

Anayasa Mahkemelerinin İşlev ve Rolünün Yeniden Tanımlanması Üzerine Bazı Gözlemler: Slovenya Anayasa Mahkemesi Örneği¹

*Prof. Dr. Ernest Petrič**

Demokrasiye geçişin damga vurduğu günümüz dünyasında, birçok ülkede yeni anayasalar kabul edilmiştir. Bu anayasalarda Anayasa Mahkemelerine tamamıyla yeni bir rol ve önem verildiğini görmekteyiz. Slovenya ve Türkiye'nin de aralarında bulunduğu pek çok ülkede, demokratikleşmenin ve yeni anayasal düzenin sonucu olarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edilmesi ve güçlendirilmesi anayasa yargısının yetki ve sorumluluk alanını genişleterek Anayasa Mahkemelerine daha güçlü bir konum kazandırmıştır. Anayasa Mahkemelerine tanınan yeni yetkiler bu ülkelerdeki anayasal değerlerin ve ilkelerin güvence altına alınması konusunda anayasa yargısının etkisini artırmıştır.

İlk Anayasa Mahkemeleri² kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edildiği bir anayasal düzende yasama ve yürütme organlarının olası keyfi ve anayasaya aykırı işlemlerine karşı "anayasanın bekçisi" olmak üzere kurulmuştu. İlk Anayasa Mahkemeleri, demokratik bir rejimde, Parlamento çoğunluğuna sahip olmakla birlikte her halükarda Anayasa ile bağlı olan siyasal iktidarın muhtemel keyfiliklerini önlemek amacıyla kurulan, "anayasanın üstünlüğünü" gerçekleştirmekle görevli bir organ olarak görülmektedir. Bu noktada, anayasa mahkemelerinin ancak devlet işlevlerinin birbirinden ayrı ve bağımsız organlarca yürütüldüğü bir demokratik sistemde kendisinden beklenen işlevi yerine getirebileceğini belirtmek gerekir. Demokratik olmayan ülkelerde

¹ Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin 50. kuruluş yıldönümü için düzenlenen Uluslararası Sempozyumda sunulmuştur. (Ankara, 24-26 Nisan 2012)

* Slovenya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı

² 1920'li yıllarda Avusturya ve Çekoslovakya'da kurulan Anayasa Mahkemeleri

“Anayasa Mahkemesi” olarak adlandırılan kurumlar olsa da bu kurumların gerçek bir anayasa yargısı işlevini hayata geçirmeleri mümkün değildir. Yugoslavya Sosyalist Federasyonu bünyesindeki Slovenya Sosyalist Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin işleyişi buna örnek verilebilir. Bu nedenle, ülkemizdeki “Slovenya Anayasa Mahkemesi” komünist dönemdeki “Anayasa Mahkemesi”nin bir devamı gibi algılanmamalıdır, çünkü tek partili “sosyalist demokratik” rejim bünyesinde faaliyet gösteren Anayasa Mahkemesi, “anayasanın bekçisi” olmak şöyle dursun, daha ziyade bir aksesuar işlevi görmekteydi.

Anayasa Mahkemelerinin günümüzde yerine getirmekte olduğu işlevi incelediğimizde, Anayasa Mahkemelerini yasaların ve bir kısım düzenleyici işlemlerin anayasaya uygun olup olmadığını inceleyerek anayasaya aykırı hükümlerin hukuk düzeninden çıkarılmasıyla görevli bir “negatif yasama organı” olarak gören klasik Kelsenci anlayışın yeni boyutlar kazandığını söyleyebiliriz. 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, anayasalarda insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasına özel bir önem verilmeye başlanmasıyla birlikte, etkin bir koruma mekanizması kurmak amacıyla yeni usuller ihdas edilmiştir. İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması amacıyla ihdas edilen usuller arasında, birçok ülkede kabul edilen bireysel başvuru usulü³ yer almaktadır. Bireysel başvuru usulü, bireylere devlet kurumlarının işlem ya da eylemleri nedeniyle temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvuru hakkı vermektedir. Bu şekilde, temel hak ve özgürlükler için genel mahkemelerce sağlanan korumanın yanı sıra, anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlükler için bir ek koruma mekanizması oluşturulmaktadır. Böylelikle şimdiye kadar yasama ve yürütme organlarının anayasaya aykırı işlemlerine karşı “anayasanın bekçisi” olarak görülen Anayasa Mahkemelerine bundan böyle genel mahkemeler de dahil olmak üzere devlet organlarının keyfi işlem ve eylemlerine karşı bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma işlevi de verilmektedir. Anayasa Mahkemelerince verilen kararlar ülke genelindeki hukuk uygulamalarında birlik sağlanmasına katkı yapmakta, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması alanında en yüksek düzeyde güvence sağlamaktadır.

