup>3</sup> See Osokina G. L., Court of Civil Procedure of Russia. General Part. Tutorial. – Tomsk. Ed. Tom.; 2002; pages 524-525.

case trial – the legally enforced sentence is mandatory for the court only in facts, according to which certain actions and persons committed them are proven. Moreover, not any, but only those actions proved by the legally enforced sentence are pre-judged, by means of which the objective side of the given crime is expressed<sup>4</sup>.

Thus, one can imply that the overturn of the judgment or sentence pre-judged for the judicial act by newly discovered circumstances can be basis for the revision of the judicial acts on condition, if the limits of pre-judgment of the initial judicial acts are observed. In the opposite case one can speak about the judicial mistake committed by the court, in case of which its revision by newly discovered circumstances, in our opinion, will be disguised appeal and can lead to the violation of legal certainty principle.

Besides, one must take into account that the link between the judicial acts taken in civil cases can be expressed by means of their obligation. The essence of this feature in general is mentioned in CPC Article 14, according to which the legally enforced judicial acts are mandatory for the case participants, but also for all the public bodies, their officials, legal persons and citizens and subject to performance all over the territory of the Republic of Armenia. The aforementioned entities must respect the prestige of the judicial act; contribute to its enforcement by proper actions; take into account the judicial act during their activities and cannot refer to the assumption that the legally enforced judicial act is not correct, as from the moment of legal enforcement the judicial act obtains the power of legal act and the court's power commandments – power of legal norm<sup>5</sup>.

In the context of the aforementioned we believe that the overturn of the judicial act, as newly discovered circumstance, should be classified even in case, when the latter was not pre-judged and put in the basis of the judicial act to be reviewed. Moreover, the aforementioned is not only about the overturn of the judgment, but any judicial act taken in a civil case, as CPC clause 4 of Article 204.32 uses “judicial act” concept and as such are the judgment, decision and payment order taken in civil cases (CPC Article 13).

In parallel with the judicial acts the legislature has ranked among the newly discovered circumstances' discussed group the abolition of those administrative acts, which also served as basis for making their reviewed judicial act.

One should mention that in the procedural science the

issue of qualifying the abolition of the judicial act as a newly discovered circumstance is sometimes explained by the fact that for the case tried in civil procedure the administrative acts can also have pre-judgment meaning, if those are taken within the jurisdiction of the respective bodies and officials<sup>6</sup>. Whereas such approach, irrespective of any reservation, is not acceptable, as the pre-judgment is one of the features of the legal force of exclusively court's judgments and sentences.

The relations in regard of adoption, enforcement and a range of other issues of administrative acts are regulated by RA Law on Fundamentals of Administration and Administrative Proceedings<sup>7</sup>. Part 1 of Article 53 of the aforementioned law is about definition of the administrative act concept, according to which “Administrative act is the decision, instruction, order or other individual legal act having external effect that administrative body adopted for the purpose of regulating a concrete case in the field of Public law, and is directed to the prescription, amendment, elimination or recognition of rights and obligations for persons”.

On many occasions its decision dealing with the issues of legal consequences of administrative acts RA Court of Cassation has emphasized the fact that unchallenged administrative act is legitimate and no person; including public body, cannot question its legitimacy. According to RA Court of Cassation: “If the administrative acts has not been challenged; its being void not approved; not deemed illegitimate – invalid; not cancelled, then consequently each person, according to RA Constitution Article 5 must refer on the presumption that it has been adopted by Constitution or laws within its jurisdiction”<sup>8</sup>.

Based on the aforementioned one can agree with the viewpoint of I. G. Filchenko that the use of the administrative act as basis for the court's conclusions is conditioned by the legal effect of those acts<sup>9</sup>. Whereas, based on them the court may draw conclusions about the rights and obligations of the parties, as well as consider approved other factual circumstances of the case.

In discussion the review of the judicial acts as a result of abolition of the administrative acts one should pay attention to the issue of when it was abolished. The point is that RA Law on Fundamentals of Administration and

<sup>4</sup> See RA Court of Cassation Decision No 3-1091 (VD) in civil cases dated September 5, 2007.

<sup>5</sup> See *Meghryan S. G.*, Judicial acts of civil cases of the first instance court. Yerevan State University. Yerevan. YSU publication; 2010, page 161.

<sup>6</sup> See *Rezumenko A. N.*; Review of judicial acts, entered into legal force, by newly discovered circumstances as an instance of the civil process. Dissertation of the Candidate of Law Sciences– Volgograd; 2001, page 80.

<sup>7</sup> Adopted on 18.02.2004. See RASB 2004.03.31/18¥317) Article 413.

<sup>8</sup> See, for example, RA Court of Cassation administrative case decision No 1,3986/05/09 dated June 25, 20120.

<sup>9</sup> See *Filchenko I. G.*; Procedural safeguards for taking a well-reasoned judicial decision in civil procedure. Dissertation of...Candidate of Law Sciences– Voronej; 2010, page 164.

Administrative Proceedings has envisaged an opportunity to cancel the legal effect of illegitimate administrative act from the moment of making a decision on invalidating it, as well as from the moment of its adoption. In the first case, i.e. in abolishing the administrative act from the moment of making a decision on invalidating it, it does not cause legal consequences just from that moment. Consequently, if the administrative act loses its effect from the moment of making a decision on invalidating it, then under those conditions, we believe, it should not be basis to review the legally enforced judicial act, as before making a decision on invalidating it, which also includes the period of taking the judicial act to be reviewed, the administrative act shall be deemed effective and subject to enforcement.

In legal literature there are often opinions that invalidating the normative legal acts as well can be basis to review the legally enforced judicial acts. Thus, for example, according to Y. A. Popova in case of invalidating the normative legal acts as well there are all the grounds to review the judicial acts on the basis of newly discovered circumstances<sup>10</sup>.

Unlike Y. A. Popova I. A. Petrova considers the invalidation of the normative legal acts as a newly discovered circumstance in the exclusive case, when the respective normative act has been invalidated from the moment of its entering into effect<sup>11</sup>. Moreover, this position has been reflected in the law enforcement practice of the Russian Federation<sup>12</sup>.

The applicability of both the first and the second viewpoints under the conditions of the current civil procedure legislation yields some uncertainty. The point is that CPC part 2 of Article 204.32 has not implicitly stipulated the invalidation of the normative legal acts as newly discovered circumstance.

We believe that the use of the phrase “decision of the local self-governing body” separate from the administrative acts in this provision does not set up basis to draw such conclusion, as it does not mention the normative nature of the decision of the local self-governing body. This enables to draw a conclusion that in this case the legislature meant the individual legal acts of the local self-governing body. Moreover, as it stems from the combination of the Articles

3 and 53 of RA Law on Fundamentals of Administration and Administrative Proceedings, the individual legal act of the local self-governing body is also an administrative act; hence, to stipulate them separately in CPC clause 4 of Article 204.32 is not a good idea.

Based on the aforementioned, we believe, that the view of the authors to consider the invalidating of the normative legal acts as newly discovered circumstance seems to be vulnerable. From the other hand; however, we consider more appropriate to discuss the subject matter from the viewpoint of enforcement features of the moment of invalidating the normative legal acts and consequences of annulment.

RA Administrative Procedure Code<sup>13</sup> Article 199 is designated to settle this matter, according to which the invalidated normative act, as a rule, loses its effect from the moment of official promulgation of the administrative court’s decision about its annulment and based on it - the administrative or judicial acts taken and enforced within the period preceding the making of the administrative court’s decision are not to be reviewed; however, from the moment of official enforcement of the administrative court’s decision cannot be enforced anymore. That is to say that, according to the general rule, the legislature has envisaged a period for invalidating the normative legal acts the moment that administrative court’s decision on it enters into effect and this fact has not been given retroactive effect.

And in all those cases, when the invalidation of the normative legal act from the moment of its entering into effect can lead to severe consequences for the public and state, then the legislature has made an exception from the aforementioned rule and allowed the invalidation of the normative legal act from the moment of its entering into effect. Moreover, as logical conclusion of such exception, it has envisaged also a requirement to review the judicial acts taken on the basis of such acts. In particular, according to RA Administrative Procedure Code part 8 of Article 199 the undisputable individual acts about the normative legal acts invalidated from the moment of their entering into effect, as well as adopted on their basis or reproducing their content, including the judicial acts entered into effect, should be reviewed by the public or local self-governing bodies that adopted them, upon request of the interested parties, if adopted according to the rules established for the revision of individual act according to new circumstances during the last two years preceding the annulment of invalidated normative acts.

In the aforementioned context it becomes obvious that

<sup>10</sup> See *Popova Y. A.*; Legal procedure in cases deriving from public-legal relations (theoretical problems). Krasnodar KSAU; 2002, page 159.

<sup>11</sup> See *Petrova I. A.*, Review of Judicial Acts by Newly Discovered Circumstances in Civil and Arbitration Processes (comparative-legal aspect). Dissertation ... Candidate of Law Sciences—Moscow, 2010, page 135.

<sup>12</sup> See Collection of Resolutions of the Plenums of Supreme Court and Highest Arbitration Court of the Russian Federation in civil cases / compiled by Doctor of Law Sciences, Professor *A. P. Sergeev*. – 4<sup>th</sup> edition; amended; – M.: Prospect, 2009, pages 1111-1112.

<sup>13</sup> Adopted on 05.12.2013. See RASB 2013.12.28/73¥1013).1 Article 1186.1.

there is dissonance between RA Administrative Procedure Code parts 8 of Article 199 in the sense that CPC has not stipulated certain mechanisms to ensure the review of the judicial acts made on the basis of the normative legal acts invalidated from the moment of entering into effect. Therefore, for the purpose of bridging the existing legal gap it is necessary that the invalidation of the normative act from the moment of entering into effect to be envisaged among the grounds of reviewing the judicial acts of CPC and the two year limit envisaged by RA Administrative Procedure Code part 8 of Article 199 should be abolished.

Coming back to the review of newly discovered circumstances envisaged in CPC Article 204.32, one should mention that unlike to what is envisaged in CPC clauses 1-3 of Article 204.32, it is not characteristic for them to exist during the case examination and to remain unknown due to objective reasons. The aforementioned is conditioned by the fact that the overturn of the judicial acts, as well as abolition of the administrative acts, irrespective of the moment of their annulment, in objective reality emerge after the end of case examination, under the conditions of which, virtually cannot be newly discovered<sup>14</sup>. For that very reason those are rather new circumstances, which, as S. S. Zavriev rightfully mentions, are equated by the law to the newly discovered circumstances<sup>15</sup>. And in considering the issue from this viewpoint it seems more appropriate to rank them among CPC, which stems from the need to introduce the same criteria in the basis of the legal regulation of the subject matter.

### III. Conclusion

Thus, the comparative analysis of the approaches encountered in the civil procedure law science, existing legislation and formed judicial practice enables us to state that the current civil procedure legislation has some gaps and shortcomings. On the basis of that fact we recommend to amend CPC Article 204.33 with the following content of clauses 3-4:

“4) Judicial act, judgment have been overturned or administrative act has been invalidated from the moment of its adoption that served as a basis for taking the given judicial act and

5) the Administrative Court has considered as invalid from the moment of entering into effect the normative legal act, based on which the given judicial act was adopted.”

<sup>14</sup> See ECHR Judgment *Bulgakovan vs. Russia* dated January 18, 2007, clause 39.

See *Zavirev S.S.* Revision by newly discovered circumstances the decisions, judgments and resolutions of the presidium of the supervisory instance court, entered into force, in civil proceedings. Dissertation... Candidate of Law Sciences – Moscow, 2008, page 51.

Zakaria Shvelidze<sup>1</sup>

## The Degree of Europeanization of Labor Regulations in the South Caucasus Region: A Comparative Study of Labor Standards in Armenia, Azerbaijan and Georgia

### I. Introduction

As indicated in the Strategy Paper on the European Neighborhood Policy (ENP), the European Union (EU) has a strong interest in the stability and development of South Caucasus.<sup>2</sup> The EU wishes to see reinforced, credible and sustained commitment towards democracy, the rule of law, respect for human rights, and progress towards the development of market economy. The level of the EU's ambition in developing links with each partner through the ENP will take into account the extent to which common values are effectively shared. These priorities are incorporated in jointly agreed Action Plans covering the following key areas - strengthening democracy and the rule of law, promotion and respect of human rights and fundamental freedoms, including gender equality, trade union rights, and other core labor standards.<sup>3</sup> According to the Action Plans,<sup>4</sup> the countries shall continue efforts to ensure the implementation of the core labor standards in accordance with European standards and relevant ILO conventions. By force of the EU Partnership and Cooperation Agreements (PCA) with Armenia,<sup>5</sup> Azerbaijan<sup>6</sup> and Georgia,<sup>7</sup> the parties recognize the importance of alignment of existing and future legislation to that of the EU. According to the PCAs, the countries shall endeavor to ensure that the national legislations will be gradually made compatible with the EU regulations. The alignment process should extend to

the different areas of law, and the protection of workers at the workplace is among the priority fields of harmonization. Therefore, the paper provides a comparative analysis of labor standards in Armenia, Azerbaijan<sup>8</sup> and Georgia.<sup>9</sup> The comparison will be focused on the degree of compliance of national labor regulations with the EU Directives. To accomplish this, this study paper examines the minimum requirements prescribed by existing legislations and covers the standards designed to improve the working conditions and protect employees' rights. Particularly, the following topics will be researched: forms of employment contracts, employment discrimination, working hours and overtime work, dismissal, collective redundancies, and ownership change.

The methodology for comparing labor standards will be based on the paper of Block, Berg, and Roberts, where they examine and compare labor standards in the EU and United States.<sup>10</sup> Each researched standard will be assigned scores according to the following scheme: the jurisdiction of the target country with the provision that provides the greatest protection for workers will be granted the maximum score of ten. Where a jurisdiction does not have a similar standard that the other jurisdiction had enacted, that jurisdiction will be given a score of zero. The jurisdiction that had enacted a weaker provision than the other jurisdiction, that jurisdiction will be granted a score of five. Additionally, a weighting scheme of labor standards is proposed.<sup>11</sup> The scores of each standard will be multiplied by the weight attributed to the standard. The scores of each standard for the jurisdiction will be then summed up to obtain a total score for the jurisdiction. Finally, the countries will be ranked in accordance with the scores obtained. As a result, the paper will evaluate how the labor standards of target countries comply with the EU standards.

### II. Employment Contracts

#### 1. Armenia

According to the Armenian Labor Code, an employ-

<sup>1</sup> Zakaria Shvelidze is a PhD student and invited lecturer at Tbilisi State University, law faculty and senior associate at Gvinadze and Partners.

<sup>2</sup> In 2004, Armenia, Azerbaijan and Georgia were included in the ENP.

<sup>3</sup> Communication from the Commission of 12 May 2004, "European Neighbourhood Policy - Strategy Paper", COM(2004) 373, P10-11. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0373:FIN:EN:PDF>,

<sup>4</sup> EU-Armenia Action Plan can be found at: [http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action\\_plans/armenia\\_enp\\_ap\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action_plans/armenia_enp_ap_final_en.pdf), EU-Azerbaijan Action Plan can be found at: [http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action\\_plans/azerbaijan\\_enp\\_ap\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action_plans/azerbaijan_enp_ap_final_en.pdf), EU-Georgia Action Plan can be found at: [http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/eu\\_georgia/booklet\\_a4\\_2\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/eu_georgia/booklet_a4_2_en.pdf),

<sup>5</sup> EU-Armenia PCA can be found at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELE:21999A0909%2801%29:EN:NOT>,

<sup>6</sup> EU-Azerbaijan PCA can be found at: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21999A0917\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21999A0917(01):EN:NOT),

<sup>7</sup> EU-Georgia PCA can be found at: [http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/eu\\_georgia/eu\\_georgia\\_pca\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/eu_georgia/eu_georgia_pca_en.pdf),

<sup>8</sup> The texts of Armenian and Azerbaijani labor laws are taken from NATLEX, the ILO database on national labor legislations which can be accessed at: [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex\\_browse.byCountry?p\\_lang=en](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.byCountry?p_lang=en),

<sup>9</sup> The paper examines Georgian Labor Law with the slight focus on regulations that were effective before 2013 July amendments to the Labor Code.

<sup>10</sup> Block, R.N., Peter, B. and Karen, R. (2003) 'Comparing and Quantifying Labour Standards in the United States and the European Union' *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 19 (Winter), [http://www.ilo.org/public/english/iira/documents/congresses/world\\_13/track\\_3\\_block.pdf](http://www.ilo.org/public/english/iira/documents/congresses/world_13/track_3_block.pdf)

<sup>11</sup> Standard on dismissal was assigned a weight of 1; standard on forms of employment contract - a weight of 0.9; standard on employment discrimination - a weight of 0.8; standard on working hours and overtime work - 0.7; standard in collective redundancies - 0.6; and standard on ownership change - 0.5.

ment contract shall be made in writing.<sup>12</sup>The Labor Code allows the possibility to conclude a fixed-term employment contract if an employment relation cannot be established for an indefinite term due to the nature of work or conditions of its execution. The Labor Code also lists the grounds for concluding a fixed-term contract.<sup>13</sup>

## 2. Azerbaijan

As established by the Azerbaijani Labor Code, an employment contract shall be executed in writing.<sup>14</sup> Moreover, the Labor Code introduces an annex containing a form as the compulsory template of the employment contract, meaning that employment contracts shall be made in compliance with the agreement attached to the Labor Code.<sup>15</sup> An employment contract may be concluded for an indefinite duration<sup>16</sup> or fixed-term with a period up to five years.<sup>17</sup>By the force of the Labor Code, fixed-term contracts are allowed to be concluded when the work is not of a permanent nature, considering the characteristics of work duties, terms and conditions of their execution.<sup>18</sup>

## 3. Georgia

Georgian Labor Code previously allowed an employer and an employee to freely conclude an oral employment contract. The 4 July 2013 amendments to the Labor Code (the 2013 Amendment) specify that an employment contract shall necessarily be made in a written form if the employment relation continues for more than three months. The original Labor Code did not restrict the use of successive fixed-term employment contracts; while according to the 2013 Amendment, when the period of a Labor relationship

does not exceed one year, a fixed-term employment contract may be concluded only in specific circumstances.<sup>19</sup> Therefore, conclusion of a fixed-term contract with the period of over one year does not require having the respective grounds defined by the Labor Code. However, the 2013 Amendment sets another limitation in connection with the conclusion of a fixed-term contract, viz., the employment contract is deemed to have been made for an indefinite term if it is concluded for a period of more than thirty months or if the employment relation continues on the basis of two or more successive fixed-term contracts and the duration of this employment relation exceeds thirty months. Fixed-term employment contracts shall be deemed successive if the existing employment contract is prolonged immediately after the expiration of the contract term or if the period between the expiration of one employment contract and the entry into force of the next employment contract does not exceed sixty days. All the above described restrictions do not apply to start-up business employers.<sup>20</sup>

## 4. EU Regulation

The issue of fixed-term contracts at EU level is regulated by the Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 (concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP<sup>21</sup>) whereby, in order to prevent abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts, Member States shall, where there are no equivalent legal measures to prevent abuse, introduce, in a manner which takes account of the needs of specific sectors and/or categories of workers, one or more of the following measures: (a) objective reasons justifying the renewal of such contracts or relationships; (b) the maximum total duration of successive fixed-term employment contracts or relationships; and (c) the number of renewals of such contracts or relationships.<sup>22</sup>All three researched jurisdictions estab-

<sup>12</sup> Armenia: Labor Code of 2004, Articles 14(1), 85(1).

<sup>13</sup> Fixed-term contracts may be signed with employees in elective position, employees performing seasonal jobs, employees replacing an employee temporarily absent from work, and employees performing a maximum two months period of temporary work as the Labor Code permits using temporary contracts that shall be concluded for the term of maximum two months.

<sup>14</sup> Azerbaijan: Labor Code of 1999: Article 44(1). In accordance with the terms and definitions provided by the Labor Code, employment contract is defined as a written contract entered into by and between an employer and employee on an individual basis stipulating the basic conditions of employment relations and parties' rights and obligations. Article 7.2 also explains that employment relations are originated upon the execution of a written employment contract.

<sup>15</sup> Article 44(3) specifies that the employment contract shall be signed in two copies, one for each party.

<sup>16</sup> Article 45(4) sets that an employment contract may be made for an indefinite duration when it is known in advance that the work to be performed is of permanent nature.

<sup>17</sup> Azerbaijan: Labor Code of 1999: Article 45(1).

<sup>18</sup> In this regard, Article 47 lists the cases when the conclusion of fixed-term contract is permitted: e.g., replacement of an employee temporarily absent from work, seasonal work, short-term works in the sphere of renovation/construction.

<sup>19</sup> According to Article 6(1)2, except when the fixed-term contract is made for one year or for a period of more than one year, a fixed-term contract shall be concluded only if the performance of work is related to the following conditions: a) Performance of specific work; b) Seasonal work; c) Temporary increase in the volume of work; d) Replacement of an employee temporarily absent from work following the suspension of employment relations; e) Other objective circumstances under which the purpose to use fixed-term contracts is justified.

<sup>20</sup> Restrictions on fixed-term contracts shall not apply to entrepreneurial entities, if the period from the public registration of such entity does not exceed forty eight months ("start-up enterprise"), provided that for the purposes of this exception, the duration of the fixed-term contract shall not be less than three months.

<sup>21</sup> The Directive puts into effect the framework agreement on fixed-term contracts concluded on 18 March 1999 between the general cross-industry organizations (ETUC, UNICE and CEEP).

<sup>22</sup> Foster, N. (2006) *Blackstone's Statutes EC Legislation*, Oxford, UK: Oxford University Press.

lish the use of fixed-term contracts but provide respective grounds for its conclusion (in Georgia the restrictions apply to fixed-term contracts that are less than one year in duration). Additionally, Azerbaijani and Georgian labor codes limit the cumulative duration of definite term contracts. As for the requirement of the written form, according to the Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 (on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship), an employer shall notify an employee of mandatory information not later than two months after the commencement of employment in one of the following forms: written employment contract, a letter of engagement, and a written document containing information on the essential elements of employment relationship.<sup>23</sup> Similarly, researched jurisdictions accomplish EU requirements as they make written employment contracts mandatory. As an exception, in Georgia an employer and employee are permitted to have oral agreement for employment relationship for a total duration not exceeding three months. The scope of application of the 91/533/EEC Directive allows Member States not to apply the Directive in cases where contracts or employment relationships last less than one month. Regardless of this two months gap, Georgia, together with Armenia and Azerbaijan, should be given the highest score of ten.

### III. Prohibition of Employment Discrimination

#### 1. Armenia

In the Armenian Labor Code, regulation of anti discrimination concept is achieved through a combination of three articles. At first, the idea of equality is introduced as one of the main principles of labor legislation.<sup>24</sup> Moreover, by force of article 114(4), a dismissal shall be considered as unlawful in situations where the reasons for the termination of contract involve: gender, race, nationality, language, origin, citizenship, social status, religion, marital and family status, age, belief or view, and membership of a trade union, political party or associations. Additionally, Article 178(1) legislates that men and women shall receive equal remuneration for the work of equal value.

<sup>23</sup> At least the identities of the parties, the place of work, nature or category of the work, remuneration and working hours. See Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1991:288:0032:0035:EN:PDF>,

<sup>24</sup> Armenia: Labor Code of 2004, Article 3(1.3)

#### 2. Azerbaijan

Article 16 of the Labor Code prohibits discrimination in employment relations based on citizenship, gender, race, belief, nationality, language, place of residence, economic condition, social origin, age, marital status, religion, political views, membership of trade unions or other associations, professional status, or other factors not connected with professional skills or the employee's performance. The Labor Code also expands the discrimination rules by excluding direct or indirect preference, privilege or restriction of rights based on prohibited grounds.

#### 3. Georgia

The Labor Code prohibits any type of discrimination in the employment and pre-employment relations on the basis of race, color, language, ethnic and social belonging, nationality, origin, economic condition or status, place of residence, age, gender, sexual orientation, disability, membership of religious or any other organization, marital status, and political or other views.<sup>25</sup> Georgian Labor Code prohibits harassment (as a form of direct discrimination) defined as behavior that is aimed at or results in humiliating employees or violates their dignity. It also provides for justified unequal treatment.<sup>26</sup> Under the 2013 Amendment, the burden of proof is shifted to the employer to show that there has been no breach of the principle of equal treatment; if the employee provides a prima-facie case that the employer has violated anti-discrimination norms, and then the burden of proof is imposed on the employer to prove that no such discrimination took place.<sup>27</sup>

#### 4. EU Regulation

The EU legislation has significantly contributed to the development of addressing employment discrimination; the positive legal developments in the area of employment discrimination law at European level have happened because of the existence of the EU.<sup>28</sup> Since 1975 up to date, numerous important directives regulating employment discrimination

<sup>25</sup> Georgia: Labor Code of 2006, Article 2(3)

<sup>26</sup> According to Blanpain, justified unequal treatment is called differentiation. See Blanpain, R. (1985) *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment in Comparative Labour Law and Industrial Relations* (Blanpain, R., Eds.). US: Kluwer Law and Taxation Publishers.

<sup>27</sup> Georgia: Labor Code of 2006, Article 40<sup>2</sup>.(3).

<sup>28</sup> Kilpatrick, C. (2002) *Emancipation Through Law or the Emasculation of Law? The Nation-State, the EU, and Gender Equality at Work in Labour Law in an Era of Globalization* (Joanne, C., Richard, M.F. and Klare, K.E. Eds.). Oxford, UK: Oxford University Press.

have been adopted.<sup>29</sup> Considering EU regulations and compared to the Georgian Labor Code, in Armenian and Azerbaijani labor codes the following grounds are not seen among protected grounds against discrimination: color, ethnic belonging, sexual orientation, and disability. Based on strictly limited provisions, it can be said that Armenia has no legislation prohibiting employment discrimination. In contrast to the Georgian legislation, Azerbaijani Labor Code does not regulate the issue of harassment and does not provide for justified unequal treatment. Therefore, Georgia has the highest anti-discrimination standard resulting in the score of ten, while Azerbaijan scores five and Armenia - zero.

## IV. Working Hours

### 1. Armenia

In Armenia the working time shall not exceed eight hours a day and forty hours a week. Daily working hours together with overtime shall not exceed twelve hours and the weekly working time including the overtime shall not exceed forty eight hours. Overtime work for successive two days is limited to four hours and annual limit for overtime work constitutes 120 hours. In addition to normal hourly wage, overtime work shall be compensated at the extra rate of fifty percent of hourly wage. Employees are entitled to a daily rest break not less than thirty minutes and a maximum of two hours. Employees may not be scheduled to work on Sundays (and on Saturdays and Sundays for a five-day workweek).<sup>30</sup>

### 2. Azerbaijan

According to the Azerbaijani Labor Code, daily working time is limited to eight hours while maximum weekly working hours shall not exceed forty hours. Overtime work shall

not exceed four hours for two successive days, and two hours for two successive days in harmful and dangerous workplaces. For each hour of overtime work, an employee shall be compensated at a rate at least double the amount of the average hourly wage rate. The Labor Code prohibits remunerating overtime in the form of day-off. An employee shall be granted a rest and meal break during the workday, but the Labor Code does not define the duration of the rest break.<sup>31</sup> As a rule, an employee shall have a five-day workweek with two rest days. An employer may establish six-day workweek in establishments where five-day working week is not regarded as feasible.<sup>32</sup> As for the guarantees of minimum rest periods, an employee shall be granted not less than twelve consecutive hours between working days and a minimum uninterrupted rest period of forty two hours during the workweek.<sup>33</sup>

### 3. Georgia

Under the Labor Code, the regular working hours are up to forty hours a week. The legislation provides an exception to this basic working time standard, whereby working time shall not exceed forty eight hours per week in enterprises having specific work regimes where the production/work process requires more than eight hours of uninterrupted work. The Labor Code does not make provision for rest break during the working day or rest period within the working week. The maximum daily working time is also not legislated. However, the daily limit of working hours (twelve hours) is derived from the regulation on minimum daily rest periods; the length of rest time between the working days shall not be less than twelve consecutive hours. The Labor Code does not set a limit for overtime work. Thus, the maximum duration of overtime Labor is a subject of the parties' free will. As the law does not regulate statutory daily rest break and minimum rest periods for the working week, it is allowed to work seven days a week with twelve hours working days, which add up to eighty four hours of the maximum weekly working hours, wherein forty hours of work will be qualified as regular working hours, and the remaining hours as overtime work.<sup>34</sup> The overtime work shall be reimbursed at an increased rate of the normal hourly wage and the exact amount of overtime compensation is defined by agreement between the parties. Alternatively, parties may agree to al-

<sup>29</sup> Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the convergence of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women; Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions as amended by Directive 2002/73; Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security; Council Directive 96/97/EC of 20 December 1996 amending Directive 86/378/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes; Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex; Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, see Foster, Blackstone's Statutes EC Legislation.

<sup>30</sup> Armenia: Labor Code of 2004, Articles 139, 146(1), 152, 155(1), 184.

<sup>31</sup> Azerbaijan: Labor Code of 1999, Articles 89(2), 100, 165, 103.

<sup>32</sup> According to Article 90(3), for six-day working weeks: (i) when the working week is limited to forty one hours, daily working hours shall not exceed seven hours; (ii) when the working week is thirty six hours long, the daily working hours shall be capped at six hours; (iii) when the working week is limited to twenty four hours, daily working hours are restricted at four hours.

<sup>33</sup> Azerbaijan: Labor Code of 1999, Article 104.

<sup>34</sup> Shvelidze, Z. (2012) 'Working Time Regulation in Georgia' *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, Volume 1, No. 1-2.

locate additional leave to the employee in lieu of overtime pay.<sup>35</sup>

#### 4. EU Regulation

The EU Directive 2003/88/EC (concerning certain aspects of the organization of working time) states that the average working time for each seven-day period, including overtime, shall not exceed forty eight hours, over a reference period not exceeding four months. According to the Directive, a daily rest period shall consist of at least eleven consecutive hours over a twenty four hours period. Additionally, where the working day is longer than six hours, every worker shall be entitled to a rest break. And finally, the Directive provides that per each seven-day period, every worker shall be entitled to a minimum uninterrupted rest period of twenty four hours.<sup>36</sup> Armenian and Azerbaijani Labor codes mainly comply with the Working Time Directive. As regards Georgia, the Labor Code fails to comply with the EU regulation as it does not stipulate employee's right to be entitled a rest break during working day and a minimum uninterrupted rest period of twenty four hours, during a seven-day period. Although normal weekly working hours is set at forty hours, weekly overtime work can be extended to eighty four hours. Based on this, Georgia was assigned a score of five, while Armenia and Azerbaijan – score of ten.

#### V. Dismissal

##### 1. Armenia

The employer can terminate an employment contract on the following grounds: company liquidation; severe economic circumstances unrelated to the behavior of the employee;<sup>37</sup> incapacity of an employee to occupy the position or fulfill work functions;<sup>38</sup> reinstatement of a previous employee; employee's regular failure to perform his or her contractual duties or violation of labor discipline without reasonable excuse;<sup>39</sup> losing confidence in employee;<sup>40</sup> employee's long-term absence from workplace because of

temporary disability;<sup>41</sup> employee's appearance at the workplace under the effect of alcohol or drugs; absence from work for the whole day without providing a valid reason; employee's refusal to undergo compulsory medical examination; and employee has reached pensionable age.<sup>42</sup> In addition to the requirement of justification,<sup>43</sup> an employer is obliged to make a two weeks<sup>44</sup> or two months<sup>45</sup> advance written notification<sup>46</sup> depending on the ground of dismissal.<sup>47</sup> If an employee is dismissed on the ground of reinstatement of a previous employee, or the employee appeared at the workplace under the effect of alcohol/drugs, or the employee has reached pensionable age, the employer shall observe the period of notice depending on the employee's length of service.<sup>48</sup> Prior notice before terminating an employment contract is not required in case of losing confidence in an employee, or employee's long-term absence from the workplace (because of temporary disability) or employee's absence from work for the whole day without providing a valid reason constitute grounds for contract termination.<sup>49</sup> The basic amount of severance payment is one month salary. In certain circumstances, the severance payment is increased depending upon the seniority of the employee.<sup>50</sup>

<sup>41</sup> By force of Article 113(6), long-term absence from workplace means when the period of disability exceeds 120 consecutive days or 140 days within last twelve months.

<sup>42</sup> Armenia: Labor Code of 2004, Article 113.

<sup>43</sup> As stated in the Article 115(3), warning notice shall contain basis and reason for dismissal.

<sup>44</sup> When an employer terminates employment relations based on the fact that an employee regularly fails to perform his or her contractual duties or violates labor disciplines without reasonable excuse, or the employee refuses to undergo compulsory medical examination, employer shall give two weeks prior notice.

<sup>45</sup> During company liquidation, or incapacity of an employee to occupy the position/fulfill work functions constitute grounds for contract termination, an employer shall give two months written notification.

<sup>46</sup> Pursuant to Article 115(4), during the period of advance notice, a dismissed employee shall be provided with the free time to look for a new job.

<sup>47</sup> According to the Article 115(2) of the Labor Code, in case of violation of notification term, an employer shall pay the penalty for each delayed day, calculated based on the average daily wage of the employee.

<sup>48</sup> According to Article 115, an employer shall give at least fourteen days advance notification for those with up to one year of service with the same employer; thirty five days advance notification for employees between one and five years of service; forty two days - for employees between five and ten years of service; forty nine days - for those with up to fifteen years of service and finally; and sixty days for employees with over sixteen years of service.

<sup>49</sup> Armenia: Labor Code of 2004, Article 123.

<sup>50</sup> As indicated in Article 129, if an employee is dismissed on the ground of reinstatement of a previous employee, or an employee appeared at the workplace under the effect of alcohol/drugs, or an employee has reached pensionable age, severance shall be paid based on the following scheme: for employees with up to one year of continuous service with the same employer – ten days average salary; from one to five years of service – twenty five days average salary; from five to ten years of service - thirty days average salary; from ten to fifteen years of service- thirty five days average salary; and more than fifteen years of service – forty days average salary.

<sup>35</sup> Georgia: Labor Code of 2006, Articles 14, 17.

<sup>36</sup> Foster, N. (2006) *Blackstone's Statutes EC Legislation*, Oxford, UK: Oxford University Press.

<sup>37</sup> Changes in the volume of production or in the economic, technological or management conditions, downsizing.

<sup>38</sup> According to Article 120(3), incapacity of an employee to occupy the position or fulfill work functions is evaluated by the employer.

<sup>39</sup> In accordance with Article 121(1), an employee can be dismissed based on the said ground after being punished twice.

<sup>40</sup> As described by Article 122, loss of confidence in terms of this provision means (i) the employee (responsible for goods and material valuables) performed an action as a result of which the employer has suffered financial damage, (ii) the employee (performing educational functions) committed an act inconsistent with his/her work; (iii) employee disclosed state, formal, trade or technological confidential information.

## 2. Azerbaijan

The Labor Code provides an exhaustive list of grounds for dismissal and an employment agreement may be terminated (on the employer's initiative) only on the following grounds: liquidation of an enterprise; staff redundancy or downsizing;<sup>51</sup> lack of qualification or professional skills;<sup>52</sup> and employee's failure to perform work duties or obligations under the employment agreement including gross violation as specifically defined by the Labor Code.<sup>53</sup> An employer is barred to terminate the employment contract agreement with certain categories of employees even in cases of gross violation of employment.<sup>54</sup> As for prior notification, in the case of downsizing, the employer must notify the affected employee at least two months prior to the expected termination of the employment agreement. By consent of the employee, the notice period may be sub-

stituted by two months' average salary.<sup>55</sup> An employer is not obliged to provide any prior notice and no severance compensation is payable if an employee's failure to perform work duties/obligations represents the ground for dismissal. If an employment contract is terminated on the ground of liquidation of an enterprise or staff redundancy, the employer shall pay severance payment of not less than an average monthly salary, and if a dismissed individual remains unemployed for additional two months, an employer shall pay extra two month's average monthly salary.<sup>56</sup> When an employer dismisses managerial personnel on the ground of ownership change, the employer shall pay at least three times average monthly salary.

## 3. Georgia

Prior to the entry into force of the 2013 Amendment, an employer was free to dismiss an employee without advance notification, with a good cause or bad cause, for any reason or for no reason, and an employee was only entitled to a severance pay equivalent to at least one month's salary. On the contrary, the 2013 Amendment lists the grounds for dismissal: economic circumstances, technological or organizational changes entailing a reduction in the workforce; expiration of employment contract; completion of the work considered under the employment contract; employee's qualification or professional skills is incompatible with the occupied position; gross violation of employment duties as defined by the employment contract; repeated violation of employment duties within one year after disciplinary sanctions have already been imposed; employee's long-term inability;<sup>57</sup> and other objective circumstances justifying dismissal.<sup>58</sup> The rules concerning grounds for termination possess an imperative character and an employer shall provide reason for dismissal.<sup>59</sup> An employer is obliged to give a written notification to the employee thirty calendar days in advance and pay at least one month severance compensation within thirty

<sup>51</sup> During downsizing, individuals with higher qualification and professional level shall retain their position. In case of equal qualification, following employees have priority right to remain employed during redundancy: members of families of martyrs (civilians killed in a 1990 military operation against protesters of the Soviet regime as well as people who died in the fight for the freedom, sovereignty and territorial integrity of Azerbaijan); war veterans; spouses of soldiers and officers; individuals raising two or more children under the age of sixteen; individuals who were disabled or who contracted occupational diseases at the given enterprise; and individuals with the status of refugee or displaced person.

<sup>52</sup> The decision on employee's skills, knowledge and professional suitability to perform assigned duties is made by the skills assessment body comprised of staff members and trade union representatives and members appointed by the employer.

<sup>53</sup> Article 72 lists the following cases of gross violation: absence from work for an entire day without a justifiable cause, except for cases of personal illness or illness or death of close relatives; appearing at the workplace under the influence of alcohol, narcotics or other intoxicating substances; causing material damage to an owner of the enterprise as a result of the employee's faulty act or omission; causing injury or death to co-workers due to failure to adhere to safety rules which results from an employee's faulty act or omission; intentional disclosure of important production, commercial or state confidential information; causing serious damage to the lawful interests of the employer, enterprise or enterprise owner resulting from gross mistakes or illegal acts committed during working hours; repeated violation of employment duties if disciplinary sanctions have already been imposed on the employee during last six months; committing a crime or administrative offense in the workplace.

<sup>54</sup> By force of Article 79 of the Labor Code, the employment agreement may not be terminated with the following types of employees or in the following situations: pregnant women and women who have children under the age of three; employees whose sole source of income comes from the enterprise; where they work and who are raising children younger than school age; employees who have temporarily lost their employability; for the membership of trade unions or political parties; and employees who are on vacation, business trip, or are engaged in collective bargaining. This restriction does not apply to termination on the ground of liquidation of an enterprise or expiry of the term of a fixed term employment agreement.

<sup>55</sup> Azerbaijan: Labor Code of 1999: Articles 77(1) and 77(4). According to Article 77(2), during the two months' notice period, the affected employee must be given at least one paid day off per week to look for another job.

<sup>56</sup> Azerbaijan: Labor Code of 1999: Article 77(3).

<sup>57</sup> When the period of inability exceeds more than forty consecutive calendar days or sixty calendar days within six months.

<sup>58</sup> Georgia: Labor Code of 2006, Article 37(1).

<sup>59</sup> The employee is entitled to send a written request to the employer to justify the ground for dismissal within thirty calendar days after the receipt of the dismissal notification. The employer, within seven calendar days from the receipt of such request, shall justify in writing the grounds for contract termination. Within thirty calendar days after the receipt of the written justification in question, the employee is entitled to appeal the employer's decision on contract termination at the court. If the employer fails to provide a written justification for contract termination, the burden of proof on factual circumstances of the dispute lies with the employer.

calendar days, with the exception of cases where violation of employment duties constitutes ground for dismissal. Alternatively, an employer is entitled to give a three-day prior written notification to the employee and pay at least two months' severance compensation within thirty calendar days.<sup>60</sup>

#### 4. EU Regulation

The EU does not specify the rules on dismissal at the Community level. However, there is a Charter-based prohibition against unjust dismissal. According to Article 30 (protection in the event of unjustified dismissal) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, every worker has the right to protection against unjustified dismissal, in accordance with Community law, and national laws and practices.<sup>61</sup> Furthermore, ILO Convention 158 on the Termination of Employment also needs to be addressed.<sup>62</sup> According to Article 4 of the said Convention, the employment of a worker shall not be terminated unless there is a valid reason connected with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service. The Convention establishes procedural requirements as well, namely, a worker whose employment is to be terminated shall be entitled to a reasonable period of notice or compensation in lieu thereof. Furthermore, a worker whose employment has been terminated shall be entitled to: (a) a severance allowance, the amount of which shall be based inter alia on length of service; and (b) benefits from unemployment insurance.<sup>63</sup> Thus, while examining the standard on contract termination, the research shall be concentrated (at least) on the following aspects: reasons for dismissal, prior notification, and severance allowance. As discussed above, jurisdictions of all three target countries include exhaustive lists of grounds for dismissal. Therefore, employers in all three countries shall strictly comply with the grounds for termination and provide justification. A dismissal will be considered as unjustified if it is not based on statutory grounds. Regarding prior notification, – the researched labor codes impose such obligation on the employer. Azerbaijani Labor Code goes far and requires an employer to observe a two months notice period. All three countries provide for the obligation to pay severance to terminated employees. However, the critical element, a severance allowance

based on length of service, is not sufficiently integrated in the analyzed legal systems (only in Armenia, and only in certain circumstances, the amount of severance payment varies depending on the employee's length of employment (seniority). Based on the above-mentioned, Armenia, Azerbaijan and Georgia should be given an equal score of five.

## VI. Collective Redundancies

### 1. Armenia

In accordance with the Armenian Labor Code, collective redundancies arise where during a period of two months an employer, for economic reasons (company liquidation or downsizing), dismisses ten percent of the workforce (at least ten employees) whatever the total number of workers normally employed. In case of collective dismissal, an employer shall notify the State Employment Service and the representative of the employees at least three months before the intended implementation of the decision. The Labor Code does not provide the list of information that shall be supplied to the State Employment Service/employees' representatives.<sup>64</sup>

### 2. Azerbaijan

According to the Azerbaijani Labor Code, in relation to change of ownership, the new owner of a company is prohibited from undertaking any mass termination. For the purposes of this article, mass termination of employment contracts means when during a period of three months from the date of ownership change at the enterprise, the transferee dismisses: (i) at least fifty percent of the number of workers in companies employing at least 100 but less than 500 workers; (ii) at least forty percent of the number of workers in establishments employing more than 500 and fewer than 1000 employees; and (iii) at least thirty percent of the number of employees in companies employing more than 1000 workers. Apparently, this provision should not be considered as regulation of collective dismissal as it only aims to prohibit mass terminations during an ownership change. The Labor Code does not initiate the definition of collective dismissals (number of employees to be dismissed, size of the organization, and period of dismissal) as to identify whether the dismissal is qualified as collective redundancy. It does not require specific procedures to be followed on collective redundancies. Therefore, it can be concluded

<sup>60</sup> Georgia: Labor Code of 2006, Article 38.

