

Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник

Конференции

органов конституционного контрол

стран молодой демократии



Выпуск 2(40)-3(41) 2008

ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ
ЕРЕВАН · 2008

Председатель редакционного совета

Г.Г. Арутюнян
Председатель Конституционного Суда Республики Армения

Редакционный совет:

А.М. Нурмагамбетов
член Конституционного Совета Республики Казахстан

Б. Гарибов
судья Конституционного Суда Азербайджанской Республик

Ч.А. Мусабекова
судья Конституционного Суда Кыргызской Республики

А.А. Абдуллаев
судья Конституционного Суда Республики Таджикистан

Ю.В. Баулин
судья Конституционного Суда Украины

А.Г. Тиковенко
судья Конституционного Суда Республики Беларусь

А.С. Янученко
судья Конституционного Суда Республики Молдова

Н.С. Бондарь
судья Конституционного Суда Российской Федерации

Ответственный секретарь

И.В. Даниелян

ISSN 18290125

© Центр конституционного права РА

Содержание

Вестнику “Конституционное правосудие” - 10 лет

К нашему читателю 5

Отклики по поводу 10-летия вестника

“Конституционное правосудие” 7

Актуальные проблемы конституционного правосудия

В. Зорькин Принцип разделения властей в деятельности Конституционного Суда Российской Федерации т6

Арутюнян Г. Конституционная культура XXI века и новые вызовы системного развития конституционной юстиции 49

Папаян Р. Характер взаимосвязи определений государства как «социальное» и «демократическое» 61

Из материалов XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов

Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов 70

Информации, факты, сообщения

Международная конференция “Конституционное правосудие и правовое государство на Южном Кавказе”. Батуми, 19-20 июня 2008г т46

Новые книги о конституционном правосудии

“Россия и Конституция в XXI веке” т48

“Библиография по конституционному правосудию” т5у

Contents

Bulletin “Constitutional Justice” is 10 years old To our reader	5
Comments on the event of the 10th anniversary of the bulletin of “Constitutional Justice”	7
Actual Issues of the of the Constitutional Justice	
Zorkin V. Principle of separation of the power in the activity of the Constitutional Court of the Russian federation	16
Harutyunyan G. Constitutional culture of XXI century and new challenges of system development of the constitutional jurisdiction	49
Papayan R. Character of the interrelation of the definition of the state as “social” and “democratic”	61
From the materials of XIV Congress of Conference of European Constitutional Courts	
General report of XIV Congress of Conference of European Constitutional Courts	70
Information, Facts, Events	
International Conference of “Constitutional Jurisdiction and State Government in the North Caucasus”, Batumi, 19-20 June, 2008	146
New books on the Constitutional Jurisdiction	
“Russia and Constitution in XXI century”	148
“Bibliography on the Constitutional Jurisdiction	150

К нашему читателю



Уважаемый читатель!

У нас с вами юбилей - 10 лет вестнику “Конституционное правосудие”. За это время Вы ознакомились с сорока номерами вестника, в которых были опубликованы статьи, комментарии, заметки почти 200 видных специалистов из тридцати стран мира, касающиеся самых актуальных проблем конституционной юстиции. На страницах Вестника своими рассуждениями с Вами поделились председатели и судьи конституционных судов из 25 стран, Председатель и многие члены Европейского суда по правам человека, эксперты Венецианской комиссии Совета Европы и других европейских институций, члены Международной ассоциации конституционного права. Вы имели возможность постоянно общаться с такими рубриками, как актуальные проблемы судебного конституционного контроля; из практики конституционного правосудия; из судебной практики Европейского суда по правам человека; обзор решений конституционных судов; конституционная практика; конституционализм и развивающиеся демократии; дискуссионные проблемы; актуальная информация и др.

XXI век выдвигает новые вызовы динамичному развитию общества, системному обеспечению верховенства Конституции. В этих условиях конституционная юстиция не только олицетворяет новую конституционную культуру в мире, но и становится одним из ключевых звеньев иммунной системы общественного организма. Перед конституционными судами стоят огромные задачи конституционализации общества, обеспечения права человека на конституционное правосудие, проведения конституционной диагностики в стране, разрешения многих проблем трансформации, формирования конституционной культуры нового тысячелетия. Для успешной реализации своих функций сама система судебного конституционного контроля нуждается в дальнейшем функциональном и институциональном совершенствовании. Анализ практики существ-

вующих ныне в мире 110-и конституционных судов, а также деятельность всех международных организаций в этой области показывают, что конституционное правосудие переходит на качественно новый уровень системного развития. Сегодня на первый план выдвигается проблема последовательного обеспечения и реализации основополагающих конституционных ценностей в общественной практике. 23-24 января 2009 года в Кейптауне

состоится I Международный форум институтов судебного конституционного контроля, где всесторонне будут рассматриваться проблемы обеспечения верховенства и прямого действия Конституции в условиях правовой глобализации. С учетом результатов проведенных дискуссий мы намерены создать новые рубрики Вестника, чтобы наши читатели имели возможность постоянно общаться с позициями ведущих специалистов разных стран по актуальнейшим проблемам конституционной юстиции.

Мы намерены также продолжить издание приложения к вестнику "Председатели конституционных судов о конституционном правосудии". Это даст возможность более глубоко ознакомиться с опытом разных стран в области конституционного правосудия.

Хотим поздравить с юбилеем и поблагодарить всех наших авторов, которые любезно согласились поделиться с нашими читателями своими мыслями и рассуждениями, поставили перед конституционной практикой новые задачи. Мы надеемся на дальнейшее активное сотрудничество с ними, а также со всеми институтами судебного конституционного контроля, с учеными в области права, политологии, транзитологии и других областей.

Наш основной девиз: "Гарант верховенства Конституции - обеспечение верховенства права".

С юбилеем, уважаемый читатель.

Г. Арутюнян

*Председатель редакционного совета,
Председатель КС РА, профессор*

Отклики по поводу 10-летия вестника "Конституционное правосудие"

* * *



During all these years, the Bulletin "Constitutional Justice" has positively affected the development of democratic processes and legal opinion in the States of New Democracy. It serves as a support for both the professionals and the people interested in the field.

The Bulletin "Constitutional Justice" proves that equal values dominate in the world regarding the ideas and legal solutions proposed by scientists and specialists of law.

G. Kutris

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

Быть на уровне прогрессивных стремлений



Установление и утверждение конституционного правосудия в первые годы после провозглашения независимости в государствах постсоветского пространства является одной из важных особенностей процесса их демократизации. Делегация Республики Молдова приняла участие в Учредительной конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии 24 октября 1997 года, а впоследствии представители нашего Конституционного Суда выступили с докладами почти на всех ставших уже традиционными ежегодных заседаниях Ереванской международной конференции и на других международных научно-практических конференциях, проведенных за последние годы по инициативе этой организации.

Учреждение 10 лет назад ежеквартального вестника "Конституционное правосудие" явилось значимым событием для всех конституционных судов стран-участниц Ереванской

международной конференции. Наши страны имеют широкий круг общих специфических проблем: развитие демократии в них еще на начальной стадии, огромное социальное реформирование, необходимость создания устойчивого правосознания в обществе, эффективного контроля за соблюдением законности, а также непротиворечивость системы законодательства, масса других проблем. Конечно, мы сотрудничаем и в рамках Европейской ассоциации конституционных судов, других международных организаций, но многосторонние и двусторонние отношения органов конституционного правосудия стран молодых демократий на постсоветском пространстве не только полезны, но и необходимы. Особая роль вестника "Конституционное правосудие" состоит именно в изучении взаимного опыта и практики, всех общих проблем, которые решаются конституционными судами наших государств. Вестник помогает нам, прежде всего, в изучении опыта друг друга по конкретным делам, в изучении правовых позиций: как мы трактуем защиту прав и свобод, чтобы выявить, что нас сближает и что разъединяет и обобщить все лучшее в практике судов. Это нужно для выявления общих тенденций и общих задач, которые решались бы как на национальном, так и на межнациональном уровне.

О значении вестника "Конституционное правосудие" говорит и тот факт, что он фигурирует в списке документов обязательного ознакомления для судей и специалистов нашего Конституционного Суда. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии помогает нам в издании собственного журнала. Авторы научного и информационно-правового издания "Конституционное правосудие" часто ссылаются на публикации Вестника, а некоторые значимые для нашего читателя статьи перепечатываются им.

Со дня принятия первого постановления (18 апреля 1995 года) и на протяжении всей своей деятельности Конституционный Суд Республики Молдова, будучи государственным юрисдикционно-политическим институтом, стоит на страже гарантирования верховенства Конституции, осуществляя реализацию принципа разделения властей в государстве, обеспечивая ответственность государства перед граждани-

ном и гражданина перед государством, как надежная опора социальной стабильности. Сегодня наша страна проводит политику по интеграции в Европейский союз. Это предполагает, в первую очередь, строительство справедливого правового государства, гарантирующего реальное соблюдение прав и свобод человека. В данном контексте хотелось бы увидеть на страницах уважаемого нами вестника "Конституционное правосудие" больше научно-практических статей, касающихся проблем становления конституционного контроля в сфере обеспечения экономических, социальных и культурных прав, применения общепризнанных принципов и норм международного права при определении содержания решений конституционными судами, развития института конституционной жалобы, влияния органов конституционного контроля на формирование правовой системы, отвечающей международным стандартам.

Примите, уважаемые члены Редакционного совета Вестника, самые искренние поздравления с юбилеем от судебного корпуса Конституционного Суда Республики Молдова. Желаем Вам и всем сотрудникам журнала дальнейших творческих успехов, не отступать от декларированных в первом его выпуске принципов, приумножать накопленный полезный опыт в объективной, непредвзятой трактовке самых актуальных проблем, волнующих не только представителей органов конституционного правосудия, но и общество в целом.

Все более выраженное стремление общества к уважению и соблюдению Конституции является результатом равнения конституционных национальных юрисдикций на стандарты прогрессивного мирового конституционализма. Желаем и юбиляру, вестнику "Конституционное правосудие", идти в ногу с этими стремлениями народов стран молодых демократий, с их желанием установить порядок и справедливость по всей вертикали правового государства.

Д. Пулбере

*Председатель Конституционного Суда
Республики Молдова*

К 10-летию вестника «Конституционное правосудие»



Вестник «Конституционное правосудие» – уникальное явление в юридической периодике наших стран. Он является единственным на пространстве СНГ правовым журналом с реальным международным статусом, посвященным конкретному правовому институту. Безусловно, это определяется уникальным профилем журнала. Ведь широта проблематики, попадающей в поле зрения конституционного правосудия, и сама природа деятельности соответствующих органов как порождающих «живое конституционное право», фактически позволяет считать конституционное правосудие краеугольным камнем правовой системы страны. И в Вестнике за 10 лет его работы удалось отобразить не только технологические аспекты конституционного правосудия, но и его огромную роль во всех общественных отношениях, урегулированных правом.

Если бы меня попросили охарактеризовать Вестник как правовой журнал каким-нибудь одним термином, отнести его к какой-то группе правовых журналов, я бы, наверное, испытал затруднение. С одной стороны, это, безусловно, журнал, ориентированный на практику и на практиков конституционного правосудия. В этом смысле он – средство обмена опытом. С другой стороны, его доктринальная насыщенность позволяет с полным правом считать его теоретическим правовым изданием. Но и в дополнение к этому – журнал достаточно информативен. Он позволяет быть в курсе событий, происходящих в конституционном правосудии наших государств.

И практическая, и доктринальная, и информационная составляющая журнала направлены на решение общей задачи – способствовать обогащению доктрины и практики конституционализма, упрочению верховенства права, прав и свобод человека в странах молодой демократии.

Журнал необходим и полезен не только для профессионалов, но и для всех наших граждан. Рассчитанный, прежде

Отклики по поводу 10-летия вестника

всего, на страны молодой демократии, журнал вызывает интерес и в государствах со сложившейся политической и правовой системой.

Необходимо обратить внимание еще на одно обстоятельство. Конституционное правосудие, как известно, не было присуще советской системе (краткий период существования Комитета конституционного надзора СССР вряд ли можно принимать в расчет). Тем не менее, необходимость органа конституционного контроля как неотъемлемого элемента правового государства профессионалам-юристам уже была очевидна. Этому в значительной степени способствовало становление и развитие гуманистической, естественно-правовой доктрины прав и свобод человека как теоретической и методологической основы конституционного строя новых суверенных государств на постсоветском пространстве. Находясь в общей семье аналитических и информационных изданий, основанных на признании верховенства права, прав и свобод человека как высшей ценности, Вестник, вместе с тем, обладает собственной индивидуальностью, своим почерком и спецификой, отличающими его от подобных изданий в других регионах. Для меня это важное подтверждение нашего культурного и исторического единства, знак того, что даже определенные конфликты, если они возникают между народами бывшего СССР, рано или поздно закончатся примирением, а затем и дружбой. Сотрудничеству с такой целью учит журнал. Поэтому объединяющая его роль состоит не только в предоставлении практикам и теоретикам конституционного правосудия из разных стран общей площадки для обмена опытом между ними, но и собственно в отображении единства теоретической и практической деятельности конституционного правосудия, основанного на принципе верховенства права.

И в заключение хотел бы, как гражданин России, выразить удовлетворение тем, что Вестник выходит на русском языке, который реально продолжает быть языком межнационального общения для наших народов, а также языком, который на большей части пространства бывшего СССР во многом выступает средством восприятия, преломления и

развития новой конституционно-правовой терминологии и методологии.

Вестник состоялся. Вестник жив. Вестник будет жить!

В. Зорькин

*Председатель Конституционного Суда
Российской Федерации*

On the Occasion of the 10th Anniversary of the Bulletin “Constitutional Justice”



On behalf of the editorial staff of the bulletin “Constitutional Jurisprudence” of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, I would like to sincerely compliment the publishers of the “Constitutional Justice” (Konstitucionnoe pravosudie) with the 10th anniversary of the bulletin of the Constituent Conference of Constitutional Control Organs of Countries of Young Democracy. These ten years for the readers of the publication are sort of meeting with thirty-nine publications (that is the number of them that we have in the library of the Constitutional Court), as well as with the supplement - the series of books “Presidents of the Constitutional Courts about Constitutional Justice” and the almanac “The Constitutional Justice in the New Millennium” which is published in Yerevan.

The success of the publication is surprising. In 1998, the idea itself to start publishing the “Constitutional Justice” every once in a quarter, as a publication of the Constituent Conference of Constitutional Control Organs of Countries of Young Democracy, could seem as a certain challenge or even a venture for many people, as there is a great many of publications on the topic of constitutional law in the world. They are published in various languages and they analyze problems of

Отклики по поводу 10-летия вестника

constitutional law and the institute of constitutional control in various aspects; they are published by prestigious universities, associations of scientists, more than one of which has already won the recognition which crossed the boundaries of the country or even continents. Moreover, that the descriptions of the publishers as the representatives of the countries of young democracy itself signifies that the experience of the publishers and of the constitutional democracy is still small and that constitutional justice still makes its first steps in this region of the world. One may easily understand the emerged questions at that time: about what, for whom and how it will be written? In addition, the biggest part of articles of the publication is published in Russian. What face of the publication is to be expected in general? Will not such publication about the problems of constitutional justice be interesting only to a few specialists?

Time has shown that the movers of this publication were right: right not only because of the fact that they realized not only the importance of consolidation of the institute of national constitutional justice, but also the importance of legal cooperation in this sphere, the necessity to share experience which helps to ensure the supremacy of the Constitution in the legal system and to creatively realize the gained experience of constitutional thought and practice.

To have a good idea is only the beginning of a job. It is much more important to realize the creative aims. The world is constantly changing. The legal reality is also changing. Therefore, the publication must help to know this reality better, to realize the most important tendencies of the development of law, to verify how the legal reality of a specific state looks in the context of the development of constitutional democracy. In addition, also the experience of the countries of young democracy is a part of the global constitutional experience, interesting and useful for the legal scientists and practi-

tioners from abroad. The fact that the publication is interesting not only for the readers of the countries where it is published was determined by a combination of success. I do not doubt that it is a result of the purposeful decision.

The first success is the authors. The first thing that the readers see is the names of the authors. If in the contents you see the names of constitutionalists who are well-known and recognized in the world, you can expect interesting meetings. It is no doubt that the editors of the bulletin "Constitutional Justice" managed to invite such authorities of the legal thought as H. Wildhaber, A. Sajo, M. de Carvalho Neto, R. Rousseau or J. Robert, whose works may always expect the attention of the sophisticated reader, and to publish their works in this publication. In the bulletin, in addition to the works of the said authors, we will also find articles or reports of other practitioners or scientists of constitutional justice who are recognized in Europe and in the world. The geography of the authors is rather wide. Moreover, the works of G. Harutyunyan, V. Zorkin, B. Strashun (we hardly need to enumerate all those who wrote for the bulletin), and who are representatives of countries of young democracy.

The second success is the variety of issues analyzed in the bulletin. Yes, in the publication, the problems of constitutional justice are analyzed, however, in the published articles, it is not confined to the countries of young democracy. The problems of constitutional justice in the European Union states (both, in the new Member States and other Member States) are also analyzed; the author of the magazine is also interested in the experiences of countries of distant continents (for example, Brazil). The thematic field is indeed very broad: in one case, it is the control of constitutionality of elections, in other - efficiency of constitutional justice in transitive society, in the third case - universality in the field of protection of human rights, in the fourth

- constitutional justice: actuality and perspectives, etc. Thus, one aimed to reveal what may be interesting not only for the beginners, but also the improvers or even mature constitutional democracies. I would like to remind a truism: one must study constitutional democracy constantly, I mean everyone: the beginners, advanced scientists and practitioners and even those who are very experienced. Constitutional democracy faces threats constantly, therefore, we may look at the publication as at a certain school of constitutional democracy.

One more success is directly linked to knowing how to use both the material of the conferences and seminars which are organized by the Constitutional Court of Armenia in Yerevan and the material of the conferences organized in Moldova or Russia. Such thematic editions are particularly interesting and valuable.

Very successful sections of the bulletin are the following: relevant problems of constitutional justice, constitutional practice, review of decisions of constitutional courts, new publication on constitutional justice, information, facts, and news. They show the purposes of the publishers of the bulletin and the willingness to consider constitutional justice problems in various aspects. Various theoretical and practical problems were analyzed: from the essential characteristics of constitutional control to patterning of the Constitution of the European Union, from decisions of the constitutional courts as sources of law to the problems of implementation of these decisions.

While carrying out the mission of constitutional control committed to them, the constitutional courts "clean" the legal system from unconstitutional legal acts or their provisions. When implementing this function, they formulate the official constitutional doctrine, in their decisions, they construe constitutional provisions, reveal the contents of the constitutional norms and principles and their interrelation, the balance of

constitutional values and the essence of constitutional legal regulation as a whole. The scientific evaluation of these questions is a significant part of the bulletin. They help to realize the fortune and failure of ensuring the constitutionality of the legal system, to compare various mechanisms of the investigation and the results of such mechanisms. In more than one publication we can find summaries of decisions of the Constitutional Courts of Armenia, Ukraine or some other countries. Therefore, we often face examples of the practice of constitutional justice and we may find out about the peculiarities of the legal thought in those countries.