³ “Bireysel başvuru/Anayasa şikayeti” usulü

Bireysel hakların korunması amacıyla yeni usullerin kabul edilmesi Anayasa Mahkemeleri'ni bir yandan temel haklar için mümkün olan en yüksek koruma düzeyini sağlama hedefi, diğer yandan sayısı gittikçe artan başvuruları hızlı ve etkili biçimde karara bağlama zorluğu arasında ikileme sokmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde olduğu gibi, başvuruların çoğu ilk incelemede usul şartları nedeniyle reddedilmektedir. Çok sayıda başvuru da, başvuru sahibinin anayasal haklarının ihlali yönünde herhangi bir emare olmadığı gerekçesiyle geri çevrilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bir tür temyiz makamı gibi algılanması, bireysel başvuruların sayısının yüksek olmasında önemli bir etkidir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru usulündeki yetkisinin sadece anayasayla güvence altına alınmış bulunan bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğini incelemekle sınırlı olduğu genellikle gözden kaçırılmakta; genel mahkemelerin her türlü kararlarının kanunlara uygun olup olmadığının bir kez daha incelenmesi amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmaktadır. Bu nedenle, Slovenya Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere, Anayasa Mahkemeleri sıklıkla kamuoyuna ve başvuru sahiplerine anayasa yargısının sınırlarını hatırlatmak zorunda kalmaktadır. Anayasa Mahkemesi, genel mahkemelerin her türlü kararına karşı bu kararların yasalara aykırılığı iddiasıyla başvurulabilecek bir temyiz makamı değildir.

Anayasa Mahkemelerine pek çok ülkede temel hak ve özgürlüklerin nihai bekçisi rolünün verilmesi ve bireysel başvuru hakkının da mümkün olduğu kadar geniş tutulması nedeniyle Anayasa Mahkemelerine her yıl binlerce bireysel başvuru yapılmaktadır. Bu başvuruların çoğu, temel hakların anayasal düzeyde korunması alanındaki genel sorunsallar açısından hiç önem taşımayan ve gelişim sürecine katkı yapma ihtimali olmayan konularla ilgilidir. Önemsiz davaların sayısındaki artış, gerek Anayasa Mahkemeleri gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından mahkemelerin işleyişini ağırlaştırmakta, davaların karara bağlanma süresini uzatmaktadır. "Geciken adalet, adalet değildir" sözü maalesef endişe verici bir olguyu dile getirmektedir. Slovenya Anayasa Mahkemesi olarak bizim çözüm önerimiz, Anayasa Mahkemesi'ne önemli ve emsal niteliğindeki davaları seçerek sadece kendi seçtiği davaları inceleme yetkisinin tanınmasıdır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin devlet organları, özellikle de her düzeyde mahkemeler tarafından korunmasını sağlamak amacıyla önemli gördüğü ve emsal niteliği taşıyan davaları seçerek, çalışmalarını bu davalar üzerinde yoğunlaştırabilecektir.

Son dönemlerde, Slovenya Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere çok sayıda Anayasa Mahkemesi “negatif yasama organı” işlevini aşarak gittikçe artan biçimde “pozitif yasama organı” işlevini yerine getirmektedir. Anayasa Mahkemelerine “pozitif yasama organı” rolü oynama imkanı veren tekniklerin başında “yorumlu kararlar” gelmektedir. Yorumlu karar tekniğinde, Anayasa Mahkemesi dava konusu yasa hükmünü iptal etmek yerine, bu yasa hükmünün hangi yorumla uygulanması halinde anayasaya aykırı olmayacağını belirler. Bu şekilde, belirli bir yasa hükmü hukuk aleminden silinmeksizin bu hükmün anayasaya aykırı yorumu hukuk aleminden silinmiş olur. Yorumlu kararlar, söz konusu yasal hükmün orijinal anlamından uzaklaşma ve yasama organının yetki alanını ihlal etme riskini taşımaktadır.