<sup>61</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01), [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)

<sup>62</sup> ILO 158 Convention on the Termination of Employment is not ratified by the researched countries.

<sup>63</sup> ILO Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312303](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312303)

<sup>64</sup> The exception is Article 116 whereby, if mass dismissals are conditioned by the bankruptcy of the employer, State Employment Service shall be provided with the following information: gender, age and profession of the affected employees.

ed that in Azerbaijan, the Labor Code does not regulate collective redundancies.

### 3. Georgia

The 2013 Amendment introduced the institution of collective redundancy which occurs when an employer carries out dismissals for economic, technological or organizational reasons where at least 100 employees are dismissed during a period of fifteen days regardless of the size of the establishment. In the event of collective dismissal, the employer shall give a written notification to the affected employees, as well as to the Ministry of Labor, Health and Social Affairs of Georgia, at least forty five calendar days in advance.

### 4. EU Regulation

For the purposes of Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 (on the convergence of the laws of the Member States relating to collective redundancies), 'collective redundancies' mean dismissals effected by an employer for one or more reasons not related to the individual workers concerned where, according to the choice of the Member States, the number of redundancies is: (i) either, over a period of thirty days - at least ten in establishments normally employing more than twenty and less than 100 workers; at least ten percent of the number of workers in establishments normally employing at least 100 but less than 300 workers; at least thirty employees in establishments normally employing 300 workers or more; (ii) or, over a period of ninety days, at least twenty employees, whatever the number of workers normally employed in the establishments in question.<sup>65</sup> Furthermore, the Directive sets rules on information<sup>66</sup> and consultation<sup>67</sup>, and procedure for collective redundancies. As said above, Azerbaijani Labor Code does not regulate the concept

<sup>65</sup> Foster, Blackstone's Statutes EC Legislation, 363.

<sup>66</sup> To enable workers' representatives to make constructive proposals, the employers shall in good time during the course of the consultations: (a) supply them with all relevant information; and (b) in any event notify them in writing: (i) the reasons for the projected redundancies; (ii) the number of categories of workers to be made redundant; (iii) the number and categories of workers normally employed; (iv) the period over which the projected redundancies are to be effected; (v) the criteria proposed for the selection of the workers to be made redundant in so far as national legislation and/or practice confers the power therefore upon the employer; and (vi) the method for calculating any redundancy payments other than those arising out of national legislation and/or practice.

<sup>67</sup> Where an employer is contemplating collective redundancies, he/she shall begin consultations with the workers' representatives in good time with a view to reaching an agreement. These consultations shall, at least, cover ways and means of avoiding collective redundancies or reducing the number of workers affected, and of mitigating the consequences by recourse to accompanying social measures aimed, inter alia, at aid for redeploying or retraining workers made redundant.

of collective dismissals. In Armenia and Georgia, definitions of collective dismissals are limited considering that the rules on collective redundancies apply to mass dismissals based only on economic circumstances, whereas the Directive views collective redundancies to be all dismissals for one or more reasons that are not due to the characteristics or behavior of the individual worker. From employee's protection point of view, Armenian Labor Code sets broader regulation than the Georgian one.<sup>68</sup> In both cases, the legislations do not contain limitation on the size on an enterprise where the lay-off occurs. If defined as 'collective dismissals' then specific procedures are to be observed involving only prior notification to the employees and public authority. The Analyzed jurisdictions are silent on what information must be disclosed to employees/public authority; criteria for selection of employees that are to be made redundant; obligation of the employer to consider other measures before termination of employment; category of employees entitled to special protection; employer's obligation to produce a social plan; obligation on redundancy payments; and priority of rehiring. Consequently, Armenia and Georgia should be given a score of five and Azerbaijan – a score of zero.

## VII. Ownership Change

### 1. Armenia

Armenian Labor law does not envisage employee rights in case of transfer of ownership of an enterprise. This standard is insufficiently touched by the Article 126 of the Labor Code whereby the ownership change or reorganization shall not be a valid ground for contract termination if there is no staff redundancy or downsizing.

### 2. Azerbaijan

In case of ownership change, existing employment contracts and their conditions signed by the former owner with all employees shall remain in force. Only those employment contracts for managerial personnel (directors, their deputies, chief accounting officer and heads of key departments with managerial responsibilities) may be terminated or modified due to a change in ownership of the enterprise.<sup>69</sup> Additionally, as discussed in the Section 6.2, Azerbaijani Labor Code prohibits mass dismissals on the ground of ownership change in a company.

<sup>68</sup> The qualifying number of employees in Armenia is ten percent (at least ten employees) of the total workforce, and 100 employees in Georgia; the period for dismissal in Armenia is two months, and only fifteen days in Georgia; notification period is three months in Armenia, and forty five days in Georgia.

<sup>69</sup> Azerbaijan: Labor Code of 1999: Article 63.

### 3. Georgia

Georgian Labor Code does not provide any statutory protection to employees in the event of an ownership change or other change in structure.

### 4. EU Regulation

The EU provides substantial protection to employees in the event of transfer of undertakings. According to Block, Berg and Roberts, the EU requires that the transferee observes the employment contract, the basic terms and conditions of employment provided to the employees by the transferor. Employees are protected from dismissal due solely to the change in ownership, and are entitled to information and consultation with their representatives. If there is a collective agreement in place, it must be honored.<sup>70</sup> In light of the EU's approach, Azerbaijan was assigned a score of five, while Armenia and Georgia – a score of zero.

## VIII. Conclusion

Figure one shows that Armenia, Azerbaijan and Georgia are equivalent on the regulation of employment contracts and dismissals. The researched Labor codes specify reasons for concluding definite term contracts. Additionally, the total period of fixed-term contracts are limited in Azerbaijan (five years) and Georgia (thirty months), beyond which the employee is considered to have a contract for an indefinite term. It appears that the South Caucasus standard requires that dismissals shall be justified and complied with the statutory grounds of termination. The principle of advance notification on contract termination is also recognized. However, the inconsistency is revealed with regard to employee's income protection, as severance payment amount does not depend on the years of continuous service. In Azerbaijan and Armenia, national labor laws provide detailed regulation on working hours. Georgia has a lower standard on working hours as it entitles parties to the employment relationship to agree on eighty four weekly working hours. The anti-discrimination legislation is the only standard on which Georgia is higher than the other two studied countries, and the influence of EU regulation in this regard is evident. It is apparent that the South Caucasus countries' instruments on mass dismissals and ownership change are weak. The rules on collective redundancies in Azerbaijan declined

while Armenian and Georgian attempt to regulate mass dismissal results in less protection for employees than the EU standard. Similarly, Azerbaijan offers insufficient protection to employees in the event of ownership change, whereas, Armenia and Georgia chose not to regulate it at all. One can conclude that the differences in the labor standards between the researched jurisdictions can be explained by the divergent approaches towards the process of labor law formation. Georgian labor law, after the 2013 Amendment creates more balanced regulatory framework. Due to its neo-liberal labor law heritage<sup>71</sup>, the elements of deregulation are still sheltered (e.g., eighty four hours work week including overtime work; the conclusion of fixed-term contract is permitted in case of objective circumstances; the objective circumstances can be the ground for dismissal). Armenian labor law centralizes employment relations. In a sense, Armenian Labor Code aims to strictly construct a set of terms and conditions of employment with the purpose of protection of workers. In Azerbaijan, more excessive intervention is observed in the employment relationship (e.g., mandatory template form of the employment contract, prohibition of remunerating overtime in the form of day-off). Hence, in the EU/Azerbaijan Action Plan it is recommended to assess the prospects for the relaxation of strict provisions for dismissal.<sup>72</sup>

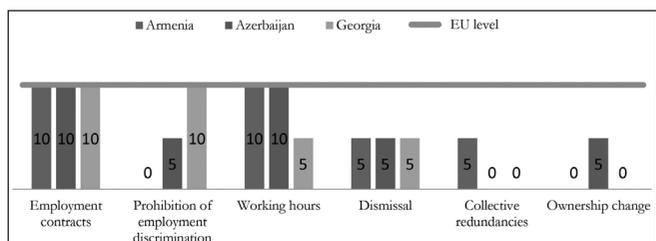


Figure 1. Compliance Degree of Researched Labour Standards with the EU Regulations

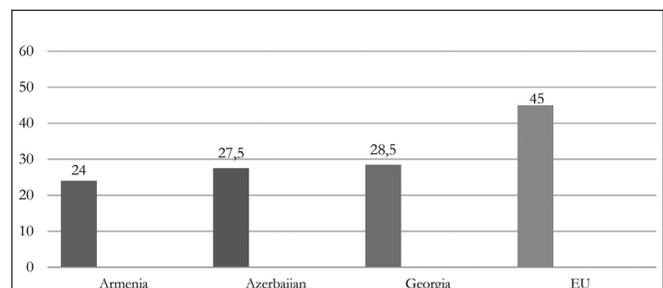


Figure 2. Compliance Degree of Researched Jurisdictions with the EU Regulations (with weighting scheme)

<sup>70</sup> Block, R.N., Peter, B. and Karen, R. (2003) 'Comparing and Quantifying Labour Standards in the United States and the European Union' *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 19 (Winter).

<sup>71</sup> Shvelidze, Z. Transition from Soviet to Liberal Labour Law: Labour Standards in Georgia, <http://ilera2012.wharton.upenn.edu/RefereedPapers/ShvelidzeZakaria%20ILERA%20updated.pdf>.

<sup>72</sup> EU-Azerbaijan Action (2006), [http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action\\_plans/azerbaijan\\_enp\\_ap\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action_plans/azerbaijan_enp_ap_final_en.pdf)

Overall, Figure two indicates that Armenia, Azerbaijan and Georgia are roughly equivalent on workers' protection, while the EU level of labor standards is considerably higher than the comparable labor standards of the researched jurisdictions. Although Figure one illustrates the compliance examples of particular labor standards with the EU regulation, in a broad context it does not guarantee proximity with the evolving EU standards. Revealed shortcomings in national labor laws and shortage of certain components within each standard, finally, result in low compliance level of examined national labor laws with the EU standards. In 1999 (Azerbaijan), 2004 (Armenia) and 2006 (Georgia) respectively, the reformation of soviet time labor laws had been undertaken. However, the issue of incompatibility with the EU standards remains outstanding, which requires further modernization of labor laws in the South Caucasus region.

Armen Levoni Kinakcyan<sup>1</sup>

## Contemporary Issues of Legal Regulation of Data Freedom and Protection

*This work deals with contemporary main scientific and practical issues of legal regulation of data freedom and protection; in particular its importance under the conditions of democratic society from the standpoint of democratic legislation development has been analyzed; contemporary situation of legal regulation of data freedom and protection on the examples of various countries have been presented; institutional issues of legal regulation of data freedom and protection have been dealt with and structure of RA legislation in that area and main directions of its further development have been presented.*

### I. Introduction

Freedom and protection of data is one of the crucial pre-conditions for the construction of any autonomous, democratic, social and legal state; especially taking into account the realities of the modern information era.

No country can, but safeguard by its power the freedom of individual and society to search, receive and use data necessary for its vital activities and development and at the same time no country cannot, but have information concerning political, economic, military areas, law-enforcement activities and other areas. Confidentiality is needed also for individual pieces of information concerning notary, commercial, banking, medical activities of people and organizations, the publication of which can significantly harm their legitimate interests.

From the viewpoint of democracy it is important to ensure the access to the data necessary for the development of public-political life; freedom of media, but also protection of personal and family secret data; secrecy of correspondence, postal, telegram and other communication.

The opportunity to get and communicate data is a mandatory condition and at the same time means for each person – for the vital activities as a society member. For the state to be considered really social, it must create such conditions, which first of all come to ensure a dignified life. And in contemporary information era those conditions, *inter alia* social justice, material welfare and social protection of the Citizens, also include opportunities to search and use data necessary for information provision and human psychological-cultural development.

Legal regulation of data freedom and protection based

on the principles of democratic legislation has crucial significance for the establishment of legal state. Under conditions of such state the data freedom and protection are safeguarded by the law and restriction thereof should also be provided for by the law and exercised by an appropriate procedure<sup>2</sup>.

### II. Importance of Legal Regulation of Data Freedom and Protection Under the Conditions of Scientific and Technical Progress and Formation of Information Society

Based on the social, economic, scientific and technical, cultural, every day, as well as personal, society and state needs steady and growing development of operative exchange of data of any nature, indeed, is one of the greatest achievements of the civilization. Those are also invaluable tools to create spiritual and material goods; increase the efficiency of management, communication and in many other sectors<sup>3</sup>.

Given the huge social-political importance of data freedom and protection, in regulating them one need to review with much detail the scope of those epistemological, historical and legal issues, which emerged in this area, as well as to refer to the scientifically justified notions – using the international experience.

In epistemological meaning the data freedom and protection at first glance may seem conflicting concepts (in the sense that if anything is protected, then its circulation and access to it is limited). However, given the realities of today, exactly the opposite comes afloat: if the data is not properly protected, then its freedom is endangered (free circulation or access to). Thus, data freedom and protection are in such dialectic bond, which in philosophical concepts is characterized as mutual link and agreement of phenomena. Moreover, approval of data freedom restrictions and development of its protection mechanisms are inseparably connected with another philosophical law; i.e. unity and struggle of opposites. It means that given the realities of information era, today more than ever, the humanity faces the challenge of balances the means and methods stemming from the data freedom as fundamental value and need to protect it. The clearest examples are the pending

<sup>2</sup> Characteristics of autonomous, democratic, social and legal state as by Aivazyan N. A. (responsible editor); Constitutional Law of the Republic of Armenia; 4th elaborated publication; Yerevan, 2008; pages 116-135

<sup>3</sup> For details see: Kinakcyan A. L. Several Contemporary Issues of Information Security / State: History: Economy: Culture (Collection of Materials of the Third Scientific Session of Faculty, PhD and Master's Students of Yerevan "Gladzor" University) Yerevan, 2009, pages 75-77

<sup>1</sup> PhD in Law, Associate Professor Lecturer in Yerevan "Gladzor" University

events around WikiLeaks founder Julian Assange and former US Special Services employee Edward Snowden, which in brief are characterized as leakage and publication of closed (protected) data. Ignoring the fact that the point is about not circulated and protected by law data, which, in particular, includes US confidential diplomatic correspondence, the founder of WikiLeaks as objective of founding its webpage has declared: "...get the important news and data to the public...; publish the source in parallel with the webpage news in a way, as for the reader and historians can see the truth and proof of its existence"<sup>4</sup>. And former US Special Services employee Edward Snowden, having published around two million files containing confidential information, declared, that "...I cannot afford to ignore that US Government violates the confidentiality of personal life, internet freedom and fundamental freedoms of people all around the world by means of a huge control system, which they secretly develop. ...I don't want to live in a world, where there is no confidentiality of personal life and consequently there is no freedom of intellectual researches and creativity..."<sup>5</sup>

In modern conditions the data have become one of the crucial factors of historical human development<sup>6</sup>. There are many definitions of data concept<sup>7</sup>. For example: in the encyclopedia dictionary authored by A. Kotenev and S. Lekarev there are 28 characterizations of data<sup>8</sup>.

Today the data circulation has exclusive practical significance. Being timely and correctly informed is decisive even in our daily life<sup>9</sup>. According to some authors it is not excluded that sciences reviewing various aspects of the

data will give the humanity surprises, which will introduce serious and even fundamental changes in the modern philosophical outlook – making review modern solutions of many philosophical issues<sup>10</sup>. And according to S. Hakobyan by means of computer technologies and informatics F. Beacon's catchphrase "Knowledge is power" gets a new meaning: knowledge and science become truly huge and insuperable forces for the society development – ensuring the scientific and technical progress<sup>11</sup>.

This progress comes to condition that the volumes of knowledge and consequently also of date are multiplying year by year<sup>12</sup>. And as a result of it all in the developed industrial countries there were formed so called post-industrial, then information society<sup>13</sup>: One of the features of that society is that the information technologies and telecommunication play fundamental role in the economy and the scope of their introduction greatly predetermines the overall level of the country development. The key components of the information technology are the data and knowledge. The data, as well as the means of its maintenance, communication and receipt are considered as important strategic potential<sup>14</sup>.

### III. Contemporary State of Legal Regulation of Data Freedom and Protection

It is noteworthy that still in 1960s they made some forecasts about the information society. M. Maclouhen; D. Bell; I. Massouda; E. Tofler; P. Dracker; P. Stouhen, M. Kasteles and some other authors are considered to be the first theorists of information society. Still in the end of 1980s in US and Japan national programs were developed, which actually heralded the prospective of turning into information society. In 1990s those were of more targeted nature. In particular, US adopted a strategic document, which was titled "The National Information Infrastructure: Agenda for action, 1993". EU Council adopted "Europe's Way to the Information Society. An action plan 1994". In 1995 Finland and in 1996 Germany adopted their Governments' programs: "Finland's Way to the Information Society. The national strategy" and "Germanys' Way to

<sup>4</sup> See, in particular: Gorbatyuk N. WikiLeaks. Unmasking that changed the world: Moscow 2011; WikiLeaks – The New York Times // Topics.nytimes.com. <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/organizations/w/wikileaks/>

<sup>5</sup> See, in particular: U.S. charges Snowden with espionage / <http://www.washingtonpost.com/world/national-security/us-charges-snowden-with-espionage/2013/06/21/>; Edward Snowden says motive behind leaks was to expose surveillance state; / <http://www.washingtonpost.com/politics/edward-snowden-says-motive-behind-leaks-was-to-expose-surveillance-state/2013/06/09/>; <http://www.fondsk.ru/news/2014/01/13/strategicheskije-posledstvija-razoblachenij-edvarda-snoudena-i-25138.html>

<sup>6</sup> In RA the official characterization of data was given in one of Government's decisions, according to which the data information are the pieces of information or communications, which are presented in a form suited for communication, maintenance and processing. See, RA Government 16. 03. 1999 Decision № 152 "On measures to organize the creation and introduction of RA single public information system". RA Official Bulletin: № 7 (73). Yerevan, 23.03.1999

<sup>7</sup> See: Kinakcyan A. L. Several Contemporary Issues of Information Security / State: History: Economy: Culture (Collection of Materials of the Third Scientific Session of Faculty, PhD and Master's Students of Yerevan "Gladzor" University) Yerevan, 2009, pages 75-77

<sup>8</sup> Kotenev A. A., Lekarev S. B. Contemporary Encyclopedia Dictionary of Security: Moscow 2001, pages 151-152

<sup>9</sup> Berberyan S. Information outburst in the computer networks and network services / In Science World: № 2. Yerevan, 2007; page 56

<sup>10</sup> Asatryan M. V. Introduction to Philosophy: Manual: Yerevan 2004. շջ 59-61

<sup>11</sup> Hakobyan S. M. Theory and History of Philosophy: United Philosophy Course for University Students: Yerevan, 2007 page 384

<sup>12</sup> According to V. I. Yarochkin those are doubled once in five years. See: Yarochkin V. I. Information Security. Moscow, 2006, pages 3-5

<sup>13</sup> See, in particular, Ghazaryan A. Information Society in the Context of Global Civilization / Law and Reality: № 8. Yerevan, 2009, page 21-28

<sup>14</sup> Rodichev Y. A. Information Security: Normative-Legal Aspects. Manual. Saint-Petersburg, 2008, p 7

the Information Society<sup>15</sup>". In the Republic of Armenia the program foundations of information society were laid by RA Government decision № 152 "On measures to organize the creation and introduction of RA public information single system" dated March 16, 1999<sup>16</sup>. In 2008 the Russian Federation approved "Strategy of Development of Information Society in the Russian Federation"<sup>17</sup>. With time, especially under the conditions of globalization processes' expansion the issue of information society got cross-border nature. "The information-telecommunication technologies are the most important factors contributing to the formation of the 21<sup>st</sup> century society. They have a revolutionary impact on the human lifestyle, education and work, as well as the relationships between the government and civil society" – declares "Okinawa Charter on Global Information Society" adopted as a result of the meeting of the heads of G8 countries.<sup>18</sup>

The relevant provisions of Article 19 of Universal Declaration of Human Rights; Article 10 of European Convention on Human Rights; document dedicated to the formation and development issues of information society together with final Helsinki act complete international legal foundations of data freedom and protection. 2003 Geneva and 2005 Tunisia global summits under the UN auspices come to witness the urgency of legal regulation of challenges emerged as a result of global society, including free data circulation and protection<sup>19</sup>. As a result of them the following documents were adopted:

- Geneva Declaration of "Construction of information society as a global challenge in new millennium" principles;
- Geneva action plan;
- Tunisia commitment and
- Tunisia program of building information society<sup>20</sup>.

In the aforementioned and all the other documents on challenges of information society a key role is ascribed to the issues of free data circulation, individual data protection, prevention of e-circulation of those data and data freedom and legal protection. As Y. Rodichev correctly mentions: "In modern period the protection of data does not need mere development of individual mechanisms, but a system approach, which assumes application of inter-related complex means, including special apparatus-pro-

gram means, organizational measures, normative-legal acts". Moreover, he goes on to note that the development of information security theory, adoption of international standards and legal norms ensuring the level necessary for data protection is not consistent with contemporary fervent development of information processing means<sup>21</sup>. Thus, it is obvious that in the information sector a more comprehensive legal regulation is needed for human and citizen's rights and freedoms. In this regard, for example, N. Vinogradovski considers that today Russia needs to develop a system concept for normative-legal regulation of the citizens' rights to get information and information transparency of authorities<sup>22</sup>.

The national legislations highlight the importance of free data circulation and protection, information rights and freedoms of the citizen. Thus, RA Constitution has stipulated the freedom to search, receive and disseminate data and ideas in any way irrespective of state borders; to become familiar with human related information in public and local self-governing bodies; rights to correct untrue information and destroy the illegally obtained information about himself; other fundamental rights and freedoms concerning the personal and family life, correspondence, telephone conversations and other; medial and other information outlets freedom is ensured; existence and activities of independent public radio and television offering diversity of information programs<sup>23</sup>.

The Georgian Constitution stipulates that Everyone's private life, place of personal activity, personal records, correspondence, and communication by telephone or other technical means, as well as messages received through technical means shall be inviolable. Mass media shall be free. The censorship shall be impermissible.

Interference in creative process, censorship in the field of creative activity shall be impermissible<sup>24</sup>.

The Constitution of the Republic of Azerbaijan has declared that everyone has the right for confidentiality concerning personal and family life. Except cases envisaged by legislation interference in personal life is prohibited. Gaining, storing, use and spreading information about the person private life without his/her consent is not permitted. The state guarantees everyone the right for confidenti-

<sup>15</sup> See, in particular: Sukiasyan H. Information Society: Social-Political Issues. Yerevan, 2009, p. 7-9

<sup>16</sup> See: RA Official Bulletin: № 7 (73). Yerevan, 23.03.1999

<sup>17</sup> Strategy for Information Society Development in the Russian Federation (approved by the President of the Russian Federation on February 7, 2008, № Pr-212) / <http://www.rg.ru/2008/02/16/informacia-strategia-dok.html>

<sup>18</sup> See: <http://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/2000/documents/charter.html>

<sup>19</sup> Official webpage of UN Information Telecommunication Technologies Expert Council: <http://www.un.org/esa/coordination/ecosoc/itforum/ict.htm>

<sup>20</sup> See, in particular, Information Society: №6, Moscow, 2010. p. 36

<sup>21</sup> Rodichev A. Information security: legal aspects. Textbook. St. Petersburg, 2008. Pp. 12, 13

<sup>22</sup> Vinogradov N. V. Features regulatory mechanism to protect information rights and freedoms of man and citizen in the Russian Federation // Actual problems of Russian law. Number 2 (19). Moscow, 2011. P.125

<sup>23</sup> Constitution of the Republic of Armenia (with amendments), Articles 23, 27 // RA official bulletin: Special edition. Yerevan, 2012, pages 20-23

<sup>24</sup> See: Constitution of Georgia, Articles 20, 24 // Constitution of Azerbaijan, Armenia and Georgia. Rights and Justice Reform in the South Caucasus. Material collection number 27, pages 105, 106

ality with respect to correspondence, telephone communications, post, telegraph messages and information sent by other communication means. This right might be restricted, as specified by legislation, to prevent crime or to find out true facts when investigating criminal case<sup>25</sup>.

Thus, there is a hierarchy of legal acts regulating the information relations headed by international legal documents, constitution of the states followed by domestic legislation and sub-legislation.

#### IV. Conclusion: Institutional issues of Legal Regulation of Data Freedom and Protection

The human rights and freedoms concerning the free data circulation and protection, powers of public and local self-governing bodies, as well as other issues in regard of information area constitute the subject matter of study of data protection law and media law<sup>26</sup>. In objective sense both of them are institutions of law. The legal regulation of the data circulation, formation and use of information storages, public relations concerning the creation and use of information systems are subject of information law, which provide for information processes, meeting the users' needs, as well as information security of all the participants in the given domain<sup>27</sup>. The issues of mass media freedom, conditions of activities, in particular intervening into the private life by media and journalists, legitimacy of state's intervention into the professional activities of media and journalists, telecommunication licensing and other related issues may constitute subject of information law<sup>28</sup>. Thus, the subjects of those two institutions of law in one way or the other deal with the information sector, the key components of which are the issues of data freedom and protection. According to section 2 of RA Information Security Concept the information sector is an integrity of information collecting, forming, disseminating and using subjects, data and information sub-systems, as well as a system regulating the public relations stemming from those processes, which, having an important function of coordinating and regulating public life, actively impacts on political, economic, military and other

components of RA security<sup>29</sup>. Based on the aforementioned one cannot exclude the formation of a more generalized and synthesized institution titled information law.

Concerning the methods that the aforementioned institutions use, then those are all the regulatory ways built upon the fundamental universal methods known to the general law theory; i.e. imperative and dispositive - permitting, imposing, prohibiting. This is to say that those institutions of the law do not have their special methods. Consequently, the legal regulation of the data freedom and protection takes place by combining just those methods – based on the complementarities and coordinated approach.

The issue of principles of legal regulation of data freedom and protection represents an interest on its own. As the data freedom and protection, as it was mentioned before, are issues constitution a part of the information law, then their legal regulation is taking by maintaining the principles of that institution. Various authors identify from several up to 1, 5 dozen of principles<sup>30</sup>. Having analyzed and generalized the current approaches and classification of professional literature we believe that among general international-legal and constitutional-legal principles, like respect for human rights and freedoms, rule of law, equality of all before the law, we think that in current contemporary circumstances the legal regulation of data freedom and protection should be done by observing the following (private) principles:

- ensuring the access to information;
- Restriction the access to information only by law;
- ensuring the complementarities of personal, private and state's interests in the area of data freedom and protection;
- ensuring the elaboration, introduction, use and development of advanced information technologies;
- ensuring the personal, private and state's information security and
- Contribution to the formation and development of global information society.

However, it should be noted that this list of principles, as well as the subject of information law should be verified with the time being. This is conditioned with the substance and features of the data. It is not by chance that the subjects of information law are considered the relations concerning the data circulation, but not the data itself. This is explained by the lack of single legal model concerning the data, as it is, for example in case of property or copyright issues<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> See: Constitution of Azerbaijan, Articles 32, 50 // Constitution of Azerbaijan, Armenia and Georgia. Rights and Justice Reform in the South Caucasus. Material collection number 27, pages 14, 18

<sup>26</sup> For details see: Kinakcyan A. L. Several Contemporary Issues of Information Security / State: History: Economy: Culture (Collection of Materials of the Third Scientific Session of Faculty, PhD and Master's Students of Yerevan "Gladzor" University) Yerevan, 2013, pages 102-105

<sup>27</sup> Bachilo IL, VN Lopatin, Fedotov MA Information Law. Textbook. Ed. Topornin BN-Petersburg, 2005. pp. 145-167

<sup>28</sup> Andreasyan K. A. Information Law. Manual. "Asoghik" publishing house. Yerevan, 2004, pages 84-95, 112-118, 160-176

<sup>29</sup> RA Information Security Concept; Approved by RA President Decree NK-97-N; 26.06.2009; RA Official Bulletin; № 35 (701) as by 15.07.2009

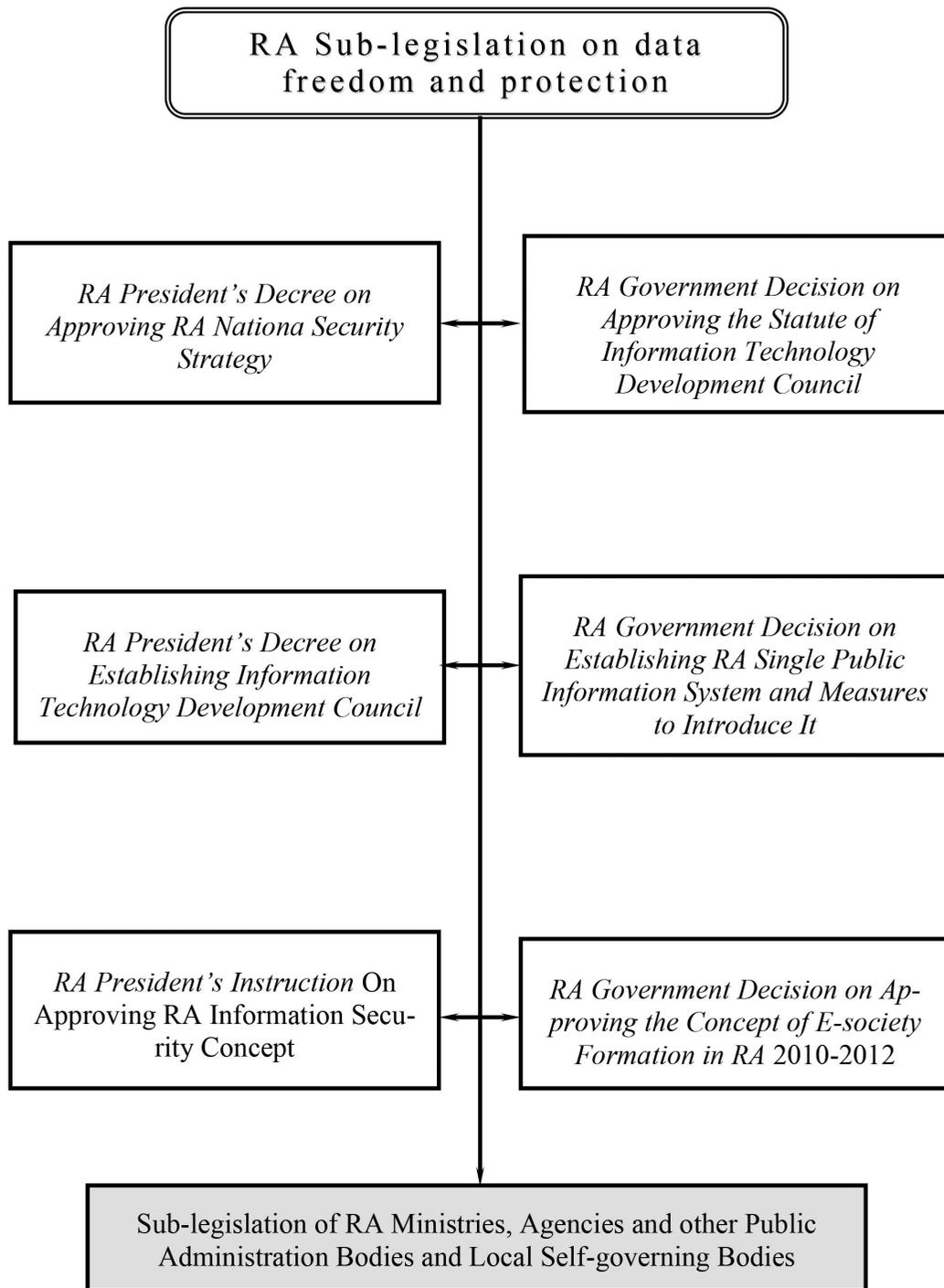
<sup>30</sup> See, in particular: Rassolov M. M. Information Law. Textbook. Moscow, 1999. Pp. 24-26; Kopylov VA Information Law. Textbook. Moscow, 2006. Pp. 103-105; OA Travel Information Law. Textbook. Moscow, 2008. Pp. 23, 24

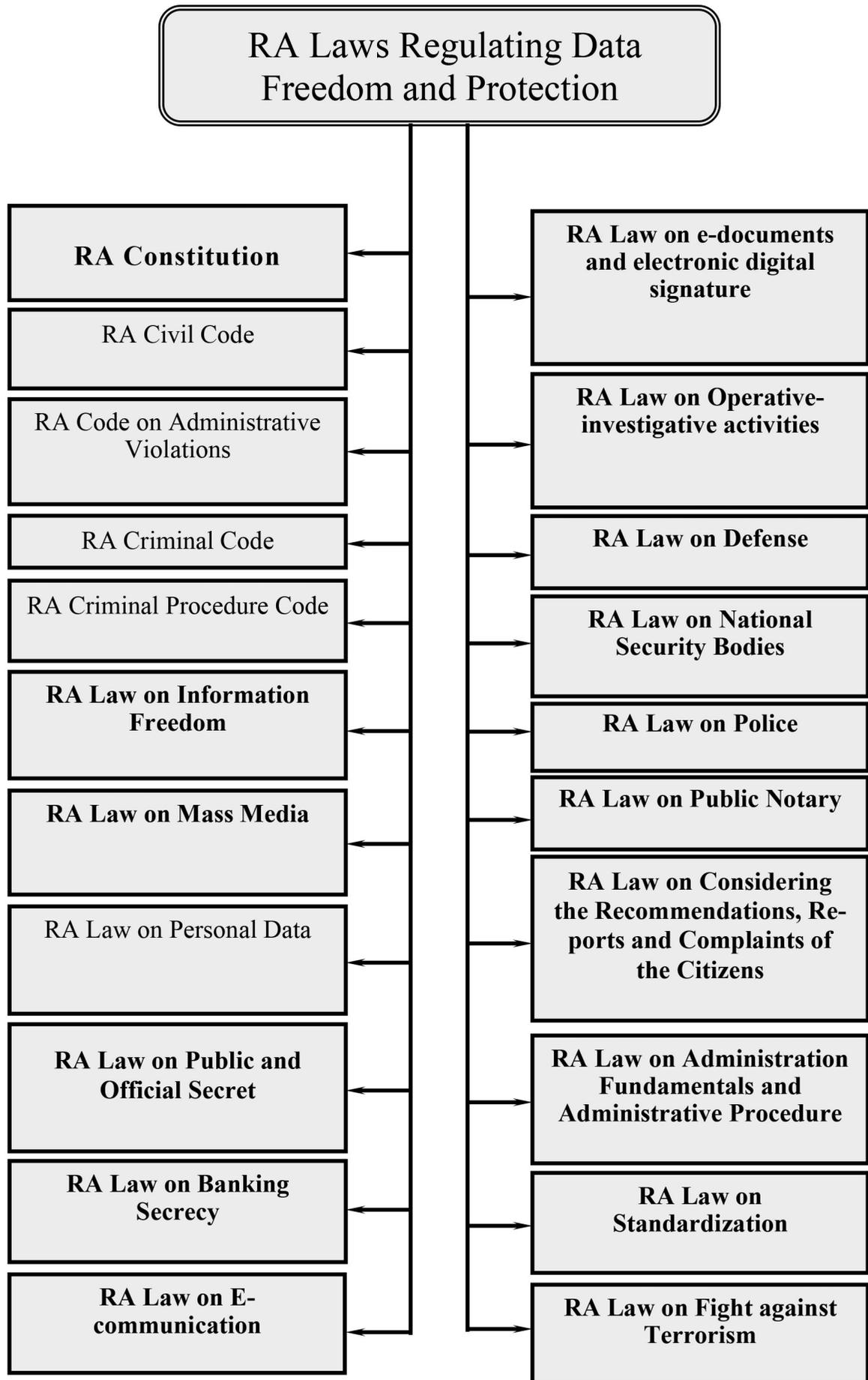
<sup>31</sup> See: Gorodov O. A. Information Law. Textbook. Moscow, 2008. pp. 19-21

## V. Structure of RA legislation on Data Freedom and Protection and Main Ways of its Development

Currently RA legislation on data freedom and protection has the following structure:







Like for all the developing countries the issue of improving the legislation on data freedom and protection is quite topical for the Republic of Armenia. We think that the most urgent step in that direction should be the adoption of the principle law in that area. Currently the draft Law on Information, Information Technologies and Information Protecting is circulated and we had an opportunity to submit our observations about it<sup>32</sup>. We believe that it is more appropriate to adopt a comprehensive Law on Data Freedom and Protection, which will regulate more completely and with detail the relations concerning the data free circulation, protection of information technologies and processes for their development and use, including application of encryption methods.

Based on the analysis of the aforementioned law, as well as other RA laws and sub-legislation concerning the information sector and their application and international experience, we believe, that a strategic program aimed at the formation of information society in RA should be developed as a priority, which must be approved by a respective legal act. In particular the conceptual provisions concerning the overall informationalization, free data circulation and protection should be a part of that program.

We should also mention that the crucial precondition to ensure high-quality legal regulation of the data freedom and protection and proper law-enforcement practice is to increase the legal awareness of the society in the information sector. Hence; in the drafts of the aforementioned legal acts a separate place should be placed for organizing and implementing measures in that direction.

---

<sup>32</sup> Kinakcyan A. L.; Hairapetyan N. H.; Legal Regulation of Information Security in the Republic of Armenia // ASEU Herald: Modelling: Optimization: Management: Edition 14: Volume 2: Yerevan, 2011

Natalia Burduli<sup>1</sup>

## How well has the European Court of Human Rights Dealt with the Issue of Equality and Non-discrimination?

### I. Introduction

*One of the inseparable dimensions of international human rights law, as well as the whole international law in general, is the issue of equality and non-discrimination, which is dealt in Article 14 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereafter, the Convention).<sup>2</sup> Protocol No. 12 to the Convention has introduced additional general prohibition of discrimination.<sup>3</sup> It is very interesting how the European Court of Human Rights<sup>4</sup> (hereafter the Court) interprets the Article and deals with the issues arising from the complaints on inequality and non-discrimination; and how Article 14 and Protocol No. 12 coexist.*

*The present article will consider several problematic issues deriving from Article 14, for example, the four main questions the Court studies before deciding whether there is a violation of the said article or not. These four questions, which will be discussed below, are the following: 1. If discrimination falls within the scope of a protected right; 2. If the alleged reason for discrimination is one of the grounds listed in Article 14; 3. If applicants can properly compare themselves with another group of persons which is treated more favorably; and 4. If there is an objective and reasonable justification for difference in treatment. In the next section, the issue of the methodology of the Court will also be discussed and corresponding conclusions will be made.*

### II. Article 14 of the Convention

Article 14 of the Convention provides:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on

any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”<sup>5</sup>

The *Belgian Linguistic* case<sup>6</sup> was a landmark case after which it was clear that if there was discrimination involved Article 14 might be violated even where there was no violation of a substantive right. A key factor for the potential effectiveness of the Article was the confirmation in the said case that the violation of Article 14 does not mean the breach of the rights guaranteed by other Articles of the Convention.<sup>7</sup>

One of the problematic issues of Article 14 is that the grounds listed there are not exhaustive. The wording “other status” causes many controversies. As it is discussed by Jacobs, with regard to the abovementioned “other status,” comparison must relate to a personal characteristic.<sup>8</sup> However, it is not so clear what exactly constitutes a personal characteristic. To take an example, in *Carson* case, the Court declared that residence, like domicile and nationality, “is an aspect of personal status, and will ground a complaint of differential treatment”<sup>9</sup>. In almost all cases concerning Article 14, the Court sets four key questions, answering which plays a vital role in deciding whether there was a violation or not.<sup>10</sup> The Court’s approaches to the questions would be discussed below.

#### 1. If Discrimination Falls within the Scope of a Protected Right?

The first question the Court asks is if discrimination falls within the scope of a protected right. Considering all the existing case law of the Court, it can be evidently shown that Article 14 applies only with regards to “the enjoyment of the rights and freedoms as set forth”<sup>11</sup> in the Convention and also its additional Protocols. As it was noted in *Kafkaris* case, Article 14 does not work independently, but only together with the rights and freedoms guaranteed by the other substantive provisions of the Convention as well as its Protocols.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> The Convention, Article 14, Prohibition of discrimination

<sup>6</sup> *Belgian Linguistic* case, (Applications nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64), 23 July 1968, Series A No. 6, (1979-80) 1 EHRR, p.252.

<sup>7</sup> Right, R.C.A. and Clare, O. (2010) Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights, London: Oxford University Press: 548.

<sup>8</sup> *Ibid*, pg. 551, citing Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, (Application no. 5095/71, 5920/72, 5926/72), 7 December 1976, Series A No. 23, (1979-80) 1 EHRR 711, para. 56.

<sup>9</sup> *Carson and Others v. United Kingdom*, (Application no. 42184/05), 4 November 2008, para. 76.

<sup>10</sup> See, note 6, pg. 554.

<sup>11</sup> The Convention, Article 14, Prohibition of discrimination.

<sup>12</sup> *Kafkaris v. Cyprus*, (Application no. 21906/04), 12 February 2008 [GC], (2009) 49 EHRR 877, ECHR 2008-nyr

<sup>1</sup> Doctoral student in International Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University; Master of Law in International Human Rights Law, University of Essex, UK; Chief Specialist at the Department of Internationalization and Scientific Research, Tbilisi State University

<sup>2</sup> European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), Rome, 4 November 1950, (hereinafter, the Convention)

<sup>3</sup> Protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 2000

<sup>4</sup> European Court of Human Rights, (hereinafter, the Court)

## 2. If the Alleged Reason for Discrimination Is One of the Grounds Listed in Article 14?

The second question examined by the Court is whether the alleged reason for discrimination is one of the grounds listed in Article 14. As it is given in the Convention, "... sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status"<sup>13</sup> are the basis under which Article 14 is always breached.