In addition, certain published works are almost unique. For example, I only managed to find the general report "Criteria of Limitation of Human Rights in the Practice of the Constitutional Jurisdiction" read at the XIIIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts in Nicosia and prepared by N. Selivon in the "Constitutional Justice" and not anywhere else. And I had lost hope to find the text of this report in general.

For the Lithuanian constitutionalists, the said publication means a possibility to present their constitutional legal thought to the readers of a huge region and to share in experience. I am glad to note that the "Constitutional Justice" also published a few articles of the former President of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania Egidijus Kûris ("The problems of Judiciary in the Jurisprudence of the Constitutional Court of Lithuania", "On the Subjects Who Have the Rights to Submit a Petition to the Constitutional Court"), the essay of the Constitutional Court Justice Armanas Abramavièius on certain aspects of the impact of the Constitution on the development of criminal law and the work of Jonas Prapiestis, former Justice of the Constitutional Court (now Chairman of the Division of Criminal Cases of the Supreme Court) about the revelation of the rights and freedoms of the accused in the con-

stitutional jurisprudence. I should herein mention 2 small books from the series "Presidents of the Constitutional Courts about Constitutional Justice"; it is the work "The Constitutional Court of the Republic of Lithuania - Foundation, Development, Legal Status" by the first President of the Constitutional Court of Lithuania Juozas Žilys and the work "On the Stability of the Constitution, Sources of Constitutional Law, and the Seeming Omnipotence of Constitutional Courts" by Egidijus Kûris. I would like to believe that the works of the Lithuanian constitutionalists were also interesting for the readers of other countries.

There is one more thing that I would like to mention. The "Constitutional Justice" allows to read not only the works of lawyers from various countries, but also lawyers of Armenia, a country with the unique history. In Lithuania, only the works of G. Harutyunyan, the President of the Constitutional Court of Armenia, are quite well-known. The "Constitutional Justice" also introduced articles by G. Danielyan, V. Hovhannissyan, A. Bagdasaryann and other authors.

I do not dare to draw any conclusions on the global impact of this publication. I can only talk about the readers of the "Constitutional Justice" at the library of Lithuanian Constitutional Court. First, 39 publications, the supplement and the almanac which are at our library, have found their readers. And the readers are not only the justices and the staff of the Constitutional Court, but also professors, doctoral students and students of Vilnius universities. And what is the most important, they read it quite often. The importance of such reading is proved by the fact that copies of many articles are made, that in the bulletin, we find articles marked and certain paragraphs of one or another work underlined. Thus, the "Constitutional Justice" was not lost in the sea of legal publications. The first ten years have been certainly successful.

Good luck for the future! Therefore, I would like once again to complement the editors, authors and readers of the publication with the 10th anniversary. I hope that the so-called meetings with the publication will continue!

E. Jaragiūnas

Chairman of the editorial staff of the “Constitutional Jurisprudence”, the bulletin of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Adviser to the President of the Constitutional Court

* * *



Сегодня с удовлетворением можно отметить, что вестник “Конституционное правосудие” реально способствует совершенствованию конституционного контроля, вносит значимый вклад в развитие демократии. В настоящее время происходит динамичное развитие форм и методов конституционного правосудия, возрастает роль и значение органов конституционной юрисдикции. В связи с этим несомненный интерес вызывают публикации в журнале о принципе разделения властей, компетенции и практической деятельности конституционных судов, защите прав и свобод граждан, применении общепризнанных норм международного права и по другим вопросам. На его страницах находят отражение материалы международных форумов по конституционному праву, анализ практики решений Европейского суда по правам человека.

Размещение материалов, опубликованных в вестнике “Конституционное правосудие”, на сайте Конституционного Суда Армении способствует доступности издания, возможности ознакомления с ним большего количества читателей – ученых, юристов-практиков, а также граждан.

Желаем Вам, уважаемые коллеги, активного и заинтересованного обсуждения на страницах вестника “Конституци-

онное правосудие” актуальных проблем и опыта конституционных судов, дальнейших творческих успехов и плодотворной работы.

П. Миклашевич

Председатель Конституционного Суда Республики Беларусь

* * *



It is our pleasure to greet your celebration the 10 years of the Bulletin “Constitutional Justice” of the Conference of bodies of constitutional review of the countries of young democracy.

We have been receiving the Bulletin as your generous gift from the beginning on. We would like to express newly our since thahks for it.

It has been certainly enriching our library and helping our judges and legal advisers to stude the constitutional review theory practice of your countries and abroad.

Additionally, the Bulletin has been helping us to accomlnish our goals of maintaining a hagh quality internal library in the field of foreign and comparative law.

J. Tratnik

President of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia

* * *



Конституционный Суд Республики Таджикистан сердечно поздравляет Конституционный Суд Республики Армения и всех наших коллег из братских республик постсоветского пространства с 10-летием вестника Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии “Конституционное правосудие”!

Мы очень благодарны Председателю Редакционного со-

вета Вестника и всему коллективу работников, обеспечивающему его издание. Высоко ценим и чтим Ваш большой вклад, уважаемые коллеги, в установление и развитие связей между органами конституционного контроля стран ближнего и дальнего зарубежья.

Издание Вестника является очень нужным и полезным делом. Он, несомненно, оказывает существенную помощь в нашей работе, происходит обмен мнениями, обмен опытом, изыскиваются наиболее эффективные формы и методы работы, направленные на достижение благородных целей - торжества демократии и верховенства Конституции.

Пользуясь случаем, Конституционный Суд Республики Таджикистан желает Председателю Редакционного совета, уважаемому Гагику Гарушевичу, всем кто причастен к изданию этого замечательного вестника и всем нашим зарубежным коллегам крепкого здоровья, благополучия и дальнейшей плодотворной работы

И. Ходжаев

*Председатель Конституционного Суда
Республики Таджикистан*

Мнение о вестнике «Конституционное правосудие»



От имени Конституционного Совета Республики Казахстан и от себя лично поздравляю коллектив редакции и читателей вестника Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии «Конституционное правосудие» с его 10-летним юбилеем.

В развитии правовых систем наших стран и пропаганде их основных положений особая роль принадлежит вестнику «Конституционное правосудие», который был учрежден по предложению Конституционного Суда и Центра конституционного права Республики Армения в 1998 году как информа-

ционно-аналитический бюллетень Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии.

За короткий по историческим меркам срок Вестник стал настольной книгой для многих теоретиков и практиков конституционной юстиции. Причина тому – его богатый научно-практический потенциал, который охватывает все основные вопросы осуществления конституционного контроля. В свете намеченного в наших странах курса на построение правового государства и признания прав и свобод человека высшими ценностями государства, всесторонний и глубокий анализ проблем обеспечения верховенства Основных Законов, механизма контроля конституционности действующего права имеет серьезную научную и эмпирическую ценность. В этой связи, публикуемые в Вестнике материалы отличаются своей актуальностью и создают предпосылки для плодотворных дискуссий. Содержание каждого номера Вестника формируется с учетом реальных потребностей процесса реализации государственной правовой политики.

На страницах данного международного издания можно найти интересные публикации, касающиеся самых разнообразных аспектов конституционного строительства, интересные доклады участников международных конференций, а также, что немаловажно для нас, обзор решений органов конституционного контроля стран СНГ, которые, в силу общности основных направлений деятельности, нередко используются нами в качестве справочной информации в процессе конституционного производства.

Вестник выполняет свою главную задачу – создает условия для максимального использования возможностей консультативного сотрудничества в рамках тематических обсуждений по животрепещущим вопросам конституционного правосудия, представляющим взаимный интерес.

Хотел бы особо отметить большую плодотворную работу Редакционного совета, возглавляемого Председателем Конституционного Суда Республики Армения г-ном Г. Арутюняном, в состав которого входят авторитетные юристы из органов конституционного контроля стран постсоветского пространства.

В этот праздничный день хотелось бы пожелать редакционному совету Вестника и всем его читателям крепкого здоровья, счастья и дальнейших творческих успехов.

И. Рогов

*Председатель Конституционного Совета
Республики Казахстан, заслуженный деятель
Республики Казахстан, доктор юридических наук,
профессор*

* * *



В последние годы как на постсоветском пространстве, так и зарубежом, остро осознается необходимость тщательной разработки и принятия, научного изучения, систематизации конституционного права, равно как и обеспечения к ним доступа. В этой связи данное рецензируемое периодическое издание представляет особую актуальность.

В настоящее время задачи исследователей в области конституционного права в XXI веке усложнились: конституционное право становится «многослойным», расширяется система его источников, в том числе за счет деятельности и органов конституционного контроля. Благодаря таким периодически издаваемым научным журналам нам удастся прикоснуться к самым последним достижениям, новшествам конституционно-правовой теории, в частности в области осуществления конституционного контроля, и в то же время уловить в динамике конституционализма то устойчивое, фундаментальное, которое не подвержено поверхностному веянию времени.

Нам представляется, что вестнику «Конституционное правосудие» удастся разрешить эту сложнейшую задачу. За годы выпуска данного издания на его страницах освещались актуальные вопросы теории и практики осуществления конституционного контроля; анализ реального соблюдения и уровень защищенности конституционных прав и свобод человека, поиска баланса власти и свободы посредством конституцион-

ного правосудия; обзор правовых позиций органов конституционного контроля по тем или иным актуальным вопросам не только стран ближнего зарубежья, но и дальнего; материалы научно-практических конференций по актуальным проблемам конституционно-правовой науки и т.д. В нем мы можем найти не только обзор и анализ существующих проблем конституционного правосудия, но и сформулированный научный прогноз их разрешения. Вестник с полным правом можно назвать научным изданием не только по содержанию, но и по форме. Он включен в список принятых Высшей аттестационной комиссией журналов для публикаций результатов докторских диссертаций, чем привлекателен для соискателей ученых степеней.

Несмотря на определенные сложности, все-таки Центру конституционного права Республики Армения удастся представить широкую панораму публикаций по различным аспектам конституционного правосудия, причем не только на русском языке, но и на английском. Хотя в качестве пожелания хотелось бы порекомендовать публиковать также и перевод на русском языке. В рецензируемом издании бережно сохранена прекрасная научная традиция тщательной работы с первоисточниками - обязательная ссылка на использованную литературу; широко представлена практика конституционных судов различных стран.

Мастерство правоведа проявляется в умении анализировать юридические детали, способности взвешивать различные варианты юридических решений тех или иных конституционно-правовых проблем, видеть перспективу и делать широкие юридические обобщения. Этими качествами в полной мере обладают авторы статей, опубликованных в Вестнике. Вестник весьма полезен не только практикам и академическим исследователям, но и студентам юридических ВУЗов, которые изучают курс конституционного права, а также спецкурс «Конституционное правосудие». Тщательный анализ положений закона, тесная связь с конституционно-правовой практикой, отличное владение юридической техникой, отличная научная редакция – таковы основные черты публикаций Вестника.

Вестник содействует углублению понимания фундаментальных основ и методологии конституционного правосудия,

формированию и оттачиванию правовой культуры, которая является надежным залогом прочности конституционно-правовых реформ.

Ч. Мусабекова

*судья Конституционного Суда
Кыргызской Республики
кандидат юридических наук, доцент*

Уважаемая редакционная коллегия!



Прошло десять лет со дня выхода в свет первого номера вестника «Конституционное правосудие». За этот небольшой по историческим меркам срок Вестник, первоначально созданный как информационно-аналитический бюллетень Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии, преобразовался в одно из наиболее авторитетных международных печатных изданий в области конституционного права.

Особо хочется отметить исключительный вклад коллектива вестника «Конституционное правосудие» в дело освещения роли и значения институтов конституционного контроля в процессе становления правового государства и развития демократических процессов в обществе. Безусловно, органы конституционной юрисдикции стран молодой демократии в своей деятельности сталкиваются с различными проблемами, значительная часть которых присуща только их государствам. Однако многие из этих проблем схожи, и Вам, дорогие коллеги, как никому иному удастся выявить их общность, наладив при этом постоянный обмен опытом преодоления этих проблем.

Отрадно сознавать, что на страницах Вестника постоянно появляются публикации судей Конституционного Суда Украины, в которых наши коллеги Нимченко В.И., Чубарь Л.П., Скомороха В.Е., Шаповал В.Н., Кампо В.М. и другие неоднок-

ратно знакомили читателей с достижениями и проблемами в организации деятельности единого органа конституционной юрисдикции в Украине.

Приветствуя коллектив редакционной коллегии вестника «Конституционное правосудие» с юбилеем, от имени судей Конституционного Суда Украины и от себя лично выражаю глубокую благодарность за вклад в дело объединения усилий ученых и практиков различных государств на ниве обеспечения верховенства права, защиты прав и свобод человека и гражданина. Искренне надеюсь на дальнейшее плодотворное сотрудничество.

А. Стрижак

*Председатель Конституционного
Суда Украины*



Актуальные проблемы конституционного правосудия

В. Зорькин

*Председатель Конституционного Суда
Российской Федерации*

Принцип разделения властей в деятельности Конституционного Суда Российской Федерации

1. Конституционный Суд – хранитель разделения властей.

Разделение властей – законодательной, исполнительной и судебной – составляет одну из основ современного конституционного строя. Как необходимое условие против концентрации и злоупотребления властью, оно является гарантией прав и свобод человека и гражданина, правового государства и демократии.

В Российской Федерации рассматриваемый принцип разделения властей впервые упомянут в Декларации о государственном суверенитете РСФСР от 12 июня 1990 года. Его провозглашение увязывалось с характеристикой Российской Федерации как правового государства. Необходимо отметить, что баланс между законодательной и исполнительной ветвями власти в период до принятия ныне действующей Конституции России 1993 года обеспечить не удалось, поскольку в старой Конституции разделение властей нивелиро-

Актуальные проблемы конституционного правосудия

валось указанием в ней на полномочие Съезда народных депутатов. Данное противоречие послужило формально-юридической основой противостояния и конфронтации Президента с органом народного представительства.

Принятая в декабре 1993 года Конституция Российской Федерации фиксирует принцип разделения властей в качестве атрибутивного элемента основ конституционного строя: «Государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны» (статья 10).

Обратимся к роли Конституционного Суда России – как органа конституционного правосудия – в системе разделения властей. В связи с этим в деятельности Конституционного Суда можно выделить два взаимосвязанных аспекта.

С одной стороны, Конституционный Суд, посредством присущих ему полномочий осуществляет охрану Конституции, в том числе защиту принципа разделения властей как одну из основ конституционного строя. Он рассматривает конституционные споры, вырабатывает соответствующие правовые позиции, в том числе связанные с реализацией принципа разделения властей, осуществляет толкование и интерпретацию этого принципа и, следовательно, определяет его реальное содержание. Конституционное правосудие становится гарантией удержания властей в границах их компетенции, очерченной Конституцией на основе принципа разделения властей.

С другой стороны, Конституционный Суд как орган судебной власти сам находится в системе разделения властей. Конституционное правосудие является частью отношений по осуществлению государственной власти на основе ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Независимый и справедливый суд, в том числе Конституционный Суд, возможен лишь в условиях такого разделения. В отношении судов общей юрисдикции и арбитражных судов, разрешающих конкретные дела и рассматривающих споры в

качестве правоприменителей, разделение властей и связанная с этим система сдержек и противовесов выстраивается, в основном, по линии «суд – исполнительная власть». В сфере же задач, которые решаются посредством конституционного суда, разделение властей затрагивает, прежде всего, проблему «конституционный суд – законодательная власть».

Таким образом, Конституционный Суд выполняет функцию хранителя и защитника разделения властей.

2. Доктринальное истолкование принципа разделения властей

Конституция, возлагая на Конституционный Суд функции высшего судебного органа, осуществляющего контроль конституционности, тем самым обязывает проверять законы и компетенцию государственных органов с точки зрения установленного ею разделения властей. Исходя из этого, Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» предусматривает полномочие Конституционного Суда проверять нормативные правовые акты и международные договоры, а также разрешать споры о компетенции непосредственно с точки зрения установленного Конституцией разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную (пункт 4 и 5 части первой статьи 86; часть первая статьи 94).

При осуществлении этих полномочий Конституционный Суд Российской Федерации не мог не дать доктринальное истолкование принципа разделения властей. Оно включает в себя несколько важных положений, в частности, следующие:

разделение властей предполагает установление такой системы правовых гарантий, сдержек и противовесов, которая исключает возможность концентрации власти у одной из них, обеспечивает самостоятельное и независимое осуществление всех ветвей власти и одновременно – их взаимодействие (Постановление от 18 января 1996 г. по делу о проверке Устава (основного Закона) Алтайского края);

Актуальные проблемы конституционного правосудия

принцип разделения властей означает не только распределение властных полномочий между органами различных ветвей государственной власти, но и взаимное уравновешивание ветвей власти, невозможность ни для одной из них подчинить себе другие; данный принцип не допускает сосредоточения функций различных ветвей власти в одном органе (Постановление от 29 мая 1998 г. по делу о проверке Закона Республики Коми о государственной службе);

правовая логика Конституции заключается в том, чтобы в условиях разделения властей не допускать их противоборства, которое не согласуется с тем, что единственным источником, из которого они проистекают, и носителем воплощаемого ими суверенитета является многонациональный народ Российской Федерации (Постановление от 11 декабря 1998 г. по делу о толковании части 4 статьи 111 Конституции – о полномочии Президента представлять Государственной Думе на одобрение кандидатуру Председателя Правительства);

принцип разделения властей закрепляется в Конституции РФ в качестве одной из основ конституционного строя для Российской Федерации в целом, т.е. не только для федерального уровня, но и для организации государственной власти в ее субъектах (Постановление от 18 января 1996 г. по делу о проверке Устава (Основного Закона) Алтайского края). В качестве базового положения в трактовке разделения властей на региональном уровне Конституционным Судом было определено, что конституционный принцип единства государственной власти требует, чтобы субъекты РФ в основном исходили из федеральной схемы взаимоотношений исполнительной и законодательной власти (Постановление от 18 января 1996 г.). Конкретизируя данное положение, Суд сформулировал ряд правовых позиций, касающихся взаимодействия законодательных и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ, в которых подчеркивается необходимость соотносить полномочия с природой данных органов, проявлять умеренность в реализации этих полномочий и не нарушать принцип независимости властей.

При всем своем многообразии разделение властей есть только там, где: закон обладает высшей юридической силой и принимается законодательным (представительным) органом; исполнительная власть занимается в основном исполнением законов и ограничивается подзаконным нормотворчеством, подотчетна главе государства или парламенту; между законодательными и исполнительными ветвями власти обеспечен баланс полномочий; судебные органы независимы и в пределах своей компетенции самостоятельны; предусмотрены правовые способы взаимного сдерживания всех ветвей власти.