Slovenya Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun’un Anayasa Mahkemesi’ne açıkça verdiği bir diğer yetki, anayasaya aykırı bulunan kanun hükümlerine ilişkin iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleme yetkisidir. Ancak erteleme süresi bir yılı geçemez. Bu durumda, bir yasa hükmü Anayasaya aykırı bulunduğu halde bir süre daha yürürlükte kalmaya devam etmektedir. Yasama organı bu süre zarfında Anayasa Mahkemesi’nin kararına uygun olarak gerekli düzenlemeyi yapmalıdır. Bu şekilde, iptal kararı yürürlüğe girdiğinde herhangi bir boşluk olmaz.

Slovenya Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun, Anayasa Mahkemesi’ne ayrıca yasama organının anayasal yükümlülüklerini ihmal etmesi durumunda kullanabileceği kimi yetkiler vermektedir. Anayasa Mahkemesi, bir kanunun düzenlemesi gereken bir konuyu düzenlemediği gerekçesiyle anayasaya aykırı olduğuna hükmederse yasama organına bu boşluğu uygun bir yasal düzenlemeyle gidermesi yönünde talimat verebilir veya yasama organı harekete geçinceye ve bu boşluğu giderecek önlemleri alıncaya kadar bizzat Anayasa Mahkemesi söz konusu boşluğu giderecek önlemleri alabilir.

Slovenya Anayasa Mahkemesi’nin bir kanunu veya kanun hükmünü iptal etmesi nedeniyle hukuki bir boşluğun ortaya çıktığı her durumda olası zararları önlemek için Parlatentonun vakit kaybetmeksizin harekete geçmesi gerekir. Anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal edilen bir kanunun uygulanmaya devam etmesi de zararlara neden olabilir. Bütün bu ihtimallerde, yasal çözümleri üretmek yasama organına düşer. Anayasa Mahkemesi de

verdiği kararlarda kararı hangi makamın ve nasıl uygulayacağını belirtmek suretiyle yasama organını ilgilendiren önlemlerle ilgili inisiyatif almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nce belirlenen önlemler geçici olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi burada da "pozitif yasama organı" işlevi görmektedir. Gerçi Anayasa Mahkemesi bu yetkisini çok istisnai durumlarda kullanmaktadır, ancak her defasında "yasama organının yetki alanına tecavüz ettiği" eleştirisi ile karşı karşıya kalmaktadır. Anayasa Mahkemesi yasama organından ve doktrinin bir kısmından gelen bu eleştirilere karşı, kendi belirlediği yasal önlemlerin geçici olduğunu ve kalıcı düzenlemeleri yapma yetkisinin yasama organına ait olduğunu ifade etmiştir. Parlamento her zaman için, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında kabul edilen anayasal takdir yetkisi sınırlarında kalmak şartıyla, yapacağı yasal düzenlemelerle bu geçici önlemleri ikame edebilir.

Slovenya Anayasa Mahkemesi bu yetkisini Parlamentonun Anayasa Mahkemesi kararlarının gereğini yerine getirmediği durumlarda Parlamenteoya karşı yaptırımlarını yoğunlaştırmak için de kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Parlamentonun kendisine verilen süre içinde gerekli düzenlemeyi yapmaması nedeniyle bir kez daha dava konusu edilen normlarla ilgili kararlarında "yükümlülüğünü yerine getirmeyen yasama organının hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini çiğnediğini" belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, kuvvetler ayrılığı ilkesi sadece devlet organlarının birbirinin yetki sahalarına saygılı olmasından ibaret değildir, aynı zamanda her organının kendi görev sahasındaki işleri -özellikle de yargı kararlarından doğan yükümlülükleri- hakkıyla yapmasını da gerektirir. Bu nedenle, Slovenya Anayasa Mahkemesi yasama organının gerekli yasal düzenlemeyi yapmakta gecikmesi nedeniyle ihlalin sürmesi halinde Parlamenteoyu bir kez daha ikaz ederek yasama fonksiyonunun gereğini yapması ve ihlali gidermesi yönünde talimat verir.

Gerek Slovenya Anayasa Mahkemesi'nin gerekse başka ülkelerdeki Anayasa Mahkemelerinin yetkileri ve uygulamaları anayasa yargıçlarının, genel mahkemelerdeki yargıçlara göre, (Montesquieu'deki) "kanunu tekrar eden ağız"dan çok daha ileri bir konumda olduklarını göstermektedir. Anayasa yargıçları, "kanunların uygulanmasında pasif bir varlık" olarak görülemez. Yargıçların da akademisyenlerin de belirttiği gibi anayasanın üstünlüğü ilkesinin ve temel hak ve özgürlüklerin statik bir yaklaşımla korunabilmesi mümkün değildir. Toplumdaki sosyal ilişkilerin sürekli değişen

doğasını dikkate almaksızın sürekli aynı koruma standardını uygulamaya çalışan statik bir yaklaşım yerine anayasal gelişmeler ve ilerlemeler ışığında sürekli daha yüksek bir standart arayışı içinde olan dinamik bir yaklaşımın benimsenmesi şarttır. Verili bir anayasadaki normlar ve ilkeler soyut ve statiktir. İnsan hayatı ve toplumdaki gelişmeler ise somut ve dinamiktir. Anayasa Mahkemelerine düşen, anayasal normlar ve ilkeler ile insan hayatı ve toplumsal gelişmeler arasındaki bu açığı gidermektir.