As it was already discussed above, one of the main controversies in this provision is the last ground, i.e., "other status". In order to fall under this concept, difference in treatment has to be based on a "personal characteristic by which persons or groups of persons are distinguishable from each other".<sup>14</sup> Even though the Court in its several judgments made a possible list<sup>15</sup> of characteristics, which may fall under the "other status," open-ended nature of the phrase is able to make it very difficult to relate in some cases.<sup>16</sup>

The Court is specifically strict in cases concerning discrimination based on ethnic or racial grounds. The *Nachova* case<sup>17</sup> has become a landmark judgment on the matter of discrimination issues. In its judgment, the Court not only found a breach of Article 14 in conjunction with Article 2, but stressed that there is a procedural obligation under Article 14 to investigate possible racist motives in violent incidents.<sup>18</sup>

## 3. If the Applicants Can Properly Compare Themselves with another Group of Persons, Which Is Treated More Favorably?

The next question the Court refers to when deciding if there was a violation of Article 14 is whether the applicants can properly compare themselves with another group of persons, which is treated more favorably. In order for the test to function, the situation related to an applicant and to others has to be similar, so that the dif-

ference between them results from the grounds envisaged in Article 14.<sup>19</sup>

As it is well shown by considering the case law of the Court, it is up to an applicant to prove that differential treatment took place, after which the Contracting State has the challenge to justify such treatment.<sup>20</sup>

## 4. If there Is an Objective and Reasonable Justification for Difference in Treatment?

The last question of an objective and reasonable justification is quite sensible. The Court gives a margin of appreciation to states, which have to show not only the nature of the legitimate aim, but also the link between such an aim and differential treatment questioned by an applicant.<sup>21</sup>

Justification for differential treatment must be proportionate<sup>22</sup> and in accordance with the legitimate aim.<sup>23</sup> States have a substantial margin of appreciation when deciding whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment.<sup>24</sup> It is also under the Contracting Parties' positive obligation to take all necessary steps for preventing discrimination.<sup>25</sup>

With regard to the abovementioned question, it should also be deemed as a positive phenomenon in the European Court's judgments that precise attention is given to specific grounds, for example, whether the differential treatment is based on the grounds of sex, nationality, race, religion and sexual orientation. In such conditions very weighty reasons are required from states to justify their actions.<sup>26</sup>

## III. The Way the Court Operates

Considerable developments can be seen with regard to the approach of the Court when dealing with the cases concerning equality and non-discrimination. Much criticism was given to the Court's earlier methodology. When finding a violation of one of the substantive Arti-

<sup>13</sup> The Convention, Article 14, Prohibition of discrimination

<sup>14</sup> Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, (Application no. 5095/71, 5920/72, 5926/72), 7 December 1976, Series A No. 23, (1979-80) 1 EHRR 711, para. 56.

<sup>15</sup> For example, sexual orientation in *Sutherland v UK*, (Application no. 25186/94), para. 51; marital status in *McMichael v UK* (Application no. 16424/90), 24 February 1995, Series A No. 307-B, (1995) 20 EHRR 205; Country of domicile or residence in *Johnson v Ireland*, (Application no. 9697/82), 18 December 1986, Series A No. 112, (1987) 9 EHRR 203, para. 59-61.

<sup>16</sup> See, note 6, pg. 557.

<sup>17</sup> *Nachova and Others v. Bulgaria*, (Applications nos. 43577/98, 43579/98), 6 July 2005 [GC], (2006) 42 EHRR 933, ECHR 2005-VII

<sup>18</sup> Boyle, K. (2006) 'Article 14 bites at last; *EHRAC Bulletin*, Issue 5.

<sup>19</sup> See, note 6, pg. 559.

<sup>20</sup> *Chassagnou and Other v. France*, (Applications nos. 25088/94, 28331/95, 28443/95), 29 April 1999 [GC], (2000) 29 EHRR 615, ECHR 1999-III, para. 91-2

<sup>21</sup> *Larkos v. Cyprus*, (Application no. 29515/95), 18 February 1999, (2000) 30 EHRR 597, ECHR 1999-I, para. 31.

<sup>22</sup> *Belgium Linguistic case*, Section IB, para. 10.

<sup>23</sup> *Posti and Rahko v. Finland* (Application no. 27824/95), 24 September 2002, (2003) 37 EHRR 158, ECHR 2002-VII

<sup>24</sup> *Sommerfeld v Germany*, (Application no. 31871/96), 8 July 2003 [GC], (2004) 38 EHRR 756, ECHR 2003-VIII, para. 92.

<sup>25</sup> See, note 6, pg. 547.

<sup>26</sup> See, for example, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, (Applications nos. 9214/80, 9473/81, 9474/81), 28 May 1985, Series A No. 94, (1985), 7 EHRR 471, para. 78.

cles of the Convention, the Court did not find it necessary to consider the issue under Article 14.<sup>27</sup> As Philip Leach has noted, the Court has found that Article 14 did not give rise to a separate issue, although the cases concerned an overtly discriminatory policy.<sup>28</sup> With regard to the abovementioned question, it is extremely interesting to see how individual judges react to the Court's decisions. In his separate opinion in *Brannigan* case, Judge Matscher claimed that Article 14 in its nature was non-derivable<sup>29</sup>, and in the *Ireland v. UK* judgment, he had argued that it was necessary to give a broad conceptual scope to the wording of Article 14.<sup>30</sup> Judge Costa was another critic of the Courts' findings. In his dissenting opinion on *Cyprus v. Turkey* case, he argued that when finding a violation of the Convention, the Court is not free "from the obligation to examine whether there have been others, [...] in exceptional circumstances, where all the various complaints arise out of exactly the same set of facts."<sup>31</sup>

Therefore, if the Court found the violation of substantive provisions of the Convention, it ignored Article 14 and decided not to consider it in conjunction with the abovementioned substantive provision. Such tendency was later called "procedural economy".<sup>32</sup> But all has changed with the later decisions, such as the finding in the *Chassagnou* case,<sup>33</sup> where consideration was given to both, substantive provisions, as well as to Article 14. As it is noted by Jacobs,<sup>34</sup> citing *Evans v. the UK* case, "Sometimes the Strasbourg Court does not consider the additional complaint involving discrimination because its response to the complaint under the substantive question would constitute reasonable and objective justification in relation to discrimination within Article 14."<sup>35</sup> Thus, it is clear that there are different attitudes applied by the Court in its judgments of considering or not considering Article 14 in conjunction with the substantive provisions of the Convention. This

<sup>27</sup> *Smith and Grady v. UK* 27/09/99, *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom* 27/09/99

<sup>28</sup> Boyle, K., citing Leach, P. (2005) *Taking a Case to the European Court of Human Rights* (2nd Ed.). Oxford University Press: 346.

<sup>29</sup> *Brannigan and McBride v. UK*, (Applications nos. 14553/89, 14554/89), 21.02.1992

<sup>30</sup> *Ireland v. UK* judgment, (Application no. 5310/71), 18 January 1978, separate opinion, para. 2.

<sup>31</sup> *Cyprus v. Turkey*, (Application no. 25781/94), 10 May 2001, separate opinion, para. 4.

<sup>32</sup> See, note 6, pg. 551, citing K. Partsch, "Discrimination" in MacDonald, R., Matscher, F. and Petzold, H. (1993) *The European System for the Protection of Human Rights* (MacDonald, R., Matscher, F. and Petzold, H., Eds), Martinus Nijhoff: 583.

<sup>33</sup> *Chassagnou and Others v France*, (Application no. 25088/94, 28331/95, 28443/95), 29 April 1999 [GC], (2000) 29 EHRR 615, ECHR 1999-III

<sup>34</sup> See, note 6, pg. 552.

<sup>35</sup> *Ibid*, citing *Evans v. the United Kingdom*, (Application no. 6339/05), 10 April 2007 [GC], (2008) 46 EHRR 728, ECHR 2007-IV.

question has to be decided "in each case on its facts and depending on the nature of the allegation made."<sup>36</sup>

## 1. Additional Protocol No 12

Furthermore, there are several words to say about Protocol No. 12, which adds the general prohibition of discrimination to the Convention. It stresses the importance of recognition of the right to equality.<sup>37</sup> With the new possibilities under Article 14 and expanded ratifications of Protocol No. 12,<sup>38</sup> there are now more opportunities to challenge systematic discrimination. The extent of the application of the principle of non-discrimination under Protocol No. 12 will be wide, extending the jurisdiction of the Court to all rights provided under domestic law. The Protocol also includes the principle that states may take any positive action for upholding full and effective equality in appropriate circumstances.<sup>39</sup>

## IV. Conclusion

In conclusion, the question of the Court's approach and how well it deals with the issues concerning discrimination and equality was discussed. By examining Article 14 of the Convention in detail, considering those problems emerging from the said article, and the way the European Court of Human Rights faces those problems, it can be summarized that there are lots of measures to be taken by the Court to provide better guarantees for protection from inequality and discrimination. Opportunities still exist and can strengthen equality and the jurisdiction of the Convention that can be very beneficial for different discriminated groups in Europe.

Thus, in future we can expect further developments in the Court's practice, and successful decisions on the merits, concerning the problems of discrimination. And this process will hopefully help to some degree ensure that there are fewer incidents of unjustifiable discrimination in Europe.

<sup>36</sup> *Nachova and Others v. Bulgaria*, (Applications nos. 43577/98, 43579/98), 6 July 2005 [GC], (2006) 42 EHRR 933, ECHR 2005-VII, para. 67.

<sup>37</sup> Explanatory Report to Protocol No. 12

<sup>38</sup> It was ratified by only 18 states so far.

<sup>39</sup> Boyle, K. (2006) 'Article 14 Bites at Last' EHRAC Bulletin, 5

Norbert Bernsdorff<sup>1</sup>

## Report on the Practice of the European Court of Human Rights on Individual Complaints against Azerbaijan, Armenia and Georgia in 2013. (Reporting Period: 1.1.2013 – 31.12.2013)

This report is directly related to the report on the practice of the European Court of Human Rights (hereafter referred to as the Court) contained in the fourth edition of the SCLJ (No. 04/2013 for the reporting period of 1.1.2012 – 31.12.-2012). This report briefly describes the judgments made by the European Court of Human Rights on the basis of the European Convention on Human Rights (thereinafter, “the Convention”) from 1 January 2013 till 31 January 2013 against the Member States of Azerbaijan, Armenia and Georgia. The Report only tackles the judgments in which the Court found individual complaints admissible and decided whether there was a violation of any of the provisions of the Convention or its protocols. It does not discuss the decisions in which the Court found individual complaints inadmissible or the applications that had been stricken out of the list. Judgments of the European Court of Human Rights in English and French languages are accessible at [www.echr.coe.int.-case-law-hudoc](http://www.echr.coe.int.-case-law-hudoc).

The following are the data for comparison: during the reporting period, the European Court of Human Rights delivered 13 judgments against Germany, including 6 final decisions; 34 judgments against France, including 34 final decisions; and 47 judgments against the United Kingdom, including 13 final decisions.

1. Between 1 January 2013 and 31 December 2013, the European Court of Human Rights found violation of the Convention by **the Azerbaijanian authorities** in 6 cases. In 4 cases, the complaints were declared inadmissible (applications no.s Nos. 55650/07, 26291/06, 36609/08, and 15405/04).

In these judgments on merits, the Court mostly found the violation of Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment) and Article 6.1 (right to fair trial) of the Convention.

### The Case of *Insanov v. Azerbaijan* (Judgment of 14.3.2013, Application no. 16133/08)

The applicant, born in 1946, is a citizen of Azerbaijan. He was the Minister of Healthcare during 1993-2005. In

October 2005, along with other high-ranking government officials, he was detained on suspicion of abuse of official authority, embezzlement of public funds and complicity in an attempted *coup d'état* allegedly planned to take place after the parliamentary elections in November 2005. By the beginning of April 2007, he remained in custody and was presented with charges in a series of crimes. His cases generated both civil and criminal proceedings at the national level. The applicant had already been suffering from tuberculosis. In February 2005, he was diagnosed with herniation of an intervertebral disc. In his application, he complained about bad detention conditions, ill-treatment during civil and criminal proceedings in his case and lack of medical services while in detention.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 3 of the Convention involving the detention conditions (in the Detention Facility No. 1 and the Detention Facility No. 2); it also found the violation of Article 6.1 of the Convention involving the civil proceedings. The Court awarded the applicant EUR 10,000 towards non-pecuniary damage. The judgment became final.

### The Case of *Zeynalov v. Azerbaijan* (Judgment of 30.5.2013, Application no. 31848/07)

The applicant was born in 1935. He is a citizen of Azerbaijan and lives in Siyazan. In December 2004, he was found guilty of cultivation of a land plot which did not belong to him and was sentenced to a fine. Referring to Article 6 of the Convention, the applicant asserted that one of the Supreme Court judges had already dealt with his case previously as an appeals judge and thus could not stay impartial.

On this basis, the European Court of Human Rights found the violation of Article 6.1 of the Convention (right to a fair trial) and awarded EUR 1,000 towards costs and expenses borne by the applicant. The judgment was delivered by the Grand Chamber.

### The Case of *Abdulgadirov v. Azerbaijan* (Judgment of 30.5.2013, Application no. 24510/06)

The applicant was born in 1949. He is a citizen of Azerbaijan and lives in Baku. In September 2004, he was arrested on suspicion of being associated with some group of terrorists and was sentenced to three years of imprisonment for the illegal possession of a weapon. The Supreme Court upheld the convicting judgment in November 2005. The applicant complained about the violation of the Convention because he was not admitted to attend the hearing of his case by the Court of Appeals and the Supreme Court.

The European Court of Human Rights found a viola-

<sup>1</sup> The author is a judge at the Federal Social Court in Kassel, Germany, which is a third judicial instance for social disputes. Dr. Bernsdorff is also the Chief Editor of this journal.

tion of Article 6.1 of the Convention (right to fair trial and right to legal assistance of own choosing) and awarded the applicant EUR 2,400 towards non-pecuniary damage and EUR 1,000 towards costs and expenses. The judgment was delivered by the Grand Chamber.

### **The Case of Rzakhanov v. Azerbaijan (Judgment of 4.7.2013, Application no. 4242/07)**

The applicant was born in 1961. He is a national of Azerbaijan. Since 1997, he has been serving a life sentence for murder in the Gobustan Prison. Referring to Article 3 of the Convention, he complained of bad detention conditions such as a small-size cell, solitary confinement, lack of fresh air in the cell, insufficient time to take a walk outside and bad quality of food.

The European Court of Human Rights found that there was a violation of Article 3 of the Convention (prohibition of inhuman and degrading treatment) and awarded the applicant EUR 7,500 towards non-pecuniary damage. The judgment was delivered by the Grand Chamber.

### **The Case of Tahirov v. Azerbaijan (Judgment of 3.10.2013, Application no. 47137/07)**

The applicant was born in 1953. She is a citizen of Azerbaijan and lives in Sumgayt. In her application, she asserted that on 26 November 2005, during a rally protesting against alleged irregularities during the parliamentary election, she was beaten up by riot police so severely that she was taken to a hospital and diagnosed with blunt trauma. Photographs of the applicant lying unconscious on the ground surrounded by police officers were published in various newspapers and other news outlets. The applicant alleged that the police operation and the subsequent inefficient investigation of what happened violated Articles 3 and Article 11 of the Convention.

The European Court of Human Rights found that there were two violations of Article 3 of the Convention (prohibition of inhuman or degrading treatment) and one violation of Article 11 of the Convention (freedom of assembly and association). She was awarded EUR 11,000 towards non-pecuniary damage. The judgment was delivered by the Grand Chamber.

### **The Case of Chankayev v. Azerbaijan (Judgment of 14.11.2013, Application no. 56688/12)**

The applicant was born in 1967. He is a Russian citizen and is serving his sentence in a prison in Baku. As a Chechen rebel, he fled to Azerbaijan in 2002. In 2006, he

was convicted of setting up an armed gang and illegal possession of firearms and was sentenced to imprisonment. For the crimes he had committed in Chechnya, Russian courts sentenced him to 6 years of imprisonment. In June 2012, the Russian government requested his extradition so that he would serve his sentence in Russia. The extradition request was granted by the Azerbaijani authorities and confirmed by the Azerbaijani courts. Asserting that he would be subjected to torture if extradited to Russia, the applicant addressed the European Court of Human Rights, which temporarily suspended his extradition. However, the applicant was extradited anyway.

Later, dealing with the merits of the case, the European Court of Human Rights found that the extradition did not violate Article 3 of the Convention (prohibition of torture and inhuman or degrading treatment) but it did violate the interim measure ordered by the Court. The judgment was delivered by the Grand Chamber.

2. Between 1 January 2013 and 31 December 2013, the European Court of Human Rights found violation of the Convention by **the Armenian authorities** in 2 cases. In 5 cases, the Court declared the applications inadmissible, striking them out of the list (Applications Nos. 57687/09, 72733/10, 45199/09, 61730/08 and 8696/09).

In one of the final judgments in a case, the Court stated that there was a violation of Article 6.1 of the Convention (access to court).

### **The Case of Martirosyan v. Armenia (Judgment of 5.2.2013, Application no. 23341/06)**

The applicant was born in 1969 and lives in the town of Vanadzor. In November 2005, as a former manager of a regional branch of a commercial bank, he was found guilty of abuse of trust and falsification of documents and was sentenced to imprisonment for a term of two years and six months. Referring to Article 7 of the Convention (no punishment without law), in his application he argued that his conviction was based on a law that was not lawful, since it lacked legal certainty and predictability because the provision of the new Criminal Code came into force in the course of proceedings in his case.

The European Court of Human Rights did not find a violation of Article 7 of the Convention (*nullum crimen sine lege*).

### **The Case of Melikyan v. Armenia (Judgment of 19.2.2013, Application no. 9737/06)**

The applicant was born in 1949. She is an Armenian citizen and lives in Yerevan. During the period 1986-2005,

she worked for two government companies that were subject to privatization according to the law. Along with other employees, the applicant wanted to purchase shares of the companies' capital before they would be privatized. In 2004, the companies were sold to a private individual. The applicant argued the violation of Article 6.1 (access to court) and Article 13 (right to an effective remedy) of the Convention on the ground that she was deprived of the right to have the legality of the privatization law checked by the Armenian courts because the courts denied her the judicial examination of her case.

The European Court of Human Rights found a violation of Article 6.1 and the applicant was awarded EUR 3,600 towards non-pecuniary damage. The judgment became final.

3. Between 1 January 2013 and 31 December 2013, the European Court of Human Rights found violation of the Convention by the **Georgian authorities** in 2 cases. Six applications were stricken out of the list or were declared inadmissible (Applications nos. 9043/05, 70820/10, 32220/07, 16206/06, 22026/10, and 1700/08).

In cases that the Court dealt with on merits, it found the violation mostly of Article 3 of the Convention (prohibition of inhuman or degrading treatment).

### **The Case of Jashi v. Georgia (Judgment of 8.1.2013, Application no. 10799/06)**

The applicant, a Georgian citizen, was born in 1973 and was serving his sentence of imprisonment for a drug related crime. Referring to Article 3 of the Convention (prohibition of inhuman or degrading treatment), he argued that, while in pre-trial detention, he was not provided with medical assistance required by his mental and cardiac condition and his infection with hepatitis. In particular, he complained of the Georgian authorities' failure to enforce a decision rendered by a domestic court in 2006 at a pre-trial hearing, which required that the applicant be placed in a psychiatric clinic. Instead, he was left in the prison where he attempted to commit suicide several times.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 3 of the Convention on account of the level of treatment for the applicant's mental disorders but did not find a violation of the same article in respect of other submissions made by the applicant. The applicant was awarded EUR 3,000.

### **The Case of Ildani v. Georgia (Judgment of 23.4.2013, Application no. 65391/09)**

The applicant was born in 1986. He is a Georgian citizen and has been serving his sentence of seventeen years

and six months' imprisonment in the Rustavi Prison No. 1 for illegal possession of firearms and armed robbery. He was arrested in October 2007 and convicted in June 2008. The applicant complained of bad conditions while in detention that resulted in his becoming infected with tuberculosis that was discovered in February 2010. He further complained of inadequate subsequent medical services.

The European Court of Human Rights decided that there was a violation of Article 3 of the Convention (prohibition of inhuman or degrading treatment) on account of inadequate medical treatment provided to the applicant until February 2010. The Court did not find a violation of Article 3 in respect of the period following February 2010. The applicant was awarded EUR 4,500 towards non-pecuniary damage. The judgment was delivered by the Grand Chamber.

Dimitry Gegenava<sup>1</sup>

## Unconstitutional Constitutional Amendment: Three Judgments from the Practice of the Constitutional Court of Georgia

### I. Introduction

In the 21<sup>st</sup> century, constitutionalism stood out as being an entirely different, self-sufficient field of law, which acquired the properties characteristic only to it. In general, the dynamics of law result in new institutions, systemic changes in the already established notions, which is a completely natural and original process. Diversity of legal relations and constantly updating world view are the main causes of it. Ongoing geopolitical changes in the modern world have an impact upon political, world view and socio-economic principles of constitutional law.<sup>2</sup> There are a lot of institutions, pioneering outlook of which has drastically changed the principles and approaches applicable before the present times. The state institutions, especially the agencies responsible for judicial review, are obliged to keep pace with modern challenges. In a national legal system, introduction of innovations requires the presence of civil courage along with in-depth legal knowledge, because in most cases, the boldness of lawyers serves as a prerequisite for civil or state development<sup>3</sup>.

As far back as in the beginning of the 19<sup>th</sup> century, Marshall set forth several principles pertaining to legal operation of the constitution, which were subsequently fully shared by constitutionalism, they are: the supremacy of constitution, its prevailing force over other laws or legal acts, abrogation of any acts contradicting the constitution, and prohibition of enforcement of a law that is invalidated and against the constitution.<sup>4</sup> The mentioned principles were later evolved into the idea of the rule-of-law based state, the supremacy of the constitution, hierarchy of normative acts and the Kelsenian model of constitutional courts. The supremacy of the constitution always embraces questions on such problematic matter as the constitutionality of any articles of the constitution itself. The point

that introduction of constitutional changes in any article of the constitution is impermissible, and there is a significant substantial limit, which should be respected by the legislature while adding changes to the constitution, is not really a new idea.<sup>5</sup> However, there is always the risk that such norms shall be incorporated into the constitution, the contents of which contradict with the idea of genuine spirit of the constitution itself.

The question of the constitutionality of constitutional amendments was discussed in the legal literature during the Weimar Republic.<sup>6</sup> Since then, many historic and legal processes forced a certain part of the states to attach particular attention to the content of the text of constitutional amendments and to consider it within the context of the whole constitution. In modern law, many constitutions and courts recognize the concept of “unconstitutional constitutional amendment,” which mainly rests upon the principle of rule-of-law based state or judicial discretion.<sup>7</sup> However, due to the highest delicacy and acute political weight, respective state bodies avoid exercising similar competence or interpreting the constitution in such a way that allow them to extend the application of the mechanism of constitutional review to constitutional laws.

The authority of the Constitutional Court on the constitutionality of constitutional amendments is not directly provided in the Constitution of Georgia; however, the aforementioned does not imply exclusion of similar function from the stock of competences of the Constitutional Court of Georgia. In this regard, the Constitutional Court always opts for pursuing a more watchful policy. There are three constitutional claims identified in its case-law, by which the claimants demanded to recognize the changes introduced to the Constitution as unconstitutional. However, the Court’s position towards all three cases turned out to be similar. By rendering the respective rulings, the court rejected the admission of the claims for the consideration on merits, which was substantiated by the absence of similar competence.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> See, Gatmaytan, D.B. (2010) ‘Can Constitutionalism Constrain Constitutional Change?’ *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 3 (No.1) : 22.

<sup>6</sup> Barak, A. (2011) ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ *Israel Law Review*, 44: 327.

<sup>7</sup> Dixon, R. (2011) ‘Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments’ *University of Chicago, Public Law Working Paper*, 349: 1.

<sup>8</sup> See., Ruling N2/2/486 of 12 July 2010 of the Constitutional Court of Georgia in the case “Non-Entrepreneurial (non-commercial) legal entity “National League for Protection of the Constitution” v. the Parliament of Georgia”; Ruling N1/3/523 of 24 October 2012 of the Constitution Court of Georgia in the case “Citizen of Georgia Geronti Ashordia v. the Parliament of Georgia”; Decision N1/1/549 of 05 February 2013 of the Constitutional Court of Georgia in the case “Citizens of Georgia – Irma Inashvili, Davit Tarkhan-Mouravi and Ioseb Manjavidze v. the Parliament of Georgia”.

<sup>1</sup> LLM in Law; PhD student; Assistant Professor at the Eastern European University; Director of Prince David Institute of Law.

<sup>2</sup> Бондарь Н., Концепция Судебного Конституционализма: Методология Исследования в Свете Практики Конституционного Правосудья, “Конституционное Правосудие”, #1(55), 2012, 17.

<sup>3</sup> See, Radbruch, G. (2012) ‘Five Minutes of Legal Philosophy’ Translated by D. Gegenava, *Law Journal Contents*, N1-2(3-4): 248.

<sup>4</sup> Barak, A. (2011) ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ *Israel Law Review*, 44: 327-26.

The purpose of the present work is to survey the practice of the Constitutional Court and all the three cases, to assess the argumentation provided by the Court and in the light of comparative law, considering the practice of other states, to consider the degree of relevance of the practice established by the Constitutional Court. Neither subject of the dispute of the constitutional claims nor possible final results of the given cases admitted by the Court for consideration on merits shall be assessed within the scope of the present article. Attention shall be paid only to the aspects of the competence and to the interpretation of its own authorities and constitutional norms by the Constitutional Court.

## II. Unconstitutional Constitutional Amendment

### 1. Status of Constitutional Amendment

A special legal regime is always applied towards constitutional amendments, because this mechanism allows introducing changes and amendments to the constitution. Possibility of adding changes to the constitution and respective legal procedures are determined by the basic law itself. In the case of Georgia, the mentioned issues are regulated by the 8<sup>th</sup> Chapter of the Constitution, which deals with partial or general revision of the Constitution.<sup>9</sup> It is noteworthy that the legal form, act by which changes should be added to the Constitution is not mentioned anywhere in this chapter. It generally deals with a draft law on revision of the Constitution. This is additionally determined by the Law of Georgia on Normative Acts, according to which, changes to the Constitution are introduced by means of a constitutional law<sup>10</sup>.

Pursuant to the Constitution, a constitutional law shall be adopted on matters related to territorial state-structure arrangements, as well as the status of autonomous republics of Ajara and Abkhazia. The basic law does not directly say about other instances for the application of a constitutional law. In terms of legal force, a constitutional law constitutes a normative act equivalent to the Constitution,<sup>11</sup> because the text of the Constitution can be amended by means of it. It is deemed as an integral part of the Constitution<sup>12</sup>.

The main problem relating to the status of a constitutional law is that the status is defined by the legal act with relatively lower ranking in the hierarchy and not by the

Constitution itself, which does not directly make reservation on the consent to introduce constitutional changes by applying it.

In practice, a draft law on partial or general revision of the Constitution is adopted in the form of a constitutional law<sup>13</sup>.

### 2. Constitutionality of Constitutional Amendments

#### 2.1. Authority

Declaration of constitutional amendments as unconstitutional is not a competence of “ordinary,” “regular” state bodies, and moreover, in the authority of the highest state bodies, it is regarded as constituting a special, extraordinary competence. During the last century, its introduction has been actively endorsed by the civilized world and it has been mastering new, previously unexplored areas of evolution of constitutional law. The thought that “no organ of the State, including this Court, is competent to review or nullify a decision of the people”<sup>14</sup> in its initial meaning has not fully been preserved even in the classical parliamentary states. Of course, decisions adopted by the people through the use of forms of direct democracy occupy an entirely special place in terms of both legal force and ideological importance. However, the major purpose of introduction of judicial review was precisely to exercise the active review of the law-making process.

The authority of the Constitutional Court (and other bodies that exercise judicial review) to consider conformity of laws with the Constitution implies the right to review constitutionality of the constitutional changes that contradict the fundamental provisions of the basic law.<sup>15</sup> For instance, the 1949 Basic Law of Germany, the 1995 Constitution of Bosnia-Herzegovina, and the 2004 Constitution of Afghanistan place constitutional amendments into strict frames and foresee the possibility to exercise judicial review over them<sup>16</sup>.

Constitutional amendments are mainly abrogated based on two grounds: because of procedural irregularities or their incompliance with the text of the constitution.<sup>17</sup> In

<sup>13</sup> See, Gegenava, D., Kantaria, B., Tsanova, L., Tevzadze, T., Macharadze, Z., Javakhishvili, P., Erkvania, T. and Papashvili T. (2013) *Constitutional Law of Georgia*, Tbilisi.

<sup>14</sup> Jacobson, G.J. (2006) ‘An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective’ *International Journal of Constitutional Law*, 4 (No3): 469. See quote: *Hanafin v. Minister of the Environment*, [1996], 2 ILRM 62. 183.

<sup>15</sup> Barak, A. (2011) ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ *Israel Law Review*, 44: 329.

<sup>16</sup> Dixon, R. (2011) ‘Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments’ *University of Chicago, Public Law Working Paper*, 349: 2.

<sup>17</sup> *Ibid*, 1.

<sup>9</sup> See, Article 102 of the Constitution of Georgia.

<sup>10</sup> Paragraph 2 of Article 10 of the Law of Georgia on Normative Acts.

<sup>11</sup> *Ibid*, subparagraph “a” of paragraph 3 of Article 7.

<sup>12</sup> *Ibid*, the first sentence of paragraph 2 of Article 10.

some cases, the problem is possible to be present in both directions.<sup>18</sup> For example, the Supreme Court of Brazil considers compliance of constitutional law in the light of both form (procedure of adoption) and content with the text of the constitution.<sup>19</sup> In the opinion of one school of scholars, when the legislative body introduces changes to the constitution, the only authority of the court is to review the process of adopting constitutional changes, largely formal legal prerequisites.<sup>20</sup> However, there are frequent cases when the bodies of judicial review intervene in the content as well. In Germany, India and the South Africa, authorized courts may declare constitutional amendments as invalid in the case when amendments comply with all formal and procedural requirements established by the constitution, but contradict the spirit embodied in the whole constitution.<sup>21</sup> Granting the Constitutional Court with similar authority allows the discretion of unlimited judicial interpretation,<sup>22</sup> which always gives rise to the risk of wide interpretation of a norm.

The competence to review constitutionality of unconstitutional amendments, probably, is not precisely provided in the constitution. However, with the interpretation established by the body authorized to interpret, it can be differently implemented in practice. For instance, although the old Constitution of Turkey did not explicitly establish judicial review of constitutional amendments, the Constitutional Court still interpreted the Constitution in such a way that it granted itself the right to scrutinize the revision of the constitution.<sup>23</sup> The new 1982 Constitution already formally envisaged the possibility of reviewing the constitutionality of constitutional amendments.<sup>24</sup> Today, the Constitution of Turkey recognizes judicial review of constitutionality of acts, with due regard to “eternity clauses,” those provisions that cannot be amended.<sup>25</sup>

The Supreme Court of India is authorized to consider the constitutionality of the revision of the Constitution.<sup>26</sup> The practice of constitutionality of constitutional amend-

ments in India is connected with the decision of the Supreme Court in the case, *Golaknath v. State of Punjab*, 1967, by which the Supreme Court invalidated the 17<sup>th</sup> amendment, made in 1967, to the Constitution of India, which violated the right to property.<sup>27</sup> The Constitution of Austria recognizes judicial review with respect to laws, and moreover, Article 44 directly refers to the review of constitutionality of constitutional amendments.<sup>28</sup> Similar regulation is established by the Constitution of Romania.<sup>29</sup> Pursuant to the Constitution of the South Africa, the Constitutional Court has a competence to consider the constitutionality of any amendments to the Constitution.<sup>30</sup>

There is no unified position in law with regard to the constitutionality of constitutional amendments. This depends on cultural, legal and political development of a state, as well as qualification of the bodies of judicial review and on practical implementation of the principle of rule-of-law state. Although it is not relevant to resolutely claim that unless it is explicitly stated in the basic law, the constitutional court is unauthorized to consider similar disputes, because the constitution should be interpreted based on the spirit, the whole context embodied in the constitution<sup>31</sup>.

## 2.2. “Eternal” and “Regular” Norms

The authority to declare constitutional amendments as unconstitutional is frequently related to the existence of fundamental, so called “eternity clauses” in the constitution, which play certain red-line, boundary function for the basic law. Sometimes, similar provisions are especially distinguished from the text of the constitution, which makes it easier to determine their legal status and, what is more significant, to establish their importance. Eternal norms safeguard the constitution from unjustified changes, and in this case judicial review constitutes a natural mechanism for safeguarding similar norms.<sup>32</sup> Precisely, because of their existence, the limitations related to making constitutional amendments are possible to be directly explicitly enshrined in the constitution<sup>33</sup>.

Frequently, the constitution implicitly takes into account fundamental norms, “eternal,” “unamended” provisions, which can be read between the lines of the ba-

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> See, Mendes, C.H. (2005) ‘Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court’ *Florida Journal of International Law*, 17 (3): 455.

<sup>20</sup> Jacobson, G.J. (2006) ‘An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective’ *International Journal of Constitutional Law*, 4 (No3): 466, see. quote: *State (Ryan) v. Lemmon*, [1935], 170, I.R.180.

<sup>21</sup> Gatmaytan, D.B. (2010) ‘Can Constitutionalism Constrain Constitutional Change?’ *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 3 (No.1) : 27.

<sup>22</sup> Dixon, R. (2011) ‘Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments’ *University of Chicago, Public Law Working Paper*, 349: 5.

<sup>23</sup> Gozler, K. (2008) *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa : Ekin.

<sup>24</sup> See, Constitution of Turkey, 1982, Art. 148(1).

<sup>25</sup> Barak, A. (2011) ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ *Israel Law Review*, 44: 322

<sup>26</sup> *Ibid*, 325.

<sup>27</sup> See., *Golaknath v. State of Punjab*, A.I.R. 1967, S.C. 1963 (India).

<sup>28</sup> Barak, A. (2011) ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ *Israel Law Review*, 44: 327

<sup>29</sup> *Ibid*, 332.

<sup>30</sup> *Ibid*.

<sup>31</sup> See., Gegenava, D. (2013) ‘Interpretation of the Constitution and Some Political-Legal Issues Related to It’, *Contemporary Law Review*, N1: 102-115.

<sup>32</sup> Barak, A. (2011) ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ *Israel Law Review*, 44: 337.

<sup>33</sup> Gatmaytan, D.B. (2010) ‘Can Constitutionalism Constrain Constitutional Change?’ *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 3 (No.1) : 25.

sic law.<sup>34</sup> For example, if the constitution determines the separation of powers between the governmental branches and independence of each of them, and recognizes and enshrines basic human rights and freedoms, it can be freely argued that such constitution implicitly establishes the principles of separation of powers, independence of the judicial branch and the rule of law.<sup>35</sup> Many scholars think that some very important principles are embodied in the Constitution of Japan, such as the sovereignty of the people, basic rights and pacifism, which cannot be amended by way of constitutional amendments. The similar approach towards the internal limitations is enshrined in the Constitution of Switzerland<sup>36</sup>.

Barak goes even further and thinks that the possibility of judicial review is admissible for reviewing constitutionality of not only constitutional amendments but also of constitutional provisions. In his opinion, the nullity of norms in the constitution should not be negated just because the norms themselves are part of the constitution. There are constitutional provisions which are so fundamental, a manifestation of supra-constitutional law, to the extent that they bind the drafter of the constitution himself.<sup>37</sup> For example, the authors of the Basic Law of Germany believed that human dignity and democracy are such values that should have a special place in the Constitution,<sup>38</sup> and consequently, the status of norms regulating them is particularly different and distinct in the Basic Law of Germany, because of which it is freely possible to contest the conformity of any public act with them, including the constitutionality of constitutional amendments.

Classical normativist argument on legal equality of the norms of the same ranking and prohibition of the hierarchy cannot be used as a serious proof, because all norms of the constitution do not enjoy equal substantial importance. No matter whether or not there are “eternal” norms precisely determined, clearly provided and any provision about their eternity is enshrined in the basic law of the state, it can be argued that those fundamental principles and the norms of vital importance shall nonetheless be distinctive in the constitution, the content of which prevails over other provisions in terms of not formal but material importance.

<sup>34</sup> Barak, A. (2011) ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ *Israel Law Review*, 44: 377

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Gatmaytan, D.B. (2010) ‘Can Constitutionalism Constrain Constitutional Change?’ *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 3 (No.1) : 26.

<sup>37</sup> Barak, A. (2011) ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ *Israel Law Review*, 44: 329.

<sup>38</sup> Gatmaytan, D.B. (2010) ‘Can Constitutionalism Constrain Constitutional Change?’ *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 3 (No.1) : 28.

### 2.3. *The Constitutional Court as a Positive Legislature*

The constitutional court should not avoid rendering groundbreaking decisions because the specific authority is not explicitly enshrined in the basic law. Many things have changed since the development of Marshall’s and Kelsen’s doctrines and first of all, these changes were reflected in the competence of the bodies exercising judicial review. Sajo indicates that “the function of the modern constitutional court passed far beyond the role of the legislature, because they not only annul unconstitutional laws, but also issue turn-key decisions, which may lead to the revision of the constitution.”<sup>39</sup> The constitutional court is a “negative legislature” after Kelsenian model, although its effort to provide interpretation of the constitution nearly amounts to the function of a “positive legislature”<sup>40</sup>.

“Justice is more important than the laws adopted by the Parliament.”<sup>41</sup> The constitutional court develops and creates constitutional legal doctrine, plays an important role in separation of powers, the limitation and the system of checks and balances. The decisions of the constitutional court can exert significant influence on the processes ongoing in the state. It is a law-making body and frequently its decisions comply with all elements laid down for normative acts<sup>42</sup>.

The constitutional court has the authority to elaborate recommendations and proposals to improve a legislation, which in itself exerts important impact on the law-making process.<sup>43</sup> It often tries to fill the legislative gaps caused by the annulment of an unconstitutional act by applying temporary regulation, which irritates scholars of a certain school of thought.<sup>44</sup> The Constitutional Court rectifies the omissions by abrogating legislative acts.<sup>45</sup>

The Constitutional Court of Georgia indicated in its ruling of 20 September 2002 that drafting a new norm is the competence of the respective body and it does not constitute a matter to be considered by the Constitutional

<sup>39</sup> Sajo, A. (2003) *Limiting Government: An introduction to Constitutionalism*, Translated by M. Maisuradze, ( Ninidze, T., Eds.). Tbilisi..

<sup>40</sup> Dürr, S. R. (2011) ‘Comparative Overview of European Systems of Constitutional justice’ *Vienna Journal of International Constitutional Law*, 5 (No.2): 171.

<sup>41</sup> Zoidze, B. (2006) ‘Doctrine on Legislative Culture’ *Individual and Constitution*, N1: 43.

<sup>42</sup> Зорькин В., Прецедентный Характер Решений Конституционного Суда Российской Федерации, “Конституционное Правосудие”, #3(33), 2006, 8.

<sup>43</sup> Василевич Г., Решения Конституционного Суда Как Источник Права и Их Соотношение с Актами Иных Судебных Органов, “Конституционное Правосудие”, #2(28), 2005, 57.

<sup>44</sup> Kotchlamazashvili, B. (2009) *Legal Protection of Constitution*, Tbilisi..

<sup>45</sup> Faber, R. (2008) ‘The Austrian Constitutional Court - An Overview’ *Vienna Journal of International Constitutional Law*, 1: 51.

Court.<sup>46</sup> Although the Constitutional Court does not enjoy such authority conferred upon it by the legislation, however, it must be said that in practice, it exercises relatively more activities than it is stipulated by its function of a negative legislature. In the course of several centuries, judges of not only common law states, but also constitutional law states were actively engaged in law-making activities.<sup>47</sup>

The constitutional court, as a general rule, is engaged in the law-making – defines the problems of legislation, considers constitutionality of acts based on the case-law and by means of filling omissions and “loopholes” in the constitution.<sup>48</sup> For instance, the plenum of the Constitutional Court of Germany interpreted the federal law in such a way that broadened the authorities of the second senate (the Board) and determined additional competence to consider the cases<sup>49</sup>. The Constitutional Court of Turkey in its practice considered on several occasions the dispute on the constitutionality of constitutional amendments at that time when it did not have similar competence prescribed by the Constitution<sup>50</sup>.

The body with such importance and status as the constitutional court should not have any mental, moral obstacle to expand and fill the domains not regulated by the legislation including the constitution. The court has the duty that cannot be assumed by any other state institution. It is obliged to assume the responsibility for making sure that the right is not left unprotected and if, for achieving this, it is required to provide such interpretation of the constitution, which virtually shall grant the function “positive legislator” to it, the court should not get frightened about it.

### III. Three Rulings of the Constitutional Court of Georgia

#### 1. Subject of the Dispute

The Constitutional Court of Georgia does not really enjoy the experience of a long existence; however, its practice develops towards more or less interesting directions. Subject of the constitutionality of constitutional amendments was thrice brought before the Court, although the Court declared the claim as inadmissible in all three cases

and did not consider any of them on merits. It is especially interesting that in all three cases the subject of the dispute was almost identical and dealt with one and the same constitutional law.

On 09 December 2009, a constitutional claim was lodged with the Constitutional Court with regard to the constitutionality of two constitutional laws: “The constitutional laws of Georgia N3272-RS of 6 February 2004, and N4133-RS of 27 December 2007 “on the changes and amendments to the Constitution of Georgia”.<sup>51</sup>

On 24 February 2012, the constitutional changes of 2006 were contested at the Constitutional Court. The claimant demanded the declaration of subparagraph “c” of paragraph 2 and sub-paragraph “a” of the first paragraph of Article 1 of the constitutional law N4133 of 27 December 2006 as unconstitutional. The contested norms established the fixed period for holding parliamentary and presidential elections – October of the calendar year of the expiration of the authorities.<sup>52</sup>

On 05 January 2013, the constitutional changes of 2006 were once again appealed. The constitutional claim of Irma Inashvili, Davit Tarkhan-Mouravi and Ioseb Manjavidze questioned the constitutionality of subparagraph “c” of paragraph 2 of Article 1 of the constitutional law of Georgia N4133-RS, dated 27 December 2006, “On changes and amendments to the constitution of Georgia” with respect to the first paragraph of Article 17 and the first paragraph of Article 28 of the Constitution of Georgia. According to the constitutional claim, the impugned norm prolonged the term of authority of incumbent president of Georgia and the Parliament as a matter of fact gave the norm retroactive effect, by which it violated both the principles of public law and the right of every voter, “to perform the constitutional function of being the source of the state authority”.<sup>53</sup> In the claimant’s opinion, by declaring the constitutional changes as invalid, the Constitutional Court shall directly abrogate a norm of the constitutional law, and not a specific provision of the Constitution.<sup>54</sup> Conversely, in the opinion of the Parliament of Georgia, provision of the law on changes and amendments to the Constitution cannot be a subject of the consideration, because it “basically is the applicable wording of the norm of

<sup>46</sup> Zoidze, B. (2002) ‘Constitutional Control and Value Order in Georgia, Tbilisi; see. quote, Journal “Individual and Constitution”, N4, 2002, 93.

<sup>47</sup> Kotchlamazashvili. B. (2009) Legal protection of Constitution, Tbilisi.

<sup>48</sup> Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 82

<sup>49</sup> See, Judgment of 15 November 1993 of the Plenum of the Federal Constitutional Court of Germany in the work: Khubua, G. and Trauti, I. (2001) Constitutional Justice in Germany, Tbilisi.

<sup>50</sup> Ozbudun, E. (2009) ‘Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey’ European Public Law Journal, N15: 533.

<sup>51</sup> Ruling N2/2/486 of 12 July 2010 of the Constitutional Court of Georgia in the case: “Non-Entrepreneurial (non-commercial) legal entity “National League for protection of the Constitution” v. the Parliament of Georgia”, I, 1.

<sup>52</sup> Ruling N1/3/523 of 24 October 2012 of the Constitutional Court of Georgia in the case: “Citizen of Georgia Geronti Ashordia v. the Parliament of Georgia”, I, 1, 2, 3.