3. Разделение властей и эффективность экономических реформ

Говоря о роли Конституционного Суда как хранителя (защитника) принципа разделения властей, нельзя обойти вопрос об интерпретации данного принципа в условиях глубоких экономических преобразований, для успешного проведения которых требуется повышенная эффективность и концентрация усилий государственной власти.

Большая часть деятельности Конституционного Суда пришлась именно в эту эпоху в истории России. В связи с этим, перед Конституционным Судом, с точки зрения методологии его работы, возникла сложная задача. С одной стороны, поскольку целью разделения властей является утверждение демократии и предотвращение злоупотреблений и узурпации, противопоставлять эффективность и разделение власти было бы некорректно. Но, с другой стороны, в периоды реформ и преобразований политический аспект эффективности неизбежно выходит на первый план.

Данная проблема особенно ярко проявилась в начале форсированных реформ в России. В то время имела место достаточно напряженная дискуссия о соотношении законодательных прерогатив Парламента и конституционных полномочий Президента издавать акты нормативного характера

Актуальные проблемы конституционного правосудия

– применительно в сфере экономических реформ. Эта проблема нашла отражение в целом ряде решений Конституционного Суда.

Согласно Конституции представительным и законодательным органом РФ является Федеральное Собрание – Парламент. Издание законов является его прерогативой. В связи с этим, Правительство РФ как орган, осуществляющий исполнительную власть в РФ – на основании и во исполнение Конституции, федеральных законов, нормативных указов Президента может издавать нормативные акты, обеспечивает их исполнение (часть 1 статьи 115). В то же время о нормативных актах Президента в Конституции сказано иначе. Согласно ее статье 90 Президент издает указы и распоряжения; указы и распоряжения не должны противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам.

Положение о том, что указы не должны противоречить Конституции и федеральным законам, на практике было использовано как основание для издания Президентом так называемых «опережающих», т.е. нормативных указов, не противоречащих Конституции, но фактически имеющих силу законов.

При таких обстоятельствах в возникшем споре между Парламентом и Президентом Конституционный Суд – с тем, чтобы не стать тормозом на пути экономических преобразований – не исключил возможность Президента издавать указы, восполняющие пробелы в правовом регулировании по вопросам, требующим законодательного решения. Однако при этом Конституционный Суд, исходя из принципа разделения властей и вытекающего отсюда верховенства Конституции и федеральных законов, дал ограничительное истолкование такой возможности. Согласно Постановлению Конституционного Суда от 30 апреля 1996 года «опережающие» указы не должны противоречить Конституции и федеральным законам, а их действие во времени ограничивается периодом до принятия соответствующих законодательных актов. Не подзаконные указы Президента действуют до вступления в силу

соответствующего федерального закона, т.е. «опережающие» указы утрачивают силу независимо от того, в какой мере они противоречат или не противоречат вступившему в силу федеральному закону.

Применительно к вышесказанному необходимо сделать оговорку. Когда Конституционный Суд – в целях ускорения реформ – поддержал нормотворческую деятельность Президента, то, конечно, подразумевалось нормотворчество, которое допускается Конституцией Российской Федерации, не противоречит ей. Если в Конституции прямо установлены конкретные полномочия определенного органа государственной власти, то этот орган не может отказаться от этих полномочий или передать их другому органу, а последний не вправе принять такие полномочия. Полномочия, установленные непосредственно Конституцией, не могут быть изменены или ограничены законом. Например, установление налогов или, скажем, уголовной ответственности – это прерогатива законодателя. Иное дело экономическая сфера, когда соответствующие отношения в опережающем порядке временно регулировались указами Президента, что объяснялось условиями переходного периода, отсутствием необходимых законов.

Конституционный Суд РФ в своих решениях исходил из того, что активное нормотворчество Президента обусловлено неразвитостью законодательной системы России, оно присуще начальному этапу переходного периода, имеет временный характер и не должно умалять прерогатив законодателя. Таким образом, Конституционный Суд недвусмысленно обосновал данное полномочие Президента как носящее кратковременный и притом вынужденный характер, обусловленный конкретно-историческими условиями начального этапа реформ в России.

В настоящее время законодательное регулирование в этой области создано и действует. Очевидно, принимая во внимание это обстоятельство и с учетом правовых позиций, сформулированных в свое время Конституционным Судом,

Президент воздерживается от издания такой разновидности нормативных указов в экономической сфере. И это очень важно. Таким образом, по мере становления развитой системы законодательства «опережающие» указы Президента сошли на нет.

Отметим при этом, что даже в период реформ Конституционный Суд был далек от признания конституционными всех действий Президента Российской Федерации в сфере правотворчества. Так, неконституционными были признаны положения Указа Президента Российской Федерации от 15 августа 1992 г. № 923 «Об организации управления электроэнергетическим комплексом Российской Федерации в условиях приватизации». Конституционный Суд подтвердил обязанность Президента Российской Федерации в соответствии со статьей 107 (часть 3) Конституции Российской Федерации подписать и обнародовать принятый Федеральный закон «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации». То есть в случаях, когда даже в условиях реформ и при большой степени целесообразности указы Президента не вписывались в конституционную парадигму, это получало соответствующую оценку Конституционного Суда.

Это свидетельствует о том, что даже в ситуации, когда было объективно обусловлено смещение компетенции от Парламента к Президенту в интересах осуществления реформ, Конституционный Суд, не отрицая эту целесообразность, оценивал ее пределы через призму конституционности и, исходя из необходимости поддержания разумного баланса властей на основе взвешивания конституционно защищаемых ценностей, обеспечил исполнение функции конституционного контроля.

4. Развитие правовых позиций Конституционного Суда и объективирование конституционно-оправданной целесообразности

Исполняя свои функции по защите конституционного строя, Конституционный Суд обеспечивает стабильность Конституции. Вместе с тем он осуществляет толкование положений Конституции с учетом конкретно-исторической ситуации и тем самым помогает ее приспособлению к изменяющейся действительности. Посредством таких интерпретаций и толкований предотвращается «омертвление» конституционного текста. Тем самым Конституция функционирует в качестве «живого» Основного Закона государства и общества. С этим связана возможность уточнения и пересмотра правовых позиций Конституционного Суда в новых условиях. Так, в Постановлении Конституционного Суда от 21 декабря 2005 года получили развитие правовые позиции Конституционного Суда по вопросам формирования высших исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, в том числе касающиеся участия в назначении на должность их руководителей законодательного органа государственной власти субъекта Российской Федерации. Данное решение связано с возникшим спором о конституционности замены прямых выборов губернаторов иным порядком, в соответствии с которым гражданин наделяется полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации по представлению Президента законодательным органом государственной власти субъекта Российской Федерации.

Конституционный Суд констатировал, что сделанный почти десять лет назад Конституционным Судом в Постановлении от 18 января 1996 года вывод о том, что, по смыслу статей 3 (часть 2) и 32 Конституции Российской Федерации, высшее должностное лицо, формирующее орган исполнительной власти, получает свой мандат непосредственно от народа и перед ним ответственно, был сделан с учетом действовавшего в то время правового регулирования. Он пришел к выводу, что тезис о прямых выборах главы исполнительного органа государственной власти субъекта Рос-

Актуальные проблемы конституционного правосудия

сийской Федерации как о порядке, адекватном статьям 3 и 32 Конституции Российской Федерации, не может быть истолкован как невозможность установления какого-либо иного порядка, удовлетворяющего содержанию права на свободные выборы и требованиям о необходимости достаточного баланса указанных конституционных ценностей. В итоге, осуществив детальный содержательный анализ оспариваемой нормы в системном единстве с другими нормами, Конституционный Суд признал, что новый порядок замещения должности не противоречит Конституции.

В этом Постановлении, фактически, была выработана концепция динамичной корректировки правовых позиций Суда. Конституционный Суд исходил из того, что положения Конституции Российской Федерации проявляют свое регулятивное воздействие как непосредственно, так и посредством конкретизирующих их законов в определенной системе правового регулирования, притом в развивающемся социально-историческом контексте. Поэтому правовые позиции, сформулированные Конституционным Судом Российской Федерации в результате интерпретации, истолкования тех или иных положений Конституции Российской Федерации применительно к проверявшемуся нормативному акту в системе прежнего правового регулирования и имевшей место в то время конституционной практики, могут уточняться либо изменяться с тем, чтобы адекватно выявить смысл тех или иных конституционных норм, их букву и дух, с учетом конкретных социально-правовых условий их реализации, включая изменения в системе правового регулирования.

В отсутствие возможности динамичной корректировки правовых позиций Конституционный Суд не мог бы играть роль некоторого «амортизатора», что особенно актуально в условиях кардинальных преобразований. Он должен обеспечить защиту принципа разделения властей от нарушений и перерождения (быть «константой разделения властей»), с одной стороны, и гибкость конституционных норм в контексте новой социально-экономической и организационно-уп-

равленческой реальности – с другой. Несмотря на то, что Конституционный Суд решает исключительно вопросы права, он обречен на поиск баланса конституционно защищаемых ценностей так, чтобы в императивных рамках юридического принципа не была перекрыта возможность для законодателя и исполнителя находить решение проблем на основе правомерного усмотрения и оптимальной политической целесообразности.

Эту функцию Суда можно обозначить как формирование (или, точнее, объективирование) конституционно-оправданной целесообразности. То есть Суд оценивает конституционность нормативных актов и компетенции органов государственной власти на основе интерпретации принципа разделения властей в его системной связи с другими конституционными принципами и ценностями с учетом конкретно-исторической ситуации и потребностей развития общества. Руководствуясь принципом соразмерности, Конституционный Суд взвешивает конституционно защищаемые ценности и, в конечном счете, находит их баланс. Выражением этого компромисса становится развитие правовых позиций и доктрины Конституционного Суда. Таким образом, отстаивая принцип разделения властей, Конституционный Суд не должен утрачивать разумную гибкость в его интерпретации. Его задача – с учетом меняющейся действительности всякий раз на основе базового принципа, каковым является разделение властей, отыскивать юридически целесообразный и справедливый компромисс, проявляя гибкость и поддерживая должный баланс между властями. Поэтому неизбежна интерпретация Конституционным Судом принципа разделения властей и конкретизирующих этот принцип положений Конституции, их буквы и духа.

Вообще, нормативное регулирование социальной жизни, определение содержания внешней и внутренней политики, в том числе экономической политики (то есть то, чем занимаются законодательная и исполнительная, но не судебная власть), по своей природе – как искусство возможного –

предполагает потенциальную возможность различных, порой альтернативных, вариантов решения тех или иных задач. С юридической точки зрения – это до некоторой степени зона «определенной неопределенности». При этом на практике многие вопросы, связанные с разделением властей и распределением компетенции между соответствующими органами, решаются подчас посредством политических согласований *ad hoc*, достигаемых без осознанной корреляции с буквой конституционных предписаний.

Проверяя закон на предмет соответствия Конституции, Конституционный Суд своими решениями не должен блокировать указанные существенные свойства нормативного регулирования. В противном случае он подменил бы органы другой ветви власти с присущей им дискрецией.

Без учета этих обстоятельств Суд не может находить адекватный баланс конституционно защищаемых ценностей как основу уравнивания и компромисса между ветвями государственной власти. Излишний формализм Суда, абсолютизация им буквы конституционных предписаний в отрыве от их духа могут дать обратные результаты.

Следует, однако, иметь в виду, что, как отмечалось, Конституция и основанные на ней решения Конституционного Суда оправдывают не всякую практику даже в период реформ. Для выживания конституционного строя необходимо, чтобы конкретные политические решения, вся внутренняя и внешняя политика проводились бы в рамках Конституции, в том числе принципа разделения властей.

5. Противоречие между принципом представительной демократии и принципом судебного контроля конституционности

Как известно, для органов законодательной и исполнительной власти осуществление сдержек по отношению друг к другу – это деятельность, производная от их основного предназначения и функций. Иными словами, в условиях

разделения властей это необходимый, но все же «производный» аспект их основной деятельности, определяемой их природой соответственно именно как законодательного или же исполнительного органа государственной власти.

Органу конституционного правосудия не свойственны ни законотворчество, ни исполнение законов. Он предназначен исключительно для осуществления судебной власти посредством конституционного судопроизводства по делам, возникающим из оспаривания нормативных актов, из споров о компетенции и по ряду других вопросов. Осуществление контроля конституционности в целях охраны Конституции, защиты основных прав и свобод человека и гражданина – это квинтэссенция конституционного правосудия.

Но при этом объективно возникает коллизия между принципом представительной демократии, согласно которому законы принимаются Федеральным Собранием – Парламентом как представительным и законодательным органом Российской Федерации, и противостоящим ему принципом судебного контроля конституционности, на основе которого Конституционный Суд правомочен признать неконституционным акт, идущий от народного представительства (строго говоря, данная компетенция Суда должна касаться и акта, принятого на референдуме, и тогда Конституционный Суд может быть вынужден принимать решение, отвергающее непосредственное волеизъявление населения).

Преодоление посредством конституционного правосудия неконституционного закона, т.е. акта представительной демократии, не всегда встречается с пониманием, особенно когда закон и решение Конституционного Суда затрагивают наиболее острые проблемы общества, по которым нет достаточной консолидации гражданской позиции. Примером может служить постановление Конституционного Суда Российской Федерации по вопросу о применимости смертной казни в России.

Пунктом 6 Раздела второго «Заключительные и переходные положения» Конституции России предусмотрено, что

«впредь до введения в действие федерального закона, устанавливающего порядок рассмотрения дел судом с участием присяжных заседателей, сохраняется прежний порядок судебного рассмотрения соответствующих дел». К моменту рассмотрения спора в Конституционном Суде суды присяжных были введены лишь в отдельных регионах РФ. Законодатель истолковывал пункт 6 переходных положений как позволяющий выносить смертные приговоры и без участия суда присяжных.

Конституционный Суд, однако, не согласился с таким буквальным пониманием законодателем переходных положений Конституции. Исходя из их телеологического толкования, Конституционный Суд пришел к выводу, что к тому времени (февраль 1999 г.) прошло более пяти лет, т.е. срок, достаточный для выполнения законодателем предписания абзаца пункта 6 ее Раздела второго «Заключительных и переходных положений» о принятии федерального закона, обеспечивающего реализацию закрепленной статьей 20 (часть 2) Конституции права обвиняемого в преступлении, за совершение которого установлена смертная казнь, на рассмотрение его дела с участием присяжных заседателей. В результате искажается конституционный смысл переходных положений, а временная норма фактически становится постоянно действующим ограничением. В таком качестве она противоречит положениям статей 19, 20 (часть 2) и 46 (часть 1) Конституции, которыми гарантируются основные права, такие как право на судебную защиту, на суд присяжных на основе принципа равенства перед законом и судом на всей территории Российской Федерации.

Конституционный Суд постановил: «С момента вступления в силу настоящего Постановления и до введения в действие соответствующего федерального закона, обеспечивающего на всей территории Российской Федерации каждому обвиняемому в преступлении, за совершение которого федеральным законом в качестве исключительной меры наказания установлена смертная казнь, право на рассмотрение его дела судом с

участием присяжных заседателей, наказание в виде смертной казни назначаться не может независимо от того, рассматривается ли дело судом с участием присяжных заседателей, коллегией в составе трех профессиональных судей или судом в составе судьи и двух народных заседателей». Отметим, что в Чеченской Республике Федеральным Законом было предусмотрено введение суда присяжных с 1 января 2007 г. Затем срок был продлен до 1 января 2010г. То есть возможность выносить приговоры к смертной казни откладывается по крайней мере на этот период.

Надо учесть следующее. В России конца XX века политики и законодатели, решая вопрос о будущем смертной казни как наказания за совершение особо тяжких преступлений против личности, сталкивались с отрицательным общественным мнением в отношении отмены этого вида наказания. На вопрос об отношении к отмене смертной казни все социологические опросы давали одинаковый – отрицательный – ответ, что не удивительно при столь большом количестве насильственных смертей в России. При таких обстоятельствах в то время решение Конституционного Суда – при всем его, на первый взгляд, компромиссном характере и неполноте решения проблемы – было смелым шагом, получившим неоднозначную оценку в обществе, а в массовом сознании – скорее отрицательную оценку.

Тем не менее решение состоялось. Конституционные гарантии были реализованы. И в настоящее время в России никто не может быть приговорен к смертной казни или казнен. А российский законодатель получил тайм-аут. Вполне возможно, что до возобновления в связи с введением суда присяжных конституционной и уголовно-процессуальной возможности приговаривать к смертной казни, он решит проблему ратификации европейских документов, в принципе ее запрещающих.

Итак, Конституционный Суд объективно выступает в качестве противовеса и сдерживания институтов представительной демократии и прежде всего законодателя, не давая

Актуальные проблемы конституционного правосудия

ему выходить за рамки конституционного поля. Тем самым обеспечивается функционирование демократии в соответствии с принципом верховенства права. С помощью конституционных форм контроля, т.е. легитимным путем, предотвращается возможность злоупотребления институтами демократии, когда в форму закона фактически облачается произвол.

Тем не менее важно понимать, что компетенция Конституционного Суда является мощным оружием, так как по существу он решает, будет ли действовать тот или иной акт, как понимать норму Конституции, кому принадлежит установленная Конституцией компетенция и так далее.

Таким оружием нужно пользоваться очень осторожно, чтобы не нарушить как баланс в отношениях Конституционного Суда с законодателем, так и баланс конституционно-значимых ценностей в правоотношениях, урегулированных оспариваемой нормой. А если орган конституционного правосудия будет постоянно нарушать эти балансы, вполне закономерным будет возникновение вопроса об избыточности, излишней широте его прерогатив. И тогда «маятник» может качнуться в другую сторону, лишив орган конституционного правосудия возможности эффективно выполнять функцию по защите конституционного строя.

6. Необходимость разумного самоограничения Конституционного Суда

Конституционный Суд должен сдерживать себя не ради себя, а для защиты конституционно-значимых ценностей, для того, чтобы, как отмечалось выше, продолжать быть «константой разделения властей». Это ставит вопрос о необходимости разумного самоограничения Конституционного Суда.

Рассмотрим, какие формы такого самоограничения применяются в российской практике конституционного правосудия.

«Динамическая корректировка правовых позиций» и «формирование (объективирование) конституционно-оправданной целесообразности» в этом смысле, отметим, выполняет двоякую роль. С одной стороны, поскольку речь идет о возможности гибко корректировать позиции, это форма обеспечения самостоятельности суда при решении дела. С другой стороны, поскольку по крайней мере практика этих приемов деятельности в настоящее время направлена на отказ от признания неконституционными тех или иных положений нормативных актов, это проявление разумного самоограничения Суда.

Достаточно часто применительно к самоограничению Конституционного Суда применяется термин «деликатность» (в том числе и автором данного доклада). В широком смысле слова «деликатность» и «самоограничение» применительно к деятельности Конституционного Суда, безусловно, синонимы. Однако в более узком смысле термин «деликатность» может применяться к более четко очерченной ситуации: когда Конституционный Суд все-таки дезавуирует позицию законодателя, но по форме делает это в тактичной, сдержанной манере, без излишнего обличающего пафоса, как бы пытаясь понять принявший неконституционную норму орган, но не имея возможности согласиться с ним. Собственно, в духе деликатности приняты все постановления Конституционного Суда о признании норм федеральных законов неконституционными. Поэтому в узком смысле о деликатности можно говорить как о самоограничении Суда именно по стилю решения.