Anayasa Mahkemesi'nin üyeleri kim olursa olsun her zaman için tartışmalı kararlar olacaktır. Anayasa Mahkemesi kararlarının meşruiyeti ve saygınlığı, anayasal değerlere ilişkin olarak toplumdaki genel kanaati yansıtabilmesine bağlıdır. Anayasa Mahkemeleri verdikleri kararlarla, bir yandan anayasanın üstünlüğü ilkesinin diğer yandan temel hak ve özgürlüklerin bekçiliğini yapar. Anayasadaki normlara ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa Mahkemelerince yapılan yorumlar anayasanın ve temel hakların sürekli gelişmesine ve güçlenmesine imkan sağlar. Kararlar zaman zaman toplumda tartışmalara yol açabilir, tepkiyle karşılanabilir. Bu zor bir görevdir fakat günümüzün Anayasa Mahkemeleri bu görevden kaçınmaz.

Hukukun üstünlüğü ilkesine göre yönetilen bir ülkede, Anayasa Mahkemesi'nin tartışmalı kararlarına da saygı gösterilir. Öte yandan, Anayasa Mahkemeleri'nin kararlarının bağlayıcılığı kabul edilirken Anayasa Mahkemeleri'ne tanınan yetkilerin "ölçülü" biçimde kullanılması yönünde bir beklenti olduğunu unutmamak gerekir. Bu nedenle; Anayasa Mahkemeleri yetkilerini kullanırken kendi kendini sınırlamalı, "pasif" anayasa bekçiliği işlevinden "aktif" yorumcu işlevine ne zaman geçeceğini iyi ayarlamalıdır. Anayasanın "aktif" yorumculuğuna ne zaman ve ne kadar girileceğinin belirlenmesi çok kritik bir karardır, çünkü içerik olarak zayıf kararlar ya da politik kararlar ve yorumlar Anayasa Mahkemesi'nin otoritesine ve hatta bağımsızlığına büyük zarar verebilir. Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin "anayasanın ve temel hak ve özgürlüklerin bekçiliği" ve "aktif yorumculuk" işlevlerini etkili biçimde yerine getirebilmesi için yüksek bir saygınlığa ve bağımsızlığa sahip olması şarttır. Anayasa Mahkemelerinin bu "aktif" rolü ne ölçüde oynayabileceği, içinde bulunduğu toplumun durumuna, hukuk devleti ilkesinin gördüğü kabule ve o ülkedeki hukuk ve siyaset kültürüne bağlıdır.

Some Remarks on Redefinition of the Function and Role of Constitutional Courts The Case of the Slovene Constitutional Court¹

*Prof. Dr. Ernest Petrič**

In this intricate world of transitions to democracies, new constitutions have been adopted by many states and an entirely new role and prominence were given to constitutional courts. In many countries, including Slovenia and Turkey for sure, the changes brought forward by the democratization and the new constitutional order which has introduced and enforced the principle of the separation of powers provided the constitutional judiciary not only with a much stronger position and competences but also with responsibilities. This new position of several constitutional courts has been reflected also in the introduction of a rather wide range of powers into the constitutional jurisdictions and has put them to good use in strengthening the constitutional values and principles in those states.

The first constitutional courts² have been established as guardians of constitution in the system of separation of powers, against possible arbitrariness and unconstitutional acts of legislative and executive branches of power. They have been perceived as guardians of constitutionality also against the arbitrariness of majority which in a democracy – though being the majority – is bound by constitution. Thus the real functioning of a constitutional court is possible only in a democratic set-up, based on separation of powers and their independence. A court in a non-democratic set-up, though it might be called “constitutional court” cannot perform the function of a real constitutional court. Such was the case of “constitutional courts” in non-democratic political

¹ Paper presented at the Symposium on the occasion of the 50th anniversary of the Constitutional Court of Turkey, Ankara, April 24 – 26, 2012.