<sup>53</sup> Decision N1/1/549 of 05 February 2013 of the Constitutional Court of Georgia in the case: “Citizens of Georgia – Irma Inashvili, Davit Tarkhan-Mouravi and Ioseb Manjavidze v. the Parliament of Georgia”, I, 8.

<sup>54</sup> *Ibid*, I, 12.

(the codified) law, which was formulated as a result of the change made thereto”<sup>55</sup>.

Nevertheless that the subject of the dispute of all three constitutional claims was identical and demanded, with more or less precision, the annulment of the provision of the one and the same constitutional law, the public paid special attention to the constitutional claim of 05 January 2013. At this period, there was a new legal and political situation in Georgia and the state was functioning in the mode of coexistence typical to the semi-presidential republic. There was a particular interest towards the Constitutional Court, because the latter really could play a decisive role in the political processes of the country. Perhaps, enhanced public interest preconditioned the fact that the ruling in the given case is significantly larger in volume than the rulings rendered in the previous two cases.

In all three cases, the Constitutional Court held that consideration of the constitutionality of the constitutional law introducing changes and amendments to the Constitution does not fall under its competence.<sup>56</sup> In the interpretation of the Court, the authority of the Constitutional Court to consider the constitutionality of a constitutional law is not directly provided in the Constitution of Georgia, and did not share the claimant’s opinion that in this case similar competence “emanates from the authority and the general logic of the mission” of the Constitutional Court<sup>57</sup>

## 2. The Position of the Court

The Constitutional Court chose a more cautious approach with regard to the constitutionality of the constitutional changes. In all three cases, the Court opted for a quite narrow, limited interpretation and developed its argumentation in some major directions: the essence and status of a constitutional law, the authority of the Constitutional Court, and legal status of constitutional norms and their interrelation.

The Constitutional Court assumed that “the constitutional law introducing changes and amendments to the Constitution, is an integral part of the Constitution itself,”<sup>58</sup> and therefore the Claimant raised the issue of constitutionality of not the constitutional law, but that of the constitution itself, in particular, the constitutionality

of paragraph 9 of Article 70 thereof.<sup>59</sup> “The constitutional law, which is an integral and inherent part of the constitution, creates on its own constitutional legal order and in the sense of its content, cannot be an object to be evaluated by the Constitutional Court. Otherwise, we would have dealt with examination of the constitutionality of the norms of the constitution.”<sup>60</sup> The Constitutional Court, in order to better reveal the legal nature of the constitutional law, referred to paragraph 2 of Article 10 of the Law of Georgia on Normative Acts, under which, the constitutional law is an integral part of the Constitution of Georgia<sup>61</sup>.

The Court in the domain of constitutional review construed its own authority in such a way that it did not include the resolution of disputes over constitutionality of constitutional laws in its competence. “The Constitutional Court is confined to have the competence over examining the conformity of normative acts ranking lower than the Constitution of Georgia in the hierarchy.”<sup>62</sup> In its opinion, because a constitutional law from the moment it takes effect “loses its independent normative content and becomes an integral part of the Constitution”<sup>63</sup>. The claimant, virtually demanded the examination of the constitutionality of one article of the Constitution with the other article of the Constitution (relation of paragraph 9 of Article 70 of the Constitution of Georgia with Articles 17 and 28 of the Constitution), which goes beyond the competence of the Constitutional Court.

The Constitutional Court construed that all the norms of the Constitution of Georgia have equal importance and they should be considered in the light of the Constitution, as representing a single document.<sup>64</sup> The Court considered the dispute on constitutional changes from the perspective of interrelation of the norms of the Constitution, by which it shored up the position about the absence of the authority to consider the constitutional changes.

## 3. Critics of the Court Practice

The constitutional court is an important developer of the legal principles, because it construes a normative act through the use of various methods of interpretation and

<sup>55</sup> *Ibid*, I, 16.

<sup>56</sup> Ruling N1/3/523 of 24 October 2012 of the Constitutional Court of Georgia in the case: “Citizen of Georgia Geronti Ashordia v. the Parliament of Georgia”, II, 5.

<sup>57</sup> Decision N1/1/549 of 05 February 2013 of the Constitutional Court of Georgia in the case: “Citizens of Georgia – Irma Inashvili, Davit Tarkhan-Mouravi and Ioseb Manjavidze v. the Parliament of Georgia”, II, 4.

<sup>58</sup> Ruling N1/3/523 of 24 October 2012 of the Constitutional Court of Georgia in the case: “Citizen of Georgia Geronti Ashordia v. the Parliament of Georgia”, II, 3.

<sup>59</sup> *Ibid*.

<sup>60</sup> Ruling N2/2/486 of 12 July 2010 of the Constitutional Court of Georgia in the case: “Non-Entrepreneurial (non-commercial) legal entity “National League for protection of the constitution” v. the Parliament of Georgia”, II, 2.

<sup>61</sup> *Ibid*.

<sup>62</sup> Ruling N1/3/523 of 24 October 2012 of the Constitutional Court of Georgia in the case: “Citizen of Georgia Geronti Ashordia v. the Parliament of Georgia”, II, 4.

<sup>63</sup> Decision N1/1/549 of 05 February 2013 of the Constitutional Court of Georgia in the case: “Citizens of Georgia – Irma Inashvili, Davit Tarkhan-Mouravi and Ioseb Manjavidze v. the Parliament of Georgia”, II, 2.

<sup>64</sup> *Ibid*, II, 9.

all possible mechanisms.<sup>65</sup> The significance of the constitution or other legal acts is not automatically obvious; appropriate interpretation is necessary for this, and, moreover, understanding of the text precisely means its interpretation.<sup>66</sup> The constitutional court basically provides casual and general interpretation of the constitution, however it should be noted that the courts of not all the countries enjoy the authority to determine the general interpretation.<sup>67</sup> The Constitutional Court of Georgia is not authorized to separately define the general interpretation of the Constitution; it, based on previous cases and in the light of the materials of a specific case, establishes the substantial aspects of a constitutional norm.

A norm of the constitution and any legal acts should be interpreted in the light of the principles of the constitution, exactly stemming from the spirit embodied in the constitution, with due regard to the order of values established by it. It is only possible to completely interpret a norm of the constitution by taking a similar approach.<sup>68</sup> An Interpreter interprets the fundamental principles of the constitution, as a result of which it comprehends the basic structure of the constitution. Providing a similar interpretation is possible only in the light of the history of the constitution, its values, supra-constitutional principles and fundamental social values<sup>69</sup>.

The competence of the Constitutional Court to consider the conformity of normative acts with the Chapter II of the Constitution of Georgia is provided in subparagraph “f” of the first paragraph of Article 89 of the Constitution of Georgia. The constitutional law, by which the changes are introduced to the Constitution, is a normative act which falls within the legal regulation of the mentioned norm. The status of a constitutional law is established by the Law of Georgia on Normative Acts. Although there is no detailed information provided in the Constitution, based on the legal status indicated in an ordinary law, it is not legally justified to establish that a constitutional law is automatically an integral part of the Constitution. The Constitutional Court should not limit itself by the internal legislation. If the legislature had the will to limit the possibility of judicial review of normative acts of a spe-

cific type, the reference would have been directly indicated in the Constitution. Because subparagraph “f” of the first paragraph of Article 89 of the Constitution of Georgia generally establishes the competence of the Constitutional Court on examining the conformity of normative acts with the Constitution, it is not justified to exclude one of the types of specific law (legal mechanism for introducing changes and amendments to the Constitution) from legal regulation. Besides, the Court does not make difference between constitutional laws adopted for various purposes, and in general refuses to control all constitutional laws. What would happen if the constitutionality of the constitutional Law on the status of autonomous republic of Ajara, or, in the future, constitutionality of any norms of a constitutional law regulating the territorial state structure arrangements of Georgia is called into question? What would be the legal mechanism required to overcome the crisis? The Court itself obstructs the path leading to its establishment as an important state body.

Although, in most cases, courts do not interpret “silence” of the constitution and do not recognize the competence of judicial review over constitutional amendments,<sup>70</sup> however, when a norm of the basic law provides a legal ground to assess the constitutionality of a constitutional amendment and execute the true assignment, exercise of judicial review is absolutely logical. While some constitutionalists go further and believe that a constitutional norm, which does not have a fundamental character and considers the basic principles of the constitution, must be annulled.<sup>71</sup> It is entirely unjustified on the part of the Constitutional Court of Georgia to establish a similar interpretation. The Court’s attempt to make such a limited interpretation of its own competence and the authority conferred on it by the Constitution, and to place itself within the narrow normative frames is excessively normative in approach, which rather serves avoiding the responsibility than adequately and substantially understanding a norm.

It is absolutely unimaginable that the Constitutional Court provides such an assessment of its own responsibility, implying that the Court shall be released from the function to assess the basic law of the country and determine better regulation. This raises an entirely legitimate question: then what is the function of the Constitutional Court?

The Constitutional Court of Georgia thinks that a provision of a constitutional law becomes an integral part of the Constitution from the moment it takes legal effect. Therefore, discussions over its constitutionality turn out to be establishment of interrelation of constitutional norms and internal hierarchy. Under no circumstances, the trans-

<sup>65</sup> Сергеев С., Конституционно-Правовое Истолкование как Особый Вид Юридической Герменевтики (Некоторые Общие Соображения), “Конституционное Правосудие”, #1(59), 2013, 39.

<sup>66</sup> Барак А., Судейское усмотрение, Москва, 1999, 66.

<sup>67</sup> Сергеев С., Конституционно-Правовое Истолкование как Особый Вид Юридической Герменевтики (Некоторые Общие Соображения), “Конституционное Правосудие”, #1(59), 2013, 39.

<sup>68</sup> Decision N1/3/407 of 26 December 2007 of the constitution of Georgia in the case: “The Georgian Young Lawyers Association and citizen of Georgia – Ekaterine Lomtadze v. the Parliament of Georgia”, II, I.

<sup>69</sup> Barak, A. (2011) ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ *Israel Law Review*, 44: 338.

<sup>70</sup> *Ibid*, 332.

<sup>71</sup> *Ibid*, 329.

formation of a norm into a constitutional provision should be considered to be an irreversible process, with the result calculated for eternal application. With a similar approach, there must not be any legitimate grounds for a constitutional court's authorities even in those countries where judicial review of constitutional laws is in force. As far as the issue of direct interrelation of the norms of the constitution is concerned, in this case, the position of the Constitutional Court is not really new, as in the opinion of certain law scholars, the constitution should be considered in the light of its whole context. Accordingly, there cannot be supreme, prevailing and ordinary norms at the level of the constitution; however, the aforementioned does not negate special importance and impact of certain norms.<sup>72</sup> To say that all provisions of the basic law are equal in rights constitutes formalization of law, which is absolutely incompatible with the development of modern law and its dynamics.

The Constitutional Court negates the existence of "eternal" norms in the Constitution of Georgia, by which it shores up its position that it is not authorized to consider the amendments to the Constitution. It is not necessary that the Constitution directly establishes the limitation of the theme of constitutional amendments ("eternal" norms), because the limits substantially and implicitly provided in the basic law explicitly equal to explicit restriction.<sup>73</sup> Existence of "eternal" norms is not a necessary prerequisite for the competence relating to the constitutionality of constitutional laws. For instance, the Constitution of Ireland does not have "internal" provisions; however, it contains special norms about amendments to the Constitution and review the constitutionality of these amendments.<sup>74</sup> Like Ireland, the Constitution of India does not also include the so called "eternal" norms.<sup>75</sup> Despite the absence of similar norms, the both states exercise judicial review of constitutional amendments.

As the Constitutional Court evaluates, introduction of changes and amendments to the Constitution of Georgia generally "is a part of political process of the revision of the Constitution, which, according to the will of the people, is exercised by popularly elected representatives"<sup>76</sup>. Unfortunately, in the opinion of the Constitutional Court, its activities are completely free from politics, which does not sound serious in the 21<sup>st</sup> century. Competence-based

abstraction of the state body from the ongoing political processes in the state, which has the constitutional mission to abrogate normative acts including laws and to settle the conflicts between the governmental branches, is unimaginable. The mentioned opinion of the Court would be absolutely unrealistic in the case of absolute primacy of the principle<sup>77</sup> of judicial self-restraint.

The Constitutional Court should not be restrained by the legislation. Its margins are the Constitution and the fundamental principles that are embodied in the Constitution of Georgia. The unity and indivisibility of Georgia<sup>78</sup>, prohibition of the alienation of the territory of the state<sup>79</sup>, people as the source of the state authority<sup>80</sup>, public representation<sup>81</sup>, prohibition of usurpation of the state authority<sup>82</sup>, separation of the state authority<sup>83</sup>, the supremacy of the Constitution<sup>84</sup>, basic human rights as eternal and supreme values and binding the state authority by basic human rights<sup>85</sup>, which are provided in the Constitution of Georgia, cannot be in any way deemed as "regular," ordinary norms. Accordingly, the basic law allows the Constitutional Court to assess the constitutionality of constitutional amendments with due regard to precisely unified normative, fundamental principles of the Constitution. Besides, in terms of formality, the Constitutional Court does not have the prohibition of any kind, under which it may not attribute a similar authority to the panoply of its own competences; moreover, when subparagraph "f" of the first paragraph of Article 89 of the Constitution establishes a general regulation, and it is the Court which has the authority for its interpretation.

#### **IV. The Constitutional Court of Georgia: Between Status-Quo and Constitutional Evolution**

##### **1. The Policy of the Constitutional Court of Georgia and Interpretation of the Constitution as "A Necessary Vice"**

The people's culture is their conscious being which preconditions the level of development.<sup>86</sup> The legal culture is also its inseparable part, which in most cases is an un-failing indicator of the development of the state and its so-

<sup>72</sup> Dietze, G. (1956) 'Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development In Postwar Germany' *Virginia Law Review*, 42 (No.1): 18.

<sup>73</sup> See, Gatmaytan, D.B. (2010) 'Can Constitutionalism Constrain Constitutional Change?' *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 3 (No.1) : 25.

<sup>74</sup> Barak, A. (2011) 'Unconstitutional Constitutional Amendments' *Israel Law Review*, 44: 329.

<sup>75</sup> *Ibid*, 325.

<sup>76</sup> Decision N1/1/549 of 05 February 2013 of the Constitutional Court of Georgia in the case: "Citizens of Georgia – Irma Inashvili, Davit Tarkhan-Mouravi and Ioseb Manjavidze v. the Parliament of Georgia", II, 20.

<sup>77</sup> Khubua, G. (2004) *Law Theory*, Tbilisi.

<sup>78</sup> First paragraph of Article 1 of the Constitution of Georgia.

<sup>79</sup> *Ibid*, paragraph 2 of Article 2.

<sup>80</sup> *Ibid*, the first paragraph of Article 5.

<sup>81</sup> *Ibid*, paragraph 2.

<sup>82</sup> *Ibid*, paragraph 3.

<sup>83</sup> *Ibid*, paragraph 4.

<sup>84</sup> *Ibid*, the first paragraph of Article 6.

<sup>85</sup> *Ibid*, Article 7.

<sup>86</sup> Арутюнян Г., Конституционализм как Фундаментальный Принцип Права в Правовом Государстве, "Конституционное Правосудие", #1(55), 2012, 9.

ciety. The state plays an important role in its establishment and development; however, eventually, the legal culture and legal science is entirely separated from organizational, structural mechanism of the state. Constitutional culture is not an abstract phenomenon, it is revealed in public and legal relations.<sup>87</sup> Although constitutionalism has a close bond with the state, but not a single state may formulate or establish it, because the latter constitutes an absolutely independent phenomenon<sup>88</sup>.

The authority and legal stability of the constitutional court, with which the court is guaranteed in any civilized state, this is an enviable situation where the legal culture may be freely developed. This should not be obstructed by the fear of the unknown, it should explore new areas, create basic directions for the development of constitutional law, set out the standards to the state that any state structure should comply with. Unfortunately, the Constitutional Court of Georgia frequently chooses to follow a more cautious policy and prefers stability to the extent of stagnation, instead of exploration of innovations, and conquering unexplored horizons. Such frame of mind was even manifested in the practice of recent years and instead of the experience existed before 2009, when, in most cases, it used to render quite audacious decisions; now it is engaged in deciding “harmless” cases, or in most cases, in thwarting responsibility and preserving the status-quo. Certainly, radicalism or legal revolution is not welcomed in any aspects; however, by this path, evolution will not be attained either.

Marshal at great risk tried to grant the competence of judicial review to the judiciary and obtain the authority non-existent in the constitution. Exactly through the interpretation of the Constitution, with due regard to its content,<sup>89</sup> the Constitutional Court of Georgia, despite the presence of formal preconditions, applied such a reduced theological interpretation of the norm that the Court itself limited the practical possibility of one of the most prominent competences. It narrowly construed its own authority, considered a constitutional law and constitutional norms on one unified plane and indicated that it does not have the competence to declare constitutional norms as invalid.<sup>90</sup> By this, it in a certain way insured itself against possible discussions in the future about the constitutionality of oth-

er norms with relation to the Constitution, and the Court itself limited the possibility to interpret its own authority<sup>91</sup>.

The Constitutional Court did not regard as relevant to impose the Court to create “eternal,” “unamended” norms of the Constitution and corroborated this with the fact that the Court itself is restricted by the text of the Constitution.<sup>92</sup> Who else, if not a special body of judicial review, whose direct duty is to establish the constitutionality of normative acts, respectively, to state about what the Constitution says, is authorized to recognize a certain part of norms as fundamental, the possibility of which is undoubtedly provided in the text of the constitution.

In the opinion of Posner, in interpreting the constitution, the judge should not be confined with only one legal order. He/she may apply legal thinking of the whole world, achievements of legal scholars and the practices of other states in order to back up his/her own decision.<sup>93</sup> Heberleian interpretation of comparative law implies precisely the same.<sup>94</sup> The constitutional court interprets a norm, but this together with explanatory aspect is important because it grants constitutional, legal qualification to the legislation.<sup>95</sup> Special attention is attached to interpretation while disputing over the constitutionality of an act, because unless relevant interpretation is established, no one can say if a specific law is constitutional or not.<sup>96</sup> The same rule applies to constitutional amendments, constitutionality of which is possible also to be questioned. The key essence and mission of the constitutional court is to safeguard the constitution, and it also implies the aspect that provides safeguards and prevents unjustified interference with the text of the constitution.

## 2. Unconstitutional Constitutional Law

A constitutional law, as the mechanism for introducing changes and amendments to the constitution, requires considerable legal reform. A serious shortcoming of the Constitution of Georgia is the failure to determine the legal mechanism for the revision of the Constitution, which, in the end, gives rise to problems. Constitutional amendments, the constitutionality of which may be questioned, contradict the essence of the constitution,

<sup>91</sup> See, *Ibid*, 12

<sup>92</sup> *Ibid*, 15.

<sup>93</sup> Dixon, R. (2011) ‘Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments’ University of Chicago, *Public Law Working Paper*, 349: 12.

<sup>94</sup> Khubua, G. (2004) *Law Theory*, Tbilisi.

<sup>95</sup> Сергеевнин С., Конституционно-Правовое Истолкование как Особый Вид Юридической Герменевтики (Некоторые Общие Соображения), “Конституционное Правосудие”, #1(59), 2013, 39.

<sup>96</sup> Troper, M. (2005) ‘Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy’ *International Journal of Constitutional Law*, 3 (No.1): 34.

<sup>87</sup> *Ibid*, 10.

<sup>88</sup> Бондарь Н., Концепция Судебного Конституционализма: Методология Исследования в Свете Практики Конституционного Правосудия, “Конституционное Правосудие”, #1(55), 2012, 29.

<sup>89</sup> See, Gegenava D., *Constitutional Justice in Georgia: Basic Systemic Problems of Legal Proceedings*, Tbilisi, 2012, 13.-14.

<sup>90</sup> Decision N1/1/549 of 05 February 2013 of the Constitutional Court of Georgia in the case: “Citizens of Georgia – Irma Inashvili, Davit Tarkhan-Mouravi and Ioseb Manjavidze v. the Parliament of Georgia”, II, 2.

democratic nature of governance and may imply violation of the separation of powers, rule-of-law-based state, judicial independence, and basic human rights.<sup>97</sup> A large part of these principles is recognized by the Constitution of Georgia and constitutes the foundation of governance. Accordingly, their change shall not be simply the change of a norm; rather it shall considerably affect the practical realization of the idea of the rule of law and democratic state.

Pursuant to the basic law of Germany, constitutional amendments aimed against the federal system, human dignity or constitutional order should be recognized as unconstitutional.<sup>98</sup> According to Murphy, the changes against constitutional democracy cannot be applicable and they are necessary to be invalidated. Rawls considered any constitutional amendments opposing equality and basic human rights as unconstitutional.<sup>99</sup> In the opinion of Barak, there is no difference between a regular normative act opposing the constitution and a constitutional law violating fundamental principles of the constitution; judicial review should be equally extended to both of them<sup>100</sup>.

It is necessary that the constitution, which is the supreme state document with prevailing legal force, should be protected to serve as a linchpin of the legislation and legal relations, the majority of which emanated exactly from the content of the constitution, existing in the country. Any legal act should conform to it.<sup>101</sup> This provision may not be understood unrestrictedly; it is necessary to generalize it. Constitutional laws are included in these acts, through which the text of the constitution is amended. These laws may violate the unified normative organism of the constitution, may contradict its fundamental principles and essence, which preconditions the founding, legal and political nature of the basic law<sup>102</sup>. This potential threat compels the constitutional court to furnish itself with such authority, the formal prerequisite of which it has, whereas the practical one is conditioned and required by the reality.

## V. Conclusion

Constitutional amendments, stemming from their substantial importance, are a subject of increased public and legal interest, and it is not surprising that there is a special regime applicable towards them. The fact that a change is added to the constitution by a constitutional law shall not be the ground for the protection of this law itself, because the change to the constitution, in its contents, may violate the basic law of the country in the same way as any other normative act.

Declaration of constitutional amendments as unconstitutional, in most cases, rests upon the notion and essence of “fundamental,” “eternal,” and “necessary” norm in the constitution<sup>103</sup>. This status is defined by the constitution itself or through assessment made by the bodies of judicial review. The Constitutional Court of Georgia declined similar authority. The Court avoided the constitutional competence to review the constitutionality of constitutional laws, by which it failed to use its historic chance to become a real institution balancing the political, legal processes occurring in the state. In this case, it is of secondary importance how all these three cases will finish; it is more a matter of the substance. Unfortunately, the Constitutional Court declined to consider the constitutional amendments, and failed to provide complete legal corroboration for it.

In the post communist states, special importance is attached to the constitutional courts that can play a ground-breaking role in the process of democratization. However, for this, it is necessary to assume responsibility, provide in-depth analysis of the law, and take legal risks, which is always justified at the development stage. Any attempt to maintain status-quo and a static state, which the Constitutional Court of Georgia now adheres to, fails to keep abreast with the development and dynamics of the modern law.

<sup>97</sup> Barak A., Unconstitutional Constitutional Amendments, “Israel Law Review”, Vol.44, 2011, 338.

<sup>98</sup> See, Basic Law of Germany, Art. 2, Art. 20.

<sup>99</sup> See, Gatmaytan, D.B. (2010) ‘Can Constitutionalism Constrain Constitutional Change?’ *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 3 (No.1) : 26.

<sup>100</sup> Barak, A. (2011) ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ *Israel Law Review*, 44: 333.

<sup>101</sup> The second sentence of the first paragraph of Article 6 of the Constitution of Georgia.

<sup>102</sup> See, Gegenava D., Kantaria B., Tsanova L., Tevzadze T., Macharadze Z., Javakhishvili P., Erkvania T. and Papashvili T. (2013) *Constitutional Law of Georgia*, Tbilisi.

<sup>103</sup> Dixon, R. (2011) ‘Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments’ *University of Chicago, Public Law Working Paper*, 349: 5.

Narine Aleksanyan<sup>1</sup>

## Development of Institution of Judgment Review Due to New Circumstances on the Basis of the Decisions of the RA Constitutional Court

### I. Introduction

*The institution of new consideration of the case due to new circumstances, as an indivisible part of the right to fair trial, has been discussed on numerous occasions in the case law of RA Constitutional Court. In particular, the Constitutional Court has referred to the constitutionality of legal regulations related to this institution in its decisions DCC-701, DCC-751, DCC-758, DCC-767, DCC-833, DCC-935, DCC-943, DCC-984 and DCC-1099. The legal positions of the Constitutional Court in the aforementioned decisions served as basis for legislative amendments of the norms regulating the institution of judgment review due to new circumstances; its democratization and full implementation of the right to fair trial thereof. The purpose of this article is to present the legal approaches and positions of the RA Constitutional Court about the institution of de novo consideration of the case based on new circumstances and its further democratization.*

### II. CC Legal Positions of Fundamental Significance for the Development of the Institution of Judgment Review due to New Circumstances

As it was mentioned above, the legal positions resulted from constitutional justice have had a significant impact on the development of the institution of review of the case due to new circumstances. Reviewing the respective decisions of the Constitutional Court we can identify the following legal positions of fundamental significance for that institution:

1. The formulation of paragraph 2 of Part 15 of Article 68 of the RA Law on the Constitutional Court in the law enforcement practice shall be interpreted in the context of Part 3 of Article 102 of the Constitution, which makes possible the temporary application of the norm incompatible with the Constitution by the Constitutional Court. As regards the possibility of protection of the rights of the citizen due to new circumstances, then it arises from the moment of invalidation the legal act or any provision thereof

based on the decision of the Constitutional Court; i.e. after expiration of postponement deadline in accordance with the procedure prescribed by law”;<sup>2</sup>

2. “... the Constitutional Court finds that effective exercise of the right to apply to the Constitutional Court guaranteed by Point 6 of Article 101 of the Constitution requires complete legislative regulation of revision of the judgments based on the decision of the Constitutional Court that will enable the person to restore the his/her constitutional right violated as a result of applying normative act declared by the Constitutional Court as contradicting the Constitution. This is also the requirement of part 7 of Article 68 of the RA Law on the Constitutional Court, as while assessing the constitutionality of the normative acts it should be considered also the necessity to freely exercise the securing and protection of the rights and freedoms of the person and citizen stipulated by the Constitution; their permissible restrictions and necessity to secure the direct application of the Constitution. Hence, the Constitutional Court finds that the objective of the legislative regulation of the legal relations concerning the judgment review due to new circumstances should be the access to justice, as well as securing the efficiency of judicial protection of the persons’ constitutional rights and legislative clarification thereof will increase the trust towards the justice and enable the people to implement their constitutional right to judicial protection more ensured and efficiently. Consequently, the legislature must stipulate clear regulation for the revision of the judgments due to new circumstances in Section 3<sup>2</sup> of the RA Civil Procedure Code, which will guarantee an opportunity for the person for effective exercise of the right to apply to the Constitutional Court stipulated by Point 6 of Article 101 of the Constitution, as well as rights stipulated by Article 19 of the Constitution. It is also necessary to clearly stipulate a legislative requirement to review the judgments about the persons, who, although were not a trial party; however, have been deprived of possibility to consider their case in the Constitutional Court based on Parts 3 or 5 of Article 32 of the RA Law on the Constitutional Court. Otherwise, the right to apply to the Constitutional Court, as well as the right to judicial protection of violated rights through the Constitutional Court will become unreal and illusionary, being deprived of an opportunity of effective exercise”<sup>3</sup>;

3. “...as a result of systemic analysis of the challenged provisions and provisions of Section 3<sup>2</sup> of RA Civil Procedure Code (in particular Article 204<sup>20</sup>) from the viewpoint of efficiency of exercising the right to apply to the Constitutional Court, the Constitutional Court highlights

<sup>1</sup> Candidate of Legal Sciences; Associate Professor; RA Constitutional Court; Chief Specialist

<sup>2</sup> DCC-701, 11 May 2007; Point 6

<sup>3</sup> DCC-751, 15 April 2008 ; Point 9

a procedure to review the judgments due to based on the decisions of the Constitutional Court stipulated by RA Civil Procedure Code, which, in the first place will not undermine the country's legal security and stability of civil turnover, as well as will give full possibility to the person, based on the decision of the Constitutional Court, to restore his/her right violated as a result of application of unconstitutional norm. ...The provision stipulated in Part 2 of Article 204<sup>20</sup> of the RA Civil Procedure Code, according to which “**judgments of the first instance courts** can be reviewed due to new circumstances”, may create obstacles for restoring the violated rights of the person based on the decision of the Constitutional Court, as in some cases, the restoration of the violated rights of the person based on the decision of the Constitutional Court may require the revision of the decisions of the Court of Appeals or Court of Cassation. Considering the jurisdiction of the Court of Appeals and Court of Cassation, there may be situations, when the restoration of the violated rights based on the decision of the Constitutional Court there will not require to review the judgment of the court of first instance and the violated right may not be restored without revision of the judgment made by the Court of Appeals or Court of Cassation”<sup>24</sup>;

4. “... The Constitutional Court states that in practice there may be situations, when the restoration of violated rights through revision of the judgments based on the decision of the Constitutional Court require the revision of acts exclusively of Court of Appeals or Court of Cassation. Thus, according to Point 6 of Article 101 of RA Constitution in the frames of the individual complaint the legislative provision applied by the final judgment may be challenged at the Constitutional Court. In certain cases, the judgments of the First Instance Court; Court of Appeals and Court of Cassation may be the final judgment. More often the final judgment is the act of the Court of Cassation, which has been made in exhaustion of all the remedies. The Constitutional Court underlines that the aforementioned constitutional provision, as a precondition of admissibility of individual application, stipulates **the requirement that the challenged law provision is applied by the final judicial act**, which does not mean that the provision applied by the final judgment should be mandatorily applied also in the First Instance Court and Court of Appeals. The application of the legislative provision by the final judgment is enough for challenging the constitutionality of that provision at the Constitutional Court. Thus, Point 6 of Article 101 of RA Constitution considers it possible to challenge the constitutionality of a provision of a law in the Constitutional Court, which has been ap-

plied by the judgment of the Court of Cassation or Court of Appeals as final judgment; however, not applied by the judgment of the First Instance Court. In such situation, in case the Constitutional Court declares this or that law's provision as unconstitutional and void, from the viewpoint of restoring the violated rights based on the respective decision of the Constitutional Court the revision of the judgment of the First Instance Court becomes pointless and impossible: the restoration of the violated rights based on the decision of the Constitutional Court requires revision of only the final judgment.... Moreover, the Constitutional Court states that both the Court of Appeals and Court of Cassation by leaving in force the judgment on merits of the inferior court, shall reason that act, if they believe that it's inadequately reasoned; wrongly reasoned or not reasoned. In this case the Court of Appeals or Court of Cassation may apply legislative provisions, which have not been applied by the court of lower instance. At the same time, not only the judgments on the merits may be reviewed due to new circumstances, but also interim. And as a result of reviewing the interim acts the Court of Appeals and Court of Cassation are entitled to make new judgments, which enter into force from the moment of promulgation. In this case it is more than obvious that the possibility of review of the interim act of the First Instance Court due to new circumstances shall exclude the possibility of review of new judgments made in supervising the interim judgments adopted by the Court of Appeals and Court of Cassation. The Constitutional Court finds that under the current regulation of judgment review based on the decision of the Constitutional Court, the complete enforcement of the decisions of the Constitutional Court is not ensured, making the implementation of the person's right to constitutional justice an end in itself and ineffective<sup>5</sup>. ... “The Constitutional Court states that the challenged provisions deprive the person of the possibility of complete restoration of his/her violated rights through the revision of the judgment due to new circumstances, undermining the legal security and stability of civil turnover; increasing the corruption risks, not allowing the Republic of Armenia to fully and conscientiously fulfill the commitments undertaken by international treaties with RA participation. The Constitutional Court finds that the system of judgment review due to new circumstances may be effectively enforced only in case, when the possibility to review the acts of all the courts due to new circumstances is ensured, excluding the revision by the inferior court of the superior court's act”<sup>6</sup>

5. “...the examination of the current legislation about the grounds to review of the judgment due to new circum-

<sup>4</sup> DCC-751, 15 April 2008; Point 10

<sup>5</sup> DCC-758, 9 September 2008; Point 11

<sup>6</sup> DCC-758, 9 September 2008; Point 14

stances, as well as to file proceedings on the grounds of those circumstances confirms that the purpose of the institution to judgment review due to new circumstances, as it was stated also in the aforementioned respective decisions of the Constitutional Court, is to restore the constitutional and Convention-guaranteed rights violated as a result of application of the law declared as unconstitutional. Namely, the institution of judgment review due to new circumstances is an important legal way to restore the violated rights<sup>7</sup>. "...the purpose of the proceedings to review the judgment due to new circumstances is the settlement of the issue concerning the opportunity to restore the violated rights (constitutional or guaranteed by Convention), but not of criminal charges. ... Consequently, the mandatory requirement in the challenged norm about representation through a lawyer, under the conditions of not envisaging an opportunity of free legal aid by the lawyers concerning submission of appeals to review the judgment, shall disproportionately restrict the possibility to restore the violated constitutional and Convention-guaranteed rights through the review of the judgments due to new circumstances, jeopardizing the effective exercise of both the constitutional right to constitutional justice and judicial protection of the violated rights in international instances"<sup>8</sup>.

6. "... the Constitutional Court finds that, in practice, first of all, the absence of the legislative mechanism to review the final decisions on dismissal of the proceeding; termination of the criminal prosecution or refusal from the criminal prosecution made during pre-trial proceedings of the criminal case due to new or newly revealed circumstances should be practically considered as a violation of the rights and dignity of the person injured by the crime"<sup>9</sup>.

7. "...The Constitutional Court finds that the review of the judgments in accordance with necessary legislative procedures based on the legal positions expressed in the cases of determining the constitutionality of the legal acts, is an effective remedy to ensure the supremacy and direct application of the Constitution, therefore, it is also a constitutional legal requirement. However, whereas from the standpoint of protection of an objective right it is unconditional that **no legal norm can be interpreted and applied avoiding the legal positions of the Constitutional Court**, the problem from the subjective right perspective shall be solved otherwise. **Firstly**: the fact is that, the judicial practice, proceeding from the current legislative formulations, does not recognize as a new circumstance the Constitutional Court Decisions on declaring the norm as in conformity with the Constitution within the framework of the expressed legal positions, and does not provide an oppor-

tunity for restoration and protection of violated rights and freedoms of the person. **Secondly**: the implementation of the principle of guaranteeing the rule of law, and thus, the supremacy of the Constitution is deadlocked. **Thirdly**: this situation is conditional not only on imperfection of separate provisions of the procedural codes, but also the RA Law on the Constitutional Court. The current legal regulation and law enforcement practice are obviously in contradiction with the requirements of Articles 1, 3, 6, 18, 19, 92, 93 and a number of other Articles of the RA Constitution. The Constitutional Court finds that the recognition of the legal positions expressed in the Constitutional Court decisions on the constitutionality of the legal acts as a new circumstance by the RA courts of general jurisdiction and specialized courts needs to be **comprehensively and urgently** regulated both in criminal, civil and administrative proceedings, considering the legal positions expressed in this Decision<sup>10</sup>;

8. "...Based on the results of the research of law enforcement practice, the Constitutional Court states that, no judgment, by which the norm declared as contradicting the RA Constitution has been applied, was left unchanged in the practice of judgments review due to the decisions of the Constitutional Court, by the Criminal Chamber of the RA Court of Cassation. Meanwhile, as a result of the proceeding in review initiated by the Civil and Administrative Chambers of the RA Court of Cassation, 5 judgments containing a norm declared as contradicting the RA Constitution, were left unchanged.

Assessing the abovementioned law enforcement practice, the Constitutional Court states that for the last case the legal position expressed in Point 13 of the Decision DCC-758 of the RA Constitutional Court dated 9 September 2008 and reconfirmed in DCC-866 dated 23 February 2010, was not considered, according to which, if the decision of the Constitutional Court on declaring the corresponding legislative provision as contradicting the Constitution and invalid, is a new circumstance and a ground for judgment review, **then practically the ongoing effect of the reviewed act is impossible, because the justice administration was based on the unconstitutional norm which will continue to be in force.**

The Constitutional Court states that because of this law enforcement practice even for the abovementioned few cases satisfying the demands for judgments review, in separate cases, the judgments by which the norms declared as contradicting the RA Constitution has been applied, continue to be in force and their review does not cause any legal consequences for the applicants from the viewpoint of protection of their subjective rights. Meanwhile, in a num-

<sup>7</sup> DCC-833, 13 October 2009; Point 6

<sup>8</sup> DCC-833, 13 October 2009; Point 7

<sup>9</sup> DCC-935, 4 February 2011; Point 6

<sup>10</sup> DCC-943, 25 February 2011; Point 11

ber of cases **the demands for review of the judgment by which the unconstitutional norm has been applied and for initiation a proceeding in review are even rejected, and a decision on returning the complaint in review is adopted. Moreover, in vast majority of the cases, as it was mentioned, this demand is dismissed by reasoning that the Constitutional Court, while declaring the provision applied by the courts as contradicting the Constitution, postponed the invalidation of the unconstitutional norm and the complainant has not proved and substantiated the existence of a new circumstance in this matter. Moreover, if the complaint is submitted after the expiry of the postponement term, the complaint is returned by reasoning that three months deadline for submitting a complaint prescribed by law was missed.**

In this concern, the Constitutional Court necessitates stating that the judicial practice has developed as opposed to the legal positions expressed in the Decision DCC-701 of the Constitutional Court dated 11 May 2007. In this decision the Constitutional Court mentioned in particular: “concerning the possibility of citizens rights protection due to new circumstances then it springs up from the date of invalidation of the legal act or its any provision by the Decision of the Constitutional Court, that is from the date of expiry of its postponement term according to the procedure prescribed by law.

However, according to the requirements of Article 68, Part 16 and 17 of the RA Law on the Constitutional Court the further effect of the norm declared unconstitutional, has only the aim to prevent the threats of legal security, inevitable and harmful consequences for the public and for the state and to avoid more essential harm to the basic rights and freedoms of human and citizen. Meanwhile, if the provisions prescribed in Article 102, Part 3 of the Constitution, as well as Article 68, Part 15, Paragraph 1 of the RA Law on the Constitutional Court are grounds for the Constitutional Court to postpone the invalidation of the legal act and its particular unconstitutional provision, then the state and local self government (especially law-making) bodies are obliged to take possible and necessary measures within this time period in order to prevent the consequences, mentioned in Article 68, Part 15, Paragraph 1 of the RA Law on the Constitutional Court. Hence, the approach to the further application of the norms declared unconstitutional and postponed must not be mechanical, but considering the legal position of the Constitutional Court following from the fundamental constitutional principles and the abovementioned priorities underlying postponement and stipulated by law, also ruling out the possibility of reproduction of the unconstitutional provisions in any legal act.”

Based on the analysis of the mentioned law enforce-

ment practice, the Constitutional Court, meanwhile, finds that practice to be the result of incorrect understanding and interpretation of the concepts “proceeding in review” and “judgment review<sup>11</sup>”;

9. “Referring to the legal positions expressed in a number of previously adopted decisions concerning the constitutionality of judgments review due to new circumstances, as the institution of restoration of the violated rights of the person, and reconfirming them, the Constitutional Court states:

-In the case of existence of new circumstances, when there is an objective necessity for implementation of the right, because of the legally confirmed fact of application of the normative act declared as unconstitutional, the initiation of “the proceeding in judgment review” and the process of judgment review by the competent court is a legal necessity, the court’s constitutional obligation, which has the aim to restore the violated constitutional rights of the person;

**-The scope and framework of corresponding enforced judgment review due to new circumstances is conditioned with the subject of regulation, the nature and peculiarities of relations, scopes of application of the normative provision declared as unconstitutional, and the fact of violation of the certain rights of the person based on them.**

The Constitutional Court necessitates stating that it is nonrandom that, although Chapter 49.1 of the RA Criminal Procedure Code is titled “Judgments review due to newly revealed or new circumstances” and the definition “**judgment review**” is mainly used in the provisions of this Chapter, Article 426.4 of the mentioned Chapter is titled “**Grounds and time-limits of the review of cases due to new circumstances.**”

Based the abovementioned content of the institution of violated rights’ restoration, as well as the content of restitutio in integrum principle and analysis of the mentioned Recommendation of the Committee of Ministers addressed to assurance of that principle, the Constitutional Court finds that by its contents the term “judgment review” due to new circumstance in essence is equivalent to the contents of the terms “reopening of the case” and “resumption of the case proceeding” and the mentioned understanding of the concept of judgment review shall predetermine the content, scope, framework and tasks of proceeding in review and the issues subject to solution within it. Meanwhile, in the framework of the proceeding in judgment review, that is the proceeding in case resumption, such measures shall be undertaken, which, if necessary, shall ensure the case review in a scope, which is possible only for cases of vaca-

<sup>11</sup> DCC-984, 15 July 2011; Point 6

tion of the judgments in force, by which an unconstitutional norm has been applied and for judgment review in full or as to part thereof conditioned with the violated right of a person. The institution of review may reach its aim only in the case of assurance of case resumption in the conditions and framework of declaration of a particular fact of unconstitutionality of the applied certain norm. Considering the international legal approaches, the Constitutional Court also finds that even though the institution of case resumption has its peculiarities in the criminal and civil proceedings, their constitutional legal contents follow the same aim: to ensure protection of the subjective right of a person.

Based on the abovementioned, the Constitutional Court finds that the judgment review following the Constitutional Court decision shall ipso facto lead to vacation of the judgment, which applied the unconstitutional norm. Concerning the powers of the competent body resulting from the judgment vacation the Constitutional Court finds that peculiarities of each specific case conditioned **the referring of the given case to be revised in the court previously considered that case, or change of the vacated act by the court vacating the judgment, if the confirmed factual circumstances makes possible to render a new judgment without revision taking into account the declaration of the applied legal norm as contradicting the RA Constitution<sup>12</sup>**;

10. “The RA Constitutional Court finds that leaving unchanged the reviewed judgment, by which a norm declared as contradicting the RA Constitution and invalid has been applied, does not guarantee the possibility for effective implementation of the function of judgments review, thus also not permitting to realize the goals and tasks of judgments review and, simultaneously, blocking the possibility of effective realization of the person’s right to constitutional justice. In this situation the assurance of the principle of rule of law and the supremacy of the Constitution deriving from it are not guaranteed.

Simultaneously, the Constitutional Court states that in the challenged norm the provision “as a result of consideration of the case, the court renders a judgment according to general procedure stipulated by this Code” first concerns **the case consideration** resulting from reopening of the case due to new circumstance. The general procedure of case consideration may be only implemented with regard to revision of the case following from the vacation of the corresponding judgment by which the norm declared as unconstitutional has been applied.