Какие же еще формы самоограничения Суда – уже в содержательном плане – могут быть названы?

Решение Конституционного Суда, признающее положение нормативного правового акта утратившим юридическую силу, не всегда означает буквальное исключение этого положения из нормативно-правового акта. Конституционный Суд может определить пределы действия этого положения. Характерным примером является Постановление Конституци-

Актуальные проблемы конституционного правосудия

онного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности статьи 12 Закона СССР от 9 октября 1989 года «О порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов)», в пункте 1 резолютивной части которого было определено, что установленный частью первой статьи 12 данного Закона запрет забастовок на предприятиях и организациях гражданской авиации соответствует Конституции Российской Федерации в той мере, в какой право на забастовку отдельных категорий работников может быть ограничено согласно статье 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны, безопасности государства. Имелось в виду, что диспетчеры, как обеспечивающие право на передвижение, бастовать не могут, а например, работники буфетов и иной персонал, обеспечивающий не само передвижение, а комфорт – может.

Право Конституционного Суда определять пределы неконституционности нормы имеет большое значение для реализации его полномочий. Если бы такой возможности не было, он вынужден был бы либо сохранять частично неконституционную норму полностью действующей, либо признать норму, в значительной степени конституционную, неконституционной и утратившей силу. Оба подхода не согласуются с принципом разделения властей, противоречат природе конституционного правосудия. Принцип разумной достаточности при принятии решений Конституционным Судом как раз состоит в том, что Суд не должен фактически формулировать (определяя пределы сохранения в правовом поле) правило конституционного права шире, чем того требуют факты и обстоятельства, к которым оно будет применено, но в то же время, не должен его формулировать и уже.

В деятельности Конституционного Суда Российской Федерации есть практика, когда признавая положение неконституционным, он, тем не менее, устанавливает, что «данная

норма утрачивает силу по истечении шести месяцев с момента провозглашения настоящего Постановления». Такие решения принимаются Конституционным Судом в том случае, если негативные последствия для общественно-значимых интересов в случае немедленной отмены нормы превышают негативный эффект. В основном, такие ситуации связаны с ситуацией признания неконституционной нормы о налогах или признанием неконституционными ограничений социальных выплат, исчисляемых от заработной платы. Основана данная позиция на понимании того, что любые бюджетные расходы, обеспечиваемые доходами, в демократическом правовом социальном государстве служат удовлетворению потребностей граждан, при этом права и законные интересы граждан должны быть, соответственно, сбалансированы.

В практике Конституционного Суда распространены случаи, когда вместо признания нормы неконституционной суд дает ее конституционное истолкование, определяя тот ее смысл, в котором она может применяться. Фактически, в данном случае Конституционный Суд исходит из необходимости обеспечения стабильности правовой и управленческой систем, поскольку признание нормы неконституционной уже само по себе является формой указания на недостатки деятельности принявшего ее органа, то есть своеобразной конституционной ответственностью этого органа. Лишение Конституционного Суда возможности действовать таким образом противоречило бы его правовой природе как органа, обеспечивающего высшую юридическую силу Конституции, так как ставило бы его перед необходимостью либо признавать норму конституционной в любом смысле, либо, признав ее неконституционной, нанести в ряде случаев общественным отношениям больший вред, чем пользу.

Необходимо признать, что конституционное истолкование нормы имеет иное правовое значение, чем официальное аутентичное толкование нормы закона самим законодате-

лем. Если в последнем случае законодатель уясняет и разъясняет данную норму, что не влияет на саму возможность ее действия, то конституционное истолкование Конституционным Судом, фактически, подтверждает возможность применять ее и дальше, но в определенном Конституционным Судом смысле.

В ряде случаев даже констатируя неконституционность акта, Конституционный Суд не признает его официально неконституционным. Например, при рассмотрении дела о проверке конституционности Федерального закона «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации» по запросу Президента Российской Федерации (Постановление от 20 июля 1999 года) Конституционный Суд констатировал, что «при принятии решения об одобрении Закона в Государственной Думе имело место голосование за отсутствовавших в заседании депутатов, и тем самым было нарушено предписание Регламента о необходимости личного голосования. Между тем соблюдение этого предписания, как направленного на урегулирование существенных элементов порядка принятия федеральных законов, по смыслу статьи 101 (часть 4) Конституции Российской Федерации, является обязательным».

Однако Конституционный Суд был вынужден признать, что: голосование депутатов за отсутствующих коллег с помощью их карточек для электронного голосования не является единичным случаем, не составляет исключения, а превратилось в сложившуюся, устойчивую практику при принятии законов Государственной Думой; при этом голосование за отсутствующих депутатов признавалось всеми участниками законодательного процесса, в том числе Президентом Российской Федерации (которым ранее в Конституционном Суде Российской Федерации не оспаривались по порядку принятия какие-либо другие законы, принятые с нарушением положения о личном голосовании); результаты голосования не были оспорены и кем-либо из

депутатов Государственной Думы, в том числе фактически отсутствовавшими, но зарегистрированными как голосовавшие.

Однако самым важным аргументом против признания закона неконституционным было то, что «признание оспариваемого Закона не соответствующим Конституции Российской Федерации по порядку принятия в связи с нарушением депутатами Государственной Думы принципа личного участия в голосовании давало бы возможность поставить под сомнение конституционность и других ранее принятых федеральных законов. Такой результат противоречил бы целям конституционного судопроизводства, каковыми являются защита основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечение верховенства и прямого действия Конституции Российской Федерации». Поэтому Конституционный Суд «воздерживается от признания Федерального закона “О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации” не соответствующим Конституции Российской Федерации по порядку принятия несмотря на нарушения, имевшие место в Государственной Думе при его одобрении в ранее принятой редакции».

Наконец, на самоограничение Конституционного Суда направлена сама методология оценки оспариваемой нормы, основанная на презумпции конституционности. То есть Суд методологически изначально признает закон конституционным, и только в ходе применения системы аргументации может быть выявлено иное.

Самоограничение Конституционного Суда (особенно отмеченное в позициях с первой по четвертую) при этом не распространяется на ситуацию, когда затрагиваются основные права и свободы, и при этом речь идет не о балансе прав и законных интересов разных лиц, а о противопоставлении права и законного интереса гражданина, с одной стороны, и какого-либо иного интереса, с другой стороны. Судебный

контроль за соблюдением основных прав и свобод, вне всякого сомнения, является прерогативой и важнейшей функцией Суда. И степень, в которой тот или иной конституционный спор о разделении властей затрагивает права и свободы, на практике может быть весьма различной. Чем права и свободы больше затронуты в деле, тем в большей степени оправдано и уместно вмешательство Суда, и в меньшей мере реализуется самоограничение.

7. Реализация принципа разделения властей – это вопрос не только юридический, но и политический

Конституционный Суд может истолковать, что в силу этого принципа следует из тех или иных положений Конституции, т.е. что должно быть по праву и что в практике этому противоречит. Но реальное исполнение предписаний Конституции в ее истолковании, данным Конституционным Судом, от самого Суда уже мало зависит. Здесь многое связано с готовностью властей осуществлять свои полномочия на основе указанного принципа, не допускать противоборства и конфликтов, а в случае возникновения споров о компетенции разрешать их посредством конституционного правосудия, при этом будучи морально готовыми исполнить его решения, даже принятые не в их пользу.

Способность органов государственной власти и всего общества подчиняться решениям Конституционного Суда, напрямую затрагивающим полномочия и компетенцию Президента, Федерального Собрания и Правительства, является необходимым условием реализации принципа разделения властей.

Одним из необходимых условий предотвращения конфликтов, возникающих в поле разделения властей, в особенности в обществах с отсутствием прочных традиций конституционализма, является стабильность Конституции и адекватная конкретизация в ней и в основанных на ней законах

принципа разделения властей. Речь идет о закреплении статуса и полномочий органов законодательной, исполнительной и судебной власти, формы и процедуры их взаимодействия и взаимоконтроля, системы сдержек и противовесов, а также мер конституционной ответственности. Нередки утверждения, что в Конституции России 1993 года была изначально заложена определенная несбалансированность ветвей власти. Это по привычке рождает желание изменить текст Конституции.

Но всякое изменение Конституции может породить новые ситуации различной оценки конституционного баланса властей. Нет смысла их преумножать. А имеющиеся проблемы (в том числе разумного сочетания конституционных предписаний и динамично развивающейся целесообразности) надо разрешать посредством иных правовых инструментов, прежде всего через интерпретацию и толкование Конституции. Роль доктрины и судебной практики – существенный фактор, чтобы преодолеть возможные недоработки Конституции и законов и ориентировать правотворчество и правоприменительную практику на выполнение требований Конституции.

Только такой подход, активно реализуемый в решениях Конституционного Суда, будет способствовать упрочению принципа разделения властей и верховенства Конституции, ее роли как высшего легитимирующего акта. В этом процессе укрепляется и положение Конституционного Суда как официального толкователя и хранителя конституционного принципа разделения властей.



Г. Арутюнян

*Председатель Конституционного Суда РА,
доктор юридических наук, профессор*

Конституционная культура XXI века и новые вызовы системного развития конституционной юстиции

Тенденции развития конституционного права в новом тысячелетии выдвигают на первый план задачу такого разграничения властей, которое обеспечит в динамике сбалансированность функций и полномочий независимых конституционных институтов, не допустит слияние политических, экономических и административных сил, что приводит к искажению основополагающих конституционных ценностей и становится препятствием конституционализации общественной жизни. Основной же задачей конституционной диагностики станут выявление, оценка и восстановление всяких нарушений функционального конституционного баланса, и обеспечение динамичности общественного развития в условиях глобализации. Это является одним из основных требований конституционной культуры 21-ого века.

Новое тысячелетие бросило человечеству ряд вызовов, из которых особенно важны, с одной стороны, определенная универсализация ценностей, подходов, представлений, цивилизационных ориентаций, социальной оценки человеческого бытия, с другой стороны - проблема сохранения многообразия человеческой природы, качеств идентичности и их воспроизводство в динамичной гармонии.

Глобализация в сфере права проявляется не только в возрастании роли международного права, но и в новых тенден-

циях развития национальной правовой культуры на основе всеобщих правовых ценностей и принципов. Ценностно-системный стержень этих процессов в 21-ом веке состоит именно в том, что сегодня нет альтернативы демократического развития социального общества. Эта получившая всеобщее признание реальность стала сегодня основой международных и национальных правовых систем.

Современные процессы глобализации выдвигают равноценные задачи также тенденциям развития конституционной культуры, основополагающих конституционных ценностей и принципов, что, в свою очередь, определяет характер и направленность развития системы конституционной юстиции.

Для социального общества краеугольными ценностями становятся правовое государство, народовластие, верховенство права, достоинство человека, свобода, конституционная демократия, разделение и сбалансированность властей, общественное согласие, равенство, справедливость, толерантность, плюрализм, недопущение дискриминации, правосудие и т.д., которые в свете основных тенденций развития цивилизаций не имеют альтернативы и являются ценностями, определяющими настоящее и будущее человеческого общежития.

В то же время уровень их восприятия, гарантирования и обеспечения обусловлен характером всей системы социальных ценностей каждой конкретной страны, качествами национальной идентичности, приоритетами сосуществования и развития.

Стержневая задача конституционного развития в том, насколько общее и особенное осмысляются и становятся для конкретной страны гармонизированными конституционными ценностями, и насколько эти ценности становятся живой реальностью для всех членов данного общества.

Аксиоматичная истина, что Конституция, основополагающие конституционные ценности и принципы не могут стать импортируемым и экспортируемым товаром. Они для данной страны, данного социального общества являются исторически осмысленными, глубоко осознанными реалиями. Я

Актуальные проблемы конституционного правосудия

провел анализ аксиологических особенностей конституций 140 стран мира. Невозможно найти две абсолютно одинаковые в этом плане конституции. В преамбуле, нормах-принципах или в конкретных отдельных статьях Конституции каждой страны определены ценностно-системные особенности данного общества. Хорошим примером могут служить также преамбула и положения главы 1 Конституции Южной Кореи.

Анализ также показывает, что на конституционно-текстовом уровне складываются общие признаки и тенденции развития современной конституционной культуры. Однако конституционная культура приобретает новое качество именно в тех общественно-государственных системах, **где наряду с Конституцией общественной реальностью является и конституционализм**, где конституционные нормы и принципы являются живущими ценностями, сформировалась необходимая и достаточная среда конституционной демократии, в которой конституционные права человека и гражданина действуют непосредственно и имеется адекватная система конституционного контроля. В подобных системах Конституция является не орудием в руках государственной власти, а **Основным Законом гражданского общества**, средством гарантирования гармоничного и стабильного развития этого общества, не только устанавливая основные правила поведения, но и ставя пределы власти, ограничивая ее правом.

Из этого общего правила исходит понятие **“демократическая конституционная культура”**, которая характерна демократическим общественным системам, где гармонизированы также качества национальной и общечеловеческой культуры. Причем, Конституция и конституционализм не могут рассматриваться в узком правовом аспекте, в контексте прагматических правоотношений или абстрактных понятий. И первое, и второе – глубокие культурные явления, имеют глубокие ценностно-системные взаимообусловленные корни, четкие цивилизационные ориентиры и уровень их осмысления, восприятия и познания.

Многие наверно, помнят, что на состоявшемся в Сантьяго в 2004 году Конгрессе Международной ассоциации конституци-

онного права стержнем обсуждений стала тема “Конституционализм: новый мир, старые доктрины”. Одним из сделанных важных заключений было то, что не может быть всеобъемлющей и идеальной Конституции. Она является ценностно-системным обобщением любого общества, в основу которого обязательно должны быть положены также определенные принципы и подходы, удостоившиеся признания международным конституционализмом. В тех системах, где конституционная демократия еще находится в эмбриональном состоянии, главная задача конституционных развитий заключается в избегании деформаций основных принципов и ценностей, осознание того, что конституционное государство формируется равноценной конституционной культурой общества.

В аспекте современных достижений цивилизации основной характеристикой конституционной культуры является то, что **Основной Закон страны должен включать всю систему глубинных, устойчивых ценностей гражданского общества, гарантировать их стабильную, надежную защиту и воспроизводство, быть самодостаточным.** Эти ценности, в свою очередь, формируются на протяжении веков: каждое поколение переосмысляет их и в своей доле гарантирует продолжительность развития. Удача сопутствует тем нациям и народам, у которых эта цепочка не прерывается или не искривляется серьезно. Следовательно, понятие **“конституционная культура XXI века” может быть охарактеризовано как исторически сформировавшаяся, устойчивая, обогащенная опытом поколений и всего человечества определенная ценностная система убеждений, представлений, правосознания, являющихся основой социального общества в процессе установления и гарантирования общественным согласием основополагающих правил поведения.**

Конституционная культура – это не абстрактное понятие, она проявляется во всех сферах бытия социального общества. Это, в первую очередь, выявляет, какая ценностная система заложена в основу общественных отношений и деятельности государственных властей. Уровнем конституционной культуры обусловлены смысл и содержание конституционных

решений, их прогрессивный характер. Конституционная культура находит свое предметное проявления в принятых законах и иных правовых актах, соблюдении основных принципов международного права, в политической системе государства, деятельности политических институтов и органов власти, их взаимоотношениях, в общественном статусе личности, ее правоспособности.

Уроки истории и вызовы времени безоговорочно свидетельствуют, что главным критерием оценки уровня конституционной культуры в новом тысячелетии является уровень конституционной демократии в стране, а его рост – главное требование конституционного развития.

История армянского народа также содержит поучительные примеры формирования конституционной культуры, которым я посвятил отдельную монографию¹. Хочу упомянуть лишь, что после принятия христианства в качестве государственной религии в 301 году в армянской действительности первые акты, имеющие конституционный характер, были приняты еще в 365, 444, 488 годах национально-церковными собраниями, а также в последующие века. Памятно то, что в 8-ом веке Католикос Ованнес Одзнецци, обобщив принятые в прежние века канонические конституции, составил Армянский свод канонов или в современном понятии - Основной Закон. Изучив порядок принятия этими собраниями канонических конституций, а также конституционно-правовой характер принятых норм, можно сделать несколько важных выводов:

- 1) эти собрания порядком их созыва, представительным характером, процедурами проведения, правомочием могут считаться учредительными собраниями;
- 2) в основу принятых норм положены всеобщие христианские ценности с национальным восприятием и познанием;
- 3) канонические конституции считались Основным Законом для всего народа и сыграли главную роль для общества не только в условиях существования государственности, но и в условиях ее потери. А армянский народ потерял свою государственность на протяжении многих веков.

¹ См. Арутюнян Г. Конституционная культура: Уроки истории и вызовы времени. - Ереван, 2005г.

Достойны также внимания приведенные еще в 1184 году в введении к Судебнику Мхитара Гоша обоснования необходимости написания Судебника, суть которых, в частности, заключается в том, что:

- зло в людях, зло вообще стало могущественным, и для предотвращения ненависти и утверждения любви необходим Судебник;

- из-за лени люди не упражняются в законах, несведущи в законах, вследствие этого их решения тоже неправильны или отклоняются от закона, следовательно, Судебник необходим, чтобы вывести их из этого состояния;

- Моисеевы законы, писания пророков и Евангелие, будучи уже раз сделаны, так и остались неподвижными, между тем поведение и нравы людей различны и меняются со временем, в отношении народов и стран. Следовательно, нужен такой судейник, который отражал бы эти изменения;

- раньше Святой Дух воздействовал на людей и способствовал свершению справедливого суда, и Дух был законом, начертанным в сердцах людей, следовательно не было нужды в письменном законе. Ныне, когда Святой Дух не имеет того воздействия и люди «совратились» от христианского братолюбия, правдивости, поэтому решил написать этот Судебник;

- судебные дела кончаются присягой, но зло в людях умножилось, и они, несмотря на то, что клятва запрещена Богом, все же к месту и не к месту клянутся и часто – лживо. С целью восстановления нарушенного законного порядка был написан Судебник;

- судейник должен был установить законность и порядок, **чтобы правосудие было беспристрастным, неподкупным и справедливым.**

Еще раз повторю – эти суждения сделаны еще в конце 12 века.

Особого внимания достойно то обстоятельство, что политико-правовая концепция Мхитара Гоша базируется на теории естественного (божественного) права, основные принципы которой – равенство людей (перед Богом), свобода, право на жизнь, неприкосновенность собственности и т.д.

Актуальные проблемы конституционного правосудия

Он считал, что **позитивное право должно исходить из принципов естественного права, которые устойчивы и неизменны**, а позитивное право создается людьми, **и на нем ставят свою печать время и конкретные общественные условия**. Подобное глубокое восприятие понятийных отличий права и закона, осознание необходимости исхода правовых решений из всеобщих ценностей и конкретных общественных условий даже в наши дни часто отсутствуют.