* President of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia

² In the early twenties of the last century first in Austria and Czechoslovakia.

systems, including also the “Constitutional Court of Socialist Republic of Slovenia” within Yugoslav socialist federation. Thus with good reasons the contemporary “Constitutional Court of Slovenia” is not the continuation of the previous “constitutional court” which in the one-party “socialist democracy” was more a decoration than a guardian of constitution.

If we take a look at the function that constitutional courts assume today, it becomes clear that the classic Kelsenian model of constitutional justice as "a negative legislator", whose main feature is the review of the constitutionality of laws and other acts of general nature and the exclusion of the unconstitutional provisions from the legal order, has benefited from new dimensions, since the protection of human rights and fundamental freedoms has become in the second half of the 20th century one of the constitutional focal points. Consequently new instruments and practices have been devised to ensure effective protection of human rights and fundamental freedoms. One of the methods of protection of human rights and fundamental freedoms entails a power of many contemporary constitutional courts to decide on the complaints³ lodged by individuals who claim that their human rights or fundamental freedoms have been violated through the acts of state authorities. This implies that beside protection afforded to the human rights and freedoms before the ordinary courts of law the rights enshrined in the constitutions are additionally protected. This is a shift from the traditional function of constitutional courts to the role of the guardians of the human rights and fundamental freedoms of individuals against the arbitrariness of the state's authorities including the ordinary courts. Decisions of constitutional courts thus also contribute to the uniform application of law and to the highest possible level of legal certainty in the protection of human rights and fundamental freedoms.

However, several constitutional courts, including the Slovene, are facing the dilemma of how to ensure the highest level of protection of human rights and at the same time effectively handle their growing caseloads in an expeditious manner. Similarly to the European Court of Human Rights, a large portion of constitutional complaints received by constitutional courts might not be accepted for consideration on procedural grounds. There is also a significant number of those complaints that are manifestly unfounded on the

³ Usually called “constitutional complaints”.

grounds that there is no appearance of violations of the constitutional rights alleged by the applicants. Many complaints arise from a rather common misconception that a constitutional court may act as a so-called “fourth instance” court and review not only the violations of human rights, but also whether ordinary courts correctly applied substantive law in a specific case. Constitutional courts, including the Constitutional Court of Slovenia, are thus compelled to repeatedly remind the applicants and the public at large of the inherent limitations of the constitutional review. Namely, the constitutional court is not a court of appeal with regard to courts which decide in ordinary judicial procedures and may not review whether decisions of ordinary courts are correct from the point of view of substantive law.

Since the access by individual constitutional complaints to most constitutional courts which have adopted also the role of supreme guardian of human rights and fundamental freedoms is wide open, most of those constitutional courts are facing thousands of constitutional complaints per year. They are overload by cases which are of limited importance for the general development of constitutional protection of human rights and fundamental freedoms and have no precedential significance. The overload with insignificant cases also leads to long delays in several constitutional court's decisions, including the ECHR. The saying “justice delayed – justice denied” is often a threatening reality. In the Constitutional Court of Slovenia we believe that the answer to these difficulties lies within the possibility of the constitutional court to be able to select the cases to be dealt by the court and thus to concentrate its work on cases of importance and precedential character for constitutionality and protection of human rights and fundamental freedoms by all other authorities of the state, of course in particular the ordinary courts at all levels of jurisprudence.

Several constitutional courts, including the Slovene, also have powers which further alienate them from their original role of the purely “negative legislator”. In fact they are increasingly assuming the role of “positive legislators”. In this respect, a mention must be made of the “interpretative decisions”, a technique used by several constitutional courts, to give a binding interpretation of a challenged legal provision instead of annulling it altogether. In this manner, the court may also exclude an unconstitutional interpretation of a specific provision from the legal order without actually abrogating the provision. There is, however, a risk present that the constitutional court may

distort the original meaning of the interpreted provision and thus encroach upon the legislative field reserved to the legislature. Another decision-making technique explicitly provided for by the Slovene Constitutional Court Act is the so-called abrogation of a law with a suspensive period of time, which may not exceed one year. In this case the challenged law or provisions thereof are abrogated but remain effective and applicable for a determined period of time to enable the legislature to adopt appropriate measures and remedy the unconstitutional state of affairs. The Slovene Constitutional Court Act also provides a solution to the situations in which the Constitutional Court finds a law unconstitutional because it does not regulate a certain issue which it should regulate. In such a case the constitutional court orders the legislature to fill the lacuna with an appropriate legal norm or the court can by itself fill the lacuna till the legislature acts and fills the lacuna.