.... The comparative analysis of the requirements for the complaint in review stipulated in the relevant Articles

of the RA Criminal Procedure and Civil Procedure Codes, and the ground in question for rejecting the initiation of proceeding allows to conclude that if the complainant must state the new circumstance which appears to be the ground for review and present evidence confirming the new circumstance, then **at the stage of initiation of the proceeding or, which is the same, at the stage of admission of the complaint** the competent court must check the existence of appropriate evidence and not to assess its possible legal effects and to decide the issue of admissibility of the complaint based on it. It is unequivocal that **availability of the new circumstance is a necessary and sufficient ground to initiate the proceeding in review and to invalidate the judgment containing unconstitutional norm, thus overcoming the legal effects of application of the unconstitutional norm.**<sup>13</sup>

11. “...The Constitutional Court states that the proceeding in judgments review due to new circumstance may ensure the realization of its constitutional legal objective and tasks in the case of the following constitutional legal content of that proceeding:

a. the existence of the statement of the new circumstance and the evidence confirming the new circumstance in the complaint for review, in addition to other terms set forth for the complaint, are sufficient basis for initiation of the proceeding in review;

b. the demand to review may be rejected, if during the consideration of complaint within the proceeding in review, the circumstance mentioned in the complaint appears not to be a ground for judgment review, i.e. that circumstance is not a new one in that case, in the same time, if the Constitutional Court while declaring that norm as unconstitutional, postponed its invalidation, pursuant to the decision DCC-701 of the Constitutional Court dated 11 May 2007, the postponement may not be a ground for disregarding the Decision of the Constitutional Court as a new circumstance. If the Constitutional Court declares the provision as unconstitutional “as to this or that part thereof”, “so far as”, then that Decision is a new circumstance for judgment review, if that norm was applied to the person as to that part with the interpretation contradicting the RA Constitution;

c. if within the proceeding in review the existence of the new circumstance is confirmed, then the judgments by which an unconstitutional norm has been applied, shall be invalidated as a result of this proceeding.

12. <sup>14</sup>“... The Constitutional Court finds that the existence of effective institution of judgments review shall also be based on the logics, according to which the State

<sup>12</sup> DCC-984, 15 July 2011, Point 7

<sup>13</sup> DCC-984, 15 July 2011, Point 8

<sup>14</sup> DCC-984, 15 July 2011, Point 9

shall ensure the restoration of the violated rights because the duty to protect the rights and freedoms of citizens assumes that the State itself is responsible for restoration of rights violated by the judgments. Judgments review by the virtue of law is a quite effective remedy for ensuring the implementation of this duty of the State.”<sup>15</sup>;

13. “... RA Constitutional Court... again states that the constitutional-legal content of the institution to judgment review due to new circumstances leads to the point that **the restoration of violated constitutional and/or Conventional rights is assured via this institution**. The latter, based on the fundamental principles of state ruled by law, demands the elimination of negative consequences for the victim resulted from the violation, which in its turn requires the possible restoration of **the situation existing prior to the violation (restitutio in integrum)**. In case, when the constitutional and/or Conventional right has been violated by the legally enforced judgment, the restoration of the situation that existed prior to that violation for the purpose of restoring that right assumes creating of a situation for the given person that existed under the conditions of the absence of the given judgment. Namely, in this case, the restoration of the violated right **may be secured in case of annulment if the respective judgment**. Consequently, the proceedings to review the judgment, as a way to restore the violated constitutional and/or Conventional right, should first of all lead to annulment (vacation) of the judgment that violated the right and this needs to be explicitly stipulated by the Constitution. ... the Constitutional Court finds that the phrase “review of the judgment” with its content is equivalent to the content of the phrases “case renewal” and “reopening of the case proceedings” **and the understanding of the aforementioned concept of the judgment review should predetermine the content of the review proceedings, its objectives and issues to be solved thereof**. Thus, within the review of the judgment i.e. case renewal they should undertake such justice measures, which will ensure case re-consideration, new consideration, which is possible only **under the conditions of vacation of the valid judgment, which applied the unconstitutional norm**. The institution of review may serve its objective only in case, when a new consideration of the given case is ensured under the conditions of unconstitutionality of the applied norm and presence of the fact of violation of Convention right – **considering also the legal positions expressed in the judgment of the Constitutional Court and judgment of ECtHR which is a new circumstance**.

**The judgment review due to new circumstance should inevitably ipso facto lead to the vacation of the**

**judgment that applied unconstitutional norm and violated the Conventional right.**

The effective application of the institution to judgment review due to new circumstance requires also necessary level of legal culture. In the first place the issue is concerns the positive obligation of the state to secure and protect the human rights. If the judgment has been made with application of an unconstitutional norm, then the vacation of that act should not only be inevitable, but the task of justice should be to identify the judicial justice under new circumstances”<sup>16</sup>.

Summarizing the legal positions expressed by RA Constitutional Court concerning the institution of case proceedings’ revision due to new circumstances, we can state that in its decisions the Constitutional Court has touched upon the objective of legislative regulation of legal relations stemming from the case repair due to new circumstances; respective legislative norms and their law enforcement practice – in this context, highlighting the access to court, increase of the confidence towards the justice, effective judicial protection of human rights, restoration of violated right, fulfillment of international commitments of Armenia and identifying the legal conditions necessary for complete and effective functioning of this institution.

### III. Development of the Institution of the Review of the Case with New Circumstances on the Basis of the Legal Positions of CC

As we saw above, in regard of the institution of the case repair due to new circumstances RA Constitutional Court has made a range of key decisions and expressed legal positions of significant importance. In regard of constitutionality of legal norms regulating this institution RA Constitutional Court examined 9 cases, in 7 of which the challenged legal norms have been declared as contradicting RA Constitution and void. As a result of the aforementioned decisions of CC the institution of review of the case proceedings, in particular, has been changed as follows:

- not only the courts of first instance, but also Courts of Appeal and Court of Cassation should have the jurisdiction to review the judgment due to new circumstances;
- the review of the judgment due to new circumstances has been extended to not only the judgment made by the courts of first instance, but also by other courts;
- an opportunity of restoring the proper rights due to new circumstances is given also to the persons, who had had a potential possibility to respectively exercise that right according to the requirements (terms) of RA Law on

<sup>15</sup> DCC-984, 15 July 2011, Point 11

<sup>16</sup> DCC-1099, 31 May 2013, Point 6

Constitution Court as by the day of launching a trial in the Constitutional Court on the basis of other claim (claims) about the constitutionality of the provision of the law applied to another person or as by the day of the Constitutional Court's decision about the constitutionality of that issue;

-according to the legislatively prescribed procedure the review of other final legal acts, besides the judgment entered into force, has been restored, which jeopardized, in particular, the right of the person to effective means of legal protection towards the public authorized bodies in pre-trial proceedings; and

-the opportunity of restoring the violated rights of persons through review of the case due to new circumstances has been restored in case, when their rights were violated as a result of application of the law (other legal norm) with an interpretation different from the legal positions of RA Constitutional Court.

#### **IV. Conclusion: Problems of Further Democratization of the Institution of Review of the Judgments Due to New Circumstances**

Although some legislative amendments have taken place on the basis of the decision of RA Constitutional Court in the legal norms regulating the institution of review of the case proceedings on the basis of new circumstances, still there is a need to increase the efficiency of the latter's action.

The Constitutional Court in its annual reports concerning the execution of its decisions has referred to, *inter alia*; issues of development of the institution of judgment review due to new circumstances, in particular, mentioning that:

1. ...“The institution of judgment review due to new circumstances is not functional in Armenia. Although on two occasions being declared by RA Constitutional Court as unconstitutional, this institution has not been regulated as an effectively functioning system....Currently according to the Armenian judicial practice actually no judicial case is reviewed due new circumstances on the basis of RA Constitutional Court decisions and ECtHR judgments”<sup>17</sup> and

2. “from the standpoint of the execution of the Constitutional Court decisions the imperfection of the procedural institution of new circumstances and its application with serious failures by the judicial practice continues to remain a challenging issue. Given that on two occasions

the Constitutional Court has declared the norms of that institution as unconstitutional and no effective legislative solutions have been found, RA Constitutional court, based on generalization of international experience, states that in international practice they have found no better effective institution, than the introduction of complete constitutional complaint is”<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> [http://concourt.am/armenian/report/statistic/cc\\_decision\\_stat2012.pdf](http://concourt.am/armenian/report/statistic/cc_decision_stat2012.pdf), pages 58-59

<sup>18</sup> [http://concourt.am/armenian/report/statistic/cc\\_decision\\_stat2013.pdf](http://concourt.am/armenian/report/statistic/cc_decision_stat2013.pdf), page 38

Nino Kilasonia<sup>1</sup>

## The Judicial Review of Public Participation in Administrative Rulemaking

### I. Introduction

The present survey encompasses consideration of the court decisions rendered during 2007-2009 with regard to violation of various procedures on public participation in administrative rulemaking.

It is noteworthy that the Georgian judicial practice is not rich with regard to the examination of the legitimacy of normative administrative decree. Due to the nature of the normative administrative decree, cases in which the legitimacy of it was appealed before the court are rare.

As a result, those important decisions that establish the general trends for developing the judicial practice with respect to violation of various procedures on public participation in administrative rulemaking were selected for the present survey.

### II. Decision Nbs-565-534 (k-06) of 31 May 2007 of the Supreme Court of Georgia

#### 1. Brief Summary of the Decision

On 25 December 2005, seventeen employees of the LEPL "Center for Folklore Studies" lodged a claim with Batumi City Court and demanded to annul the decree of 29 November 2005 of the government of Autonomous Republic of Ajara "On Closure of the Center for Folklore Studies" and the Orders N365 and N466 of the Minister of Education, Culture and Sport of the Autonomous Republic of Ajara, under which these employees were dismissed. The demand of the claimants was satisfied by the decisions of Batumi City Court and Kutaisi District Court. The decision of Kutaisi District Court was appealed in cassation by the government of Autonomous Republic of Ajara.<sup>2</sup>

The Supreme Court agreed with the District Court and held that the requirements of Articles 212, 213 and 216 of the General Administrative Code of Georgia (herein-after referred to as GACG) were infringed, because the notice about administrative proceedings was not issued as well as the draft normative administrative decree was

not published. Furthermore, the claimants were not given the possibility to submit their own opinions with regard to the draft normative administrative decree; and the requirements on oral hearing of Articles 110 and 112 of the Code were violated. The decree was made in a closed session by the government of Autonomous Republic of Ajara, which is in contravention of the Articles 32 and 34 of the Code, which require that a decree be adopted in an open session. Stemming from this, the Court of Cassation held that the given normative administrative decree is subject to nullification in compliance with Article 60<sup>1</sup> of the GACG.<sup>3</sup>

#### 2. Analysis of the Decision

The section of the decision is especially worth mentioning, where the Supreme Court speaks about the necessity for respecting the procedure as prescribed by the law for administrative rulemaking. According to the Court, "administrative rulemaking, which grants the executive branch the right to issue legal norms, constitutes a significant part of the authority of any administrative body and places a special importance on closely adhering to the procedure for the realization of such authority."<sup>4</sup>

Stemming from this, the Supreme Court, correctly guided by Article 60<sup>1</sup> of the GACG, declared the decree, dated 29 November 2005, of government of Autonomous Republic of Ajara as null and void; because, the rules about promulgation of a notice on administrative rulemaking, submission of opinions and openness of the session as prescribed by the GACG were breached following the issue of the decree. Under the Article 60.1<sup>1</sup> of the GACG, an administrative legal act shall be nullified, "if it contravenes law or if the procedures of its preparation or promulgation, other requirement prescribed by law were substantially violated." Besides, paragraph 2 of the same Article specifies what is regarded as violation of the rule of preparation and promulgation of an administrative legal act and points to violation such as noncompliance of the requirement for openness of the session of a corporate public agency.<sup>5</sup>

The section of the decision is also remarkable, where the Court speaks about the necessity for introducing formal elements of administrative proceedings in administrative rulemaking, and attaches special attention to organization of oral hearing as the best possibility of engaging the stakeholders in administrative rulemaking.<sup>6</sup>

The part of the decision is worth singling out, in which

<sup>1</sup> LLM in Comparative Constitutional Law from the Central European University; PhD Student at Tbilisi State University of Iv. Javakhishvili.

<sup>2</sup> Decision no. bs-565-534 (k-06) of 31 May 2007 of the Supreme Court of Georgia, "from the descriptive part of the decision".

<sup>3</sup> Decision of the Supreme Court of Georgia Nbs-565-534 (k-06), 31 May 2007, "from the reasoning part of the decision".

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> Article 601 of the General Administrative Code of Georgia, the Legislative Herald of Georgia I, N37, 14.07.2005, Article 245.

<sup>6</sup> Decision of the Supreme Court of Georgia Nbs-565-534 (k-06), 31 May 2007, "from the reasoning part of the decision".

the Supreme Court indicates that the decree of 29 November 2005 failed “to provide for the general regulation *in abstracto* characteristic to a normative act” and without adoption of an individual administrative legal act, affected the interests of the employees of the Center for Folklore Studies, which, in the opinion of the Court, “additionally confirmed” the obligation of the administrative body to comply with the statutory requirements for the adoption of a normative administrative decree.<sup>7</sup>

While this argument of the Court is acceptable, the introduction of such a practice by the Supreme Court (requiring the existence of the fact that breaches the interests of persons as a precondition for the annulment of a normative administrative decree) may be understood incorrectly and may exclude the possibility of the application of statutory procedures for promulgation of a notice and submission of opinions by administrative agencies in those cases, where a normative administrative decree does not obviously affect and violate the interests of particular persons.

### 3. Summary of the Decision

The decision of the Supreme Court discussed above is important, because the Court singles out the special role of a normative administrative decree, and indicates that upon the adoption of a normative administrative decree, the requirements laid down by the Code for the adoption of such an act are necessary to be complied with. Therefore, the Supreme Court points that in case if the procedures for the publication of a notice and submission of opinions as prescribed by the Code are not respected, and if the oral hearing and openness of the session of a corporate public agency are not ensured, then that normative administrative decree shall be declared as null and void.

Setting high standard for compliance with the procedure of preparation and adoption of a normative administrative decree is welcomed, because this will ensure enhancement of public participation in administrative rulemaking. However, it is ill-advised that the Supreme Court established the violation of interests of particular persons as “additional confirmation” – a criterion for nullification of normative administrative decree.

The Supreme Court’s approach with regard to the violation of the interests of particular persons gives a rise to the question about what decisions will be rendered by the courts (shall not satisfy the requirements of claimants or shall declare normative administrative decree as null and void) in the case, when they consider there are statutory procedures required for preparation and adoption of a normative administrative decree, but it does not amount to the

substantial violation of the interests of claimants. We shall dwell on this while discussing the subsequent decision of the Court of Cassation.

## III. Decision Nbs-107-101 (k-07) of 11 July 2007 of the Supreme Court of Georgia

### 1. Summary of the Decision

On 10 July 2006, R. P. the representative of N. K., L. J., Na. K., N. Kh., M. A. and others filed an application with Batumi City Court and demanded the annulment of the Decree N52, dated 6 July 2006, of the government of Autonomous Republic of Ajara on the closure of the social assistance department of Batumi, the territorial agency under the Ministry of Labor, Health and Social affairs of Autonomous Republic of Ajara, and the order N10, dated 16 June 2006, issued by the head of the social assistance department, based on which they were sacked. The claimants declared that upon issuing the act, the requirement of publication of a notice about administrative rulemaking as determined by Articles 116 and 213 of the General Administrative Code of Georgia was breached. The courts of the first instance and appeal did not satisfy the requirement of the claimant. The decision of the Appeal Court was appealed in cassation.<sup>8</sup>

The Supreme Court did not satisfy the appeal of the claimants and held that it is true that procedural requirements for the adoption of acts as defined by the GACG were violated, but since the claimants were not directly and individually affected, there was no ground for the nullification of the acts.<sup>9</sup>

### 2. Analysis of the Decision

The Supreme Court indicated that “under Article 28<sup>1</sup> of the Law of Autonomous Republic of Ajara on the Structure, Authority and Rule for Activities of the Government of Autonomous Republic of Ajara, the government of Autonomous Republic of Ajara had the discretionary power to close the social assistance department, but this power does not exclude adoption of normative administrative decrees pursuant to the procedure prescribed by the law.<sup>10</sup>

The section in which the Court interprets the importance of compliance with the procedure prescribed by the GACG for preparation and adoption of a normative administrative decree is worth mentioning. In the viewpoint of the Supreme Court, “Upon the adoption of a norma-

<sup>8</sup> Decision Nbs-107-101 (k-07) of the Supreme Court of Georgia, 11 July 2007, “from descriptive part of the Decision”.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> *Ibid*, “from reasoning part of the Decision.”

<sup>7</sup> *Idem*.

tive administrative decree by an administrative agency, it is necessary to respect public order, which is ensured by complying with respective requirements as determined by the applicable law, which, in its turn, constitutes an important guarantee for firm and stable legal order and legal security, and a solid and reliable legal order creates an ideal environment for the protection of basic human rights.”<sup>11</sup>

This argument of the Court is acceptable because with this argument the Supreme Court underlines the necessity for compliance with the procedure as prescribed by the law for preparation and adoption of a normative administrative decree. However, it should be noted that the Court did not establish the annulment of a decision in every case of the violation of the law made as a result of administrative rulemaking. The Court of Cassation additionally defines the cases when breach of the procedure prescribed by the law may lead to the annulment of a normative administrative decree. Particularly, under the statement of the Court: “in case if requirements of the legislature are not followed while issuing a normative administrative decree, the abovementioned, certainly, inflicts general damage on the legal order. However, infliction of general damage may not be considered as a sufficient condition for declaring a normative administrative decree as null and void, and presence of direct (individual) damage is necessary for such a declaration.”<sup>12</sup>

Such approach of the Court with regard to the annulment of a normative administrative decree is inadmissible. It would be preferable if the Court of Cassation did not construe the breach of the statutory procedure on public participation in the adoption of a normative administrative decree as a “general damage,” and by doing this the Court did not restrict the possibility of annulment of a normative administrative decree issued in violation of the statutory requirements.

### 3. Summary of the Decision

It is noteworthy that the Supreme Court regarded breach of the procedure of preparation and adoption of a normative administrative decree as “general damage,” which it considered as an insufficient condition for declaring a normative administrative decree as null and void, because the breach of procedure of preparation and adoption of the decree, in the opinion of the Court, did not inflict direct (individual) damage.

It is obvious that by the present decision, the Supreme Court established contradictory practice with regard to compliance with the procedure of preparation and adop-

tion of a normative administrative decree. Because, in the decision Nbs-565-534 (k-06), dated 31 May 2007, on the “closure of the Center for Folklore Studies” discussed above, the Court indicated that the ground for the annulment of a normative administrative decree was a breach of the procedure of preparation and adoption of the decree, and the violation of the interests of persons “additionally confirmed” the necessity of annulment of a normative administrative decree. However, there was no statutory precondition for the annulment present.

Stemming from this, this decision of the Supreme Court makes no sense, as, by considering the breach of the procedure of preparation and adoption of a normative administrative decree to be a “general damage,” the Supreme Court emphasized the secondary importance of procedural fairness in administrative rulemaking, which cannot be welcomed as such an approach of the Court of Cassation will render the procedure as defined by the GACG about public participation in administrative rulemaking inflexible and inefficient.

## IV. Decision Nbs-1035-998 (k-08), dated 29 April 2009, of the Supreme Court of Georgia

### 1. Brief Summary of the Decision

On 26 September 200, four claimants filed a claim with the Section of Administrative Cases of Tbilisi City Court and demanded the annulment of Article 7.1 of “Electricity (Capacity) Market Rules,” approved by the order N77, dated 30 August 2006, of the Minister of Energy of Georgia.<sup>13</sup>

Under the decision, dated 11 December 2007, of Tbilisi City Court, requirements of the claimants were satisfied and the respective norm was declared as null and void. The Court considered that the rule for submission of opinions as provided for by Article 118.1 and Article 216 of the General Administrative Code of Georgia, as well as the rule established by Article 217 about establishing the timeframes for the adoption of a normative administrative decree, gave rise to declaring the appealed norm as annulled.<sup>14</sup>

The Ministry of Energy of Georgia appealed the decision. The Appeal Court satisfied the claim of the Ministry of Energy and indicated that the rule for submission of opinion as defined by Article 118 of the General Administrative Code of Georgia was not violated. On the contrary, the requirements for the application of public administra-

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> Decision Nbs-1035-998 (k-08) of the Supreme Court of Georgia, 29 April 2009, “from the descriptive part of the decision.”

<sup>14</sup> *Idem.*

tive proceedings as defined in Article 210.2 as well as the rule for the publication of a normative administrative decree as envisioned by Article 213 of the Code were fully complied.<sup>15</sup>

The decision of the Appeals Court was appealed at the Supreme Court. The Supreme Court reversed the decision, dated 3 July 2008, of the Appeals Court and terminated the proceedings, as pursuant to the decision N1/2/411, dated 19 December 2008, of the Constitutional Court of Georgia, the appealed norm was recognized as unconstitutional.<sup>16</sup>

## 2. Analysis of the Decision

The decision of the Section of Administrative Cases of Tbilisi City Court is justified in the part, which deals with the violation of the rule for submission of opinion as defined by Articles 118 and 216 of the General Administrative Code of Georgia; because, the 20 day term for submission of opinions as prescribed by the GACG was truly violated by the Ministry of Energy. This is confirmed by the notice issued by the Ministry of Energy about “Approval of Electricity (Capacity) Market Rules” in connection with the adoption of a normative administrative decree, which clarified that with regard to the draft normative administrative decree “On Approval of Electricity (Capacity) Market Rules,” interested persons should have submitted their opinions within a period of 20 working days after the enactment of the Order, dated 17 March 2006, of the Minister of Energy on commencement of administrative proceedings with regard to the same normative administrative decree. The Order, dated 17 March 2006, of the Minister of Energy entered into force upon its signature, whereas the notice about the adoption of the normative administrative decree was published on the official website of the Ministry of Energy on 10 August 2006, which means that by the time the notice was published, four and half months had passed after the enactment of the Order of the Minister of Energy. Therefore, citizens were deprived of the possibility to submit opinions on this administrative decree.<sup>17</sup>

Stemming from this, the court of first instance established appropriately that the procedure as defined by the General Administrative Code of Georgia for the adoption of a normative administrative decree was violated, but it would be desirable that instead of declaring the norm as annulled, if the court had declared it as void pursuant to Article 60<sup>1</sup> of the GACG.

Besides, it is true that the Court of Appeal properly indicated that counting of the 20 day term for the submission of opinions should have been started on 10 August 2006,

from the day of publication of the draft normative administrative decree. It failed to mention that the Ministry of Energy violated this rule of counting the timeframe and indicated not the date of publication of the normative administrative decree as the date of countdown of the term, but 20 business days after the enactment of the Order, dated 17 March 2006, of the Ministry of Energy. Four and half months had passed since its enactment.<sup>18</sup>

Therefore, the refusal of the Court of Appeal to annul the normative administrative decree is ill-advised, as the statutory term for the submission of opinions for adoption of normative administrative decree as prescribed by the GACG was violated.

## 3. Summary of the Decision

The present case is important as it is an example of differing interpretations provided by the court of first instance and the Court of Appeal about the importance of public participation in administrative rulemaking. Whereas the City Court acknowledges the special importance of public participation in administrative rulemaking, the Court of Appeal does not pay attention to the violation of the procedure of submission of opinion.

While the special importance attributed by the court of first instance to the role of public participation in administrative rulemaking is welcomed. However, it would have been better if the City Court had considered the violation of the procedure for the preparation and adoption of a normative administrative decree as the ground for the nullification of the normative administrative decree and not for its invalidation. Because, violation of the procedure for the adoption of an administrative act under Article 60<sup>1</sup> of the GACG is a precondition for its nullification.

Besides, it would be preferable if the Court of Appeal shared the opinion held by the City Court and duly assessed the violation of the procedure of the normative administrative decree.

## V. Conclusion

The analysis made above demonstrated that the Supreme Court, as well as the courts of lower instances, acknowledges the special importance of public participation in administrative rulemaking. However, in the process of issuing a normative administrative decree, violation of various procedures involving public participation are considered as a precondition for nullification only in the case if this inflicts a direct (individual) damage upon the claimant or infringes his/her legitimate interest.

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Idem.*

It is true that damage as a ground for the nullification of a normative administrative decree is enshrined in Article 22 of the Administrative Procedure Code of Georgia. But, the introduction of a similar practice by the Supreme Court may exclude on the part of administrative agencies the possibility to apply, in all occasions, procedures for the publication of notice and submission of opinions as well as provision of oral hearing as established by the GACG, which will amount to a narrow interpretation of the GACG. Article 60<sup>1</sup> of the GACG does not require the presence of direct (individual) damage when determining the obligatoriness of the nullification of an act for the infringement of the procedure of preparation and adoption of a normative administrative decree. However, according to the Supreme Court, this does not represent an obstacle, as the violation of the procedure of public participation will not be considered to be falling under the category of a “substantial violation” as foreseen by Article 60<sup>1</sup> of the GACG in order to give rise to the nullification of a normative administrative decree.<sup>19</sup>

The Supreme Court considers violation of the procedure of preparation and adoption of a normative administrative decree as “general damage,” which cannot inflict significant damage to public order.

The approach of the Supreme Court cannot be entirely acceptable, because there is no system applicable in Georgia, under which the legislature shall be able to approve a normative administrative decree developed as a result of the delegation of legislative authority (pre-legislative scrutiny). Therefore, the procedures as prescribed by the GACG about public participation remain as the only mechanism for the control of administrative rulemaking. Stemming from this, it would be preferable if the Supreme Court of Georgia establishes a high standard for the procedural control of administrative rulemaking.

---

<sup>19</sup> The Supreme Court considers the violation of the procedure of preparation and adoption of a normative administrative decree as “general damage,” which cannot inflict significant damage to public order.

Gor Hovhannisyan<sup>1</sup>

## The Problem of the Subject of the Individual Appeal in the Practice of the Constitutional Court of the Republic of Armenia

### I. Introduction

*This article discusses the discrepancy between the requirements set by the constitutional norms for the subject of the Armenian individual appeal and the practice of the Constitutional Court (CC) of the Republic of Armenia (RA). It specifies the acts that can be challenged under the individual appeal procedure, prescribed by the RA Constitution (AC), and how RA CC restricts the scope of those acts, creating a big gap in the area of judicial protection of the fundamental rights. The article also identifies other serious shortcomings frequently met in the Court's practice and at the same time proposes scientifically substantiated solutions to them. This analysis can be useful for the ongoing constitutional reforms in Armenia.*

### II. Principal Points about the Subject of Individual Appeal

The subject of individual appeal is a specific act (activity or inactivity). As the individual appeal serves the protection of fundamental rights, a subject of an appeal can be an act, which can violate those rights. The fundamental rights can be violated only by their addressee. The addressee of the fundamental rights is the state – the legislature, the executive and the judiciary (AC part 3 of Article 3). The AC official title (“*The Constitution of the Republic of Armenia*”) and the Preamble (“*The Armenian people...adopts the Constitution of the Republic of Armenia*”) imply that the fundamental rights enshrined in it restrict the public authorities which obtained their legitimacy in a democratic manner only from the Armenian people. It means that not all the damages caused to the public goods can be a subject of individual appeal. Only the act of the public authorities, which are bound by the fundamental rights, can be such. Therefore, causing of damage to the goods protected by the fundamental rights by foreign countries, international organizations and other bearers of the fundamental rights or as a result of a natural disaster does not constitute a violation of the fundamental rights, as they are not bound by fundamental rights.<sup>2</sup>

### III. Legal Regulations and RA CC Practice with Regard to the Subject of the Individual Appeal

The applicant in RA should be able to claim that **the law** (AC clause 6 of part 1 of Article 101) has violated his/her fundamental right(s).<sup>3</sup>

From structural viewpoint, the individual appeal procedure is a review of the constitutionality of the legal norms, where a subject of an appeal can be only a **law**. Thus, not every act of the public authorities, which are comprehensively bound by the fundamental rights, can be a subject of an appeal. With this regulation the Armenian Constitution denied the possibility of comprehensive protection of fundamental rights from the intervention of the state and failed to formulate the individual appeal as the procedural “twin” of the comprehensive boundedness by the fundamental rights, as envisaged in AC part 3 of Article 3.

Then, the question is: what does the concept of “law” mean within the meaning of AC clause 6 of part 1 of Article 101? Generally, the *dualistic* concept of the law is dominant in the modern legal science, which differentiates the law’s *formal* and *material* meanings.<sup>4</sup> Formal are the laws, which are adopted by the authorized bodies in accordance with the procedure envisaged by the Constitution. Those are the laws of the parliament (AC 1<sup>st</sup> sentence of part 1 of Article 62) and the laws adopted by referendum (AC Article 112). In their material meaning, the laws are *abstract* (from material viewpoint) and *general* (from personal viewpoint) regulations; i.e. all the legal norms. Particularly the sub-legislation norms are among them.

The Armenian legislature ascribes a formal meaning to the concept of “law” used in AC clause 6 of part 1 of Article 101, because of which it has stipulated in part 2 of Article 69 of the Law on the Constitutional Court (LCC) that an individual appeal is admissible only against the formal laws, adopted by the National Assembly or a referendum.

The CC strictly follows this provision of CCL and considers the challenge of the **material** laws unacceptable within the procedure of individual appeal, failing to substantiate its approach. The Court directly claims that the constitutionality of the Government decisions are not subject to constitutional review under the individual appeal procedure, arguing that only laws can be subject of constitutional review in the individual appeal procedure. Thus, neither natural, nor legal persons can challenge the consti-

<sup>1</sup> Doctor of Laws (Berlin/Germany); Master of Laws (Yerevan/Armenia); Master of Administrative Sciences (Speyer/Germany), Lecturer at the Fern Universität in Hagen.

<sup>2</sup> Goos, in: Hillgruber/Goos: Verfassungsprozessrecht, Heidelberg 2011, S. 63.

<sup>3</sup> CCD -839, 24.11.2009, CC Bulletin 3(56)/2010, p. 95.

<sup>4</sup> For dualistic concept of the law see Erbguth: Allgemeines Verwaltungsrecht, Baden-Baden 2013, S. 75; Detterbeck: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, München 2013, S. 19.

tutionality of sub-legislation in CC.<sup>5</sup> Therefore, it becomes obvious that RA CC fails to differentiate the laws' material and formal meanings.

Then, one can ask whether the legislature is entitled to regulate the scope of the subject of the individual appeal by an ordinary law.

#### IV. My Personal Position

This approach of the Court is unacceptable. The powers of the CC (AC Article 100) are stipulated exclusively by the Constitution (AC 1<sup>st</sup> sentence of part 3 of Article 94). Therefore, only the **constitution** can empower the CC. The legislature is not authorized to do so even in case of a very urgent legal-political necessity. It can only regulate the working procedure of the CC, unless the constitution has already done it (AC 2<sup>nd</sup> sentence of part 3 of Article 94). The legislature is merely entitled to specify the constitutional provisions regarding the **working procedure** of the Court. Although the legislature can freely form the permissible proceedings within the constitutional norms, but never expand the subject of the allowed proceedings (see, however, CCL part 1 of Article 63) or the opposite, to narrow it down (see CCL part 2 of Article 69), going beyond the scope of constitutional requirements. The legislature cannot deprive the CC of its powers by means of CCL, which are given to it by the Constitution. Neither can it give additional powers, nor hinder the access to the CC or make it impossible in an unconstitutional manner.<sup>6</sup>

The powers of the CC are listed in Article 100 of the Constitution in an exhaustive way (*enumeration principle*).<sup>7</sup> All types of proceedings are stipulated by Article 101 with exhaustive list of applicants, **subjects of appeal** and criteria of review (*numerus clausus* of constitutional-judicial proceedings). It is obvious that the legislature cannot envisage any legal regulation about the subject of individual appeal and restrict it in an unconstitutional manner. In this context CCL part 2 of Article 69 is *ultra vires* legal regulation.

The individual appeal must be considered within the context of AC part 3 of Article 3, since the individual appeal should guarantee in a procedural way that the state remain bound by the fundamental rights. Consequently, the scope of possible subjects of the individual appeal should be matched with the scope of the boundedness of the state by fundamental rights. In the light of **comprehensive** material boundedness of the state by fundamental

rights, the concept of law within the meaning of AC clause 6 of part 1 of Article 101 should be interpreted by *target interpretation* method and be understood in its **material** meaning. Since the fundamental material rights, according to AC part 3 of Article 3, have restricting effect for all the branches of power, one should logically assume that the formal procedural right (individual appeal), envisaged by AC clause 6 of part 1 of Article 101, also deals with all those activities of the state that fit into the concept of "law". Therefore, other acts of the parliament, decisions of the Government or presidential decrees can also be subject of individual appeal. This approach is substantiated by the fact that, first of all, the fundamental rights should be protected from the state intervention in the most comprehensive manner possible. The human being, his/her dignity and fundamental rights are ultimate values (AC part 1 of Article 3). Hence, all constitutional norms should be interpreted in light of effective protection of fundamental rights. If one follows the CC's approach in the sense that only the formal laws are subject of individual appeal, it allows the state to manage the protection of fundamental rights in the CC through the selection of the legal norm. Naturally, the state would prefer to limit the fundamental rights by sub-legislative acts, thus restricting the possibility of effective protection of fundamental rights in the CC. As a result, there evolves an inadmissible gap in the area of protection of fundamental rights.

Besides, the law prohibits the RA Administrative Court to review the constitutionality of sub-legislative acts (ADL clause 2 Article 135). Thus, a citizen cannot challenge the conformity of these acts with the fundamental rights at least in the Administrative Court. Unfortunately, this legislative regulation has been approved by the CC.<sup>8</sup> The CC considers the Administrative Court's attempts to review the constitutionality of a law prior to its application as an abuse of power.<sup>9</sup>

This position of Court is also unacceptable. According to AC clause 7 of part 1 of Article 101, the courts shall refer to the CC, if they find any provision of the normative acts listed in clause 1 of Article 100 of the AC, which is to be applied in a specific case, contradicting the AC. Obviously one can expect that the courts should *ex officio* review the constitutionality of the legal acts. Otherwise, it would be impossible for the courts to refer to the CC, as prescribed by AC clause 7 of part 1 of Article 101. How else can an ordinary court consider a legal norm as unconstitutional and refer to the CC, if not by *ex officio* checking its constitutionality in a specific case. One of the parties of the trial can also submit a motion to refer to the CC. If a

<sup>5</sup> CCD-753, 13.05.2008, CC Bulletin 1(50)/2009, p. 72.

<sup>6</sup> Hovhannisyan, Preconditions for admissibility of individual appeal; Judicial Power 8-9(157-158)/2012, p. 19.

<sup>7</sup> Muradyan/Harutyunyan, Article 100, in: Harutyunyan/Vagharyan (edited), Interpretations of RA Constitution; Yerevan 2010, p. 971.

<sup>8</sup> CCD-665, 16.11.2006, CC Bulletin of Decisions; Yerevan 2011, p. 140.

<sup>9</sup> CCD -1010, 06.03.2012, CC Bulletin 3(65)/2012, p. 34.

court arrives at a conclusion that the legal norm under consideration is constitutional, in any case it must substantiate its decision on rejecting to refer to the CC. This means that the judge cannot reject the reasonable doubts of the party of the trial about the unconstitutionality of the norm of the law, without thinking those over; otherwise it would constitute a violation of the AC. Nevertheless, if a court does not refer to the CC, the party that lost the case still has the opportunity of individual appeal to achieve the verification of the constitutionality of the law by the CC.

In this regard, the practice of the CC of the Russian Federation (RF) is interesting. According to part 4 of Article 125 of Russian Constitution, the RF CC, upon complaints about violations of constitutional rights and freedoms of citizens and upon court requests shall check, according to the rules fixed by the federal law, the constitutionality of a law applied or subject to be applied in a concrete case. The RF CC accepts the concept of **material law** and extends its power to invalidate the legal norms is also to the sub-legislative normative acts.<sup>10</sup> It considers admissible the individual appeals<sup>11</sup> lodged against the amnesty acts<sup>12</sup> and Government's decisions<sup>13</sup>.

In Germany as well only the "laws" are admissible subject of communal constitutional complaint, according to clause 4b of part 1 of Article 93 of the Basic Law. In its decisions, the Federal CC of Germany has clarified that not only the formal laws, but also all the legal norms adopted by the state (**laws in material meaning**) can be a subject of this complaint. Otherwise, if the communal constitutional complaint were admissible only against the formal laws, there would be an incompatible gap with the law protection function of the communal constitutional complaint.<sup>14</sup>

The next issue to be clarified is the following: What should the RA CC do, if the legislature has envisaged un-

constitutional procedural norms in the CCL? It is an accepted approach that the CC cannot be bound by unconstitutional preconditions of admissibility of the appeal<sup>15</sup> (in this case by the unconstitutional exclusion of certain legal acts from the judicial review under the individual appeal procedure). However, by the power of *nemo iudex sine actore* principle (AC part 2 of Article 101) it cannot invalidate those provisions without an admissible appeal. On the other hand, in principle it is impossible to submit an individual appeal against the procedural provisions of the CCL, because those are applied only by the CC. The CC excludes the challenging of the law through the individual appeal procedure, if the law has been applied by itself.<sup>16</sup> Hence, the CC should simply not apply the unconstitutional norms of the CCL and should conduct its proceedings in accordance with the AC provisions. Since, in principle, except for the CC, no other body applies the CCL, the non-application of those norms would be equivalent to invalidating them.

## V. Acts of the Legislature

### 1. Acts of the Parliament

The parliamentary legislation is bound in a comprehensive manner by the fundamental rights (AC part 3 of Article 3). For that very reason the result of the parliament's activities, first of all the parliamentary laws, should be consistent with the requirements of the fundamental rights.

Also the invalidated, eliminated and amended laws can be subjects of individual appeal, if those have been applied in regard to the applicant (CCL clause 2 of Article 60), since the elimination of the law does not always eliminate the violation of the fundamental right.<sup>17</sup> However, it is necessary that legal consequences still stem from them.<sup>18</sup>

Other decisions of the parliament can be subjects of individual appeal as well together with formal laws, because of the comprehensive boundedness by the fundamental rights. AC part 1 of Article 62 gives an exhaustive list of those cases, when the parliament adopts decisions. The following acts are mandatory for all (are laws in material meaning) and for that reason their constitutionality can be challenged under the individual appeal procedure:

- Acts of amnesty (AC clause 1 of part 1 of Article 81);
- Decisions on ratification of international treaties (AC clause 2 of part 1 of Article 81);

<sup>10</sup> Krjažkov/Lazarev: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation, Berlin 2001, S. 262; Morščakova: Das Verfassungsgericht der Russländischen Föderation, in: Luchterhandt/Starck/Weber (Hrsg.): Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Baden-Baden 2007, S. 146; Weber: Die Rechtssatzverfassungsbeschwerde in vergleichender Sicht, in: Sachs/Siekmann (Hrsg.): Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Berlin 2012, S. 1194.

<sup>11</sup> Comments to the Constitution of the Russian Federation; Editorial of Zorkin/Lazarev; Moscow 2009, p. 959; Schmidt: Organisation und Verfahren der russischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Nußberger/Schmidt/Morščakova (Hrsg.): Verfassungsrechtsprechung in der Russischen Föderation, Kehl am Rhein 2009, S. 33; see also Chetverin/Schwartz: Constitutional Court of RF; in: Chetverin (edit.): Constitution of Russian Federation. Problematic Comments; Moscow 1997, p. 511.

<sup>12</sup> 05.07.2001 11-II decision:

<sup>13</sup> 27.01.2004 1-II decision:

<sup>14</sup> BVerfGE 76, 107, 114; 107, 1, 15. See also Maurer: Staatsrecht I, München 2010, S. 680; Bethge: § 91, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.): BVerfGG, Kommentar, Stand: September 2011, S. 30; Mückl: Kommunale Verfassungsbeschwerde, in: Ehlers; Schoch (Hrsg.): Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, Berlin 2009, S. 349.

<sup>15</sup> Goos, in: Hillgruber/Goos (Fn. 2), S. 23; Muradyan/Harutyunyan (Fn. 7), p. 969:

<sup>16</sup> CCAW, 17.03.2009:

<sup>17</sup> BVerfGE 3, 58, 75.

<sup>18</sup> Graßhof: § 76, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.): BVerfGG, Mitarbeiterkommentar, Heidelberg 2005, S. 940; Rozek: § 76, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.): BVerfGG, Kommentar, Stand: Juli 2012, S. 20.

- Decisions on declaring war and proclaiming peace (AC clause 3 of part 1 of Article 81) and
- Decisions to annul the decisions on declaring martial law or state of emergency (AC part 3 of Article 81).

Since the review of the constitutionality of legal norms assumes the existence of the legal norm,<sup>19</sup> the laws can be challenged, as soon as the legislative process is over, because the legal norm begins its existence from that very moment.<sup>20</sup> The legislative process ends at the moment of publishing the legal norms in the official bulletin.<sup>21</sup> For the existence of the norm its entering into force is not mandatory.<sup>22</sup> Entering into force of the norm is not a part of the legislative process, but mere content of the legal norm.<sup>23</sup> Thus, the constitutionality of laws can be challenged also before they enter into force to the extent that their future legal consequences are clearly predictable and certain for the applicant.<sup>24</sup> However, as a rule, challenging the constitutionality of a law which has not entered into force yet will be inadmissible because of another precondition of the admissibility of the individual appeal, which is the lack of violation of one's own right.

Though the constitution maker also exercises public authority, it is not bound by fundamental rights.<sup>25</sup> The material-legal restriction of the constitution maker in Armenia stems from AC Article 114, which is **dominant** over the other constitutional norms. In principle, in case of a clash between the "ordinary" and "dominant" constitutional norms, it is possible to challenge the unconstitutional constitutional norms,<sup>26</sup> especially with the reasoning that the draft amendment of the Constitution violates the constant constitutional norms. However, so far there has been no opportunity to lodge such an appeal.

The following cannot be subjects of individual appeal:

- The laws, which, by the decision of the CC, have already been recognized as consistent with the Constitution (CCL clause 3 of Article 32);
- Law on Budget. Although the budget is approved by a formal law (AC Article 76, in combination with Article 81 of NA regulations), it is not possible to challenge

its constitutionality under the individual appeal procedure, since it does not have an external effect and does not stipulate entitlements and obligations in relation to third parties.<sup>27</sup> However, if, as an exception, the law on budget contains some provisions which have generally binding effect, to that extent it can be challenged under the individual appeal procedure; and

- Reading of the draft law, as it does not have an external effect. The draft law is not a law yet. Therefore, it cannot be a subject of review under the individual appeal procedure.

## 2. Laws Adopted by Referendum and the Customary law

As an exercise of public authority, the laws adopted by referendum (AC Article 112), which are classified as formal laws,<sup>28</sup> are also bound by the fundamental rights.<sup>29</sup> Therefore, an individual appeal can challenge also the constitutionality of laws adopted by referendum (CCL part 2 of Article 69).

The customary law contradicting the fundamental rights can also be a subject of individual appeal, but "only to the extent the public authorities' acts refer to it".<sup>30</sup>

## 3. Inactivity of the legislature

### 3.1. Principal issues

Since the individual appeal procedure is designed to protect the fundamental rights, logically it can be also used against the inactivity of the legislature.<sup>31</sup> In particular, the inactivity of the legislature can violate the fundamental rights to state welfare benefits and the state protection duties.<sup>32</sup> Therefore, it is necessary to have a constitutional material requirement for a positive action of the legislature, which, however, has not been performed by the legislature.<sup>33</sup> The obligation of the legislature to act may stem from the AC call for action, as well as from the state

<sup>19</sup> Rozek: (Fn. 18), S. 20; Hillgruber, in: Hillgruber/Goos (Fn. 2), S. 198; Bethge: § 31, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.): BVerfGG, Kommentar, Stand: Oktober 2008, S. 66.