Не хочу злоупотреблять вашим вниманием, однако считаю необходимым обратиться также к написанной Акопом и Шаамиром Шаамирянами еще в 1773-1788 годах Конституции, которая состоит из 521 статьи, основана на принципе разделения властей, имеет в основе принцип верховенства права². Обращаясь к принципам власти народа, верховенства права, представительной демократии, разделения и функциональной независимости властей, социальной защищенности человека, вплоть до конституционного правосудия и иных основополагающих конституционных принципов, акцентируется то, что только “плоды древа права и правосудия” могут стать основой добропорядочного образа действия “справедливых правительств”. Счастье индивидуума и общества в справедливости и законности, имея исходной точкой девиз “вести нашу жизнь по закону и справедливости”. Таков великий завет этой Конституции, которая получила название “Западня тщеславия”.

Более чем современно также другое обобщение введения “Западни тщеславия”: “...насколько больше **доброты** нам надо, **чтобы мы усмиряли нашу жизнь законом и свободой**, чтобы стали достойны поклонения Господу...” (подчеркнуто мною – Г.А.). А эти законы должны диктоваться “...гармонично природе человека, в угоду нашей разумной душе”.

Уроки истории явно свидетельствуют, что закон, тем более Основной, может осуществлять свою миссию удачно, если его стержень – человек с его социальной сущностью, качествами идентичности, степенью познания, гражданской зрелостью, правовой культурой и стремлениями реализации своей созидательной сущности.

² См. Авакян Р. Памятники Армянского права. - Ереван, 2005. - С. 570-640.

Очевидно также, что в современных условиях правовой глобализации сколь важное значение не придавалось бы роли всеобщих ценностей и международного права, имплементации последнего в национальное право, эта имплементация не может быть заменена изменением национальной правовой системы методом имплантации, искусственной прививки. Только органическое слияние и ценностно-системная гармонизация могут констатировать положительные достижения. Особенно на национально-государственном уровне конституционно-правовые ценностные системы формируются на протяжении веков, включают всю систему правовых норм, традиций и обычаев, и они лежат в основе сохранения качеств самобытности и идентичности. Следовательно, **конституционная культура не может быть ненациональной**. В равной мере она не может не быть также носителем всеобщих человеческих ценностей. Следовательно, в первую очередь, Конституция призвана обеспечивать гармонию наднационального и национального, разумное сочетание общечеловеческих ценностей и национальных особенностей, имея целью обеспечить необходимую среду развития данного конкретного социального общества.

Следовательно, главная задача гарантирования верховенства Конституции сводится к гарантированию этой гармоничной ценностной системы. Эта задача обуславливает также ощутимые различия моделей и форм судебного конституционного контроля в разных странах.

Во всем мире высшей задачей конституционного контроля является гарантирование верховенства Конституции. Сегодня в 110 странах мира оно осуществляется по европейской модели - посредством специальных органов судебного конституционного контроля, а в 48 странах – по американской модели. Однако в условиях той же европейской модели особенности настолько многообразны, что трудно рассматривать их в одной плоскости. При этом возникают логические вопросы:

- насколько исторически необходимо было создание конституционных судов?

Актуальные проблемы конституционного правосудия

- каковы основные характеристики их системной роли в новом тысячелетии?

В поисках ответов на эти вопросы мы попытались обратиться также ко всезнающей природе и провести сравнительный анализ. За последние десятилетия научная мысль в сфере микробиологии и медицины сделала ряд серьезных обобщений, которые исключительно важны также с точки зрения системного изучения основных принципов и механизмов внутренней самозащиты общественного организма, обеспечения устойчивости конституционно закрепленного функционального баланса.

Почти к аксиоматичным принципам причисляется то, что:

- более совершенной системой внутренней самозащиты наделен человеческий организм, иммунная система которого формировалась на протяжении почти двухсот миллионов лет;

- функционирование иммунной системы человека, а также иных сложных биологических систем охватывает весь организм, имеет иерархический и самоуправляемый характер;

- каждая клетка организма наделена определенными ресурсами самозащиты, когда они иссякают, подключаются защитные системы других взаимосвязанных структурных элементов организма;

- главная миссия иммунной системы – сохранение естественного баланса и устойчивости во всем организме, поскольку невозможность восстановления нарушенного баланса становится причиной накопления отрицательной энергии и иррационального воспроизводства мутированных клеток;

- физиологический баланс, иммунная и нервная системы организма находятся в стабильном гармоничном состоянии;

- любая патология активизирует и вводит в действие всю систему самозащиты;

- число иммуноглобулинов, всегда существующих в определенном количестве, при защитной реакции возрастает до количества, необходимого для полноценного осуществления защитной функции. Однако если защитная способность недостаточна для восстановления функционального баланса,

создается патологическая ситуация, требующая экзогенного вмешательства;

- развитым иммунным системам характерны четкость и рациональность самозащиты, последовательность целенаправленных, “запрограммированных” действий для обеспечения целостности и гармоничности функционального баланса клеточной системы и всего организма;

- любая динамически развивающаяся система должна иметь равноценную подсистему обеспечения внутреннего функционального баланса и самозащиты;

- логика функционирования иммунной системы состоит в следующем:

а) выявление нарушенного баланса;

б) определение характера нарушения и выбор стратегии и средств для преодоления дисбаланса;

в) гарантирование недопущения нового нарушения при восстановлении баланса.

Эти принципы, которые мы на протяжении многих месяцев изучали вместе с медиками, биологами, специалистами системного управления, формировались, как указывалось, на протяжении миллионов лет - параллельно развитию живого организма. Человеческое общество существует всего несколько тысяч лет, и как единый организм, как сложная система еще не достигло уровня системного совершенства и гармонии. Лишь пример XX века, который вследствие общественных катаклизмов унес более 130 миллионов человеческих жизней, а также сегодняшняя волна международного терроризма, нерешенные региональные конфликты являются ярким свидетельством наличия общественной иммунной недостаточности. Не случайно также, что возникновение необходимости формирования специализированных институтов судебного конституционного контроля совпадает с периодом первой мировой войны, а их системное развитие стало реальностью после второй мировой войны.

Мы приходим к выводу, что человечество в определенной мере “подсознательно” приближается к проблеме формирования **качественно новой иммунной системы обществен-**

ного организма. XX век убедительно доказал, что **вера, традиции, нравственные нормы, вся ценностная система общественного поведения, иные механизмы системной самозащиты неполноценно обеспечили динамический баланс и устойчивость развития общества в условиях новых реалий.** Основные вызовы современности заключаются именно в том, чтобы с учетом вышеизложенных принципов сформировать дееспособную систему внутренней самозащиты общественного организма.

Можно также констатировать, что конституционный контроль становится одним из стержневых элементов самозащиты гражданского общества и правового государства. Конституционный контроль выступает в сфере “сдержек и противовесов”, а ее главная задача - постоянное, непрерывное и системное выявление, оценка и восстановление нарушенного конституционного баланса. **Конституционный контроль не допускает иррациональное воспроизводство функциональных нарушений или накопление отрицательной общественной энергии,** которая, достигнув критической массы, может привести к новому качеству посредством взрыва. На практике это выбор между динамическим, эволюционным или революционным развитием со всякими окрасками и последствиями системных катаклизмов.

Действие целостной системы конституционного контроля призвано гарантировать конституционную стабильность и исключить общественные катаклизмы, опираясь, в первую очередь, на такие общепринятые конституционные принципы, как народовластие, верховенство права, разделение властей и т.д.

Следовательно, функционально дееспособные и полноценные конституционные суды своими правовыми позициями призваны придать реальное содержание конституционным ценностям. Только так возможно гарантировать верховенство и непосредственное действие Конституции демократической страны, что является также одним из характерных особенностей конституционной культуры 21-го века.

Constitutional culture of XXI century and new challenges of system development of the constitutional jurisdiction

G. Harutyunyan

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

Summary

While analyzing the problem of interconnectivity of the development of the constitutional culture with the tasks of guaranteeing the supremacy of the Constitution in the new millennium, the author comes to the conclusion that the mankind “subconsciously”, to some extent, has reached the problem of forming qualified new immune system of social organism. The 20th century has proved that the belief, traditions, moral norms, the whole value system of social conduct, other mechanisms of system protection of insufficiently ensured the dynamic balance and the sustainability of the development of the society in the conditions of the new reality. The main challenges of the present are said to ensure the formation of capable system of internal self-defense of social organism.



Р. Папаян

*судья Конституционного Суда
Республики Армения*

Характер взаимосвязи определений государства как «социальное» и «демократическое»

Конституционные автохарактеристики современных государств, как правило, включают в себя четыре определения: суверенное, правовое, демократическое, социальное. Смеем утверждать, что из этих определений первые два избыточны, ибо заключены в самом понятии «государство». Действительно, государство суверенно по определению, несuverенное образование не является государством, даже если в нем существуют и в определенных рамках функционируют все необходимые для государства органы власти.

Термин «правовое государство» более расплывчат, поскольку вовсе не изжита тенденция отождествления закона и права. Так, в «Журнале российского права» (1999, No. 3/4, с. 80) читаем: «В теоретическом плане разделение понятий права и закона невозможно», «право и закон образуют тождество»; «Презумпция существования “неправовых” законов ослабляет регулятивную роль закона и, следовательно, препятствует государству и его институтам в выполнении правоохранительной функции». Логическим продолжением такого хода мыслей является отрицание презумпции существования неправового государства. Следовательно, под термином «правовое государство» зачастую понимается наличие законов и их верховенство; в этом смысле (и только в этом!) государство не может быть неправовым: любое государство формирует свое правовое поле в форме законов, и

вряд ли кому придет в голову спорить с Аристотелем, согласно которому при отсутствии власти законов не может быть речи о какой-либо форме государственного строя. В подобном понимании понятия «суверенное государство» и «правовое государство» не только взаимосвязаны, но и во многом как исходят друг из друга, так и покрывают друг друга: государство суверенно хотя бы потому, что лишь оно может принимать и вводить в действие законы по всей территории своей юрисдикции, устанавливая внутри себя единый правопорядок и поддерживать его.

Таким образом, характеристики «суверенное» и «правовое» являются **признаками** любого государства в том смысле, что они **обязательны**, ими обусловлен факт существования государства, они достаточны для признания определенного этно-территориального образования государством.

Иначе обстоит дело с двумя другими определениями, входящими в вышеперечисленную четверку конституционных автохарактеристик государств: «демократическое» и «социальное». Прежде всего следует сказать, что само конституционное закрепление характеристики «демократическое», по-видимому, становится необходимым в силу возможности вышеуказанного прочтения понятия «правовое»: ведь если было бы столь однозначно понимание этого термина как соответствие законов общепринятым правовым установкам, правам и свободам человека, то не было бы нужды еще и определять государство как демократическое, ибо это и есть демократия. Другим фактором, делающим необходимым конституционное закрепление характеристик «демократическое» и «социальное», является то, что они не обуславливают факт существования государства: как тоталитарное, так и «несоциальное» государство тем не менее является государством в силу достаточности для этого двух первых характеристик: суверенитета и наличия в государстве правового поля в виде законов. В отличие от суверенитета и наличия правового поля, являющихся признаками государства, характеристики «демократическое» и «социальное» можно назвать **принципами** общественно-государ-

ственного устройства. Они **факультативны** и во многом зависят от воли властных структур и степени воздействия на них политических и общественных институтов, действующих в стране и формирующих общественное сознание. Однако именно факультативность и подобная зависимость делают чрезвычайно важным их конституционное закрепление.

Но специфика признаков демократичности и социальности не исчерпывается этим.

Во-первых, в отличие от взаимообуславливающих и во многом покрывающих друг друга признаков «суверенное» и «правовое», принципы демократичности и социальности в определенном смысле требуют взаимной сбалансированности. Дело в том, что в современное понятие демократического устройства страны входит и демократичность в организации ее экономики, иначе – свободный рынок, свободная экономическая конкуренция, право частной собственности, право получать прибыль и свободно распоряжаться ею как своей законной собственностью, то есть требования, на которых зиждется современный либерализм. Между тем осуществление социальной функции государства связано, прежде всего, с перераспределением доходов. Современный либерализм, к сожалению, ориентирован на удовлетворение человеческих сугубо материальных потребностей и пристрастий, которые не просто изменчивы, а изменчивы в сторону расширения до безграничности: удовлетворение одних потребностей ведет к появлению новых и так без конца. В условиях такого бездуховного либерализма перераспределение доходов, полученных определенным лицом, естественно, воспринимается им как ущемление его прав для удовлетворения чьих-то, пусть минимальных, потребностей за счет его максимальных. От этого, собственно, и возникает стремление данного лица к сокрытию реальных доходов и переводу по крайней мере части своей экономической деятельности в теневое поле.

Во-вторых, принцип социального государства не является исходным, он – следствие в том смысле, что его необходимость стала ощутимой как раз в условиях демократичес-

кой экономики, то есть конституционный принцип социального государства является необходимым «продуктом» демократии. Но обратим внимание на парадокс: являясь «продуктом» демократии, принцип социального государства является в определенном смысле фактором, сдерживающим демократию и рыночную экономику, всегда стремящуюся к максимуму прибылей. Посему демократию и социальность следовало бы рассматривать не в плане их противопоставления и даже антагонизма, а в том же контексте взаимного сдерживания и баланса, в каком мы рассматриваем взаимодействие ветвей власти. В этом случае крен в сторону демократии или простое устранение социальности из основных характеристик государства как следствие имеет перенесение действующего в животном и растительном мире дарвиновского закона «естественного отбора» в человеческое общество. Крен же в сторону социальности чреват опасностью устранения демократичности, в результате чего понятие «социальное государство» трансформируется в понятие «социалистическое государство» в том смысле, в котором мы его уже имели, или в его крайнее проявление – в коммунистическую утопию. Не случайно, что в противостоянии либерального мира так называемому социалистическому лагерю либеральный мир настаивал на гражданских и политических правах, а Советский Союз и его сателлиты – на гордом утверждении о соблюдении ими социальных прав и, в первую очередь, права на труд (естественно, не акцентируя превращение этого права в трудовую повинность – наличие уголовной статьи о тунеядстве), на так называемое бесплатное лечение и пр. Об истинности опасений усиления тоталитарных составляющих в сфере экономики, а следовательно, и в других сферах жизнедеятельности государства при подобном «крене» в сторону социальности свидетельствует советская практика превращения права на труд в трудовую повинность (наличие уголовной статьи о тунеядстве), на так называемое бесплатное лечение и пр. Но напомним о главном: оба «крена» в конечном итоге являются реальной угрозой для истинной демократии.

В плане сопоставления таких признаков государства, как демократическое и социальное, немаловажно также то, что и в условиях либерализма политические силы любой страны сосредоточивают свои усилия в рамках демократии. Причем силы, еще не вошедшие во властные структуры, ратуют, как правило, за такие составляющие демократии, как политические и гражданские свободы, силы же, уже пришедшие к власти, смещают акцент на ту составляющую демократии, которую называем рыночной экономикой. Подчеркнем, однако, что сугубо социальные проблемы и в том и в другом случаях оказываются на периферии, и разговоры о них – не более чем политическая фразеология.

В противовес политическим силам и государственной власти, принцип социального государства и все его составляющие являются той частью прав человека, которой наиболее заинтересованы граждане страны. И впрямь, такие права, как политические свободы, свобода мысли, слова и убеждений, неприкосновенность личности, презумпция невиновности и пр. (чем особо заняты все национальные и международные институты), хотя и чрезвычайно важны сами по себе, но хотим мы того или нет, нам следует согласиться, что в нормальном государстве и вообще в нормальном обществе эти проблемы волнуют небольшую часть населения. Вместе с тем бесспорно, что социальные вопросы непосредственно касаются всех и так или иначе влияют на повседневную жизнь каждого человека.

Поэтому неудивительно, что почти не было случая, по крайней мере в практике Республики Армения, чтобы по вопросам социального характера в Конституционный Суд обращались субъекты, являющиеся частью государственного аппарата, именно они и являлись субъектами, имеющими право обращаться в Конституционный Суд до принятия поправок в Конституцию Республики Армения. Посему, имея в виду, что конституционные суды (как и любая иная судебная инстанция) – «пассивный» институт в том смысле, что они не могут сами инициировать подсудные себе дела, следует признать, что право граждан обращаться в Конституционный Суд явля-

ется важнейшим условием, при котором Конституционный Суд получает реальную возможность выполнять функцию судебного контроля над конституционностью социальных институтов, входящих в законодательное поле государства.

Подтверждением тому является практика Конституционного Суда Армении, переходя к которой следует особо подчеркнуть, что поправки к Конституции в части предоставления гражданам доступа в Конституционный Суд сыграли чрезвычайно важную роль в деле превращения функции осуществления конституционного правосудия в сфере социального законодательства из декларативной в реально выполняемую.

До вступления в силу конституционной поправки, предоставляющей гражданам такое право, Конституционный Суд Армении по обращению Омбудсмана рассмотрел и признал неконституционными положения Гражданского и Земельного кодексов, устанавливающие условия отчуждения собственности для нужд общества и государства, а также решение Правительства «О мероприятиях по обустройству центра Еревана», ссылающегося на вышеозначенные нормы. Пожалуй, это явилось единственным делом, непосредственно касающимся социальных проблем и явившимся объектом конституционного правосудия за 10 лет существования Конституционного Суда Армении.

Ситуация резко изменилась, начиная с сентября 2006 года: в течение всего одного года было рассмотрено несколько законодательных актов, в которых положения, ущемляющие социальные права граждан, были признаны не соответствующими Конституции и, следовательно, утратившими силу.

Первое же дело, рассмотренное в Конституционном Суде Армении по обращению граждан-пенсионеров, касалось выплат зарплат, пенсий, пособий и компенсаций, которые после вступления в силу Закона «О картах социального обеспечения» в течение 2 лет не выплачивались лицам, отказавшимся от получения карт в силу своих убеждений, в основном религиозных. Насколько мне известно, аналогичная

Актуальные проблемы конституционного правосудия

проблема возникла и в Российской Федерации, и в Украине в связи с введением ИНН. В Армении по этому вопросу многие граждане обращались в суды общей юрисдикции, однако на основании упомянутого Закона в иске им отказывали. В одном лишь случае суд первой инстанции в городе Ванадзор удовлетворил иск гражданина, ссылаясь непосредственно на Конституцию, но вердикт этого суда был отменен Кассационным Судом, опять-таки сославшись на Закон «О картах социального обеспечения». Данный факт может служить еще одним аргументом в пользу того, что суды воспринимают конституционный принцип правового государства как верховенство не права, а закона, каков бы он ни был (хотя в Конституции Армении зафиксировано, что ее нормы действуют непосредственно).