In all cases where the abrogation by the Constitutional Court of Slovenia of a law or a legal provision causes a legal gap, immediate legislative action may be required to prevent harmful consequences from occurring or continuing. Such consequences could also occur as a result of a further application of a law found to be unconstitutional. The only feasible remedy to these situations entails legislative measures, and in Slovenia it is the constitutional court that may initiate such measures by determining, if necessary, which public authority must implement the decision and in what manner. The measure determining the manner of implementation of a decision is but temporary. Nevertheless, the constitutional court thereby assumes nothing less than the role of the positive legislature. As the court used this power – though only exceptionally - it is not surprising that reproaches were made of constitutional court encroaching onto the legislative field. However, in the past the court managed to alleviate the negative reactions of the legislature and a part of the legal theory by ruling that its own legislative measures are only temporary and that the parliament is always free to substitute the court's provisional and temporary solutions by its own legislative acts – in so far as they remain within the constitutional margin of appreciation set by the respective court's decision.

The Constitutional Court of Slovenia has also been using this power as a manner of escalating the sanctions for non-compliance with its decisions in cases where the unconstitutionality of a law was established and the parliament was given a period of time to remedy this unconstitutionality, but

has failed to adopt an adequate statutory regulation in the determined period. Upon reviewing such laws anew, the constitutional court has regularly emphasised that by failing to observe its obligation, the legislature violates the principle of the rule of law and the principle of the separation of powers. The respect for the principle of the separation of powers, namely, entails not only that none of the branches of power encroaches on the competencies of another, but also that none of them neglects the activities which they are bound to perform within their proper sphere – especially when such an obligation has been imposed on them by a judicial decision. Until the legislature responds to the established unconstitutionality and corrects it, the violation continues. To remedy the neglect of the legislature to abolish the established unconstitutionality, the Constitutional Court of Slovenia in some cases decided to escalate the sanctions and ordered the legislature to perform its legislative obligation and remedy the on-going unconstitutionality.

All these powers and activities of the Constitutional Court of Slovenia and of several contemporary constitutional courts clearly demonstrate that the judges of a constitutional court, even more so than the judges of ordinary courts, are actually much more than just “the mouth that pronounces the law” and quite a distance away from “passive beings incapable of moderating” the force of law. As judges and scholars like to emphasise, in protecting the constitutionality and human rights and fundamental freedoms it does not suffice to use a static approach resulting in an unchanging level of protection irrespective of the ever changing nature of the social relations in the society. It is necessary for constitutional courts to maintain a dynamic and evaluative approach so as to enable the constitutional development and improvements and thereby also a higher standard of constitutional protection. The norms and principles as such of a given constitution are abstract and static. The life and development of any society is dynamic and concrete. The constitutional courts are to overbridge this gap between the constitutional norms and principles and life and development of society.

When performing this active role of constitutional courts, there will always be a number of controversial decisions adopted by any given composition of any given constitutional court; still, it is important to consider that the general authority and legitimacy of the decisions of a constitutional court as well as their durability depend on the capacity of constitutional courts

to reflect the general perception of fundamental constitutional values as perceived by the society.

By their decisions, constitutional courts guard the constitution and human rights and fundamental freedoms as established in the constitution. By the creative interpretation of constitutional norms and human rights and freedoms, constitutional courts confirm and develop constitutionality as well as provide new interpretations to the principles and norms of the constitution and the substance and scope of human rights and fundamental freedoms. Indeed a challenging, but nevertheless a necessary task of modern constitutional courts, which at the same time can even be risky, since it may lead to controversial and disputed decisions.

In a state governed by the rule of law even the disputed decisions of a constitutional court should be respected. Indeed, the obligatory character of decisions of constitutional courts request modesty and constraint whenever they trespass from the role of the "passive" guardian of the constitution into the realm of its "active" interpretation. Thus any constitutional court faces the dilemma of when and how far to enter into the challenging sphere of the "active" interpretation of the constitution. The authority and even the independence of a constitutional court might be harmed by professionally weak or even politicised decisions and interpretations. Only a constitutional court with high authority and independence will be capable to effectively perform its task of a guardian of the constitution, human rights and fundamental freedoms, and will, whenever necessary, be also capable of making "active" interpretations. It seems that many constitutional courts face the challenge of how far they can accept this "active" role. The *ultima ratio* answer depends on the realities of the society in which the constitutional court functions, first of all on the extent of the rule of law, the legal and also political culture in the very society to which it belongs.