<sup>20</sup> Bethge (Fn. 19), S. 70.

<sup>21</sup> Rozek (Fn. 18), S. 20; Lechner/Zuck BVerfGG, Kommentar, München 2011, S. 442.

<sup>22</sup> Bethge (Fn. 19), S. 70. See also Graßhof (Fn. 18), S. 940.

<sup>23</sup> BVerfGE 42, 263, 283.

<sup>24</sup> BVerfGE 108, 370, 385.

<sup>25</sup> Bethge: § 90, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.): BVerfGG, Kommentar, Stand: März 2010, S. 113; Jarass: Art. 1, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, München 2012, S. 51.

<sup>26</sup> Klein: Stufen der Verfassungsverletzung?, in: Deppenheuer (Hrsg.): Staat im Wort, Heidelberg 2007, S. 177. See also Battis: Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.): HStR, Bd. VII, Heidelberg 1992, S. 237.

<sup>27</sup> BVerfGE 55, 349, 362.

<sup>28</sup> Bethge (Fn. 25), S. 111.

<sup>29</sup> Hartmann: Volksgesetzgebung: Ausüben von Staatsgewalt oder Ausleben von Freiheit?, DVBl 20/2006, S. 1275.

<sup>30</sup> Bethge (Fn. 25), S. 115; Hartmann: § 90 BVerfGG, in: Pieroth/Silberkuhl (Hrsg.): Die Verfassungsbeschwerde, Münster 2008, S. 85.

<sup>31</sup> Graßhof (Fn. 18), S. 941; Hartmann (Fn. 30), S. 76.

<sup>32</sup> Hartmann (Fn. 30), S. 76-77.

<sup>33</sup> O. Klein, in: Benda/E. Klein/O. Klein: Verfassungsprozessrecht, Heidelberg 2012, S. 230; Bethge (Fn. 25), S. 116.

general protection duties.<sup>34</sup> It is also an inactivity of the legislature, when it fails to meet the deadline stipulated by the CC for restoring the constitutional situation.<sup>35</sup> The violation by the legislature of its obligation to act can be challenged by means of an individual appeal, provided that a subjective right, which allows demanding from the legislature to perform a specific action, can be derived from the alleged violated fundamental right.<sup>36</sup> For example, when the AC literally envisages subjective rights to get protection from the state, like in case of AC Article 14 or 31.1.

The legal literature differentiates between **real (absolute)** and **unreal (relative)** inactivity.<sup>37</sup> There is a real inactivity of the legislature only in case there is an explicit constitutional requirement, which substantially determines the content and scope of legislative duties.<sup>38</sup>

An unreal inactivity exists, when, though the legislature has acted and to a certain extent exercised the duty imposed by the fundamental right, it failed to fully meet its obligation of stipulating a legal regulation or it has neglected the principle of the *prohibition of insufficient actions* (Untermaßverbot).<sup>39</sup> Depriving a certain group of people of a privilege in violation of the principle of equality is also an unreal inactivity.<sup>40</sup>

The violation of the legislative obligation of subsequent improvement of the legislation is also considered as an unreal inactivity, when, for example, as a result of changed circumstances, the legal regulation has become unconstitutional and consequently needs an improvement.<sup>41</sup> In such cases the citizen obtains an entitlement to demand the legislature to improve its acts.<sup>42</sup>

### 3.2. Practice of the RA CC

According to the RA CC practice, in principle, the inactivity of the legislature can be a subject of individual appeal. However, it does not differentiate between real and unreal inactivity, but uses the concepts of “legal loophole”, “gap in law”, “legislative gap” or “legal regulation gap”, without distinguishing them. In one case it speaks about such a *legal loophole*, which is conditioned by the lack of a normative rule. By that the CC presumably refers to real inactivity, where it considers the challenging of such a loophole inadmissible, justifying that it is the legislature’s competence to close the loophole.<sup>43</sup>

In another case the CC speaks about *gaps in laws*, which are associated with the uncertainty of the challenged norm, and retains the power of judicial review of such gap, if the challenged norm, due to its uncertainty, is interpreted and applied in a way that violates or could violate a specific fundamental right.<sup>44</sup> By this the CC most likely means unreal inactivity.

Summarizing its approaches, the CC claims that a *legislative gap* can be examined by the CC only in case there are no other legal safeguards in the law to fill that gap or, despite the existence of such safeguards, there is contradictory law application practice or when the existing *legislative gap* hinders the implementation of this or that right. Otherwise, the constitutionality of *legal regulation gap* is not subject to the CC’s examination.<sup>45</sup>

### 3.3. Criticism

As we can see, the practice of the RA CC regarding the review of the legislature’s inactivity does not “shine out” with theoretical certainty. The reference to the competence of filling the gap in the law is absolutely unimportant and should be separated from the issue of whether the constitutionality of that gap can be reviewed by the CC, no matter which body is in charge of filling the gap. It is also the legislature’s competence to pass a law; however, the CC reviews its constitutionality. The literal text of the AC, clause 6 part 1 of Article 101 implies that the real inactivity of the legislature cannot be challenged through the individual appeal procedure, because the complete inactivity of the legislature is not a law, thus it is an inadmissible subject of individual appeal. The individual appeal can be used to challenge the inactivity of the legislature only in case the matter is about the unreal inactivity. Here, the subject of the appeal is in fact not the inactivity of the legislature, but an existing, yet incom-

<sup>34</sup> Calliess: Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 7/2006, S. 322; Klein: Das Untermaßverbot - Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichten, JuS 11/2006, S. 960.

<sup>35</sup> O. Klein, in: Benda/E. Klein/O. Klein (Fn. 33), S. 230.

<sup>36</sup> Sommermann: Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen 1997, S. 445; see also Starck: Art. 1, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, München 2010, S. 112.

<sup>37</sup> Cremer: Freiheitsgrundrechte, Tübingen 2003, S. 324; Lechner/Zuck (Fn. 21), S. 609; Schenke: Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen, VerwArch 3/1991, S. 311; Stark: § 95, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.): BVerfGG, Mitarbeiterkommentar, Heidelberg 2005, S. 1321.

<sup>38</sup> BVerfGE 129, 124, 176

<sup>39</sup> Vosgerau: Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen, AöR, Bd. 133, 2008, S. 351; Möstl: Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 24/1998, S. 1030; Calliess (Fn. 34), S. 323; Bethge: Die Grenzen grundrechtlicher Subjektivierung objektiven Verfassungsrechts, in: Deppenheuer (Hrsg.): Staat im Wort, Heidelberg 2007, S. 622. For the principle of the prohibition of insufficient actions see Klein (Fn. 34), S. 960-962.

<sup>40</sup> Bethge (Fn. 19), S. 68; Sommermann (Fn. 36), S. 445.

<sup>41</sup> Möstl (Fn. 39), S. 1031. For details see: Mayer: Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996.

<sup>42</sup> Battis (Fn. 26), S. 254.

<sup>43</sup> CCD-864, 05.02.2010, CC Bulletin 4(57)/2010, p. 62.

<sup>44</sup> CCD-864, 05.02.2010, CC Bulletin 4(57)/2010, p. 62.

<sup>45</sup> CCD-914, 14.09.2010, CC Bulletin 2(59)/2011, p. 86.

plete law, which violates the fundamental rights of the person due to its incompleteness.

Concerning the CC opinion about the uncertainty of the challenged norm, which allegedly could be the reason of the gap in a law, we should mention that the principle of certainty merely requires that the legal norm, which substantially deals with a fundamental right of a citizen, be sufficiently clear and unambiguous so that the citizen can recognize the legal situation and adjust his/her behaviour to the requirements of the legal norm.<sup>46</sup> If the legal norm does not meet these requirements, there is indeed an uncertain norm, but not a gap in law. It is a wrong approach to consider the legal norm in need of improvement as a gap in law, because a gap in law is referred to in case a legal issue is not regulated in the law at all; i.e. there is an absolute lack of legal regulation of a specific issue.<sup>47</sup> If in a specific case the law provision is interpreted and applied in a way that a specific fundamental right is violated, it is not a sign of the gap in the law.

The CC's practice of invalidating the gap in law also poses serious challenges. The gap in law, in contrast to the CC's approach,<sup>48</sup> cannot be invalidated; it can only be declared unconstitutional.<sup>49</sup> If the legislature has not envisaged a regulation prescribed by the constitution, it is obvious that by invalidation of a law the constitutional situation will not be restored.<sup>50</sup> In this case invalidation is out of the question, because it is impossible (*impossibile nulla est obligatio*). The gap in law cannot be invalidated because of the norm's absence.<sup>51</sup> The same is true also for the case, when the legislature failed to fully regulate by law the duties, imposed on it by the fundamental rights.<sup>52</sup> The CC can only say that the gap in law is unconstitutional and that there is a constitutional requirement of specific legal regulation.<sup>53</sup>

The gap in law often becomes obvious only in conjunction with an existing provision. Although the existing law is con-

stitutional, other regulations are also needed, which should have been reasonably envisaged in the existing law.<sup>54</sup> In such cases the CC declares the specific provision of the law unconstitutional and invalid inasmuch as it lacks the constitutionally required regulation.<sup>55</sup> One could mention that still in 1965 the German Federal CC in its decision BVerfGE 18, 288, 301 mentioned that it is impossible to invalidate a legal norm inasmuch as it does not regulate anything. The decisions of the RA CC are diametrically opposite to the aforementioned principle developed by the German Federal CC. The final part of the RA CC decision is made of "*inasmuch as it does not...*" formula, plus the description of the missing part.<sup>56</sup> Linguistically such formulation is wrong. The conjunction "*inasmuch as*" indicates a specific component of an existing norm. But in case of a gap in the law, no single part of the existing legal norm is unconstitutional.<sup>57</sup> For that reason the CC should logically give up the practice of invalidating the existing constitutional norm because of an incomplete regulation, since by eliminating the AC consistent provision it further widens the existing gap in the law. If the legislature has not envisaged a regulation required by the AC, it is obvious that the RA CC cannot invalidate anything because of the lack of regulation. In such cases the CC can only state that there is a necessity for a legal regulation and that the legislature failed to perform it. If the CC identifies a gap in law, logic suggests that it should refer to it in the final part of its decision and not more, since "*something that is non-existent cannot be invalidated*".<sup>58</sup>

## VI. Acts of the executive

### 1. General provisions

According to the principle of exclusion, the executive power is everything that is not legislative or judicial power.<sup>59</sup> It includes all the activities of the government, administrative bodies and armed forces. The executive power is also in charge of any activity of legal persons of public law, as well as the activities of legal persons of private law, if those can be ascribed to the state. It is so, when the legal persons of private law are founded by the state, and their structure and objectives are stipulated by the state law.<sup>60</sup>

<sup>46</sup> Sommermann: Artikel 20, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, München 2010, S. 126; Hofmann: Art. 20, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, Köln 2011, S. 689.

<sup>47</sup> Schwacke: Juristische Methodik, Stuttgart 2011, S. 125; Engisch/Würtenberger/Otto: Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 2010, S. 237.

<sup>48</sup> CCD-690, 09.04.2007, Collection of CC Decisions; Yerevan 2011, p. 216, CCD-691, 11.04.2007, Collection of CC Decisions; Yerevan 2011, p. 225.

<sup>49</sup> BVerfG 18, 288, 301; 22, 349, 359.

<sup>50</sup> Voßkuhle: Art. 93, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, München 2010, S. 695.

<sup>51</sup> Kreuzberger: Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des BVerfG, Frankfurt am Main 2007, S. 148; Hartmann: § 95 BVerfGG, in: Pieroth/Silberkuhl (Hrsg.): Die Verfassungsbeschwerde, Münster 2008, S. 254; Seer: Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht, NJW 5/1996, S. 287; Hein: Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das BVerfG, Baden-Baden 1988, S. 56.

<sup>52</sup> Möstl (Fn. 39), S. 1039 E. Klein, in: Benda/E. Klein/O. Klein (Fn. 33), S. 554.

<sup>53</sup> Schlaich/Korioth: Das Bundesverfassungsgericht, München 2012, S. 288.

<sup>54</sup> Graßhof: § 78, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.): BVerfGG, Mitarbeiterkommentar, Heidelberg 2005, S. 982.

<sup>55</sup> CCD -1010, CC Bulletin 3(65)/2012, p. 33; CCD -1037, CC Bulletin 4(66)/2012, p. 78.

<sup>56</sup> CCD-1010, CC Bulletin 3(65)/2012, p. 33.

<sup>57</sup> Graßhof (Fn. 54), S. 982.

<sup>58</sup> Blasberg Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber, Berlin 2003, S. 138.

<sup>59</sup> Bethge (Fn. 25), S. 101.

<sup>60</sup> Möllers: Staat als Argument, Tübingen 2011, S. 329; Hopfauf: Art. 93, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, Köln 2011, S. 1956.

It is beyond doubt that the executive is also directly and comprehensively bound by the fundamental rights. This requirement is explicitly stipulated in AC part 3 of Article 3, which does not envisage any exception. Consequently, all the actions of the executive are bound by the fundamental rights and for that reason can violate them.

The right to judicial protection enshrined in AC part 1 of Article 18 protects the person only from the executive, but not from the legislative and courts. Hence, judicial protection against the executive is guaranteed also in the Administrative Court. However, as mentioned above, the law prohibits the Administrative Court to verify the constitutionality of the acts of the executive. Therefore, it is the CC that should do that.

## 2. Acts Challenged by Individual Appeal

According to AC clause 6 of part 1 of Article 101, individual appeals can be lodged only against **the laws**. As opposed to the CC's position, under the concept of the law one should understand not only the laws in formal meaning, but also all the general and abstract sub-legislative legal norms of external effect.<sup>61</sup> Consequently, the individual appeal is admissible against **all** the acts of normative nature. The obligatory character for the acts of the executive, as subject of individual appeal, is mandatory because only in case of having that character those will be considered laws in material meaning. Since it is the executive in the first place that can violate the fundamental rights of an individual, the exclusion of the acts of the executive from the scope of the subject of individual appeal means causing an unacceptable gap in the area of the protection of the fundamental rights.

In the RA the President of the Republic, the National Assembly, the Speaker of the National Assembly, the Government, the Prime Minister, the Board of the Central Bank, the Central Electoral Commission, the Energy Commission, the State Statistics Council, the State Commission on Protection of Economic Competition, the National Commission on Television and Radio, the Civil Service Council, the ministers, the governors and the local self-governing bodies are entitled to adopt sub-legislative acts (clause 2 of part 1 of Article 6 of RA Law on Legal Acts). The constitutionality of their acts can be challenged through the individual appeal procedure, if those have external effect; i.e. can directly deal with the fundamental rights of the applicant.

According to the clauses 3 and 4 of the part 1 of Article 6 of the aforementioned law, the decisions of the CC and

other courts can also be mandatory for all, if those invalidate legal norms. But these decisions cannot be subject of individual appeal. The judicial acts do not lose their nature of exercising justice also in a case, where the legislature gives them force equal to the legal norms. The court rulings of normative nature invalidating the legal norms are not laws, but mere judicial acts.<sup>62</sup> Their normative force only guarantees the mandatory nature of the judicial act. Therefore, it is wrong to consider as "negative legislation" the invalidation of the legal norm by the court.<sup>63</sup>

## VII. Judicial Acts

### 1. General Provisions

The AC does not envisage an opportunity of individual appeal against judicial acts. An individual appeal lodged against judicial acts is inadmissible (AC clause 6 of part 1 of Article 101). But in Armenia the courts are comprehensively bound by fundamental rights as well (AC part 3 of Article 3). Therefore, the judicial acts can also violate the fundamental rights of an individual. By leaving it beyond the scope of constitutional review, the AC causes a big gap in the area of protection of fundamental rights.

### 2. Problem of Reviewing the Law Application Practice

However, the Armenian legislature has tried to fill this gap on its own, authorizing the CC to verify the constitutionality of the law application practice by means of an ordinary law (CCL part 1 of Article 63). But the verification of the law application practice is nothing else but review of the activities of the courts, which is a constitutionally prohibited function for the CC (AC Article 100). In fact, similar to CCL part 2 of Article 69 CCL, part 1 of Article 63 is also an *ultra vires* regulation. With this norm the Armenian legislature has violated the enumeration principle (AC Article 100, in combination with 1<sup>st</sup> sentence of part 3 of Article 94). However, it seems the CC does not see the unconstitutionality of these norms and applies them.

In its practice the CC verifies the legal norm along with the interpretation given to it by the judicial practice. The CC justifies its approach by claiming that the constitutionality of the legal norm is conditioned not only by the way it is formulated in the legal act, but also by the way it is perceived and applied in law application practice.<sup>64</sup> In this way the CC tries to justify the authority given to it by the

<sup>62</sup> Lechner/Zuck: (Fn. 23), S. 246.

<sup>63</sup> Bethge (Fn. 19), S. 78; Bethge: Die Entscheidungswirkung von Normbeanstandungen des BVerfG, Jura 1/2009, S. 20.

<sup>64</sup> CCD-984, 15.07.2011, CC Bulletin 1(63)/2012, p. 91.

<sup>61</sup> Hovhannissyan (Fn. 6), p. 19.

legislature to verify the final judicial acts, which in fact is prohibited by AC clause 6 of part 1 of Article 101. This position of CC is also wrong. *If any legal norm is applied against its meaning and purpose, and the fundamental rights of a human being are unlawfully intervened, it does not necessarily mean that the norm is unconstitutional.*

It is also problematic how the CC uses this unconstitutional authority of its. Even in the phase of accepting the individual appeals for review is the CC practice already highly inconsistent. Sometimes it does not accept for review an individual appeal that challenges the unconstitutional interpretation and application of a law, with a justification that the applicant challenges the lawfulness of the application of a provision of a law and the legitimacy of the judicial acts adopted thereon, but the verification of those issues is beyond the jurisdiction of the CC.<sup>65</sup> But the CC sometimes accepts for review such appeals and verifies the practice of application of provisions of the challenged laws. In particular it verifies whether the courts have correctly interpreted and in a specific case correctly applied the law. In such cases the CC review turns into a complete verification of the content of the judicial acts and by this the CC becomes a *super-cassation instance*, which is constitutionally prohibited for the CC. But it also happens that, after accepting an individual appeal for review, the CC in its decision mentions that it is not authorized to verify the correct application of the law and to make a decision thereon.<sup>66</sup> The consequences of the review of the law application practice are also controversial. The following are three examples of inconsistent decisions.

In many cases the RA CC finds the challenged provision of the law unconstitutional and invalid, because allegedly it has obtained unconstitutional content due to misinterpretation and wrong application.<sup>67</sup> In another case the CC mentions that the violation of the fundamental right is not associated with the unconstitutionality of the provision of the challenged law, but is a result of wrong law application. As a result, it finds that the law is consistent with the Constitution, thus refusing the individual appeal.<sup>68</sup>

Finally, the CC often mentions that the courts have misinterpreted and wrongly applied the law, but declares the law consistent with the AC within its legal positions. It interprets the challenged provision as in conformity with the AC and requires the courts to review the case taking into account its positions.<sup>69</sup>

In the area of review of the law application practice

this inconsistent practice of the CC does not allow us to identify any criterion, which would justify this differentiated approach of the CC towards the misinterpretation and wrong application of ordinary law by the courts.

## VIII. Conclusion

Thus, contrary to the verbatim text of AC clause 6 of part 1 of Article 101, the RA CC finds inadmissible the challenging of the constitutionality of the acts of the executive by means of individual appeals. With this, the CC creates even a bigger gap in the area of judicial protection of the fundamental rights, because there already exists a huge gap in terms of the inadmissibility of challenging of judicial acts. For the protection of fundamental rights as comprehensively as possible it is necessary that the CC give up its unconstitutional approaches and accept for review the individual appeals challenging sub-legislative normative acts.

<sup>65</sup> CCAD -21, 17.03.2009.

<sup>66</sup> CCD-747, 04.04.2008, CC Bulletin 1(50)/2009, p. 36.

<sup>67</sup> CCD-943, 25.02.2011, CC Bulletin 4(61)/2011, p. 125; CCD-983, 12.07.2011, CC Bulletin 1(63)/2012, p. 81.

<sup>68</sup> CCD-674, 30.01.2007, CC Bulletin, Yerevan 2011, p. 178.

<sup>69</sup> CCD-766, 14.10.2008, CC Bulletin 3(52)/2009, p. 78.

Maka Todua<sup>1</sup>

## Harm Caused to the Environment (Creation of the Threat of Harm) as a Mean on Compensation Request - Review of Judicial Practice

### I. Introduction

The history of co-existence of humans and the environment is mainly determined by the degree of human impact on the environment and the scale of the latter's exploitation. The link between human rights and the environment is the subject of research by numerous scholars even as the term environmental law itself still needs awareness and interpretation. The development of science and advancement of technologies resulted in the increase of the level of impact on the environment (and vice versa) by human beings. Ban Ki-moon, UN Secretary General pointed out at the UNEP Governing Council: "Despite our best intentions and some admirable efforts to date, degradation of the global environment continues unabated, and the world's natural resource base is being used in an unsustainable manner."<sup>2</sup> Thus, the damage to the environment, problems resulted by this damage, became the main concern of the modern world. The twofold influence is caused by the fact that humans, who as objects of nature experience its impact, are also subjects who use natural resources.<sup>3</sup>

In Georgia as well as in the majority of modern world, the problems related to the environment are governed by numerous domestic and international normative acts.<sup>4</sup> However, in practical terms, it is very important to overview judicial practice related to this fundamental problem. Despite the fact that the provisions protecting the nature are scattered in various legal branches (civil, administrative and criminal law), very often disputes concerning ecological issues as well as the problems related to imparting public information on the environment are subject to judicial interpretation, and, based on the interpretation, are put into practice as general guiding rules. Furthermore, despite the lack of case law on such matters, the issue at stake should be considered in a multifaceted context. The idea that it is important to have domestic as well as international judicial practice in place concerning this kind of disputes in order to allow the latter to influence the legislation

is shared by many experts in the field of environmental law.<sup>5</sup>

Chapter two of the Constitution of Georgia guarantees human rights such as right to live, right to liberty, right to respect for private life, etc. The protection of environment means the protection of natural surroundings necessary for human life, and the protection of environment from human impact as well. The protection of human health implies the creation of an environment safe for life and protection from hazardous impact on the environment. In terms of environment protection, the Constitution of Georgia provides for important guidelines.<sup>6</sup> There are not many constitutions in the world, which contain such progressive provisions.

The Law of Georgia on Environment Protection dated 10 December 1996 represents one of the most significant legislative acts,<sup>7</sup> which governs legal relations between state agencies on one hand and individuals and legal entities on the other hand in the field of environment protection and use of natural resources (hereinafter "environment protection") within the territory of Georgia, including its territorial waters, air space, continental shelf and special economic zone. Despite these legislative acts, there are numerous laws<sup>8</sup> adopted in order to protect the main elements of the environment of Georgia (land, water, air), their rational utilization, and help prevent damage. Their main field of regulation is aimed at relations between society/humans/ and nature /environment.

As mentioned above, due to existing practical situations and the range of problems concerning the issue, in order to protect the environment, Georgia belongs to those countries which have a wide range of normative acts regulating environmental issues. In order to regulate these issues competently, it is necessary to have a specific and clear legislation, which requires the presence and strengthening of judicial practice that can be applied as guidelines. This would be a step forward to resolve environment related legal issues.

In terms of environment protection as well as access to information on the environment, international judicial practice is more developed than Georgian jurisprudence. However, unfortunately, domestic courts rarely apply the Euro-

<sup>1</sup> Manager of Tbilisi City Court

<sup>2</sup> See full text [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>3</sup> Urushadze, T. and Loria, V. (1999) Environmental Law, Tbilisi.

<sup>4</sup> Kremer, L. and Vinter, G. (2007) Environmental Law of European Union, UK : Sweet & Maxwell.

<sup>5</sup> Bitadze, M. (2006) Protection of European Rights in Accordance to Case Law of European Court of Human Rights and their Influence on Georgian Legislation and Practice, (collection of articles), Tbilisi .

<sup>6</sup> Article 37.2 of the Constitution of Georgia: everyone shall have right to live in a healthy environment and enjoy natural and cultural surrounding. Part 4: with the view of ensuring safe environment, in accordance with ecological and economic interests of society, with due regard to the interests of the current and future generations the state shall guarantee the protection of environment and the rational use of nature.

<sup>7</sup> Urushadze, T. and Loria, V. (1999) Environmental Law, Tbilisi.

<sup>8</sup> 11 May 1994, the Law of Georgia on Land Protection; 16 October 1997, the Law of Georgia on Water, 22 June 1999, the Law of Georgia on Atmospheric Air Protection, and others.

pean Convention on Human Rights (hereafter the “ECHR”), and the judgments of the European Court of Human Rights (hereinafter the “ECtHR”). Moreover, even if the Convention is applied in the domestic courts’ jurisprudence, usually, the courts use it as general recommendation only.<sup>9</sup> Decisions that are adopted based on interpretations formed in judgments of international law regarding environmental issues are very rare. The lack of practical interpretations does not mean the lack of problems related to environment protection in Georgia. It is a result of the fact that the society does not have relevant information and knowledge of how the relations related to environment are regulated. There is a considerable lack of awareness concerning the existence of legal remedies; the aforesaid is directly proportional to the quantity of disputes/claims. The fact that environment protection, formation of necessary (comfortable and healthy) environment for human life represents a serious global problems is proved by the large number of researches on searching for ways of resolving these issues. Numerous American and European researchers are involved in researching legislative as well as scientific ecological problems.<sup>10</sup>

## II. Judicial Practice

Firstly, it should be noted that when speaking about environmental damage, damage to natural constituent elements of environment (air, water, land and so on) that are necessary for human life and means of protection of rights arising out of these issues are implied. However, in science as well as judicial practice we face cases where environment necessary for human health, due to environment pollution, is disturbed.<sup>11</sup> For instance, violation of norms on noise<sup>12</sup> may cause pollution of environment necessary for human health, resulting in unfavorable and damaging conditions which may give rise to claims for compensation of damage.

In disputes related to claims on damages regarding environment, the court applies operating legal base as well as principles of international law and interpretation presented in court rulings as guiding norms.

Case law on the environmental issues in Georgia does not stand out for large number of decisions. However, taking into account the peculiarity of the subject, it is interesting to review disputes regarding compensation of damage involving environment. Interpretations stated in practical examples frequently become guiding regulations, which are often reflected in legislation.

Under the judgment of 21 April 2005 (claim of “Z”, “Q” and others lodged against the Ministry of Environment Protection and Natural Resources, JSC “S”, international electricity company “T”; subject of dispute – compensation of pecuniary and non-pecuniary damages), the Court found that the noise caused by continuous operation of transformers exceeded the norm, which served as basis for partial upholding of the claim.<sup>13</sup>

It should be noted that under the Organic Laws on Local Self-government and Governing, and “the Capital of Georgia – Tbilisi, in accordance with the mentioned decision, the Cassation Court interpreted that Tbilisi City Hall was not able to fulfill its obligation imposed under the law, and had not carried out measures to ensure a safe environment, therefore, it was obliged to compensate the damages.<sup>14</sup>

The above mentioned judgment adopted by the Cassation Court represents the first case in the case law where the claimants based their justification not only on the operating Georgian law but also the judgment adopted by European Court (Lopez Ostra v. Spain<sup>15</sup>). The mentioned claim alleged the violation of Article 8 of the Convention on Human rights (right to respect for private and family life<sup>16</sup>) and the government of Spain had to pay compensation (4,000,000 pesetas) in favor of the claimant.

Regarding a similar dispute involving noise, the Supreme Court of Georgia established the fact of violation of claimants’ rights and the respondents were obligated to compensate

<sup>9</sup> Korkelia, K. (2004) Application of European Convention on Human Rights in Georgia, Tbilisi .

<sup>10</sup> Scientific researches on relations between humans and environment as well as connection between human rights and environment may be generally viewed: M.W. Holdgate, A Perspective of Environmental Pollution, 1979; P.Birnie, A. Boyle and C. Redgwell, International Law and Environment, 2009; Dejeant-Pons, M., M. Pallemarts, Human Rights and Environment, 2002; S. Wolf and N. Stanley, Environmental Law 2003; A. Boyle, M. Anderson, Human Right Approaches to Environmental Protection, 1998;

<sup>11</sup> Giviashvili, I. (2006) European Convention on Human Rights and Environment Protection, European Standards on Human Rights and their Influence on Legislation of Georgia and Practice , (Collection of article), Tbilisi.

<sup>12</sup> Steinway, D.M. and Ewing, K.A. (2011) Environmental Law Handbook, US : Government Institutes Inc.

<sup>13</sup> Case no. Sugs bs-586—507-k-04, dated 21 April 2005. The mentioned decision of the Court is important not only because of the general interpretation stated in, but it represents the first judgment on similar disputes (the right to request compensation for damage as a result of noise). In terms of legal interpretation, relevant case law was established. The decision, as a practical example, is presented in the book “Protection of Human Rights in Ecology, Influence of International Legal Standards on Georgian Law”, author Bitadze, M. 2008; see the full text <http://www.supremecourt.ge/>

<sup>14</sup> In accordance with the interpretation stated in the judgment, based on operating law (Organic Laws on Local self-government and Governing and on the Capital of Georgia – Tbilisi), the Cassation Court recognized the status of the Tbilisi City Hall as an obliged subject in terms of creation of a safe environment for human health.

<sup>15</sup> Lopez Ostra v. Spain<sup>11</sup> 20 EHRR, 277, 1995

<sup>16</sup> 1. Everyone has the right to respect for private and family life, home and correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except in accordance with the law and as necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

damages (decision dated 16 February 2006, case file bs-1167-782 (k-05), claimants: – G. Ts, E. Ts., and others; respondent: State Department of Roads of the Ministry of Economic Development of Georgia; subject of dispute – compensation of non-pecuniary and pecuniary damages). The claim was based on the fact that during the widening and reconstruction of Zugdidi-Mestia road, the road builders threw thousands of cubic meters of chips of stone into the valley and the river bed was filled with them. It increased the rivers speed and the noise in the village. In spring, when the snow started melting, the water moved some land masses to the village, which resulted in damages for some of the dwellers of the village; both floors of the house that belonged to the claimant J.Ts. were destroyed. The claimants believed that while designing the project on road reconstruction and within the construction process, because of not taking into consideration the geographic location of the village as well as vital interests of the village dwellers, their honor and dignity were undermined. Before constructing the river bed, the water channel was wider, and the banks were sloped. The water flew quietly due to the presence of naturally occurring obstacles such as stones and pebbles on the riverbed and the banks. However, after the banks were constructed by concrete and the bottom of the river was also covered by it, the speed of the water flow was dramatically increased, its force became greater, it gathered huge stones which were clashing with each other, the concrete bed and bottom, and deafening sounds were continuously heard in the village. The ground of the claim represented the conclusion of the noise being higher than defined standards.

Under the judgment of the Cassation Court, the claim was partially allowed. According to the Cassation Court, the damage from dereliction of obligation was evident<sup>17&18</sup>. The Court, based on Article 42.9 of the Constitution of Georgia, Article 317.1 of the Civil Code, provisions of chapter XIV of the General Administrative Code,<sup>&</sup> the Law of Georgia on Environment Protection, Order no. 297/n (16.08.01) of the Minister of Labor, Health Care and Social Security on Adoption of Norms on Quality Condition of Environment, and expert conclusions and explanations, agreed that the claimants had really experienced damage; in particular, their hearing had deteriorated, which was confirmed by the claimants' history of illness and their family members, and medical case histories.<sup>19</sup>

Accordingly, under Article 208 of the General Administrative Code and Article 1000.2 of the Civil Code, taking into consideration the balance between public and private inter-

ests,<sup>20</sup> the Court awarded 1000 GEL (total 10,000GEL), to be paid by the State Department of Roads of the Ministry of Economic Development of Georgia, to each claimant.

The Cassation Court considered that there was a casual relationship between the actions of the State Department of Roads of the Ministry of Economic Development of Georgia, i.e., throwing big stones into the river during road reconstruction and the resultant outcome (destruction of the house of J.Ts.). This conclusion was confirmed by experts' report (2003.18.06) and the State Department of Roads of the Ministry of Economic Development of Georgia was imposed a fine of 5,000 GEL, to be paid in favor of claimant J.Ts. However, regarding the compensation of non-pecuniary damage, the Court deemed the claim ill-founded.

In its judgment dated 12 December 2007 (case file bs-473-450 (2k-07); claimants - L. N. Kh., J. Kh. and others; respondents –Kutaisi City Hall, successor of JSC “R” – JSC “E-A 200”; subject of dispute – compensation of damages), the Supreme Court established the damages that resulted from the malfunctioning of the water system; the Court found the owner of the building liable. The claim involved the land plots that were allocated on the right bank of Rioni HPP reservoir, where the claimant built the house. It happened very soon when the river changed its course and started to flow in the direction of the land plot allocated for housing construction (including the claimant's house). The change in the river's flow was caused by Rioni Hydro Power Plant shields that were not functional, as a result of which it was impossible to normally regulate the water level. This caused change in the course of the river. According to the claimant, Kutaisi was under the danger of natural disasters, in particular, 34 families were vulnerable, while the heads of the city did nothing against the ongoing erosion of the river bank. They did not even take temporary protective measures.

The Cassation Court, based on Article 1000 of the Civil Code, interpreted that the liability resulting from the damage caused by increased danger from the damage to the water system was evident. The liability for damage caused by this source was imposed on the owner of the building. The Cassation Court, proceeding from Article 408 and 409 of the Civil Code, ruled that as it was impossible to restore the house to the original condition in the present case, the claimants' request for financial compensation should be upheld.

The Cassation Court did not share the opinion of the Kutaisi local government that the engineering evaluation conducted on 20 July 2005 clears the Kutaisi local self-gov-

<sup>17</sup> Chanturia, L., Zoidze, B., Shengelia, R. and Khetsuriani, J (2001) Comments on Civil Code of Georgia, Tbilisi.

<sup>18</sup> Akhvlediani, Z. (1999) *Law of Obligations*, Tbilisi

<sup>19</sup> Full text of Judgment of the Supreme Court, including reasoning discussed in the article, can be seen at <http://www.supremecourt.ge/>

<sup>20</sup> The General Administrative Code of Georgia, Article 7, balance between public and private interests.

<sup>21</sup> Adeishvili, Z., Vardiashvili, K., Izoria, L., Kalandadze, N., Kopaleishvili, M., Skhirtladze, N., Turava, P. and Kitoshvili, D. (2005) Manual on General Administrative Law, Tbilisi .

ernment of liability in the case. The Court clarified that according to the conclusion, if there was a construction protecting the bank, it would have been possible to preserve the affected zone of Rioni river bank. The Cassation Court evaluated the video recording presented in the case, where it was described how the malfunction of Rioni Hydro Power Plant shields affected the above mentioned territory and how the land was washed off. Finally, the unity of evidence presented in the case became the ground to impose compensation of damage equally on Kutaisi local government and JSC "R" (successor – JSC "E-A XXI").<sup>22</sup>

In the examples presented from the above-mentioned judicial practice, in disputes on compensation of damages resulting from the environment, natural persons represent the injured party and in all cases the Court deemed that the damages resulted from the environment, and taking into account the balance of public and private interests, the damage was compensated to the claimants. However, it is very often in practice when the damage is caused to the environment itself.

In this respect, the decision adopted by Kutaisi Appeal Court on 29 June 2010 represents an interesting precedent (claimant – Black Sea Conventional Inspection of the Ministry of Environment Protection and Natural Resources of Georgia, respondent – LTD "Batumi N", subject of dispute - compensation of damages). The claim was well-founded on the fact that on 15-16 July 2009, spillage of oil in the river Korolistkali (nearby Kapreshumi Park) and then in the sea from the territory of "Batumi Ltd" took place. On 3 August 2009, Adjara Bureau of Environment Protection Inspection of the Ministry of Environment Protection and Natural Resources drew up a protocol of administrative violation against LTD "Batumi Ltd". The protocol was founded on Article 58.1 of the Code of Administrative Violations (pollution of water objects, throwing waste and other rubbish into water system). The case file was forwarded to Khelvachauri District Court for consideration. Pursuant to the ruling of Khelvachauri District Court, adopted on 20 August 2009, it was determined that LTD "Batumi Ltd" committed an administrative violation determined under Article 58.1 of the Code of Administrative Violations, and

a fine of 300 GEL was imposed.<sup>23</sup> The Court of Appeal stood by aforesaid measures. The claimant indicated that as a result of the administrative violation, the Black Sea was polluted, as a consequence of which the environment suffered damage. The worth of the damage amounted to 13, 442.60 GEL. The damage was calculated in accordance with addenda 15 and 21 of Ordinance no. 538 on Methods of Calculation of Damage to the Environment adopted by the Ministry of Environment Protection and Natural Resources on 5 July 2006. Under Article 12.f) of the Law of Georgia on State Control of Environment Protection, the state inspector of environment protection was entitled to request compensation to the state for the damage caused by environment pollution, illegal utilization of natural resources, and if the request was not upheld, he/she could bring an appropriate action to the court.

Pursuant to the decision of the Kutaisi Appeal Court adopted on 29 June 2012, appeal claim of LTD "Batumi N" was partially allowed. The judgment of Batumi Court adopted on 28 December 2009 was overturned and the Appeal Court adopted a new decision upholding the claim and a fine of 13, 442.60 GEL was imposed on LTD "Batumi L," to be paid in favor of the state budget. The aforesaid decision was reasoned as follows:

The Appeal Court, based on Article 40 of the Code of Administrative Violations of Georgia,<sup>24</sup> 12.1.f) of the Law of Georgia on State Control of Environment Protection<sup>25</sup>, the Law of Georgia on The State Control on Environment Protection,<sup>26</sup> Ordinance no. 538 on Methods on Calculation of Damage to the Environment, adopted by the Minister of Environment Protection and Natural Resources on 5 July

<sup>22</sup> It shall be noted that when adopting above mentioned judgments, as a rule, the Court grounds on expert conclusion drawn up on the case. Although, in accordance with Article 172 of Civil Procedure Code, expert conclusion is not mandatory for the Court and its assessment is carried out under Article 105 of the same Code (No evidence has preliminarily determined force for the Court. The Court assesses evidence based on inner conviction, which shall be based on comprehensive and complete consideration; as a result, it adopts conclusion on existence and non-existence of circumstances important for the case. The considerations, which should serve as grounds for inner conviction, shall be reflected in the judgment), however, in all three above listed judgments, factual circumstance of the claim in the part of request for compensation of damage resulted from the environmental damage was reasoned by expert conclusion.

<sup>23</sup> The respondent was recognized as an offender under Article 58.1 of the Code of Administrative Violations and therefore the fine was imposed. However, the mentioned did not exclude the right to bring an action against him to claim compensation for damage. Moreover, the ruling adopted by the Court became one of the grounds for the appeal court to deem the defendant as a subject obliged to compensate the damage (see article 106 of Civil Procedure Code. Facts that do not require justification: The parties shall be released from submission of evidence to justify facts which do not need to be proved. These are: a) Facts that are deemed publicly known by the Court; b) Facts that are established by a final judgment on a civil case, if the same parties participate in consideration of other civil cases.

<sup>24</sup> If an administrative violation caused property damage to a citizen, enterprise, institution, organization or the state, the judge is obliged to impose on the offender compensation of pecuniary damage, while at the same time imposing an administrative penalty.

<sup>25</sup> This law regulates legal relations between environment protection inspection and objects of regulation within the whole territory of Georgia, including territorial waters, air space, continental shelf and special economic zone in the field of environment protection. State inspector of environment protection was entitled to request compensation of damage to the state that was caused by environment pollution, illegal utilization of natural resources, and if the request was not allowed, he/she could bring a relevant action to the court.

<sup>26</sup> The law of Georgia on State Control of Environment Protection

2006<sup>27</sup>, interpreted that pursuant to the operating legislation, the rule on calculating damage caused to the environment as a result of violation of legal norms is determined. The rule defines the damage to the environment caused by the utilization of natural resources and/or during any economic activity, and any income generated out of such economic activity, which was not received by the state and that would have been received if legal norms of Georgian legislative acts were duly observed. The law covers subject of regulations, which carries out utilization of natural resources on the whole territory of Georgia including territorial waters, air space, special economic zone and continental shelf, or/and any business and economic activity that influence environment condition. Calculation of damage caused to the environment is carried out in all cases when the authorized body became aware of damage caused to the environment by performance (or non-performance) of subject of regulation as a result of violation of legal norms. The burden of compensation of expenditures on lab tests necessary to determine the level of pollution of environment and its particular components, which should serve as evidence for breach of environmental law, should be borne by the subject of regulation that caused pollution. Taking into account the diversity of the sphere of environment protection, the above-mentioned methodology consists of particular components of environment protection and branches.

According to the interpretation of the Appeal Court, calculation of damage caused by spillage of oil in the sea through the river Korolistkali that took place on 15-16 July 2009 was presented in the case. The damage was calculated in line with Ordinance no. 538 on Methods on Calculation of Damage to the Environment adopted by the Ministry of Environment Protection and Natural Resources on 5 July 2006; thus, the claim for compensation of damage was subject to satisfaction.

It should be noted that in judicial practice there are more frequent cases involving an administrative violation; e.g., the violation of rules on mining, utilization of natural resources and waste recycling and transportation. The entire aforementioned are eventually categorized as damage caused to the environment and in case of evidence, the obligation of appropriate compensation is imposed.<sup>28</sup> Within this kind of disputes, the court applies the Code of Administrative Violations, the Law of Georgia on State Control on Environment Protection and Inspection of Environment Protection as well as specific laws which define irrational

or illegal utilization of or damage to natural resources; for instance, the Law of Georgia on Protection of Land, the Law of Georgia on Minerals, etc. Moreover, legal guarantees on protection of ecological rights are not ensured by domestic legislation only.<sup>29</sup>

Before 2005, there were several court cases where the citizens requested restoration of violated environmental rights. For example, in 2002, citizens, supported by the programme “Citizens for Ecologically Sustainable and Safe Environment” of Strategic Research and Development Centre, approached the court. Residents of Lilo settlement – T. Berianidze, N. Gobejishvili and others, appealed to the Krtsanisi-Mtatsminda District Court of Tbilisi and requested the closure of the landfill located near their house. The claim was recognized by the opponent party, Tbilisi City Hall, and therefore, under decision of 21 February 2002, the claim (on closing the landfill within reasonable terms agreed) was upheld; however, unfortunately the court decision was not executed.<sup>30</sup>

On 28 February 2001, residents of Akhaltsikhe (425 affected persons) brought an action to Akhaltsikhe Court against Akhaltsikhe District City Council. The ground of the claim was the spread of hepatitis A virus in Akhaltsikhe district. The viral infection epidemic reached a peak in October-November. The epidemic was caused by water polluted with fecal matter. The epidemic spread as the local government stayed inactive; it ignored the information provided by Sanitary and Epidemiological Inspectorate regarding the existing danger. Moreover, local institutions of the government did not consider it necessary to warn the community regarding possible danger. The affected people requested compensation from the state; approximately 600 GEL per each person.