Конституционный Суд Армении признал не соответствующей Конституции норму вышеназванного закона (статья 11 часть 2, согласно которой все документы по учету и оформлению выплат зарплат, пенсий, пособий, компенсаций, по приему на работу, равно как и в сфере банковских операций, налогов и таможенных действий, недействительны в отношении лиц, не имеющих карты социального обеспечения). Полагаю, что данное решение как раз отвечает вышеозначенному требованию соблюдения баланса между гражданскими и социальными правами, ибо в нем социальные права восстановлены не за счет гражданских, а параллельно с ними, то есть тем самым, с одной стороны, восстановлено право на убеждения, с другой – признана недопустимость дискриминации в сфере социальных прав на основании религиозных и прочих убеждений.

По обращениям граждан Конституционный Суд Армении признал неконституционными норму Гражданского процессуального кодекса (статья 160), фактически лишаящую граждан права на обжалование в судах общей юрисдикции решения государственных органов, органов местного самоуправления и их должностных лиц; норму закона «Об органе, регулирующем общественные службы» (статья 12), согласно которой тарифы, установленные комиссией, не подлежат

обжалованию в судебном порядке. В судебной практике со ссылкой на эти нормы отклонялись иски граждан, касающиеся как раз их социальных прав.

Считаю чрезвычайно важным решение Конституционного Суда Армении о неконституционности нормы Трудового кодекса (статья 73, часть 3 статьи 75), ограничивающей право на забастовку лишь рамками споров вокруг положений коллективного трудового договора и тем самым отменяющей право на забастовку на весь период трудового договора при возникновении не оговоренных в нем новых обстоятельств.

Как видим, эти решения Конституционного Суда, восстанавливающие ту или иную составляющую понятия «социальное государство», вместе с тем восстанавливают и определенные составляющие понятия «демократическое государство», иными словами, эти решения касаются не только социальных, но и гражданских прав, в частности права на судебную защиту, на коллективные действия в защиту своих интересов. Следовательно, применение конституционными судами принципа «социальное государство», как правило, является условием, снимающим ту «конфликтность» между двумя основополагающими характеристиками государств, с которой мы начали свои рассуждения по этому вопросу. Решения конституционных судов по социальным проблемам фактически призваны восстанавливать нарушенный баланс, и как бы они ни были в конкретике ограничены рамками социальных вопросов, они наиболее способствуют сохранению стабильности государства и общества. Ведь именно социальная незащищенность, в конечном счете, приводит к неконституционным формам политической борьбы, ставящим под угрозу демократию вообще. Если демократия – это народовластие, то согласимся, что нет ничего ужаснее, чем власть голодного народа.

И раз уж выше мы говорили о восприятии принципов демократии и социальности в контексте бездуховного либерализма, в заключение хотелось бы в двух словах перевести разговор в духовные координаты. Полагаю, что вполне уместно в этой связи охарактеризовать комплекс прав, вклю-

чающий свободу слова, мысли, убеждений, в том числе политических и религиозных, и аналогичные права как духовный компонент демократии, а комплекс социальных прав, включающий права на труд, справедливое вознаграждение, жилье, социальную защиту наиболее уязвимых групп населения и прочее – как материальный компонент. В христианском понимании дух и материя – два составляющих божественного акта творения, потому они не находятся в антагонистических отношениях друг с другом, а при всей противопоставленности их природы, взаимодополняют друг друга. Христианский аскетизм, так часто сопоставляемый с принципом социализма, не имеет ничего общего с ним. Это не призыв к нищенствованию, не отрицание богатства и материальных благ, а освобождение от их поработавших уз. Важнейший аспект христианской концепции свободы изложен в краткой формулировке Апостола Павла: «Все мне позволительно, но ничто не должно обладать мною» (1 Кор. 6.12). Призыв раздать свое состояние неимущим – это христианский принцип перераспределения доходов, который воспринимается (или должен восприниматься) не как ущемление свободы собственника или предпринимателя, а как гарант его свободы, его освобождения от материальной зависимости, его превращения из пленника собственности в ее истинного хозяина.

Так что противоречие между демократией и принципом социального государства порождается в контексте современного секуляризма, вынесения духовной составляющей за рамки условий, необходимых для нормального функционирования государства и общества. Восстановление этой составляющей, вероятно, все может поставить на свои места и снять всякое противопоставление. И в этом деле роль конституционного правосудия, как кажется, вовсе не является второстепенной.

**Генеральный доклад
XIV Конгресса Конференции европейских
конституционных судов**

Вильнюс, 3 - 6 июня 2008 года

Т. Бирмонтене

*судья Конституционного Суда
Литовской Республики;*

Э. Ярашюнас

*судья Конституционного Суда
Литовской Республики;*

Э. Спруогис

*директор Правового управления
Конституционного Суда Литовской Республики*

Введение

В сентябре 2006 года на заседании Круга председателей Конференции европейских конституционных судов, проходившем в Вильнюсе, перевес лишь в несколько голосов определил выбор темы XIV Конгресса - "Проблемы законодательного упущения в конституционной юриспруденции". Такое голосование, с одной стороны, свидетельствует не только о сознательном выборе серьезного вызова - анализа сверхсложной проблемы конституционности пробелов в праве, чаще всего поднимаемой только теоретиками законодательства, но также о том, что юриспруденция конституционных судов континента накопила достаточную практику оценки законодательного упущения, которая может быть рассмотрена на форуме всех евро-

пейских конституционных судов. С другой стороны, этот выбор на основе лишь незначительного большинства голосов указывает на то, что практика исследования законодательного упущения является скорее делом случая, чем обычной деятельностью. Осознавая эту ситуацию, авторы вопросника не случайно уделили определенное внимание проблематике пробелов в праве в научной доктрине.

Конституция - верховный закон страны - означает ограничение государственной власти. Решения, принимаемые государством, должны соответствовать требованиям, установленным в конституции. Органы конституционного контроля обычно исследуют, не были ли нарушены установленные ограничения. Однако основы конституционного правопорядка могут также быть нарушены неисполнением конституционных предписаний, когда не регулируется то, что должно регулироваться согласно конституции. Следовательно, контроль не исполненных (или, скорее, плохо исполненных) действий не менее важен в качестве гарантии непротиворечивости правовой системы, покоящейся на конституции. Предназначение конституционных судов состоит в том, чтобы гарантировать конституционность правовой системы. Эта функция осуществляется через контроль конституционности законов и иных правовых актов, реализацию иной компетенции, возложенной на конституционные суды. Таким образом, исследуются результаты действий государственных органов. В случае исследования законодательного упущения орган, ответственный за функцию конституционного контроля, выявляет пробелы в праве, противоречащие конституции. Это также является важным аспектом гарантий конституционности.

Генеральный доклад и национальные доклады, на которых он основывается, следует рассматривать в их совокупности. Генеральный доклад был подготовлен на основе докладов конституционных судов или аналогичных органов Австрии, Азербайджана, Албании, Армении, Белоруссии, Бельгии, Болгарии, Боснии и Герцеговины, Венгрии, Германии, Грузии, Дании, Ирландии, Испании, Италии, Кипра, Латвии,

¹ а/вша югославска република | акедони .

Литвы, Люксембурга, Македонии¹, Молдовы, Норвегии, Польши, Португалии, России, Румынии, Сербии, Словении, Турции, Украины, Франции, Хорватии, Черногории, Чешской Республики, Швейцарии, Эстонии. Мы благодарим всех авторов докладов (независимо от того, исследуется ли законодательное упущение в практике соответствующей страны; независимо от значения такого исследования для гарантий конституционности). Без их участия никакие исследования, обобщения и выводы были бы невозможны.

Генеральный доклад следует темам вопросника, в нем делается попытка обобщить материал национальных докладов, подчеркнув особенности практики конкретных конституционных судов по рассматриваемой проблеме. Авторы Генерального доклада не ставили перед собой задачу изложения своих личных взглядов на исследование конституционности законодательного упущения (такой метод также возможен), но обобщение данных, собранных как в ходе этого исследования, так и в общем, может выявить ту или иную деталь, которая отсутствовала бы, если бы Генеральный доклад был подготовлен иными авторами.

Юридическая наука, тексты правовых актов, юридическая практика представляют собой три уровня исследования проблемы, которые так или иначе раскрываются в национальных докладах и в Генеральном докладе. Важно исследовать все названные уровни. Они сосуществуют, дополняют и способствуют пониманию одним другого. Ни авторы конституционных текстов, ни иные субъекты правотворчества, ни конституционные судьи не могут не испытывать на себе влияния понятия пробелов в праве, сформулированного в юридической науке. Качество правовых актов зависит от ряда факторов, но существенное значение всегда имеет позиция самого автора. Практика конституционных судов по исследованию и оценке законодательного упущения составляет важную часть национальной правовой действительности, придавая законченную форму праву как феномену. Поэтому в Генеральном докладе нашлось место как для научной доктрины законодательного упущения и обобщения возможностей его исследования в правовых актах, так и для судебной констатации законодательного упущения, для особенностей его оценки и последствий таких решений.

Разнообразие юридической терминологии, различные наименования одних и тех же понятий или только частичное совпадение понятий - это трудности любой сравнительной работы. Подобные трудности имели место и при подготовке Генерального доклада.

Исследование законодательного упущения - одно из возможных исследований, проводимых конституционным судом. В случаях, когда конституция или закон прямо упоминают правомочие конституционного суда исследовать законодательное упущение, перед судом стоит лишь задача надлежащего использования полномочий такого рода. При отсутствии прямых предписаний необходимо решить, может ли конституционный суд инициировать исследование конституционности пробелов в праве. Возможны различные ответы. Это не означает, что некоторые правильны, а другие нет. Подход конституционного суда к возможному исследованию пробелов в праве могут определять сама конституционная система, полномочия конституционного суда, научные доктрины, господствующие в стране, и другие факторы. Наконец, даже при констатации наличия у суда полномочий по исследованию и оценке законодательного упущения, всегда будут возникать проблемы методов контроля, его пределов, формулирования решения и его исполнения. Здесь, опять же, возможны различные ответы. Конституционный суд пользуется различными правовыми инструментами. Исследование законодательного упущения - только один из них. Ценность такого контроля определяется тем, в какой мере он обеспечивает гарантии конституционных императивов в правовой системе.

Сравнительное изучение всегда выявляет общее, особенное и единичное в конституционной системе. Уникальные особенности, присущие практике определенного конституционного суда, иногда становятся руководством для других конституционных судов. Результат обычно достигается скорее применением соответствующего способа действий с учетом возможностей собственной конституционной системы, а не механическим заимствованием какого-либо института. Наконец, также полезны и переосмысление проблемы само по себе, выдвижение аргументов и их сравнение, даже если первоначальная позиция не изменяется.

Авторы Генерального доклада осознают, что проделанная работа далека от окончательно завершеного исследования. Это только подготовка исходной позиции для дальнейших дискуссий и исследований. Равным образом следует оценивать и приводимые в докладе классификации отдельных тенденций конституционной юриспруденции, которые отражают только основной феномен. Настоящая работа является лишь одной из стадий в понимании определенной правовой проблемы. И если данный доклад вдохновит на рассмотрение в новом свете пока еще плохо изученной проблемы конституционности пробелов в праве, выявит новые аспекты, тенденции или устойчивые закономерности, авторы Генерального доклада будут считать, что они достигли цели.

Мы еще раз благодарим все конституционные суды за представленные национальные доклады. Заслуга за всю проделанную совместную работу принадлежит им, в то время как ответственность за ошибки лежит на авторах Генерального доклада.

1. Проблематика пробелов в праве в научной правовой доктрине

1.1. Понятие пробела в праве

1.1.1. Пробел в праве, его определения

Абсолютное большинство национальных докладов участников Конференции европейских конституционных судов - конституционных судов и эквивалентных органов (далее упоминаемых под общим названием конституционных судов²) отмечает, что проблемы пробелов в праве анализируются в научной доктрине страны, влияние которой так или иначе прослеживается в конституционной юриспруденции.

В то же время следует отметить, что некоторые конститу-

² В соответствии с Регламентом Конференции европейских конституционных судов ее членами являются конституционные суды и эквивалентные органы, осуществляющие конституционную юрисдикцию. Функции конституционного контроля, осуществляемые ими, позволяют обозначать их в Генеральном докладе общим термином конституционные суды. При указании на конкретный конституционный суд далее будет использоваться сокращенное название страны.

ционные суды в своих национальных докладах не затрагивали по существу (или затрагивали весьма лаконично) научную доктрину, относящуюся к пробелам в праве. Некоторые конституционные суды (Германия³) подчеркнули, что их доклады не касаются методологического толкования права и связанных с этим проблем, поэтому они фактически освещают только действующее правовое регулирование и юриспруденцию, но не научную доктрину, относящуюся к пробелам в праве, *inter alia* к законодательному упущению. Другие конституционные суды (Бельгия, Чешская Республика) заявили, что их национальная научная доктрина очень лаконично касается проблем пробелов в праве, *inter alia* законодательного упущения, в их докладах научная доктрина, относящаяся к пробелам в праве, также представлена в весьма сжатом виде. Третья группа конституционных судов (Албания) отметила, что проблемы пробелов в праве в их юриспруденции появились недавно, в связи с этим научная доктрина по этим проблемам отсутствует. Четвертой группой конституционных судов (Румыния) отмечено, что проблемы пробелов в праве скорее эпизодически затрагиваются при анализе других проблем, например, юридической техники законодательства, но не исследуются в национальной научной доктрине. Пятая группа конституционных судов (Дания, Ирландия, Люксембург, Норвегия) подчеркнула, что феномен законодательного упущения не встречается в их правовых системах, поэтому они не касаются ни научной доктрины, относящейся к пробелам в праве, *inter alia* к законодательному упущению, ни, естественно, соответствующего правового регулирования и юриспруденции. Шестая группа конституционных судов (Франция) отметила, что такая юридическая категория, как пробелы в праве, недопустима в их позитивном праве, в связи с этим в научной доктрине она рассматривается как "объект скорее философии права, а не теории права". Во французском национальном докладе выражено мнение, что суды на практике не вправе, согласно закону, вы-

³ Конституционный Суд Германии не анализировал научную доктрину, относящуюся к пробелам в праве, тогда как ряд конституционных судов (Испания, Латвия, Португалия, Эстония) отмечает, что научная доктрина их стран основана на немецкой традиции.

являть пробелы в праве, поскольку подобные пробелы в праве служили бы помехой для рассмотрения судебных дел, а судьи подлежали бы привлечению к ответственности за отказ от отправления правосудия. Другими словами, отмечено, что на основании якобы нового, не существующего принципа восполнения пробела в норме, принятой субъектом правотворчества, суды действуют так, как будто этот принцип существовал всегда (Франция). Такой подход, диктуемый правовой действительностью, отрицает возможность пробела в праве как феномена, не говоря уже о возможности обсуждения возникающих здесь проблем государственными органами, *inter alia* судами.

Как уже было упомянуто, абсолютное большинство конституционных судов отметило в своих национальных докладах, что проблемы пробелов в праве являются объектом анализа научной доктрины. Национальные научные доктрины признают, что пробелы в праве (*lacuna legis*) могут существовать в правовой системе и что возможны различные определения пробелов в праве. Необходимо отметить, что, хотя право регулирует самые различные отношения, жизнь всегда более разнообразна; невозможно создать правила поведения для всего возможного разнообразия человеческого поведения при любых жизненных обстоятельствах. Следовательно, рано или поздно может оказаться, что *право не регулирует определенное отношение, хотя оно должно быть урегулировано правом*, - именно это и есть пробел в праве (Австрия, Азербайджан, Армения, Белоруссия, Босния и Герцеговина, Венгрия, Грузия, Испания, Кипр, Латвия, Литва, Македония, Португалия, Россия, Словения, Украина, Черногория, Эстония). Необходимо отметить, что данное определение пробела в праве, выработанное научной доктриной, является весьма абстрактным.

Практика конституционных судов придает особенно большое значение (применительно к возложенным на них функциям конституционного контроля) тем определениям пробелов в праве, которые касаются взаимодействия государственных органов, их полномочий и обязанностей, в особенности тех обязанностей, которые прямо предписаны конституцией и не-

надлежащее исполнение которых предполагает появление пробелов в праве. Например, в испанском национальном докладе отмечается, что проблема пробелов в праве в национальной научной доктрине составляет скорее часть более общей проблемы взаимодействия между законодателем (иными субъектами правотворчества) и судами. Национальными докладами отмечается, что согласно конституции правотворческие органы обязаны устанавливать правовое регулирование, конкретизирующее и/или детализирующее конституционное регулирование, при этом ненадлежащее исполнение данной обязанности может предполагать появление такого правового регулирования, которое могло бы быть признано противоречащим конституции (Италия, Испания, Польша, Португалия). По мнению некоторых конституционных судов, пробел в праве - это такое правовое регулирование, которое должно быть установлено и которое не было установлено законодателем (субъектом правотворчества), не исполнившим надлежащим образом свои обязанности (Болгария, Венгрия, Польша, Россия, Турция, Украина). Именно это определение пробела в праве касается обязанности органов конституционного контроля констатировать ненадлежащее исполнение обязанностей правотворческими органами и даже, возможно, признавать нарушение конституции.

Конституционный контроль, осуществляемый конституционными судами, придает значение также тем определениям пробелов в праве, которые ориентированы на выявление пробелов в праве как недостатков правовой системы, мешающих отправлению правосудия судами: например, *пробел в праве существует, когда действующие нормы, принятые правотворческими органами, не содержат никаких положений, позволяющих суду разрешить дело по существу* (Азербайджан, Венгрия). Несколько конституционных судов (Белоруссия, Испания) отметили, что судебная практика признает применимость такой научной доктрины пробелов в праве, которая подчеркивает полномочие государственных органов разрешать проблемы, вызванные пробелами в праве. В этом контексте может быть отмечено, что в национальных докладах также подчеркивается, что пробелы в праве могут быть устранены

не только обычными правотворческими органами, но также и самими судами в процессе правотворчества: фактически такая возможность для судов существует в частном праве (Литва, Турция), но это также возможно и в публичном праве (Швейцария).

Здесь отметим, что в национальных докладах конституционных судов, в государствах которых правовые системы содержат пробелы в праве как феномен действительности (Венгрия, Литва, Черногория, Эстония), попутно указывается, что национальная научная доктрина, следуя традиции Г. Кельзена⁴, выражает мнения (которые не являются доминирующими), что такой правовой феномен, как пробелы в праве, не существует (в терминологии Г. Кельзена “так называемые пробелы в праве”), поскольку система позитивного права является всеобъемлющей. Другими словами, в правовой системе нет никаких пробелов в праве, так как отсутствие правовой нормы не подразумевает того, что общественные отношения не регулируются всеобъемлющей основополагающей правовой нормой. Такой подход основан на принципе, согласно которому все, что не запрещено, разрешено правом. В соответствии с этим подходом право, созданное субъектами правотворчества, всегда достаточно, всегда совершенно и полно, и, если по отношению к основополагающей правовой норме требуются новые, более специальные, правовые нормы, они могут быть созданы государственными органами, в том числе судами (Венгрия). Необходимо отметить, что французская судебная практика, по сути, следует такому же подходу, за тем исключением, что суды не создают право: так называемое право юриспруденции является, как отмечают, лишь выражением существующих правовых принципов.

1.1.2. Причины появления пробелов в праве и факторы, обуславливающие их

Поскольку абсолютным большинством конституционных судов в национальных докладах отмечено, что проблемы про-

белов в праве составляют объект анализа научной доктрины, в докладах также изложены причины пробелов в праве или факторы, обуславливающие их, как они представлены в научной доктрине. Эти причины и факторы могут быть разделены на две большие группы, а именно объективные и субъективные факторы и причины (такое деление содержится в национальных докладах Белоруссии, Болгарии и России):

1) объективные факторы: динамика жизни, отстающее от изменяющихся общественных отношений правотворчество, разнообразие жизненных ситуаций и т.д. Эти факторы были указаны большинством конституционных судов - Армения, Болгария, Босния и Герцеговина, Грузия, Латвия, Македония, Россия, Сербия, Словения, Украина, Хорватия, Черногория, Швейцария;

2) субъективные факторы, которые зависят от действия или бездействия субъектов правотворчества. Необходимо отметить, что такими факторами могут быть несовершенство законодательства (правотворчества), недостатки моделирования и предвидения при подготовке проектов законов (правовых актов), пассивность законодателя (иных субъектов правотворчества), незнание реальной ситуации, другими словами, ошибки законодателя (иных субъектов правотворчества), которые могут быть вызваны его: а) ошибочным представлением о том, что определенные отношения не должны регулироваться; б) ошибочным представлением о том, что право может быть конкретизировано через его применение; в) ошибочной передачей правомочия по разрешению проблемы правоприменительному органу; г) изданием избыточной нормы; д) разрешением проблемы таким способом, каким она не должна разрешаться; е) принятием принципиально противоречащих друг другу правовых норм равной силы; ж) принятием неясных правовых норм (Армения, Болгария, Венгрия, Испания, Италия, Литва, Португалия, Россия).

Как упоминалось выше, практика конституционных судов придает особенно большое значение (применительно к возложенным на них функциям конституционного контроля) тем определениям пробелов в праве, которые ориентированы на взаимодействие государственных органов, их полномочия и обязан-

⁴ Kelsen H. Pure Theory of Law. - Vilnius: Eugrimas, 2002. -pp. 207- 210.

ности, особенно обязанности, прямо предписанные конституцией, ненадлежащее исполнение которых предполагает появление пробелов в праве. В национальных докладах также отмечается следующий тезис, сформулированный в научной доктрине (прежде всего в конституционной доктрине): *субъективной причиной пробелов в праве является именно ненадлежащее исполнение субъектами правотворчества обязанностей по принятию правового регулирования, конкретизирующего регулирование, содержащееся в конституции, и/или детализирующего его*. В этом контексте особенно важно отметить, что национальные доклады (Италия, Литва, Польша), анализируя пробелы в праве, вызванные действиями или бездействием субъектов правотворчества, поднимают проблему того, вправе ли орган конституционного контроля констатировать нарушение конституции, когда пробел в праве вызван: а) действием и б) бездействием субъекта правотворчества. Делается вывод о том, что пробел в праве может быть признан противоречащим конституции, только если он вызван действием субъекта правотворчества, то есть ненадлежащим исполнением предписанных конституцией обязанностей по принятию правового регулирования, конкретизирующего регулирование, содержащееся в конституции, и/или детализирующего его (Италия, Литва), тогда как пробел в праве, вызванный бездействием, орган конституционного контроля может только критически оценить, а субъекту правотворчества при этом может быть дана рекомендация относительно соответствующих изменений (Италия, Литва). Однако научная доктрина Португалии утверждает, что законодательное упущение, вызванное бездействием, может быть признано определенным правовым актом, противоречащим конституции.

В национальных докладах также отмечается, что пробелы в праве (называемые неслучайными) могут быть вызваны намеренными действиями субъектов правотворчества. Это случаи, когда законодатель, зная о фактических отношениях, намеренно не регулирует их по политическим, экономическим или иным причинам (Азербайджан, Литва, Турция). В этом контексте должно также быть отмечено, что такой намеренный отказ субъекта правотворчества от регулирования отношений может быть охарактеризован органом конституционного контроля как

ненадлежащее исполнение предписанных конституцией обязанностей по принятию правового регулирования, конкретизирующего регулирование, содержащееся в конституции, и/или детализирующего последнее: иногда неслучайный пробел может быть признан даже противоречащим конституции. Впрочем, также утверждается, что неслучайные пробелы не могут существовать. Например, утверждается, что пробелы в законах (иных правовых актах) не следует смешивать с обстоятельствами, когда законодатель (или иной субъект правотворчества) воздерживается от принятия нормы и тем самым дает понять, что проблема решается на основе, например, этики, а не закона (или иного правового акта), - это так называемое "квалифицированное молчание" права (Литва, Россия, Швейцария) (национальные доклады Грузии и Латвии отмечают, что "молчание права" может рассматриваться как пробел в праве).

В национальных докладах также отмечается, что органы конституционного контроля, признав юридическую норму закона или подзаконного правового акта неконституционной, фактически создают определенный пробел в праве (Армения, Литва). Это еще одна причина пробелов в праве.

1.1.3. Виды пробелов в праве

Как отмечалось, научные доктрины, доминирующие в различных европейских странах, признают существование пробелов в праве и существование различных определений пробелов в праве. Такое разнообразие определений должно быть связано с различиями в понимании пробелов в праве. Разнообразием подходов к пробелу в праве обуславливается и обилие критериев их классификации. В национальных докладах представлены следующие классификации пробелов в праве, сформулированные в научной доктрине:

I. Пробелы в праве высшей юридической силы (*jus supremum*) - пробелы в конституции и пробелы в обычном законе.

Такую классификацию упомянули далеко не все конституционные суды, отметившие в своих национальных докладах, что национальные научные доктрины их государств в общем

признают возможность пробелов в праве в правовой системе, - напротив, они составляют меньшинство. Это можно объяснить также тем, что органы конституционного контроля некоторых государств (Албания, Армения, Венгрия, Литва) в своей практике рассматривают конституцию как право без пробелов, а научная доктрина при анализе правовой действительности не доходит до точки "выявления" пробелов в конституции, - напротив, отмечается (следуя традиции Г. Кельзена), что конституция - это право без пробелов (Литва).

С другой стороны, например, в национальном докладе Португалии прямо указывается, что пробелы в конституции могут существовать и действительно существуют. Другие конституционные суды (Австрия, Эстония) осторожно отметили, что в теории толкование конституции может быть особо расширительным, когда она рассматривается как право без пробелов, однако их национальная научная доктрина с большей вероятностью воспримет подход, согласно которому конституция может содержать пробелы. Третья группа конституционных судов (Белоруссия, Россия) выразила двойственную позицию: в их национальных научных доктринах представлены мнения, согласно которым конституция, с одной стороны, как нормативный правовой акт может содержать пробелы, а, с другой стороны, как высший правопорядок, содержащий принципы, не может иметь пробелов.

II. *Первичные и вторичные* (или, соответственно, *прямые и косвенные*, или, соответственно, *реальные и кажущиеся*) пробелы в праве (Австрия, Азербайджан, Армения, Болгария, Венгрия, Грузия, Латвия, Литва, Португалия, Россия, Словения, Турция, Украина, Черногория, Швейцария, Эстония).

Первичные пробелы в праве имеют место, когда, вследствие несовершенного законодательства, непонимания проблемы или иных причин, определенные, фактически существующие общественные отношения вообще не являются предметом правового регулирования; другими словами, такие пробелы в праве имеют место, когда вообще нет закона (или любого иного правового акта), регулирующего соответствующие общественные отношения.

Вторичные пробелы в праве имеют место, когда определенные общественные отношения были урегулированы правовыми нормами, однако, в связи с изменениями в жизни, возникают новые ситуации, которые не предусмотрены и не оговариваются в законе (или ином правовом акте) (в этом случае было бы точнее говорить о *пробеле в законе (или ином правовом акте)*, а не о пробеле в праве).

В этом контексте было бы уместно напомнить, что в национальном докладе Португалии эта классификация (в дополнение к упоминанию первичных и вторичных пробелов в праве) также выделяет пробелы в праве и пробелы в законах.

1. *Пробелы в праве*. Они возникают, когда определенные, фактически существующие общественные отношения вообще не являются объектом правового регулирования.

2. *Пробелы в законах* (или иных правовых актах). Эти пробелы также именуется *пробелами в правовом регулировании*, поскольку они имеют место, когда определенное правовое регулирование не существует. Ими могут быть:

2.1. *Реальные пробелы*, когда правовая норма не может быть применена, так как закон (или иной правовой акт) не содержит другой правовой нормы, предполагающей применение первой (например, правовая норма, предусматривающая утрату силы правовым актом, не может быть применена, так как закон не содержит другой правовой нормы, устанавливающей порядок исчисления срока до утраты силы).

2.2. *Коллизионные пробелы*, когда две правовые нормы противоречат друг другу и, таким образом, ни одна из них не может быть применена.

2.3. *Телеологические пробелы*, когда пробелы в праве становятся очевидными при применении правовой нормы или норм или при попытке выяснить предназначение этих норм. К ним относятся следующие:

а) *очевидные пробелы*, когда нет никакой правовой нормы, которая может быть применена для разрешения дела;

б) *латентные или скрытые пробелы*, когда есть общая норма, которая, казалось бы, могла бы быть применена в правовом споре, однако впоследствии выясняется, что требуется специальная или даже исключительная правовая норма.

III. *Очевидные и скрытые* (или, соответственно, эксплицитные и имплицитные) пробелы в праве (Латвия, Турция, Эстония).

Очевидные пробелы в праве имеют место, когда они могут быть выявлены правоприменительным органом незамедлительно, то есть без какого-либо более глубокого уяснения правовых положений.

Скрытые пробелы в праве имеют место, когда они могут быть идентифицированы правоприменительным органом только после выявления смысла правовых положений.

IV. *Полные и частичные* пробелы в праве (Венгрия, Россия).

Полные пробелы в праве имеют место, когда правовое регулирование не предусматривает юридических возможностей, позволяющих суду разрешить дело.

Частичные пробелы в праве появляются, когда правовым регулированием предусматриваются положения, позволяющие суду разрешить дело, однако их содержание неясно.

V. *Аксиологические и возникающие из-за недостатков юридической техники* пробелы в праве (Азербайджан, Босния и Герцеговина, Венгрия, Россия).

Аксиологические пробелы в праве возникают, когда закон (или любой иной правовой акт) регулирует определенные отношения нравственно недопустимым способом.

Пробелы в праве, возникающие из-за недостатков юридической техники, имеют место, когда закон (или любой иной правовой акт) регулирует определенные отношения двусмысленно и неопределенно.

VI. В своих национальных докладах Венгрия и Литва также отметили, что пробелы в праве по причинам их появления могут быть подразделены на:

1) *пробелы, возникающие из-за недостаточно исчерпывающего правового регулирования*, имеют место в случаях, когда закон (или любой иной правовой акт) не регулирует определенное отношение;

2) *пробелы, возникающие из-за несогласованности юри-*

дических норм, имеют место в случаях, когда закон (или любой иной правовой акт) устанавливает противоречащие друг друга правила;

3) *пробелы, возникающие из-за недостаточной правовой определенности*, имеют место в случаях, когда закон (или любой иной правовой акт) недостаточно ясен.

Попутно мы можем отметить, что в национальном докладе Эстонии подчеркивается, что правовая неопределенность не рассматривается как пробел в праве в их научной доктрине.

VII. По способу устранения пробелов в законах (или любых иных правовых актах) они подразделяются (см. национальный доклад Венгрии) на:

1) *пробелы в праве, устраняемые поправкой*; устранение таких пробелов требует изменения правового регулирования, установленного законом (любым иным правовым актом);

2) *пробелы в праве, устраняемые применением*; устранение таких пробелов относится к применению закона (или любого иного правового акта), то есть когда применяемая правовая норма должна быть установлена действующим правовым регулированием.

В свою очередь, пробелы в праве, устраняемые применением, подразделяются на: а) *логические пробелы в праве*, когда суд может выявить применимую правовую норму, следуя чистой логике; б) *альтернативные пробелы в праве*, когда законом (или любым иным правовым актом) устанавливается более одной применимой правовой нормы, причем без указания на то, какая правовая норма должна быть избрана в конкретном деле, разрешаемом судом, - это следует решать самому суду; в) *пробелы в праве, устраняемые судебным постановлением*, когда на основаниях нравственного суждения суд улучшает закон или любой иной правовой акт).

VIII. *Теоретические и практические* пробелы в праве (Венгрия).

Теоретические пробелы в праве - это логические противоречия между правовой нормой и судебным делом, обнаруживаемые в любом судебном споре. Как правило, невозможно создать такую правовую норму, которая могла бы быть приме-

нена во всех судебных делах, или применять общую правовую норму в конкретном судебном деле, пользуясь исключительно приемами общей логики.

Практические пробелы в праве возникают, когда постановлением суда “рушится” “перекидной мост” через теоретический пробел в праве. Такие пробелы в праве встречаются редко, но они должны расцениваться как особенно серьезное расстройство юридической практики.

IX. *“Простительные” и “непростительные” пробелы в праве (Россия)*

“Простительные” пробелы в праве имеют место, когда субъект правотворчества не урегулировал общественные отношения, которые должны регулироваться, однако он поступил так, потому что не знал и не мог знать об этих общественных отношениях.

“Непростительные” пробелы в праве имеют место, когда субъект правотворчества не урегулировал общественные отношения, которые должны регулироваться, и при этом знал об этих общественных отношениях.

X. *Скрытые и технические пробелы в праве (Португалия).*

Скрытые пробелы в праве имеют место, когда действующая общая правовая норма, предназначенная для регулирования общественных отношений в определенной сфере, фактически не может быть применена к специальным или исключительным случаям.

Технические пробелы в праве имеют место, когда закон (или иной правовой акт) преследует какую-либо цель, однако для ее достижения не предусматривает ни процедуры, ни органа.

XI. *Случайные и неслучайные пробелы в праве (Азербайджан, Грузия, Латвия, Литва, Россия, Турция).*

Случайные пробелы в праве появляются, когда законодатель не регулирует определенные фактические отношения, поскольку не знает об их существовании.

Неслучайные пробелы в праве возникают, когда законода-

тель, зная о существовании фактических отношений, намеренно не устанавливает соответствующее регулирование вследствие политических, экономических или иных причин.

Отмечено, что, согласно некоторым мнениям, неслучайных пробелов в праве не может быть. Например, отмечено, что пробелы в законах (или любых иных правовых актах) не следует смешивать с обстоятельствами, когда законодатель (или иной субъект правотворчества) воздерживается от принятия нормы, давая понять, что проблема решается, например, в соответствии с нормами этики, а не закона (или любого иного правового акта), - это так называемое “квалифицированное молчание” права (Литва, Россия, Швейцария) (в национальных докладах Грузии и Латвии отмечается, что “молчание права” может рассматриваться как пробел в праве).

Также следует отметить, что в своих национальных докладах абсолютное большинство конституционных судов использовало только термин “*пробелы в праве*”. С другой стороны, в некоторых докладах (Армения, Литва, Россия) также указывается, что в научных трудах используется еще один юридический термин - “*правовой вакуум*”. Различия между терминами “*пробел в праве*” и “*правовой вакуум*” обычно объясняются следующим образом: под пробелом в праве понимается отсутствие правовой нормы, непосредственно регулирующей спорное отношение, - даже если это отношение входит в сферу правового регулирования, - которое может быть устранено как путем правотворчества, так и применением аналогии, тогда как правовой вакуум - это ситуация, при которой право вообще не регулирует определенную область общественных отношений, то есть вообще не существует ни права, ни законодательства, и вакуум может быть устранен только путем принятия законов. Наряду с этим были представлены мнения (Литва, Россия), согласно которым термин “правовой вакуум” не является необходимым, - он назван избыточным. Было отмечено, что правовой вакуум есть не что иное, как первичный пробел в праве, то есть абсолютный вакуум. Вторичный пробел - это относительный правовой вакуум, то есть такая ситуация (форма вакуума), когда закон регулирует отношения, но в недостаточной степени. В обоих случаях суд должен и может восполнить пробел в праве путем толко-

вания права, разрешения дела на основании общих принципов права (справедливости, равенства прав, разумности, добросовестности и т.д.) и путем применения аналогии.

При оценке различий терминологии, относящейся к пробелам в праве, которая была использована в национальных докладах (именно поэтому в национальных докладах представлены весьма разнообразные, часто даже пересекающиеся между собой, классификации пробелов в праве), следует отметить, что особенно богатый спектр синонимов термина “пробел в праве” был представлен Португалией: в их теории права используются следующие термины: 1) *lacuna legis* (как аутентичное наименование пробела в праве); 2) сферы, не регулируемые законом; 3) неопределенности права; и, нельзя не упомянуть, 4) законодательное упущение; а в науке конституционного права - *lacuna legis* и законодательное упущение. Это заслуживает отдельного краткого рассмотрения (за исключением законодательного упущения, которое анализируется в другой главе настоящего доклада):

1) *Lacuna legis*. Необходимо отметить, что Португалия указала на заимствование термина *lacuna legis* из научной доктрины Германии в значении “недостатка, который противоречит плану, предусмотренному в законодательной системе” (как указано выше, хотя в национальном докладе Германии научной доктрине не уделяется много внимания, в национальных докладах других стран часто отмечается, что их научные доктрины основаны на немецкой традиции (Испания, Латвия, Португалия, Эстония)). Классификации этих пробелов в праве (*lacuna legis*) особенно разнообразны и представлены в общей классификации пробелов в праве у всех конституционных судов (см. классификации пробелов в праве, приведенные выше в этом разделе).

В национальном докладе Португалии также отмечается, что могут существовать следующие конституционные пробелы:

Автономные конституционные пробелы возникают, когда в конституционном комплексе выявляется недостаток в порядке, но этот недостаток может быть устранен путем обращения к целям конституционного регулирования и плану конституционного регулирования.

Гетеронимические конституционные пробелы возникают, когда конституция прямо устанавливает конституционные требования по принятию правового регулирования, но последнее не принято, - именно они являются конституционно значимыми законодательными упущениями (см. главу 1.2. “Законодательное упущение”).

2) Сферы, не регулируемые правом.

Сферы, которые не регулируются правом, имеют место, когда определенные общественные отношения не подлежат регулированию правом. Сюда относятся ситуации, когда определенные области общественной жизни оставлены для “политических решений”. Такие сферы, не регулируемые правом, являются не чем иным, как так называемым “квалифицированным молчанием” права (Литва, Россия, Швейцария).