According to Akhaltsikhe District Court’s decision, dated 13 June 2003, the claimants’ claim (the claim was clarified several times) was partially allowed and pecuniary and non-pecuniary damage was compensated. The circumstances of the case were as follows:

The claimants who were infected with hepatitis A virus were freely treated out of the state funded programme, with a budget of 10,000GEL. The claimants purchased other necessary medications at their own expense. Three central drainpipes which were outdated and useless for many years were supplying water in Akhaltsikhe territory. Therefore, water pollution and unsanitary conditions in education institutions were named as the reason for the spread of hepatitis A. The District Court considered the conclusion provided by medi-

<sup>27</sup> Ordinance no. 538 on Methods on Calculation of Damage to the Environment, adopted by the Minister of Environment Protection and Natural Resources on 5 July 2006.

<sup>28</sup> See ruling of Kutaisi Appeal Court dated 16 July 2011; ruling of Kutaisi Appeal Court of 7 August 2011; judgment of Tbilisi City Court of 15 April 2013.; judgment of Tbilisi City Court of 9 January 2012.

<sup>29</sup> Guseinov, T. (2007) International Environment Law.

<sup>30</sup> The exact text of the judgment, taking into account the enforcement stage, is presented in the book “Influence of International Standards on Protection of Human’s Eco Rights on Georgian Law” as an example, author Bitadze, M., 2008

cal and social expertise department of the Ministry of Labor, Health Care and Social Security of Georgia (the conclusion mainly reviewed the possibilities of water pollution, which caused epidemic of hepatitis “A” in Akhaltsikhe in 2001), and interpreted that preparation of drinking water safe for people involves a wide range of engineering and hygienic activities as per relevant state standards; it is also necessary to choose the water supply resource, clean it and protect it from pollution. Chlorination of water was not carried out in Akhaltsikhe and the water and sewer system were often damaged at the same time. Therefore, the District Court based on Article 7.2.b) of the Organic Law of Georgia on Local Self-government and Governing, dated 16 October 1997<sup>31</sup>; Article 7.1.m)<sup>32</sup>; Article 23.1.h)<sup>33</sup>; Ordinance no. 531 (dated 22 September 1997) of the President of Georgia on Reform of Housing, Communal service of Georgia, its concept and development measures of water supply, viz., sewerage, sanitary, technical condition<sup>34</sup>; and the Labor Code,<sup>35</sup> resolved that under the operating law the local city council was the responsible body for the present service and should carry out sanitary measures to avoid pollution of drinking water. The District Court applied the Law on Water of 25 November 1997<sup>36</sup>; the Law of Georgia of 10 December 1997 on Protection of Health<sup>37</sup>; and Ordinance no. 207 dated 30 April 1999 of the President of Georgia on Emergency Measures on Strengthening Fight Against Infectious

Diseases<sup>38</sup> resolved that Akhaltsikhe City Council represented the responsible body and had to compensate the damage caused to the claimants. It should be noted that the Court also considered the request for the compensation of moral damage as justified; the Court agreed that the claimants experienced moral damage as a result of physical suffering. The physical suffering caused negative emotions in the infected as hepatitis A virus has an incubation period, it is important that the patient follows special rules, he/she must be isolated from the society and rest of the people in the family. Furthermore, it is possible to experience serious complications of liver in case of hepatitis A infection. For complete recovery from the disease, even after the treatment, it is necessary to follow special requirements for nearly a year, which caused certain suffering to each claimant. The Court deemed that the said suffering represented the ground to compensate moral damage.

Unfortunately, the appellant withdrew the appeal claim from the Appeal Court. Therefore, proceedings on the case were terminated and the decision made by the first instance court<sup>39&40</sup> entered into force<sup>41</sup>.

As can be seen from the examples, despite the fact that the judicial practice accounts for only a few dozens of judgments (rulings) on similar disputes, the legislative base presented in the judgments and interpretations stated in them, as well as mechanisms on the assessment of evidence and facts the courts used as grounds within decision making process, represent an interesting subject of research. Review of interpretations and specifications of cases will contribute to lawyers and all persons and organizations whose field of interest represents environment (ecology) and relations related to it to taking similar disputes to the courts (although Georgia is not a common law system<sup>42</sup>, the interpretations presented in the judgments adopted by the Supreme Court are considered as uniform

<sup>31</sup> Local self-government bodies have delegated fulfillment of sanitary and veterinary measures on environment protection by The State bodies.

<sup>32</sup> They are also obliged to organize, keep and develop electricity, gas and water supply as well as local reclamation systems

<sup>33</sup> The City Council authority covers care – maintenance and development of objects of communal infrastructure.

<sup>34</sup> Local self-government and governing bodies are obliged to take care of drinking water supply, environment protection, eco safety and performance of sanitary measures, elimination of epidemics, maintenance of object of communal infrastructure and control of its activities, protection of sanitary norms.

<sup>35</sup> Sanitary and Epidemiological Service of the Ministry of Labor, Health Care and Social Security supervises public sanitation, protection of sanitary standards and rules against epidemics by companies, organizations and institutions in accordance with the regulations of State Sanitary Supervision, while Medical Service of State Committees and agencies are responsible for other objects.

<sup>36</sup> Supervision of rational utilization of in the territory of local self-government and governing bodies falls within the field of regulation of relations related to water such as prevention of unauthorized utilization of water and self-willed economic activities on water objects, control of water protection and utilization, participation in designing schemes on water usage and protection within planning and performance of water protection measures, protection of water objects from pollution and contamination and other negative influences, which can harm residents' health, worsen water supply conditions and result in worsening of physical, chemical and biological features of water.

<sup>37</sup> In order to avoid negative influence of environment and other factors on the population's health, fulfillment of sanitary, hygienic and anti-epidemiological rules and measures is obligatory for any physical, as well as legal entities, operating on the territory of Georgia, despite their organizational, legal form and departmental subordination. Therefore, control of communicable diseases and epidemics is the prerogative of central and local self-governments.

<sup>38</sup> In the regions, state representatives, governors, and local self-governments should ensure supply of the population with the water corresponding to the state standards, technical maintenance of sewage networks and efficient disposal, continuous supply of electricity to the main building of water supply, elaboration of the scheme of optimal clean up of populated areas and regular sanitary clean up, fulfillment of relevant sanitary, hygienic norms and rules in agrarian markets and fairs and other types of trading facilities.

<sup>39</sup> Chanturia, I., Ninidze, T., Zoidze, B., Akvlediani, Z. and Jorbenadze, S. (2002) Comments on the Civil Code of Georgia, Tbilisi.

<sup>40</sup> Interpretation on compensation on moral damage may be seen in the following judgments of the Supreme Court of Georgia: case no. sug. 08.04.2009, administrative case no. bs-972-936(3k-08); case no. sug. 03.04.2012 administrative case no. bs-1107-1096(k-011).

<sup>41</sup> It is a pity that the dispute did not pass through all instance courts as it would be interesting to review the interpretation provided by the Appeal Court on the mentioned case. Administrative case no. bs-972-936(3k-08); case no. sug. 03.04.2012. Administrative case no. sb-1107-1096(k-011).

<sup>42</sup> Khubua, G. (2004) Theory of Law, Tbilisi.; Melkadze, O. (1996) Comments on the Constitution of Georgia, Tbilisi.

judicial practice<sup>43</sup> and it is possible to indicate them as grounds in a case).

### 1. Access to Information Related to the Environment and Judicial Practice

Before reviewing judicial practice on access to information related to environment, it is necessary to clarify to which category information related to environment belongs, how the provision of such information is regulated on the legislative level and what rights institutions and natural persons have regarding access to such information. As a principle, access to information related to the environment is regulated under Article 24.1,<sup>44</sup> Article 37<sup>45</sup>, and Article 41.1<sup>46</sup> of Constitution of Georgia. The right to access to information can be characterized as one of the aspects of freedom of speech<sup>47</sup>, the most fundamental right<sup>48</sup>, which is directly linked to the ideal of democracy.<sup>49</sup> Furthermore, it should be noted that human rights ensured under the constitutions of developed countries mainly cover those rights which historically have been subject to a greater threat of encroachment.<sup>50</sup>

Convention on Access to information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters” represents an integral part of international law on environment protection.<sup>51</sup> The Aarhus Convention was interpreted by the UN as one of the most ambitious projects ever “in terms of ecological democracy”.<sup>52</sup>

Chapter three of the General Administrative Code of Georgia (Freedom of Information) governs legal grounds of freedom of information, bearers of this right, the ratio-

nale of information itself as well as its categories and entities responsible for imparting information.<sup>53</sup> As mentioned above, access to information regarding environment is protected by numerous legislative acts on local as well as international scale. Therefore, it represents subject matter of broad interpretation regarding similar disputes in domestic or international law.

On 9 March 2012, the Supreme Court of Georgia adopted a judgment (case file no. bs-1484-1466 (2k-11), claimant: association “M”, respondent: Tbilisi government, subject of dispute: the failure to impart information<sup>54</sup>) and ordered the administrative body to provide information to the claimant. According to the circumstances of the case, based on Article 37 and 40 of the General Administrative Code of Georgia, the claimant requested public information regarding the agreement concluded on 14 May 2008 between the Ministry of Economic Development of Georgia, Tbilisi government and LTD “M” on sales of 100% shares of LTD “R”, LTD “S” and LTD “T”. (the application involved several claims). In particular, the claimant was interested if the buyer fulfilled the obligation taken up under the agreement to eliminate spillage of sewerage into river Mtkvari, and in particular the specific measures performed.

In accordance with the decision of the Supreme Court of Georgia, the claim under this head was allowed. In particular, the Cassation Court applied Articles 24.1 and 41.1 of the Constitution of Georgia, Article 2.1 and Article 28 of the General Administrative Code, and found that the information requested by the claimant on association “M” constituted public information on water condition. Namely, the claimant had requested the information whether the buyer fulfilled the obligation undertaken under the agreement to eliminate spillage of sewerage into river Mtkvari, and what were the specific measures performed in line with the agreement concluded on 14 May of 2008 between the Ministry of Economic Development of Georgia, Tbilisi government and LTD “M” on sales of shares. The requested information represented the information regarding environment protection and therefore it constituted information which could not be classified under law. The Cassation Court, based on Article 2.3a) of the Convention on “Access to information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters,” determined that based on the analysis of the above-mentioned provisions, information on water as the latter being the part of the environment represents public information, which should be

<sup>43</sup> See following regarding courts’ jurisprudence: Khrustal, V. (2003) ‘Influence of Civil law on Development of law on the Example of Cassation law’ Human and Constitution, 4: 49-55; Zoidze, B. (2005) Reception of European Private Law in Georgia, Tbilisi; Khubua, G. (2005) ‘Law on Judgeship: the Source of Justice or the Sources of Cognition of Justice’ Martlmsadjuleba da Kanoni, 5 : 45-51; Jorbenadze, O., Problems in Courts’ Jurisprudence .

<sup>44</sup> Article 8: Right to respect for private and family life; and Article 10: right to freedom of expression under the European Convention on Human Rights; basic remedies of ecological rights by the European Court, which are confirmed by judicial interpretation given with regard to these provisions.

<sup>45</sup> Access to information regarding environment.

<sup>46</sup> Every citizen of Georgia shall have the right to become acquainted, in accordance with a procedure prescribed by law, with the information about him/her stored in state institutions as well as official documents existing there unless they contain state, professional or commercial secret

<sup>47</sup> Gavouneli, M. (2000) Access to Environmental Information: Delimitation of a Right, Tbilisi : TUL.ENVTL. L.J.

<sup>48</sup> Universal Declaration of Human Rights, supra note 67, art. 19; International Covenant on Civil and Political Rights, Dec, 16, 1966, art 19 (2), 999 u.n.t.s. 171

<sup>49</sup> Gavouneli, supra note 110, at 323

<sup>50</sup> Izoria, L. (2009) Modern State, Modern administration, Tbilisi

<sup>51</sup> Aarhus, Denmark 1998

<sup>52</sup> K. Annan, Foreword to Economic Commission for Europe. The Aarhus Convention: An Implementation Guide (2000)

<sup>53</sup> General Administrative Code of Georgia, 2000. Chapter three – Freedom of Information

<sup>54</sup> Vachadze, M., Todria, I., Turava, P. and Tskepladze, N. (2005) *Comments on Code of Administrative Procedure of Georgia*, Tbilisi. Article 24 of the Administrative Procedure Code: Claim on Action Performance, p. 137-139

accessible for everyone. Tbilisi City Court (administrative case no. 3/4261-10, claimant: association “M”, respondents: the Ministry of Economic and Sustainable Development of Georgia, by participation of the third party – LTD “J.G.I.L”, subject of dispute: failure to impart information on environment protection involving written, audiovisual, electronic or information provided in any other format regarding integral part of environment such as air and atmosphere, water, land, landscape and natural objects, biological diversity and its components, genetically modified organisms and interaction of these elements. The Court, based on Article 42.a) of the General Administrative Code and Convention on Access to information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, found that the requested information on water condition during the selling process of enterprises in Tbilisi, Mtskheta and Rustavi included the information on the environment. Failure to impart such information is prohibited under the law.

In one of the administrative cases (no. 3/478-12, claimant: association “M”; respondent: the Ministry of Energy and Natural Resources; subject of dispute abolishment of normative administrative acts<sup>55</sup>), the City Court did not uphold the claim as it resolved that the appealed acts<sup>56</sup> did not contradict “the red list” and the Law of Georgia on the Red Book<sup>57</sup>. When adopting the decision, the Court assessed the amendments proposed to the normative acts in terms of damage to the environment and its compliance with operating law, and finally, based on the Law of Georgia on Normative Acts<sup>58</sup>, the Law of Georgia on Animal World and the Red list, and the Law of Georgia on the Red book resolved that contradiction between the law and the bylaw had not taken place in this specific case.

One of the main grounds to avoid problems related to the environment represents public interest and public participation is of crucial importance in avoiding such problems. The society may be involved in solving the problems in the following way: a) access to information; b) engage-

ment in decision making; and c) accessibility to justice.

Three of the forms mentioned above are considered by the law to be different. However, if we do not take into account their interdependence, none of them have a prospect to be a success if applied separately.<sup>59</sup>

The right to access to information imposes two obligations on the state: reactive obligation, which means provision of information upon request (exceptions are defined under the law); and active obligation, which means draft, prepare and disseminate some information without public request.

While fulfilling its authority, the executive may face the problem related to access to “ecological information” as the law does not specify interpretation of such information. Furthermore, contradiction and gaps often appear in legislation. Although executive government is obliged to be bound by importance of ecological information and objective role in social life, provide information freely and fully as state bodies are responsible to ensure accessibility<sup>60</sup> of such information; however, the gap may appear here as well. Accessibility to justice itself is a means against decisions of state bodies of environment protection and it will force them to act only within the framework of the law.<sup>61</sup>

In its ruling of 2 May 2007, the Court admitted the claim (administrative case no. 3/932-07, claimants: L.Ch., K. Ch, O. T., and M.N, respondent: the Ministry of Economic Development of Georgia, the third party – LTD “J.K”, subject of dispute: invalidation of an individual administrative act<sup>62</sup>) for the consideration of the merits on the ground that the adoption of an impugned act could violate the “Aarhus Convention”. In other words, the Court was satisfied that the likelihood of violation of the Convention justified the admission of the claim. There are cases when the right to receive information regarding environment contradicts the General Administrative Code, in particular information involving commercial secrets.<sup>63,64</sup>

In its decision, dated 19 October 2007, (administrative

<sup>55</sup> General Administrative Code of Georgia is in force since January 1 of 2000; see also Turava, P. and Tskepladze, N. (2010) Manual on General Administrative Law, Tbilisi. Normative Administrative-Legislative Act pg. 82-88;

<sup>56</sup> Amendments proposed to the following normative acts were contested: “Ordinance no. 07 of the Minister of Energy and Natural Resources of Georgia on “Adoption Regulations on Objects of Animal World, Rules and Terms on Procurement in Accordance to their Species and the List of Weapons and Gadgets Allowed for Procurement”; ordinance no. 30 of 10 May 2011 of the Minister of Energy and Natural Resources on “Adopting Starting and Closing Dates of Hunting and Fishing”; decree no. 242 of the government of Georgia of 20 August 2010 on “Adoption of Rules on Utilization of Forest”; ordinance no. 07 of the Minister of Energy and Natural Resources of Georgia on “Adoption Regulations on Objects of Animal World, Rules and Terms on Procurement in Accordance with their Species and the List of Weapons and Gadgets Allowed for Procurement”;

<sup>57</sup> The Law of Georgia on the Red List and the Red Book, 2003

<sup>58</sup> The Law of Georgia on Normative Acts, 1996

<sup>59</sup> Zillman, D., Lucas, A. and (Rock) Pring, G. (2002) Human Rights in Natural Resource Development: Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources, UK: Oxford University Press.

<sup>60</sup> General Administrative Code, Chapter Three (Freedom of Information), 2000

<sup>61</sup> Eckersley, R. (1996) Greening Liberal Democracy: The Rights Discourage Revisited, in Democracy and Green Political Thought (Doherty, B. and de Geus, M., Eds.), London : Routledge.

<sup>62</sup> Article 2.d) of the General Administrative Code, interpretation of terms. Chapter 4.

<sup>63</sup> Article 272 of the General Administrative Code. Commercial secret means any information concerning the plan, formula, process, or means that constitute a commercial value, or any other information that is used to produce, prepare, or reproduce goods, or provide service, and/or which represents an innovation or a significant technical accomplishment, or any other information, disclosure of which could reasonably be expected to cause competitive harm to a person.

<sup>64</sup> Tskepladze, N. and Turava, P. (2010) Manual on General Administrative Law, Tbilisi.

case no. 3/1072-07, claimant: association “M”, respondent: the Ministry of Economic Development of Georgia, the third party – “G.M. G.M.H.L.”; subject of dispute: imparting public information), Tbilisi City Court found that the information requested by the claimant consisted of information on the environment, and as it had not been imparted the claim was upheld. The Court ordered the respondent to impart the information to the claimant on the agreement concluded regarding the sale of 100% shares previously under state ownership.

This judgment is important as this specific case involves two contesting issues. On one hand, the law provides for the protection of commercial secrets from being divulged and on the other hand it is obligatory to provide information on environmental issues. By providing the information involving a commercial secret (in this specific case, an agreement), it was possible that competitiveness of the subject may be endangered; however, the Court upheld the obligation on provision of information on the environment despite the information containing a commercial secret<sup>65</sup>.

However, we also encounter contradictory cases where the court deems that when there is information defined as commercial secret under the law, the court considers that protecting the information is obligatory as determined under the law. For instance, in the administrative case (no. 3/1285-09, claimant: association “M”, respondent: the Ministry of Economic Development of Georgia, the government of Georgia, Tbilisi government, the third party – LTD “M.E.L.”; subject of dispute: imparting information), the Court found that the information requested by the claimant contained a commercial secret, and if disclosed it could harm the respondent. Moreover, the latter did not agree to disclose the information. The Court opined that the information on environment requested by the claimant was not related to environmental issues and the obligation on environment protection.

The general overview of information related to the environment and judicial practice discussed in the present article suggests that contradiction between information related to the environment and legislation, as well as judgments adopted by executive government, may appear in judicial practice. It should be noted that the court sometimes widely interprets information related to the environment when the relevant legislation does not facilitate complete interpretation of such information. However, there are often cases when the court considers that there is no obligation to disclose such information and instead the information is classified (for example: the information at stake constitutes a commercial secret).

The court judgment contains an interesting reasoning; if there is any doubt that the “information is related to the environment,” the Court is in favor of ordering an agency to impart information (unless the information is not classified under the legislation in force). However, it should be pointed out that the “information related to the environment” should be interpreted more widely. This will ensure access to a wider range of information.

## 2. Interpretations of the Constitutional Court in the Context of Protection of “Environmental Right”

On 20 March 2012, amendments to the Law on Environment Protection entered into force; in particular, chapter II<sup>1</sup> was added to the law. The aforesaid chapter determined regulations on concluding agreements in the fields of environment protection and utilization of natural resources. On 10 April 2012, Giorgi Gachechiladze, a citizen of Georgia, submitted a constitutional claim to the Constitutional Court<sup>66</sup>, contesting the compliance of Article 57<sup>10.1</sup> and Article 57<sup>10.3</sup><sup>10</sup> of the Law on Environment Protection with Article 37.3 and Article 37.4 of the Constitution of Georgia, as well as the compliance of Article 57<sup>10.4</sup> with Article 37.5 of the Constitution of Georgia.

Under the judgment of the Constitutional Court of Georgia adopted on 10 April 2013, the claim was partially allowed; Article 57.1 and Article 57.3<sup>10</sup> of the Law of Georgia on Environment Protection were recognized unconstitutional concerning Article 37.3 and Article 37.4 of the Constitution of Georgia. The judgment involves an important legal interpretation in terms of interconnection of constitutional rights of the environment and humans. For instance, regarding Article 37.3 of the Constitution of Georgia, the Constitutional Court of Georgia resolved that “the mentioned constitutional regulation, on one hand, empowers fundamental human rights to live in environment safe for health, while, on the other hand, it defines the obligation of each member of society to protect natural and cultural environment. The contents of Article 37 of the Constitution should be interpreted taking into account the content of these two important components. At the same time, while determining the content and limits of constitutional right, we must invoke the standard on accessibility to environment safe for humans.” “Increased degradation of environment and problems related to it made it inevitable to constitutionally protect environment safe for health.” “Conversion of environmental rights into constitutional, legal framework is important for ac-

<sup>65</sup> Following judgments adopted by the Supreme Court of Georgia involve important interpretations on competitiveness: see *susg* bs-623-590 (k-06) 16.01.2007; *susg* bs-1435-1393(k-08) 17.02.2009

<sup>66</sup> See the full text of judgments of the Constitutional Court at <http://constcourt.ge/>.

cess to information on environment protection, public engagement, and proper and effective coordination of other environment protection mechanisms.” “By determining environment safe for health, the Constitution of Georgia confirms and empowers special importance of sustainable ecological development in the constitutional framework.” In terms of restriction of influence on the environment, the field of regulation of Article 37.3 and Article 37.4 may represent not only the goal to avoid danger to safe environment at present but protect it from future dangers as well.”

“There are two types of obligation determined towards the state:

1. Within its active actions, the state is obliged to take into consideration and reduce to the maximum extent possible negative influence (negative obligation) on the environment due to economical, infrastructural and other projects or activities;
2. The state shall protect environment from damage caused by private persons (positive obligation).”

“The State is obliged to create a legal system, which will ensure the existence of a reasonable expectation that in case if the environment is damaged, adequate means of legal influence will be applied against any person. The state is obliged to create legal mechanisms which will perform preventive function in terms of environment protection.” “Granting the freedom to any person to influence the environment contradicts the positive obligation of the state to ensure an environment safe for human beings.”

The judgment of the Constitutional Court involves important interpretations regarding access to information related to environment protection. Despite the fact that the Constitutional Court considered the claim on obstacles to request information regarding environment to be manifestly ill-founded, the judgment of the Constitutional Court contains numerous guiding interpretations; in particular, Article 37.5 of the Constitution represents the special case of a person receiving information. It raises the obligation of the state to provide information on the condition of environment to any person. Furthermore, unlike constitutional provisions determining access to information, Article 37.5 determines the positive obligation of the state to constantly gather and analyze information on the condition of environment in order to ensure public access to the same. It is clear that these two obligations are linked to each other as it would be impossible to effectively realize human rights without gathering and processing such information.”

Apart from the Constitution of Georgia, the right to access to information related to the environment is empowered by numerous international documents, e.g., UN Rio

Declaration of 1992<sup>67</sup> on Environment and Development,<sup>68</sup> and Aarhus Convention of 1998<sup>69</sup> on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters. These international documents impose obligation on the state bodies to make information on environment protection accessible.

The right to access to information on the condition of environment represents a special element of the right to a healthy environment. Therefore, the content of information on the state of the environment should be defined in the context of right to a healthy environment. The right to access to information on environment condition is especially important in terms of public engagement in the field of environment protection. Therefore, the information to be collected on the state of environment should meet the minimum standard in terms of its contents to be sufficient for the realization of the right of the public to be engaged in environment protection. Within the scope of Article 37.5 of the Constitution, the state is obliged to gather information related to factors that have an impact on the environment. Air, atmosphere, water, soil, land, landscape and natural objects, their condition, biological diversity and components, genetically modified objects and interaction of these elements should be considered as the constituent elements of environment. It is also important to make information on state policy, plans, programs and legislation, which influence or may influence environment, accessible. The review of the judgment of the Constitutional Court clarifies strong connection between human rights and environment. Increase in the damage caused to the environment and the resulting legal problems made it necessary to protect the right to “life in a safe environment” at the constitutional level. The decisions of Constitutional Court discussed in this article represent its remarkable example.

### III. Conclusion

From the examples of Georgian judicial practice discussed in this article, it can be concluded that in terms of regulating relations related to the environment (including access to information related to the environment), the judicial practice is changing and developing, which is evident in the interpretation of the court judgments. Unfortunately, it is true that while adopting decisions regarding environment the Georgian courts rarely apply the European

<sup>67</sup> UN Rio Declaration on Environment and Development, 1992, is also known as “Earth Summit” and it is considered that it was the largest ecological meeting.

<sup>68</sup> Hunter, D. and Salzman, J. and Zaelke, D. (1999) *International Environmental Law and Policy*, US: West Publishing Company.

<sup>69</sup> 1998, Aarhus, Denmark. Nearly 40 states, including Georgia, recognized the convention at local legislative level (convention was ratified in 2000).

Convention on Human Rights and the case law based on the Convention. However, changes in the better direction can be seen in the judicial practice of recent years. Widening and development of judicial practice related to the environment largely determines the protection of related human rights. Georgia has quite a developed and progressive legislative base for the regulation of relations related to the environment, which equips the citizens with means for the protection of rights. However, it should be noted that despite progressive changes, which are expressed in increased consciousness and awareness citizens, and also within progressive court judgments, certain problems related to the environment still persist. If we take into consideration that development and perfection of judicial practice largely determine the protection of standards of human rights related to the environment, we can conclude that widening of judicial practice represents an important mechanism to ensure these standards.

Mariam Osipyan<sup>1</sup>

## Comment on the Decision of Zhirayr Sefilyan v. Armenia

### I. Introduction

Democracy becomes more and more important line of current socio-political life. As a result emerged democratic society demands many guarantees for realization of fundamental human rights. One of those is the right to liberty which has interesting historical background and will become the subject matter of current article.

The right to liberty can be traced back to the English *Magna Charta* (1215) and the United States Declaration of the Rights of Man and Citizen (1789). Even though the *Magna Charta* only guaranteed rights to a limited group of people, namely feudal noblemen, it nevertheless required that arrest or detention be lawful, and protected the individual against the excesses of his/her ruler. Protection against arbitrary arrest and detention as one of the main dimensions of the right to the liberty of the person was further established in the 17th century Bill of Rights (1689) and *Habeas Corpus Acts* (1640, 1679). The right was further developed and its scope of application widened after the French Revolution, in the French Declaration of Rights (1789) where the right to liberty was guaranteed to all nationals in the constitutions of national states. The right to liberty played a major role in the Mexican revolution (1915) where 'land and liberty' (*Tierra y Libertad*) was the slogan of the revolution.

In our days the regulations of the right differ but the essence still the same. As this right is the main subject of our current case of Zhirayr Sefilyan v. Armenia, we will scrutinize it deeper. Moreover, this case is noteworthy as it refers to right to personal life as well which is of paramount importance in democratic society.

### II. The Factual Circumstances of the Case, Proceedings at the National Level and Outcome of the Individual Application Lodged with European Court of Human Rights

The applicant Zhirayr Sefilyan, a Lebanese national, was born in 1967 and lives in Yerevan. He is an active

member of civil society who holds leading positions in several NGOs, including the Unity of Armenian Volunteers, the Defense of Liberated Lands and AraksKur charity fund. He is of an Armenian origin and since 1992 has apparently been permanently resident in Armenia where he has a family and owns an apartment.

As the applicant appears to be a critic of the Armenian authorities, he alleges that in this connection he has been invited to visit the National Security Service (NSS) on several occasions, where he was ordered to stop his cooperation with the opposition and his criticism of the government. Despite this calls he continued his activity and as a result the Head of the Principal Department for Safeguarding the Constitutional Order and Fight against Terrorism of the NSS filed a motion, seeking to carry out secret surveillance and recording of the applicant's telephone and other conversations. On 15 August 2006 the Kentron and Nork-Marash District Court of Yerevan examined the motion and granted it, authorizing the interception and recording of the applicant's telephone and other conversations made to and from the applicant's three mobile and three landline numbers for a period of six months, taking into account that they might contain information substantiating the above-mentioned circumstances, the use of which would facilitate the disclosure of a crime and obtaining evidence, since there were elements of an offence prescribed by Article 301 of the Criminal Code of RA in the applicant's actions. Soon, on 2 December 2006 the applicant gave a speech at an assembly organized by the Unity of Armenian Volunteers. As a result on 8 December 2006 the Investigative Department of the National Security Service decided to institute criminal proceedings under Article 301 of the Criminal Code of RA on the ground that public calls for a violent overthrow of the government had been made during the speeches given at the above assembly. Hence, on 9 December 2006 the applicant was arrested and taken to the NSS. On the same date the applicant's office was searched, as a result of which a revolver and various types of bullets were found. On December 10, 2006 the relevant arrest record was drawn up. It stated that the applicant was suspected of offences under Articles 235 § 1 and 301 of the Criminal Code of RA. The passport of the applicant was seized. On 12 December 2006 the applicant was formally charged under Articles 235 § 1 and 301 of the Criminal Code of RA. He was accused of making calls for a violent overthrow of the government and of not handing in, and illegally keeping, his weapon after his demobilization in 1998. On the same date the investigator filed a motion with the Kentron and Nork-Marash District Court of Yerevan, seeking to have the applicant detained for

<sup>1</sup> Mariam Osipyan, advocate, member of the Chamber of Advocates of the Republic of Armenia

a period of two months and arguing that, if at large, he could abscond and obstruct the investigation<sup>2</sup>. But on the same date the District Court examined the investigator's motion, including the charge and the circumstances surrounding it. The District Court decided to grant the motion, taking into account the nature and degree of dangerousness of the imputed offence and the fact that it was at the top of the list of offences directed against state power and finding that the materials of the case provided sufficient reasons to believe that the applicant could abscond and obstruct the investigation by exerting unlawful influence on persons involved in the proceedings.

Despite the efforts made by the applicant the state authorities did not set him free based on any reason.

### **Extension of the Applicant's Detention and the Court Proceedings**

Beginning from 1<sup>st</sup> of February 2007 to 30 of March 2007 the detention period of the applicant was extended, while, there was some delays in procedural time-limits which the applicant actually claimed in this case.

In addition, the applicant claimed that he and his lawyers were deprived of their right to participate in the proceedings.

#### **1. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 1 OF THE CONVENTION**

The applicant complained that his detention between 10 and 22 June 2007 was not authorised by a court and was therefore unlawful and that the extension of his detention on 7 February 2007 was not carried out in compliance with the time-limits prescribed by law. He invoked Article 5 § 1 of the Convention which, insofar as relevant, provides:

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law...”

While deciding whether there is a violation of current Article, the Court should decide the following sub issues:

1. *Compliance with domestic time-limits when extending detention;*
2. *Lawfulness of detention between 10 and 22 June 2007.*

Concerning first part of this complaint the Court reiterates that the expressions “lawful” and “in accordance with a procedure prescribed by law” in Article 5 § 1 essentially refer back to national law and enshrine the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> see *Sefilyan v. Armenia*, no. 22491/08, para 5-45, ECHR 02/01/2013

<sup>3</sup> *Ibid.* para 67

Based on the case law of the Court and taking into account the circumstances of the case, the Court considered this part of the application manifestly ill-founded and rejected it in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

It should be mentioned that the other part of the complaint is of crucial interest from the point of democracy. In this respect the Court reiterates that Article 5 of the Convention guarantees the fundamental right to liberty and security and that right is of primary importance in a “democratic society” within the meaning of the Convention<sup>4</sup>.

Inter alia, the Court mentions that where deprivation of liberty is concerned it is particularly important that the general principle of legal certainty be satisfied. It is therefore essential that the conditions for deprivation of liberty under domestic law be clearly defined and that the law itself be foreseeable in its application, so that it meets the standard of “lawfulness” set by the Convention, a standard which requires that all law be sufficiently precise to allow the person – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail<sup>5</sup>.

Based on the mentioned case law and other relevant precedents the Court held that there has accordingly been a violation of Article 5 § 1 of the Convention.

#### **2. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 3 OF THE CONVENTION**

Relying on the Article 5 § 3 of the Convention, the applicant complained of the fact that the domestic courts had failed to provide reasons for his continued detention. The mentioned Article reads as follows:

“Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.”

It is worth to mention that the Convention case-law has developed four basic acceptable reasons for detaining a person before judgment when that person is suspected of having committed an offence:

1. the risk that the accused would fail to appear for trial<sup>6</sup>;
2. the risk that the accused, if released, would take action to prejudice the administration of justice<sup>7</sup>
3. risk that the accused, if released, commit further of-

<sup>4</sup> see *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, 18 June 1971, § 65, Series A no. 12

<sup>5</sup> see *Steel and Others v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 54, Reports 1998-VII

<sup>6</sup> see *Stögmüller v. Austria*, 10 November 1969, § 15, Series A no. 9

<sup>7</sup> see *Wemhoff v. Germany*, 27 June 1968, § 14, Series A no. 7

fences (see *Matznetter v. Austria*, 10 November 1969, § 9, Series A no. 10);

4. cause public disorder (see *Letellier*, cited above, § 51).

The Court interpreted, inter alia, that the danger of an accused absconding cannot be gauged solely on the basis of the severity of the sentence risked<sup>8</sup>. Hence, the Court accordingly found that there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention.

### 3. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 4 OF THE CONVENTION

The applicant complained also that the proceedings of 7 February 2007 in the Kentron and Nork-Marash District Court of Yerevan were not adversarial and that he had been deprived of an oral hearing before the Court of Appeal on 14 May 2007. He invoked Article 5 § 3 of the Convention:

“4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.”

#### 3.1. Adversarial proceedings and equality of arms

The Court has interpreted these concepts for many times during its practice. In this case also the Court has referred to its case law by reiterating that Article 5 § 4 requires that a court examining an appeal against detention provide guarantees of a judicial procedure. The proceedings must be adversarial and must always ensure “equality of arms” between the parties, the prosecutor and the detained person. Equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client’s detention<sup>9</sup>.

Based on the facts of the case in this case also the Court held that there has accordingly been a violation of Article 5 § 4 of the Convention on this count.

### 4. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

The applicant also complained that the secret surveillance of his telephone conversations was in violation of the guarantees of Article 8 of the Convention.

<sup>8</sup> see *Sefilyan v. Armenia*, no. 22491/08, para 86, ECHR 02/01/2013  
<sup>9</sup> see *Lamy v. Belgium*, 30 March 1989, § 29, Series A no. 151; *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 58, ECHR 1999II; and *Garcia Alva v. Germany*, no. 23541/94, § 39, 13 February 2001

*In the way of deciding whether there was a violation of current Article the Court had to decide:*

a) Whether there was an interference with the applicant’s right to respect for private life and correspondence

b) Whether the interference was justified

In its case law the Court has interpreted this issue for several times. Accordingly, in accordance to it, the expression “in accordance with the law” not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects<sup>10</sup>.

In its case-law on secret measures of surveillance, the Court has developed the following minimum safeguards that should be set out in statute law in order to avoid abuses of power:

1. the nature of the offences which may give rise to an interception order;
2. a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped;
3. a limit on the duration of telephone tapping;
4. the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained;
5. the precautions to be taken when communicating the data to other parties;
6. The circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes destroyed<sup>11</sup>.

The facts of current case are sufficient for the Court to conclude based on its case law as well that the interference was not “in accordance with the law” since Armenian law at the material time did not contain sufficiently clear and detailed rules and did not provide sufficient safeguards against abuse. Therefore, there has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

### 5. OTHER ALLEGED VIOLATIONS OF THE CONVENTION

The applicant has also claimed that there have been violations of Articles 3, 10 and 14. But the Court found that there were no violations of such.

<sup>10</sup> see *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, § 50, ECHR 2000II, and *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000V

<sup>11</sup> see *Weber and Saravia v. Germany* (dec.), no. 54934/00, § 95, ECHR 2006XI; *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*, no. 62540/00, § 76, 28 June 2007; and *Liberty and Others v. the United Kingdom*, no. 58243/00, § 95, 1 July 2008.

## II. Legal Framework

### 1. Constitutional Regulation of the Issue in the South Caucasus

#### 1.1. Armenia

At the time of the case the Constitution of Armenia guaranteed everyone's right to liberty and security in the Article 16. The Article reads as follows:

"Everyone shall have a right to liberty and security. A person can be deprived of or restricted in his/her liberty by the procedure defined by law and only in the following cases:

- 1) a person is sentenced for committing a crime by the competent court;
- 2) a person has not executed a legitimate judicial act;
- 3) to ensure the fulfillment of certain responsibilities prescribed by the law;
- 4) when reasonable suspicion exists of commission of a crime or when it is necessary to prevent the commission of a crime by a person or to prevent his/her escape after the crime has been committed;
- 5) to establish educational control over a minor or to present him/her to the competent body;
- 6) to prevent the spread of infectious diseases and other social dangers posed by mental patients, persons addicted to alcohol and drugs, as well as vagrants;
- 7) to prevent the unauthorized entry of a person into the Republic of Armenia, as well as to deport or extradite him/her to a foreign country.

Everyone who is deprived of his/her freedom shall in a language comprehensible to him/her immediately be informed of the reasons for this and of an indictment should such be brought against him/her. Everyone who is deprived of his/her freedom shall have a right to immediately notify this to any person chosen by him/her.

If the arrested person is not detained within 72 hours by the court decision he/she must be released immediately.

Every person shall have the right to recover damages in case when he/she has illegally been deprived of freedom or subjected to search on the grounds and by the procedure defined by the law. Every person shall have the right to appeal to a higher instance court against the lawfulness and reasons for depriving him/her of freedom or subjecting to search.

No one shall be deprived of freedom for not honoring his/her civil and legal obligations.

No one shall be subjected to search otherwise than in conformity with the procedure prescribed by the law"<sup>12</sup>.

Moreover, the Constitution of the Republic of Armenia guarantees also the right to personal life as well. Particularly the Article 23 of the Constitution stipulates that everyone shall have the right to respect for his private and family life. The collection, maintenance, use or dissemination of any information about the person other than that stipulated by the law without the person's consent shall be prohibited. The use and dissemination of information relating to the person for purposes contravening the aims of their collection or not provided for by the law shall be prohibited. Everyone shall have the right to become acquainted with the data concerning him/her available in the state and local self-government bodies. Everyone shall have the right to correction of any non-verified information and elimination of the illegally obtained information about him/her. Everyone shall have the right to secrecy of correspondence, telephone conversations, mail, telegraph and other communications, which may be restricted only by court decision in cases and in conformity with the procedure prescribed by the law<sup>13</sup>.

#### 1.2. Georgia

The Constitution of Georgia was adopted in 1995. The Article 18 stipulates the following:

1. Liberty of an individual is inviolable.
2. Deprivation of liberty or other restriction of personal liberty without a court decision shall be impermissible.
3. An arrest of an individual shall be permissible by a specially authorised official in the cases determined by law. Everyone arrested or otherwise restricted in his/her liberty shall be brought before a competent court not later than 48 hours. If, within next 24 hours, the court fails to adjudicate upon the detention or another type of restriction of liberty, the individual shall immediately be released.
4. Deleted (27.12.06)
5. An arrested or detained person shall be informed about his/her rights and the grounds for restriction of his/her liberty upon his/her arrest or detention. The arrested or detained person may request for the assistance of a defender upon his/her arrest or detention, the request shall be met.
6. The term of arrest of a suspect in the commission of a crime shall not exceed 72 hours and the term of detention on remand of an accused shall not exceed 9 months.
7. The violation of the requirements of the present Article shall be punishable by law. A person arrested or detained illegally shall have the right to receive compensation<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Article 16, Constitution of the Republic of Armenia, 1995

<sup>13</sup> Article 23, Constitution of the Republic of Armenia, 1995

<sup>14</sup> Article 18, Constitution of the Republic of Georgia, 1995

The right to private life is articulated in the Article 20 of the Constitution of Georgia: “Everyone’s private life, place of personal activity, personal records, correspondence, communication by telephone or other technical means, as well as messages received through technical means shall be inviolable. Restriction of the aforementioned rights shall be permissible by a court decision or also without such decision in the case of the urgent necessity provided for by law. No one shall have the right to enter the house and other possessions against the will of possessors, or conduct search unless there is a court decision or the urgent necessity provided for by law<sup>15</sup>.”

### 1.3. *Azerbaijan*

The Constitution of the Republic of Azerbaijan also is adopted in 1995. Particularly, according to the Article 28 everyone has the right for freedom. Right for freedom might be restricted only as specified by law, by way of detention, arrest or imprisonment. Everyone legally being on the territory of the Azerbaijan Republic may travel without restrictions, choose the place of residence and travel abroad. Any citizen of the Azerbaijan Republic has the right to return to his/her country whenever he/she so desires<sup>16</sup>.

Very interesting approach is illustrated concerning the right to private life in the Constitution of Azerbaijan. Article 32 of it stipulates that everyone has the right for personal immunity. Everyone has the right for confidentiality concerning personal and family life. Except cases envisaged by legislation interference in personal life is prohibited. Gaining, storing, use and spreading information about the person private life without his/her consent is not permitted. The state guarantees everyone the right for confidentiality with respect to correspondence, telephone communications, post, telegraph messages and information sent by other communication means. This right might be restricted, as specified by legislation, to prevent crime or to find out true facts when investigating criminal case<sup>17</sup>.

## 2. Regulation of European Convention on Human Rights

Article 5 of the Convention on Human Rights stipulates the following:

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure

prescribed by law:

- (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
  - (b) the lawful arrest or detention of a person for noncompliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;
  - (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;
  - (d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
  - (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;
  - (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.
2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.
  3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.
  4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.
  5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.

## 3. The Components of the Right to Liberty and Security and Application to the Present Case

As it is obvious from the observation above, the right to liberty and security is pretty important right from the point of current democratic societies and that is the reason that it is articulated in the legislation of every legal coun-

<sup>15</sup> Article 20, Constitution of the Republic of Georgia, 1995

<sup>16</sup> Article 28, Constitution of the Republic of Azerbaijan, 1995

<sup>17</sup> Article 32, Constitution of the Republic of Azerbaijan, 1995

try. Hence, the European society went further and stipulated the right in the Article 5 of the Convention on Human Rights as well.

In order to understand the essence of the right fully and the applicability of it to the current case we should understand the possible components of the right.

### 3.1. *The presumption in favor of liberty*

This component assumes that the right to liberty exists independently of anything. The unacceptability of any tendency in this direction can be seen in the European Court's conclusion that a person's continued detention could not be justified in *Mansur v. Turkey*<sup>18</sup>, when the national court repeatedly authorized the continuation of detention using invariably identical and indeed stereotypical form of words, often without further elaboration. In taking such an approach the national judge was merely rubber-stamping the decision of the law-enforcement officials and failing to exercise an independent critical judgment. This can never be consistent with the requirement that a deprivation of liberty be justified. Likely, in our case also the state authorities actually deprived the offender of his liberty and tried to justify it groundless.

### 3.2. *The lawfulness of the detention*

The lawfulness of the detention is of crucial importance from the point of this right as almost in every case this component is violated. The requirement of lawfulness has been interpreted as referring to both procedure and substance. Moreover, lawfulness is understood to mean that any detention must be in accordance with the national law and the European Convention and must not be arbitrary. Frankly speaking, first of all the deprivation should comply with the national law. This may be a matter of determining whether an essential procedure has been followed, or assessing whether there is a legal provision covering the action taken. The latter may be a matter of construing the scope of a particular provision but it may also be a question of establishing that the sort of factual situation to which such a provision applied actually existed.

Another important point that should be followed is continuing legal basis of the deprivation. The requirement of the legal basis for any deprivation of liberty extends to the whole period for which it lasts. There have been a number of instances where violations have been found because the legal basis for the deprivation of liberty, despite being originally lawful, had at some point had ceased to exist.

It is worth to mention also that there is a misguided reliance on domestic practice as well. Violations of Article 5 have been found by the European Court in cases where the domestic authorities relied on longstanding practices whose legality has not even been questioned. Unfortunately, there is a bench of such cases which brings to unwanted legal obligations for states.

Discussing the provision of the European Convention cannot bring to full view of the situation if the Convention understanding of lawfulness is not discussed. Hence, in addition to being fully in compliance with national law, any deprivation of liberty must also satisfy the potentially wider European Convention understanding of the term "lawful". This understanding relates in the first place to a concern to ensure that the specific requirements of Article 5 – even though not found in national law – are observed. A deprivation of liberty will be found objectionable where this is effected either as a means of interfering with other rights and freedoms guaranteed by the Convention or through a law which is applied in an arbitrary fashion or whose very character is to be regarded as deficient.

### 3.3. *Arbitrary use of power*

The next component of the right to liberty and security which I would like to refer is the arbitrary use of power. In the context of current provision it should be mentioned that even if a national law authorizing a deprivation does not give rise to any of these objections and is in other respects entirely compatible with the European Convention standard, its use in particular circumstances might still not be regarded as lawful because it is considered to be arbitrary. This designation would certainly be seen as appropriate when a power is used in circumstances where a deprivation of liberty is not really needed or is designed to achieve an illegal objective<sup>19</sup>.

In our current case there is a same situation. The possible offence conducted by Mr. Sefilyan was not so dangerous for society for depriving him from liberty in such way. The Court has recognized four reasons as relevant for continuing a person's pre-trial detention where there is still a reasonable suspicion of his or her having committed an offence. These are:

- the risk of flight;
- the risk of an interference with the course of justice;
- the need to prevent crime;
- The need to preserve public order.

In our current case the state authorities even mentioned

<sup>18</sup> 8 June 1995.

<sup>19</sup> Monica Macovei, "A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights", Council of Europe, Human Rights Handbook No. 5, page 15 [http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-05\(2004\)\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-05(2004)_en.pdf)

one of the above mentioned as the reason for detention, namely the risk of flight, but they failed to scrutinize all the personal circumstances of the offender.

The risk of flight is undoubtedly something that concerns law enforcement officers, particularly if the initial apprehension of a suspect was not easy, and there are certainly individuals who will flee if they are given an opportunity to do so. However, it is not enough to rely on this general possibility – let alone that there is no obstacle to flight<sup>20</sup> – to continue a deprivation of liberty; it will always be essential to examine the entire factors specific to the particular case in order to determine whether such a risk exists. Those factors that ought first to be considered will obviously be those which might lead someone to flee despite the consequences that may follow and the hazards that might have to be endured. These could well include the nature of the penalty that can be imposed on someone convicted of the offence in issue but the Court has repeatedly made it clear that the fact that a severe sentence can be anticipated is not in itself sufficient to justify a continuation of detention<sup>21</sup>. Moreover, in *Mansur v. Turkey*, the Court found that the “state of evidence” could not substantiate an alleged risk of the applicant absconding. However, as with the severity of the sentence, it is not possible to invoke any of these factors pointing to the risk of flight as a justification in it for continuing to deprive someone of liberty. There is a need to assess how significant such a factor (or combination of them) is in the particular circumstances of the case – on closer examination some may be found not even to exist, others may prove insubstantial and yet others may be contradicted by the person’s actual behavior – and to then weigh it (or them) against any of the factors present which might point against the person concerned being likely to flee<sup>22</sup>.

### III. The Possible Impact of the Current Decision on the Practice

The right to personal liberty is one of the most fundamental human rights as it affects the vital elements of an individual’s physical freedom. Physical freedom of person is one of the main achievements of democratic society. Therefore, current case has vital importance for development of legislation and legislative interpretation of dem-

ocratic countries. The case *Zhirayr Sefilyan v. Armenia* illustrates once more the real boundaries of the liberty and deprivation of it. Particularly, the importance of the judgment of the ECHR is expressed in the way that it is crucial precedent for the countries where even the right to liberty/freedom is regulated by the legislation and even in constitutional level but there are still issues in practice. What is more illustrative in this case is that the lawfulness of the detention of Mr. Sefilyan was not challenged in national level while there were grounds for that.

Another aspect of current case which makes it important is that it refers to the right to private life and its guarantees. Particularly, in this case Court declared that the Armenian law at the material time did not contain sufficiently clear and detailed rules on carrying out secret surveillance of telephone conversations and did not provide sufficient safeguards against the abuse and thus had deprived the applicant of the opportunity to avail himself of the domestic remedies for his violated rights. In addition, there is a gap in Armenian legislation concerning the motions seeking allowance on secret surveillance. Particularly, (i) the lack of the list indicating the types of offences or the categories of persons in whom respect the measure could be authorized, (ii) the lacuna in the legislation concerning clear maximum time-limits, (iii) as well as the absence of statutory norms regulating any periodic review of the measure or judicial or other similarly independent control over its implementation.

So, this case develops possibility of improving the legislation of RA. In addition, it gives opportunity to have clear legal instrument in similar cases.

### IV. Concluding Remarks

As the value of freedom/liberty and the right to private life and its guarantees are essential elements of democracy, this case comes once more to call for the maximum realization of such rights. It provides perfect opportunity for improvement of the democratic legislations as well as stands for well-oriented legal tool for practice.

<sup>20</sup> See *Stögmüller v. Austria*, where it was held that the risk of absconding does not arise from it being possible or easy for someone to cross the frontier.

<sup>21</sup> See *Matznetter v. Austria*, 10 November 1969; *Letellier v. France*, *W v. Switzerland*, 26 January 1993; *Yağcı and Sargin v. Turkey* and *Muller v. France*, 17 March 1997.

<sup>22</sup> See Monica Macovei, “A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights”, Council of Europe, Human Rights Handbook No. 5, page 31 [http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-05\(2004\)\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-05(2004)_en.pdf)

Pasha Ibish Oglı Safarov<sup>1</sup>

## Murder of a Decedent by an Heir for a Reason not Related to the Decedent Estate is not a Legal Basis for Finding Such an Heir an “Unworthy Heir”

### I. Introduction

Article 1137 of the Civil Code of the Republic of Azerbaijan (hereinafter, “the Civil Code”) envisages the legal concept of “an unworthy heir”. Under this provision, for a person (heir) to be found “an unworthy heir”, one of the circumstances prescribed by the law must exist.

Where the actions of a person (heir) meet one or both of the two requirements, the law restricts such an heir’s right to inherit the estate by depriving him/her of the estate. It would be the violation of an heir’s right to inheritance if he/she is evaluated for any reason not envisaged by these circumstances.

Addressing the Yasamal District Court of Baku (hereinafter, “the Court”), I. Abbasly stated that his former daughter-in-law (his son’s spouse) quarreled with her husband every now and then because of the apartment she and her husband lived in. Because of the disagreement, they had not been in marital relationship for the last 3 years (2007 – 2010). Due to the absence of a relationship, they fell out of love with each other and eventually the defendant (his son’s wife) killed his son.

The defendant was found guilty under Article 120.1 of the Criminal Code of the Republic of Azerbaijan (hereinafter, “the Criminal Code”) and sentenced to 10 years of imprisonment.

On these grounds, I. Abbasly stated that an individual who had killed his son must not inherit the estate of his son and asked the Court to find the defendant “an unworthy heir”. During the trial, the defendant objected to the claim that she killed the plaintiff’s son (her former husband) because the latter was sexually abusing her. This has been confirmed by a court judgment.

In the judgment No. 2(004)-4712/2010, dated 29 November 2010, I. Abbasly’s claim for finding the heir “an unworthy heir” was upheld. The reasoning of the judgment, *inter alia*, was as follows: “Circumstances (actions) on which basis a person may be deprived of his/her right to inheritance, must be corroborated by a court. Indeed, a final judicial act providing a description of such a circum-

stance (an unlawful action directed against the decedent) plays a crucial role in isolating a person from the estate. In addition, the action on which basis a person is isolated from the estate must be a deliberate action that is directed against the decedent (such as the killing of the decedent) or any of the decedents.

The Court is critical of the motive with which the defendant committed an action against the decedent even if the action was not aimed at taking possession of the estate and points out that a person found guilty of a deliberate crime, which resulted in the death of the decedent, must be always isolated from the estate and in all circumstances regardless of whether such an action was aimed at taking possession of the estate or at any other objective.

By killing the decedent, the defendant prevented herself from becoming eligible for invitation to the estate or increase of her portion therein.”<sup>2</sup>

The first instance judgment was challenged in the appeals court. The Civil Cases Panel of the Baku Court of Appeals rendered its Decision No. 2(103)-1442/2011, dated 5 May 2011, rejecting the appeals complaint and leaving the first instance judgment No. 2(004)-4712/2010, dated 29 November 2010, in force, unchanged. In its reasoning, the Court of Appeals stated, *inter alia*, the following: “The Panel notes that the spirit of Article 1137 of the Civil Code of the Republic of Azerbaijan requires that a person found guilty of a deliberate crime, which has resulted in the death of the decedent, to be isolated from the estate in all circumstances regardless of whether this person acted with the aim of taking possession of the estate or with any other aim, since the killing of the decedent by the heir resulted in passing the decedent’s property to heirs; this very action of an unworthy heir served as a reason for either her or others to become heirs or to increase their portion in the estate.”<sup>3</sup>

In other words, courts of two judicial instances, on account of “commission of a deliberate crime or other immoral act against the final will of the testator as expressed in the testament”, found that any crime committed against the decedent is a ground for finding the defendant an unworthy heir even if there has been no “commission of a deliberate crime or other immoral act against the last wish of the testator as expressed in the will”.

We think that the judgments rendered by both judicial instances are not substantiated since they contradict the requirements of Article 1137 of the Civil Code. Article 1137 of the Civil Code envisages a specific motive for the commission of a criminal offense but the courts interpreted this

<sup>1</sup> Master’s degree in law. Authored seven books on legal subjects. During 2007-2012, was a consultant in the judiciary (trial secretary) and assistant to a judge. At present, works as a legal consultant at the industrial association “Az Telecom”.

<sup>2</sup> Registry of the Yasamal District Court of Baku, civil case no. 2(004)-4712/2010 dated 29 November 2010.

<sup>3</sup> Registry of the Yasamal District Court of Baku, civil case no. 2(004)-4712/2010 dated 5 May 2011

provision to imply any criminal offense committed with any motive, notwithstanding the specific motive indicated in the law. Pursuant to Article 1137 of the Civil Code: "A person may not inherit, neither by operation of law nor by will, if he intentionally obstructed the decedent in the exercise of the last wish of the latter, and thereby promoted the invitation of himself or persons near to him as heirs, or promoted the increase of their portion of the estate; or if he committed a deliberate crime or other immoral action against the last wish of the testator expressed in the will, provided these circumstances are found by a court (unworthy heir)."

Although law of inheritance and the related statute are considered a type of civil law relations that derive rules from long-established customs, they are different from other types of civil relations in that they determine specific conditions, as we see from the statute, for a person to be deemed an unworthy heir. One of these very conditions is the "commission of a deliberate crime or other immoral act against the last wish of the testator as expressed in the will".

Generally speaking, commission of "a crime" by an heir against the decedent (testator) as a legal requirement has developed in two different ways historically: first, commission of a crime directed personally against the decedent regardless of the aim of commission of the crime, and second, commission of a crime in relation to the estate only.

Although the first direction is regarded outdated compared to the second, it may still be reflected in civil statutes of a number of countries such as Turkey (Article 510), Georgia (Article 1310), Kazakhstan (Article 1045), Uzbekistan (Article 1119), Mexico (Article 1316), the Russian Federation (Article 1117), and the State of Louisiana in the United States (Article 941).

The Civil Code of the Republic of Azerbaijan, which entered into force in 2000, was drafted not on the basis of the civil law of CIS countries and some European countries, but on the basis of the German law, which constitutes the core of the European civil law, which, in its turn, is regarded relatively new and sophisticated compared to others. It is for this reason that reflection of this second direction in the Azerbaijani civil law is considered as an example of democratic legislation and a guarantee for constitutional human rights.

Looking into the history shows that our country had been adhering to the first direction in the law of inheritance. Thus, Article 531 of the Civil Code of the Soviet Socialist Republic of Azerbaijan, dated 11 September 1964, deprived a person of his/her right to inheritance "in case of commission of unlawful actions against any

of the decedent's heirs". However, this legal requirement has been improved over the time by taking the shape of "unlawful conduct committed against the decedent, any of his/her heirs or the last wish of the decedent as expressed in the will.

Another important aspect of Article 1137 of the Civil Code is that an individual may not be an heir either by law or by will if he/she has committed a deliberate crime or other immoral action against the last wish of the testator as expressed in the will. This second aspect, in fact, refers to a number of specific occasions such as "commission of a deliberate crime" or "commission of other immoral act" "against the last wish expressed in the will".

In both theory and practice, the legal requirement of "commission of a crime against the last wish of the decedent as expressed in the will" is used in several ways. Some authors regard commission of a crime against the last wish of the decedent as expressed in the will as one of the elements that make an individual an unworthy heir. Others think that a necessary element of the concept of "unworthy heir" is the commission of a deliberate or a negligent crime against the decedent personally.<sup>4</sup>

Actions of an unworthy heir aimed at hindering the implementation of the decedent's last wish as expressed in the will should be committed in the form of a deliberate crime or other immoral action.

It is hard to determine in the case of commission of which specific action should an individual be regarded an unworthy heir. Let us use the example of the commission of a crime. What is a crime? Pursuant to Article 14.1 of the Criminal Code, a crime is culpable conduct (action or inaction), which is publicly dangerous and is prohibited by the Criminal Code under the threat of punishment. However, Article 14.2 of the same Code says that there is no crime if, although the conduct formally contains elements of an action or inaction prescribed by the criminal law, it is not publicly dangerous due to its low significance. In other words, it did not inflict or threaten to inflict any damage to an individual, the society or the State.

To be qualified a crime, the conduct (an action or inaction) prohibited by the Criminal Code under the threat of punishment must be culpably committed in a way that the conduct formally contains elements of any of the crimes prescribed by the criminal law but due to its low significance cannot be deemed publicly dangerous. In other words it must not have inflicted or threatened to inflict any damage to an individual, the society or the State.

Both in theory and practice, there is a controversy about the meaning of a deliberate "crime" against the final

<sup>4</sup> See Safarov, P.I.O. (2012) *The Law of Unworthy Heirs*, Baku: Digesta Printing House.

wish of the decedent as expressed in the will. Thus, some authors say that “a crime” in this context implies any offense directed against only the last wish of the decedent as expressed in the will. For example, M.V. Gurevich notes that an individual may be found an unworthy heir only if he/she kills the decedent with the aim of promoting himself/herself to inherit the estate.<sup>5</sup>

Another group of authors deem that not only offenses directed against the last wish of the decedent as expressed in the will but also any offense committed against the decedent personally meets the relevant requirement and the individual who has perpetrated such an offense must be stricken out of the list of heirs after the death of the decedent. Thus, Z.G. Krilova states that for an individual who has committed a wrongdoing to be excluded from the list of heirs, it matters not whether his/her actions were aimed at receiving the estate.<sup>6</sup> P.S. Nikityuk also concludes that the purpose of killing the decedent does not matter in finding the perpetrator an unworthy heir. In particular, the author is of the view that such an individual loses the right to inherit regardless of what his/her crime was aimed at.<sup>7</sup> Y.N. Vlasov thinks that for an individual who has committed a crime to qualify as an unworthy heir, it makes no difference what was purported as the purpose of the decedent’s murder (in other words, the decedent might have been murdered not with the aim of becoming eligible for inheriting the estate).<sup>8</sup> Some of the foreign countries (such as Georgia) have been following this approach.

S. Allahverdiyev points out that the second group of authors is closer to reality. In fact, how can an heir enforce his/her right to inherit if he/she has killed the decedent for any reason not related with the inheritance? For example, how can a son legally enforce his right to the estate if he has killed his own mother due to jealousy, to ensure or bring closer his invitation to receiving the estate? Recognition of such an individual’s right to inherit would be inconsistent with the law. On the other hand, the author states that, pursuant to the articles governing the law of inheritance in the Republic of Azerbaijan, an individual may be deprived of legacy not only for killing the decedent but for committing any crime against the decedent (hooliganism, rape, theft, inflicting injuries, etc). The motives of commission of any of such criminal offenses are of no legal significance in this regard. What matters is only the deliberate commission of a crime. For example, an heir by law kills the only heir by testament in order to cause or

ensure his/her invitation to receive the estate. If the entire estate has been devised to only one individual and the latter dies earlier than the testator, the heir by law will then be invited to inherit the estate.<sup>9</sup>

The resolution of the Plenary Session of the Supreme Court of the Russian Federation, dated 23 April 1991, states that an individual found guilty of commission of a deliberate crime, which became a reason for the decedent’s death, must always and at all times be isolated from the estate regardless of whether the action was committed with the aim of appropriating (receiving) the estate or for any other reason (jealousy, hooliganism, addiction, etc.). The only thing that matters is that these actions must have directly or indirectly created the opportunity of or facilitated to inviting such a person to inherit or to increasing his/her share in the estate.<sup>10</sup>

As we see, the aforementioned resolution of the Supreme Court of the Russian Federation deems it a necessary condition for a crime to result in the creation of an opportunity of or to facilitate to the invitation to inherit or increase of the share in the estate directly or indirectly and considers the perpetration of the crime against the decedent a reason for isolating the perpetrator from the estate in all circumstances.

A third group of authors is of the view that a crime must not be understood to mean a specific act committed against the last wish of the testator as expressed in the will or against the testator personally and, in general, any crime committed against the testator and his/her family members (other heirs) falls within the definition of the “crime” in the sense of this provision. Although the Civil Code contains no specific provision to shed more light on this, it emphasizes that the crime must be “committed against the last wish of the testator as expressed in the will”. This feature can be found in the civil law of some foreign countries (People’s Republic of China, etc).

Authors of this group think that the law requires the application of the fairness principle in its broad sense proclaiming that a crime means an action or inaction directed not only against the decedent but his/her family members and other heirs.

Now, let us turn to the civil law of other countries for comparison. Article 1162 of the Civil Code of the Russian Federation states that individuals who have encroached on the decedent’s life or deprived the decedent of his/her life must be isolated from the estate regardless of whether they

<sup>5</sup> See Gurevich, M.G. (1969) ‘Some Aspects of the Law of Inheritance’ *Perm University Science Papers*, 164: 100-101.

<sup>6</sup> See Krilova, Z. (1965) ‘Heirs by Law’ *Soviet Justice*, 23: 15

<sup>7</sup> See Nikityuk, P.S. (1973) *Law and Process of Inheritance*, Chisinau.

<sup>8</sup> See Vlasov, Y.N. and Kalinin, V.V. (2002) *Law of Inheritance in the Russian Federation*, A Study Guide, Moscow.

<sup>9</sup> See Allahverdiyev, S. (2004) *Law of Inheritance in the Republic of Azerbaijan* (Commentary to the Law of Inheritance. A Lecture Course. A Study Guide), Baku: Nurlan Printing House.

<sup>10</sup> See paragraph 2 of the Opinion of the Plenary Session of the Supreme Court of the USSR on Some Issues Arising in Court Practice on Inheritance Law, 23 April 1993, No. 2, Moscow, 2001, p. 259

could become heirs by virtue of law or testament. As we see, the provision clearly refers to “individuals who have encroached on the decedent’s life or deprived the decedent of his/her life”. This phrase elucidates that commission of a crime against the decedent implies actions directed not only against his/her last wish but against him/her as such.

The first part of Article 1316 of the Civil Code of Mexico stipulates that an individual who has killed or attempted to kill the decedent, his/her children, husband or wife, brother or sister must be deprived of inheriting the estate.

Another interesting approach can be found in the Turkish Civil Code. Pursuant to Article 520 of the previous Turkish Civil Code, persons who have intentionally killed or thus attempted to kill an innocent decedent may not receive the estate either by law or by will.<sup>11</sup> Professor C. Yavuz thinks that this requirement is valid in case of murder committed by both action and inaction. For example, an individual taking care of a sick person who decides not to give him/her a medicine on time with the aim of bringing the decedent’s death closer may be deprived of the right to inherit.

An heir must be deprived of the right to inherit regardless of the actual result brought about by his/her actions directed at killing the decedent. Killing or attempting, provoking or aiding the killing of the decedent, are all reasons for isolating an heir from the estate. Here, it should be noted that no convicting judgment is necessary for an heir to lose his/her right to estate.

We think that the legislation is not taking into account some necessary details when listing the elements that make an heir an unworthy heir. For example, when it comes to the first element, we believe it would be more accurate and appropriate to replace the phrase “a person who intentionally obstructed the decedent in the exercise of the last wish of the latter, and thereby promoted the invitation of himself/herself or persons near to him/her as heirs, or promoted the increase of his/her or their portion of the estate” with the phrase “a person who intentionally obstructed the decedent in the exercise of his/her last wish concerning the estate or the means of his/her choice thereby creating conditions for inviting himself/herself or persons near to him/her (interested persons) as heirs or promoted / created a possibility of receiving or increasing a portion of the estate.”

We think that such an amendment is necessary because the civil law does not envisage the following possibility:

“A person may not inherit, either by operation of law or by will, if he/she intentionally obstructed the decedent in the exercise of the last wish of the latter, and thereby pro-

moted the invitation of himself/herself or persons near to him/her as heirs, or promoted the increase of their portion of the estate; or if he/she committed a deliberate crime or other immoral action against the last wish of the testator expressed in the will, provided these circumstances are found by a court (unworthy heir).”

We think that commission of a crime against a decedent or a person who may become an heir by invitation to inherit the estate will, in fact, increase the perpetrator’s portion in the estate, which is appropriation of a share through an illegal way. For this very reason, we think it is indispensable for finding a person an unworthy heir to legally require that he/she commits “an intentional crime against other persons who may become heirs in the future”. An important detail to note here is that “other persons who may become heirs in the future” imply all of the heirs according to their turn prescribed by the Civil Code. Further, commission of a crime against a person who could not receive his/her portion as an heir (for example, heirs second in line when heirs first in line exist) also makes the perpetrator an unworthy heir.

## II. Conclusion

These judgments of the first and second judicial instances, which we have been criticizing, may affect the future jurisprudence in the sense that they may bring about violation of property rights, inheritance rights and other rights that may be at issue in court actions started by individuals in the future.

Since these rights are constitutional rights (the right to property, the right to inheritance, etc.), they should be treated as laws of the highest rank. Taking into consideration that these rights may be restricted only in cases prescribed by law, they should not be part of Article 1137 of the Civil Code regardless of the reasons of commission of conduct if the latter does not meet the specific requirements envisaged by this provision.

<sup>11</sup> Yavuz, J. (1993) *Legislation on Turkish Cultural Right and Load Right, Cultural Law, Loan Law and other Legislations*, Istanbul: Beta Press.

Archil Zambakhidze<sup>1</sup>

## Analysis of a Court Decision in terms of Article 3.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs

(Abuse of the Liability Limitation by an Enterprise Partner)

### I. Introduction

To date there has only been one decision in the case law of the Georgian courts concerning Article 3.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs. The court decision to be considered below brought into question the practical viability of the provision at stake. This provision could be evaluated as the sole safeguard for a creditor to secure the fulfillment of the obligation by a debtor abusing the liability limitation.

The main problem will be emphasized in the beginning of the analysis of the present article: Does this decision reveal that the court is unaware of the rationale and significance of the provision concerned or did the court intentionally avoid the enforcement of this provision in practice?!

### II. Brief Summary of the Case and the Decision

#### 1. Summary of the case

JSC “Ts” (hereinafter referred to as “Ts”), having given up the claim with regard to Ltd. “B.T” (hereinafter referred to as “B.T”) in favor of JSC “A”, the latter lodged a claim with Tbilisi City Court, demanding that the respondent JSC “B” (hereinafter referred to as “B”) in the capacity of a partner owning 100% shares of ‘B.T’ be obligated to pay the debt under Article 3.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs<sup>2</sup>.

On 6 November 2008, contract no. 4 on hotel services was concluded between “Ts” and “B. T.” On the basis of the contract, under the decision dated 22 December 2009 of the Section of Civil Cases of Tbilisi City Court, “B. T.” was obligated to pay in favor of “Ts”, 648,968 GEL in arrears, a penalty of 126,265 GEL, in total 775,233 GEL. The respondent was obligated to pay daily 648,95 GEL from 16 July 2009 until the full payment of the sum.

In its turn, the Section of Civil Cases of Mtskheta District Court approved the Act of Settlement by the Ruling dated 5 July 2011 on discontinuation of legal proceedings.

As the result of the ruling, “Ts” gave up to “A” the claim with regard to “B. T.”. The claim was obviously directed towards “B. T.”; at a glance, the latter should have been the respondent after the waiver of the right. However, Article 3.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, in the light of piercing corporate veil, “B” acted as the respondent as being the full partner of “B. T.”. Meanwhile “B. T.” itself was involved in the case as the third party. This is a peculiarity of piercing corporate veil, where instead of an enterprise, its partner bears civil responsibility.

#### 2. Brief Summary of the Decision

Before discussing the decision of Tbilisi City Court, a brief summary of the decision below is given in order to enable the reader to better understand its contents.

- a) As already mentioned above, the introductory part of the decision, apart from the claimant and the respondent, also refers to “B. T.” as the third party.<sup>3</sup>
- b) The descriptive part of the decision starts by laying down the gist of the claim containing three points by the claimant, which are as follows:
  1. “JSC “B” shall be obligated to pay 775.233 GEL in favor of “A” (the amount defined by the first paragraph of the enforcement notice issued on 11 June 2010 by Tbilisi City Court).
  2. JSC “B”, in favor of JSC “A”, shall be obligated to pay from 6 July 2009 till 11 August 2011 the daily penalty of 648.95 GEL, imposed for exceeding the time period for the fulfillment of pecuniary obligation amounting to the total of 491.255 GEL.
  3. JSC “B”, in favor of JSC “A”, shall be obligated to pay 648.95 GEL for each day from 11 August 2011 onwards until the decision is enforced.”

The second paragraph of the descriptive part of the decision is dedicated to the position held by the respondent, in which “B” does not acknowledge any points of the claim listed above.

The third paragraph deals with factual circumstances, which are divided into two parts, viz., disputable and indisputable factual circumstances. The Court, based on the respective evidence, (such as hotel Service Contract no. 4, the decision of Tbilisi City Court; the ruling of Mtskheta District Court and the enforcement paper; and the written extract from the registry of entrepreneurial and non-entrepreneurial/non-commercial legal entities) pointed out the indisputable factual circumstances. In particular, from the aforementioned, the Court distinguished the following criteria:

- On 06 November 2008, contract no. 4 on hotel ser-

<sup>1</sup> Lawyer specializing in Civil Law.

<sup>2</sup> Section of Civil Cases of Tbilisi City Court, case no. 2/9095-11, 21.05.2012.

<sup>3</sup> The Civil Procedure Code of Georgia, Articles 88-92.

ances was concluded between “B. T.” and “Ts” and on this basis, the Court ordered “B. T.” to pay the arrears in favor of “Ts”;

- The Act of Settlement was approved by the Ruling dated 05 July 2011 on the discontinuation of legal proceedings adopted by the Section of Civil Cases of Mtskheta District Court, under which “Ts” gave up claim in favor of “A” with regard to “B. T.”;
- Respondent “B” is a founding partner holding 100% shares of “B. T.”.
  - The Court considered the following factual circumstances to be disputable: The respondent JSC “B” was illegally distanced itself from the activities of LTD “B. T.”;
- There is no decision adopted by the JSC “B” holding 100% shares of Ltd. “B. T.” in the case files, which would show that “B” acted in a way to incur damages to the creditors of the enterprise established by it, or to pose any threat to the activities of the enterprise itself;
- The Court requested the evidence, which would exclude the appropriation of the revenues of the enterprise established by it and amassing the obligations for Ltd. “B. T.” by the joint stock company.
- In the Court’s concluding opinion, the claim was ill founded and had to be rejected. The Court went on to give a legal assessment of Article 3.6.
- From the reasoning of the decision (basic aspects):
- There is no proof in the case files showing that “B. T.” cannot exercise its obligations and the respondent “B” interfered with its activities. The burden of proof imposed on the claimant implied to obtain the evidence of undue pressure effected by the respondent in bad faith on “B. T.”, with the view of breaching the rights of creditors;
- “B” and “B. T.” had different legal addresses;
- Representative powers of “B” and “B. T.” were granted to different persons in both companies
- “B” and “B. T.” had organizational and legal forms different from each other;
- The case files, particularly the correspondences between “Ts” and “B. T.”, illustrate dissatisfaction of the parties concerning the breach of the contractual terms. The Court observed that in case of immediate reaction on the part of “Ts”, it would be possible to lodge the claim against “B. T.” with a view to rapidly secure their claims. Under Article 3.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, in case of abuse of the liability limitation by the founder of an LTD it is necessary to pierce the corporate veil and impose the responsibility. The Court cannot agree with the claimant’s observations that certain private persons represent the

founders of both the joint stock company “B” and the limited liability company “B. T.”. To the extent that “B” is the founding partner that owns 100% shares of “B. T.”, the Court should project its discussions precisely towards unlawful action of the joint stock company, which made it possible, behind the covers of the liability limitation, to inflict damage to the creditors of ltd. “B. T.”.

### III. Theoretical and Practical Legal Analysis of the Court Decision

Under Article 3.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, “a limited partner of a limited partnership, partners of a limited liability company, a joint stock company and cooperatives shall bear the personal responsibility before the company’s creditors, if they abuse liability limitation.” I will start this chapter of the present article by providing the analysis of this particular provision.

In the previous chapter, emphasis has been made on entrepreneurial entities with limited liability forms. In general, the Law of Georgia on Entrepreneurs, based on the principle of *numerus clausus*, recognizes five legal entities (none of them is an entrepreneurial subject; in such case, an individual entrepreneur as an entrepreneurial subject would be added to this list), four out of which are subject to limited form of liability. The first part of Article 24 of the Civil Code of Georgia defines the concept of legal entities and says that a legal person is an organized entity, created for the accomplishment of a certain objective and having its own property that is independently liable and acquires rights and duties in its own name, makes transactions, and can sue or be sued. A legal person is characterized by several types of legal capacities, in particular, it has the capacity for transactions (i.e., makes transactions in its own name), the capacity of rights (has the right to carry out civil legal actions), the capacity of action (the legal person acquires this capacity after registration as prescribed by the law, which respectively implies the capacity to realize its civil legal rights), the capacity of procedures (the capacity to sue or be sued), and finally the capacity of bearing the responsibility (has the capacity to bear the responsibility with its own property). The present article will deal with the peculiarities of the latter capacity.

A physical person (unless otherwise prescribed by the law or an agreement) in the light of civil law is characterized with the full responsibility that he/she will bear responsibility before a creditor with his/her own property, directly and immediately. A legal person, which, in order to participate in civil legal relationships in its own name, is founded by physical persons in commercial or non-com-

mercial forms and enters the respective market, bears the responsibility before the creditors with its own property. But we should not forget that a physical person or a defined group of physical persons, who directly manage the activities of an organization, stand behind a legal person. Such a group of physical persons can be classified into two general categories, viz., directors of an organization and partners of an organization. However it is worth noting that these two categories can be freely united into one person. Stemming from the interrelation of Article 3.4 and Article 3.5 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, it is logical that readers who are not thoroughly familiar with legal issues may bring up a question about the distribution of responsibility between a legal person and its partners. The point is that under Article 3.4, the partners of a company with limited liability do not bear responsibility for the obligations of the company. Then the question arises about what should the creditor do, whose requirement could not be met by the debtor who had abused this form of liability limitation?

The normative act has its own addressee for whom the legislature sets out not only the rules of conduct and regulations, but also grants certain rights. Stemming from the fact that in civil transactions there are frequent instances of disputes between creditors and debtors, considering the democratic nature of the legislature, the interests of the both parties should be equally protected by all means. When dealing with an entrepreneur with limited liability, the risk of avoiding his/her responsibility is very high and the claim proceedings are absolutely pointless if a debtor submits that there is no property in his/her account. Under the Civil Code of Georgia, a legal entity is liable for its obligations solely with the property under its ownership and no one can circumvent it. Then what guarantees should the creditor have, against whom abuse of the liability limitation occurred? The norm prescribed in Article 3.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs addresses this issue, under which it is not the legal person, but its partner who bears the responsibility. This transformation has a great legal significance as it means that *lex specialis* trumps *lex generalis* of the Civil Code.

The decision to be considered has even called the provision, which provides the only guarantee, defined by the legislature into question. The reasoning part of the court decision should be analyzed, in which some exceedingly important mistakes have been made.

The Court states, "There is no proof in the case-file of the case that "B. T." was unable to exercise its authority (duties) and the respondent "B" was interfering in its activities. The burden of proof on the claimant expected him to acquire the evidence that would confirm the action in

bad faith, aimed at breaching the rights of the creditors, carried out by the respondent against "B. T.". The Court, in the reasoning part, should have discussed about those aspects through the analysis of which it could have managed to determine whether or not there was the piercing of corporate veil. There are a number of preconditions, existence of which is necessary to determine such an illegal outcome. Stemming from this, it is absolutely unclear why the Court has considered the matter of "B. T.'s" failure to exercise its authority (duties) and "B's" interference with its activities, which has absolutely nothing to do with the rationale of piercing corporate veil. There is nothing doubtful with regard to the problem under consideration if the parent enterprise undertook to settle the problem related to the exercise of its activities by the subsidiary LTD; this would be a natural process in terms of mutual economic assistance on part of the enterprise. Therefore, it is completely unclear why the Court searched for the evidence to this effect; moreover, why did the Court indicate the fact of absence of this evidence as one of the grounds for its decision? The second issue on which the Court focuses its attention is that as if the actions of bad faith carried out by "B" against "B. T." cannot be established, while the claimant brought the case before a court by indicating that so called "sub-capitalization" had taken place, meaning that "B. T." through the agreements concluded in its name amassed the liabilities in its own account, at the same time transferring assets into the account of the parent company. The Court interpreted that the inflow of both assets and liabilities was affected in the bank account of "B. T.", which the claimant also confirmed. However, the Court did not pay attention to the subsequent instantaneous transfer of assets to the bank accounts of the parent enterprise.

It is also interesting that "B" and "B. T.", although they were having different organizational legal forms from each other and had persons empowered with different representational authorities, were one and the same legal entity for consumers in the commercial market to the extent that they positioned themselves simply as a branded name in the area of their activities and it was in reality unknown for transaction parties whether it concluded the agreement with "B" or with its subsidiary company "B. T.". The Court, instead of suspecting the so called disguised and premeditated, well-organized action and thoroughly investigating it, provided a very simple interpretation and stated that it was the prerogative of the party to determine with whom the agreement was concluded.

The Court should not in any case ignore the fact that "B. T.", as a business entity trading in the tourist market, did not have any reserve capital for the cases to bear liability before if need be. It is unclear why the Court did not

pose the questions if the whole assets that “B. T.” received from the agreements were flowing into its bank accounts and remained there intact; why its civil legal responsibility was so diminished; and why all the payments due to its creditors remained outstanding despite all possible legal actions taken by them? Can this be the cause of faulty guarantees provided by the legislature for such cases?

“Piercing the corporate veil or lifting the corporate veil is a legal decision to treat the rights or duties of a corporation as the right or liabilities of its shareholders.”<sup>4</sup> In such cases, in the opinion of Professor Irakli Burduli, it is possible to apply such function of the capital as “function of stock responsibility,”<sup>5</sup> which in terms of firmness of entrepreneurial relationship, would be a rather strong guarantee for the creditor enabling it to fulfill its own requirement from the debtor, having being informed about its property situation. For such types of disputes, in the United States, the doctrine of piercing the corporate veil confers the judge (the court) significant discretion by providing the possibility to make an individual decision which will be in full compliance with unbiased consideration of a specific case<sup>6</sup>, which, in our case, the Court was deprived of.

The Court, upon interpreting the provision, made a huge mistake in the reasoning part; it said that under Article 3.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, an object of piercing the corporate veil should be a founding partner of an enterprise. This is absolutely a wrong interpretation of the given provision, as the law in Article 3.6 speaks about the issue of responsibility of the partners of an enterprise; it does not say anything at all specifically about its founders; nothing is said about this in legal doctrine either. On the contrary, according to Prof. Irakli Burduli, “in such a case, (*piercing the corporate veil is implied*), a company and its partner (*and not its founder*), actually represent the same entrepreneurial unit.”<sup>7</sup> For this reason, it is absolutely unclear for me the way the Court interpreted the norm in question.

And finally, the opinion expressed by the Court gives rise to misgivings as to its independence. The Court observed, “the Court may not share the claimant’s submission that the founder of “B” and B. T.” are one and the same persons, since the founder of “B. T.” is “B.” In reality, “B” truly appears to be the founder of “B. T.” and not any other individual. But when the dispute is perused from the angle of piercing the corporate veil, the Court’s

failure to envisage the fact that both parent and subsidiary enterprises are founded by one and the same individual raises one big question. However, the point is should this question mark be posed regarding the competence of the Court or democracy and viability of the provision at stake?

In conclusion, it should be pointed out that the provision set out in Article 3.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs is absolutely democratic in nature and relevant in terms of the firm position expressed in both Georgian and foreign legal doctrines. However, adding the “the function of stock responsibility” discussed above to the domestic legislation would have been a rather big step taken forward in terms of establishing democratic legislation.

However, we leave it for the readers to decide for themselves the reason behind the failure of the Court to enforce Article 3.6 of the Law of Georgia on Entrepreneurs in practice.

<sup>4</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/piercing\\_the\\_corporate\\_veil](http://en.wikipedia.org/wiki/piercing_the_corporate_veil) (Article: “Veil-Piercing”), the first paragraph.

<sup>5</sup> Burduli, I. (2009) *Theoretical and Practical Issues of Modern Corporate Law*, Tbilisi : Meridiani.

<sup>6</sup> O’neil, F.H. and Thomson, R.B. (1997) *Close Corporations: Law and Practice* (3rd Ed.). US: Callaghan.

<sup>7</sup> Burduli, I. (2009) *Theoretical and Practical Issues of Modern Corporate Law*, Tbilisi : Meridiani.

## РЕЦЕНЗИЯ

Морис Шаликашвили, Гиви Миканадзе,  
Майя (Зойя) Хасия

### Пенитенциарное Право

Книга – “Пенитенциарное Право”, изданная под авторством Мориса Шаликашвили, Гиви Миканадзе и Майи (Зойи) Хасия, подготовлена в рамках научного гранта фонда “Открытое Общество - Грузия”. В Тбилиском Государственном Университете им. Иванэ Джавахишвили с 2007 года систематически изучается пенитенциарное право. Эту дисциплину ежегодно изучает 100-150 студентов. Студенты изучали предмет на основе материала, переданного им лектором. Среди экспертов этой сферы на повестке дня неоднократно возникала идея создания руководства пенитенциарного права, что и осуществилось благодаря именно этому проекту.

Необходимо принять во внимание то, что изучение пенитенциарного права невозможно на основе только одного какого-либо конкретного закона; во время изучения этого предмета внимание должно быть обострено на тех принципах Конституции Грузии, которые жизненно важны для осуждённого/обвиняемого; невозможно, также, изучение предмета пенитенциарного права без применения и анализа норм уголовного права; важно также, чтобы целый ряд вопросов пенитенциарного права был рассмотрен с точки зрения международных стандартов и криминологии. Авторы книги приняли во внимание вышеуказанные обстоятельства и попытались отобразить всё это в руководстве.

В системе пенитенциарного права невозможна защита прав человека без знания этих прав. Соответственно, руководство подробно рассматривает те права осуждённых, соблюдение которых обязательно для сотрудников пенитенциарного учреждения.

На тему пенитенциарного права трудов на грузинском языке очень мало, поэтому авторы попытались активно использовать как иностранную литературу, так и решения Грузинского Конституционного Суда и Европейского Суда по Правам Человека. Принимая во внимание содержание руководства, можно смело сказать, что его издание будет способствовать как развитию этой области, так и заинтересованности студентов сферой пенитенциарного права.

## BOOK RECOMMENDATION

Moris Shalikashvili, Givi Mikanadze and  
Maia (Zoia) Khasia

### Penitentiary Law

The book Penitentiary Law, written by Moris Shalikashvili, Givi Mikanadze and Maia (Zoia) Khasia, was prepared and published within the academic grant project of the Open Society Georgia Foundation. Since 2007, Penitentiary Law is systematically taught in the Ivane Javakhishvili Tbilisi State University. Each year this discipline is studied by 100-150 students. The students study this subject based on the materials given by the lecturers. The idea of elaborating a guidebook in Penitentiary Law was raised many times among the experts in this field, which was finally fulfilled through this project.

It is important to take into consideration the fact that the study of Penitentiary Law cannot be based on just any one particular law. While studying this subject, focus should be given to those principles of the Constitution of Georgia, which are vital for the convict/accused. Also, it is impossible to study the subject of Penitentiary Law without the consideration and analysis of criminal law norms. It is also important to consider a number of issues of Penitentiary Law from the perspective of international standards and criminology. The authors took into account the abovementioned circumstances and tried to incorporate them in the guidebook.

Without awareness, it is impossible to protect human rights. Accordingly, the guidebook considers in detail those rights of convicts, which have to be protected by the staff of the penitentiary bodies.

The number of works on the topic of Penitentiary Law is very few; thus, the authors tried to make active use of foreign literature as well as the decisions of the Constitutional Court of Georgia and the European Court of Human Rights.

Taking into account the content of the book, we can easily say that its publication will contribute to the development of this area and enhance students' interest in the sphere of Penitentiary Law.