3) Неопределенности права. В научной доктрине Португалии такие неопределенности рассматриваются как неспособные создать предпосылки для появления конституционных законодательных упущений. Утверждается, что очень часто конституционным положениям как таковым намеренно не даются определения - это оставляется на усмотрение субъектов правотворчества. Особенно это характерно для общественной и экономической жизни государства, когда конституция только указывает на более или менее определенные задачи и цели государства, в то время как более детальное регулирование социальной и экономической сфер оставляется обычным законодательным органам. Кроме того, внутренняя неопределенность понятий, используемых в конституции (например, реального равенства, эффективности публичного сектора и т.д.), является прямой причиной неопределенности конституционного регулирования.

При оценке различной терминологии, используемой в национальных докладах, и разнообразных наименований пробелов в праве (как отмечено выше, именно поэтому в национальных докладах представлены весьма разнообразные, часто даже пересекающиеся между собой, классификации пробелов в праве), нужно согласиться с утверждением национального доклада Испании о том, что различные наименования пробелов в праве (например, “пробел”, “упущение”, “дефект регулирования”) подчинены известным подходам и договоренностям в науке.

Только те понятия пробелов в праве (без именованя их) имеют важное значение для конституционных судов (применительно к осуществлению ими своей функции конституционного контроля), с учетом которых конституционные суды выполняют свои функции и при этом могут оценивать такие пробелы в праве как несоответствующие конституции или даже признавать их противоречащими конституции.

1.1.4. Позитивные и негативные последствия пробелов в праве. Устранение пробелов в праве

Необходимо отметить, что абсолютное большинство конституционных судов подчеркнуло в своих национальных докладах, что в их правовой научной доктрине господствует мнение, согласно которому все пробелы в праве создают в юридической практике правовые проблемы того или иного характера, которые приходится решать (Австрия, Азербайджан, Армения, Белоруссия, Болгария, Босния и Герцеговина, Венгрия, Грузия, Испания, Италия, Латвия, Литва, Македония, Польша, Португалия, Россия, Сербия, Словения, Турция, Украина, Хорватия, Черногория, Чешская Республика, Швейцария, Эстония). В национальном докладе Испании утверждается, что в научной доктрине пробелы в праве рассматриваются как аномалия правовой системы: это положение отражает мнения всех конституционных судов о пробелах в праве. Некоторые суды отметили возможные негативные последствия пробелов в праве для правовой системы. Например, в национальном докладе России названы следующие негативные последствия пробелов в праве: 1) торможение развития общественных отношений; 2) затруднение реализации прав и свобод человека; 3) дестабилизация существующего в обществе порядка; 4) снижение эффективности и затруднение применения действующих норм права.

Как отмечено конституционными судами в национальных докладах, можно выделить следующие способы решения проблем пробелов в праве, то есть устранения пробелов в праве и создания предпосылок для их устранения:

- субъект правотворчества, приняв правовое регулирова-

ние, содержащее пробелы в праве, сам изменяет правовое регулирование;

- правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, изменяется органами, которые толкуют и применяют это правовое регулирование через толкование правовых положений и, тем самым, восполняют пробелы в праве;

- органы конституционного контроля, признав правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, противоречащим конституции, обязывают субъект правотворчества изменить его;

- органы конституционного контроля, даже не признав правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, противоречащим конституции, подвергают это правовое регулирование косвенной критике, давая рекомендацию субъекту правотворчества по его изменению. В этом случае "рекомендация" возможна в отношении не только субъектов правотворчества, но и судов, которые при разрешении дел должны принимать во внимание подобные рекомендательные указания конституционного суда.

Необходимо отметить, что только два первых способа касаются устранения пробелов в праве, в то время как два последних способа относятся к созданию предпосылок для устранения пробелов в праве. Кроме того, первый способ устранения пробелов в праве почти не освещался в национальных докладах - в конце концов, общеизвестно, что субъект правотворчества может принять, изменить и усовершенствовать правовое регулирование. Тот факт, что субъект правотворчества, приняв правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, может сам изменить это правовое регулирование, кратко отмечен почти во всех национальных докладах. Например, в национальном докладе Венгрии прямо указано, что субъекты правотворчества могут устранять пробелы в праве всех видов.

Второй способ, состоящий в том, что правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, изменяется органом (прежде всего судом), который толкует и применяет это правовое регулирование, толкуя правовые положения и, тем самым, восполняя пробелы в праве, более подробно обсуждался в национальных докладах со ссылкой на то, что он порождает еще боль-

ше дискуссий в научной доктрине. Высказаны мнения, что роль судов в устранении пробелов в праве является особенно скромной и что суды должны быть особенно осторожными при устранении пробелов в праве. В большинстве национальных докладов при анализе возможностей устранения пробелов в праве судами упоминалось различие между устранением первичных (или прямых, или реальных) пробелов в праве и устранением вторичных (или косвенных, или кажущихся) пробелов в праве (именно такая классификация пробелов в праве была упомянута в большинстве национальных докладов).

Необходимо отметить, что относительно устранения первичных (или прямых, или реальных) пробелов в праве высказывалось мнение, что такой способ может использоваться не только законодателем (иными субъектами правотворчества), но также судами, когда они толкуют и применяют право. Это мнение было поддержано большинством конституционных судов (Австрия, Белоруссия, Болгария, Венгрия, Литва, Португалия, Россия, Турция, Украина, Швейцария, Эстония). Было даже отмечено, что суды при разрешении гражданских дел просто обязаны восполнять такие пробелы (Швейцария).

Во-вторых, относительно устранения вторичных пробелов в праве (или косвенных, или кажущихся пробелов в праве, или пробелов в законе) было отмечено, что эти пробелы в праве должны устраняться прежде всего законодателем (иным субъектом правотворчества), в то время как функции судов по устранению этих пробелов в праве весьма ограничены: например, национальный доклад Австрии отмечает, что это - задача законодателя (иного субъекта правотворчества); в национальном докладе Швейцарии отмечается, что косвенные пробелы в праве могут быть устранены только судами при защите личных конституционных прав; в национальном докладе Венгрии подчеркивается, что вторичные пробелы в праве могут быть устранены только судом, если эти пробелы в праве являются частичными. Однако в национальных докладах также отмечается, что, не оспаривая возможности устранения вторичных пробелов в праве (или косвенных, или кажущихся пробелов в праве, или пробелов в правовом регулировании) законодателем (или иным субъектом правотворчества) путем принятия или дополнения действующего

закона (или иного правового акта), в то же время необходимо признать и второй способ устранения пробелов в праве - применение судебных прецедентов (Венгрия, Литва). Делается вывод, что отрицание права суда устранять пробелы в праве также отрицало бы возможность применения аналогии, в то время как при разрешении гражданских дел без этого было бы невозможно обойтись: в этом случае суд, столкнувшись с пробелом в праве, был бы неспособен разрешить дело, так как устранение пробелов в праве - прерогатива скорее законодателя (иного субъекта правотворчества), а не суда (Литва).

Конституционные суды придают особое значение тем способам решения проблем пробелов в праве, которые так или иначе связаны с исполнением их функций как органов конституционного контроля, то есть с тем, что конституционные суды могут исполнять и исполняют самостоятельно, устраняя и/или создавая предпосылки для устранения пробелов в праве. Сюда относятся все вышеупомянутые способы решения проблем пробелов в праве, за исключением первого - когда субъект правотворчества, приняв правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, вносит свои собственные изменения в это правовое регулирование. Таким образом, конституционные суды могут применять следующие способы решения проблем пробелов в праве:

1) изменить правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, путем его толкования, тем самым восполнив пробелы в праве. Необходимо отметить, что при рассмотрении того, противоречит ли оспариваемый закон (или иной правовой акт) конституции, конституционные суды толкуют как конституцию, так и этот закон (или иной правовой акт). Таким образом, толкуя как конституцию, так и обычное правовое регулирование, конституционный суд может восполнить:

а) пробелы в конституции (фактически, некоторые суды отметили в своих национальных докладах, что, как утверждает в их научной доктрине, конституционные суды могут восполнять пробелы конституции; это - те же самые суды, которые подчеркнули, что научная доктрина, признанная в их государствах, допускает, что пробелы в конституции, в принци-

пе, могут существовать (Австрия, Белоруссия, Португалия, Россия, Эстония);

б) пробелы обычного правового регулирования (Австрия, Венгрия, Испания, Литва, Польша, Португалия);

2) признав правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, противоречащим конституции, обязать субъект правотворчества изменить его (Италия, Литва, Польша, Португалия), то есть предусмотреть устранение пробелов обычного правового регулирования другим органом;

3) даже не признав правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, противоречащим конституции, однако:

а) критически оценив это правовое регулирование, рекомендовать субъекту правотворчества, как его изменить (Италия, Литва);

б) указать также на то, что при разрешении дел суды должны принимать во внимание соответствующее толкование, данное конституционным судом (Литва).

Таким образом, конституционные суды создают предпосылки для устранения пробелов обычного правового регулирования другими органами.

В национальном докладе Венгрии подчеркивается, что, как отмечает их научная доктрина, суды при устранении пробелов в праве могут применять следующие средства:

1) аналогию, когда дело разрешается способом, аналогичным сходному делу, в котором была применена та же правовая норма, которая подлежит применению в рассматриваемом деле;

2) расширительное толкование, когда правовая норма, которая была применена в сходном деле, в рассматриваемом деле толкуется расширительно;

3) усмотрение при установлении фактических обстоятельств дела.

Аналогия как средство устранения пробелов в праве, используемое судами, была упомянута в национальных докладах почти всех конституционных судов (Австрия, Азербайджан, Армения, Белоруссия, Болгария, Босния и Герцеговина, Венгрия, Грузия, Испания, Италия, Латвия, Литва, Македония, Польша, Португалия, Россия, Сербия, Словения, Турция, Ук-

раина, Хорватия, Черногория, Чешская Республика, Швейцария, Эстония). В некоторых национальных докладах были упомянуты следующие виды аналогий: а) аналогия права, когда общие принципы права применяются для разрешения аналогичного дела, и б) аналогия закона, когда разрешение аналогичного дела основывается на нормах закона (Белоруссия, Россия, Украина).

Хотя большинство конституционных судов именуется пробелы в праве аномалией правовой системы, необходимо также отметить, что в нескольких национальных докладах (Армения, Россия) отмечается, что пробелы в праве могут иметь и позитивное значение. Указывается, что пробелы в праве стимулируют практику толкования и применения права (Россия) и что судебные органы, действующие как негативные законодатели, оказывают влияние на развитие общественных отношений (Армения).

1.1.5. Особенности пробелов в праве в публичном и частном праве

Как отмечено выше, в национальных докладах подчеркивается, что возможности суда по восполнению пробелов в праве посредством аналогии и толкования права не безграничны, - в особенности это подчеркивается относительно устранения вторичных пробелов в праве (или косвенных, или кажущихся пробелов в праве, или пробелов правового регулирования) (Австрия, Венгрия, Португалия, Швейцария). Необходимо упомянуть и другое ограничение: правовые доктрины ряда государств признают, что аналогия не может быть допустимой, приемлемой и возможной в уголовном праве и в других областях публичного права (Азербайджан, Белоруссия, Литва, Россия, Турция, Украина). Это объясняется следующим: как предполагается, пробелы в праве, которые могли бы быть восполнены судами, в публичном праве не существуют и невозможны, так как в противном случае нарушались бы принцип правовой определенности и другие общие принципы права, конституционные права и свободы человека (Словения).

С другой стороны, необходимо отметить, что такой подход был сформулирован применительно к обычному праву и к общим судам, применяющим и толкующим его. В то же время конституция как высшее право, в отличие от обычного права, не разделяется и не может быть разделена на публичное и частное право, поскольку является целостным актом в отношении прав и свобод человека. В этом контексте необходимо процитировать тезис Г.Кельзена о том, что разделение права на публичное и частное является чисто идеологическим⁵. Конституционные суды могут констатировать существование законодательного упущения даже в уголовном праве, признав, что обычные правотворческие органы ненадлежащим образом исполнили (не исполнили) свою конституционную обязанность по криминализации определенного деяния (это отмечено в национальном докладе Португалии). В национальных докладах отмечается, что конституционные научные доктрины также содержат мнения о том, что пробелы в праве не имеют никаких особенностей в публичном и частном праве (Армения, Швейцария).

1.2. Понятие законодательного упущения

Поскольку конституционные суды осуществляют контроль конституционности законодательного упущения, то, как подчеркнуто в ряде национальных докладов (Венгрия, Испания, Италия, Португалия), в научной доктрине и в правоприменительной практике возникает особенно деликатная проблема: как согласовать автономию политической деятельности обычных правотворческих органов, *inter alia* их свободу создавать правовые нормы, с необходимостью обеспечить подчинение деятельности этих органов конституции. На первый взгляд, эта проблема элементарна. Все органы государственной власти, включая правотворческие органы, подчиняются конституции. Наряду с этим отмечается, что баланс между правомочиями правотворческих органов принимать правовые акты и их обязанностями принимать эти правовые акты в соответствии с нормами конституции неустойчив. Этот баланс достаточно оп-

⁵ Ibid. ирр. ту1 фтуу.

ределен (хотя и это порождает множество дискуссий), когда правотворческие органы самостоятельно иницируют и принимают правовое регулирование, - наиболее важным для них является то, что они не нарушают никаких конституционных требований. Если бы при этих обстоятельствах их инициатива была в последующем признана конституционными судами неконституционной, то у правотворческих органов возникла бы обязанность по изменению ранее принятого ими правового регулирования. В то же время, когда правотворческие органы ненадлежащим образом исполняют требования конституции, принимая неисчерпывающее правовое регулирование по сравнению с тем, которое должно быть принято согласно конституции, то после признания конституционными судами такого правового регулирования неправомерным, они вынуждены принимать правовое регулирование, которое соответствовало бы конституции. В этом случае конституционные суды оказываются в особенно невыгодной ситуации: как гаранты конституции, они становятся органами, как бы подталкивающими правотворческие органы к принятию определенного недостающего правового регулирования; другими словами, конституционные суды могут быть неверно восприняты как превращающиеся даже в инициаторов правотворчества, тогда как это означало бы ставить под сомнение ненарушимость принципа разделения властей (Испания, Польша, Португалия).

В национальных докладах отмечено, что правотворческая инициатива часто обусловлена не чем иным, как самой конституцией, - именно конституция устанавливает руководящие принципы правотворчества. *Существование законодательного упущения предполагает ненадлежащее исполнение требований конституции по принятию необходимого правового регулирования, неисполнение обязанностей, установленных конституционным текстом* (Испания, Италия, Польша, Португалия). При обстоятельствах, когда правотворческие органы не устанавливают никакого правового регулирования, которое должно быть установлено, это является фактическим (или абсолютным, безусловным) упущением, а когда установлено неполное, недостаточное правовое регулирование, это является частичным (относительным) упущением (Польша).

В национальных докладах поднимается вопрос о том, как должны быть установлены конституционные требования к принятию необходимого обычного правового регулирования, отказ от исполнения или, скорее, ненадлежащее исполнение которых порождает законодательное упущение. В докладах отмечается, что такие конституционные требования должны быть установлены правовыми нормами, выражающими конституционный порядок (Польша), также приводятся примеры конституционных правил, противоречие которым вызывает появление конституционно значимого законодательного упущения (Австрия, Португалия). Например, в национальном докладе Португалии отмечается, что их научная доктрина преследует цель составления классификации норм конституции, которые предусматривают обязанность правотворческих органов действовать, то есть обязывают принять правовое регулирование. В национальных докладах подчеркивается, что неконституционность вследствие законодательного упущения следует констатировать, когда нарушены именно обязательные конституционные правила или принципы (Польша, Португалия). С другой стороны, подчеркивается, что неконституционность вследствие законодательного упущения следует, разумеется, констатировать при таких обстоятельствах, когда имеется противоречие правилам и принципам, установленным непосредственно в тексте конституции, но при этом обсуждается и признается, что неконституционность вследствие законодательного упущения должна признаваться также при таких обстоятельствах, когда имеется противоречие неписаным (имплицитным) принципам конституции, то есть тем принципам, которые косвенно предусмотрены конституционными правилами, но непосредственно не содержатся в тексте конституционного акта. Утверждается, что их конкретизация и детализация обычными законодательными (юридическими) средствами, как правило, предполагает и обязанность по принятию правовых актов (Португалия).

Отмечается, что очевидно обязательные правила и принципы конституции (как писанные, так и неписанные) подразумевают обязанность правотворческих органов устанавливать необходимое правовое регулирование и что ненадлежащее исполнение этой обязанности может создавать предпосылки для воз-

никновения неконституционности вследствие законодательного упущения. В национальных докладах также подчеркивалось, что конституция содержит не только очевидно обязательные, но также и программные правила (Австрия, Португалия). В докладах уделено внимание тому факту, что научные доктрины, как правило, отражают мнение о том, что противоречие этим правилам, которые обычно заключают в себе цели и задачи национальной политики, само по себе не может обуславливать несоответствие конституции вследствие упущения. Тем не менее, в национальном докладе Португалии отмечено, что существуют также мнения о том, что, по-видимому, неконституционность вследствие законодательного упущения признается, когда правотворческие органы остаются пассивными относительно экономических и социальных факторов, обуславливающих эффективное исполнение программного конституционного правила, и не ставят цель применения последнего посредством установления соответствующего обычного правового регулирования. В этом докладе подчеркивается, что субъективная причина появления пробелов в праве - это ненадлежащее исполнение правотворческими органами обязанностей по принятию необходимого правового регулирования, которое может иметь форму как действия, так и бездействия⁶.

Следовательно, ненадлежащее исполнение, формы которого могут различаться, обязанности по принятию необходимого правового регулирования есть второй признак законодательного упущения (первым признаком, как отмечалось, является установление в конституции (ее положениях и принципах) конституционной обязанности по принятию необходимого правового регулирования).

В научной доктрине Португалии выражено мнение, соглас-

⁶ В частности, в национальном докладе Португалии отмечается, что простое бездействие (нарушающее общую обязанность по принятию правовых актов) правотворческого органа недостаточно для возникновения неконституционности вследствие законодательного упущения, для этого, скорее, должна быть не исполнена юридическая обязанность, предусмотренная конституцией (то есть должна быть не исполнена специальная обязанность по принятию определенных правовых актов); таким образом, неконституционное законодательное упущение создает обычный вакуум, который невозможно восполнить специальными средствами. Признание упущения как конституционно значимого требует исполнения конституционного требования по совершению действий.

но которому ненадлежащее исполнение обязанности по принятию необходимого правового регулирования проявляется в следующих формах бездействия и действия:

а) отсутствие действия (по установлению необходимого правового регулирования) со стороны правотворческих органов. Такое отсутствие действия будет рассматриваться как упущение, если вообще не были приняты никакие обычные правила, как это требуется для уточнения определенной конституционной нормы, чтобы она была исполнена, - в этом случае конституционные нормы являются недостаточно эксплицитными, чтобы быть исполненными сами по себе, таким образом, они косвенно обязывают правотворческие органы принять обычные правовые акты;

б) ненадлежащее действие (по установлению необходимого правового регулирования) правотворческих органов. Такое ненадлежащее действие имеет место, когда правотворческие органы не исполняют свою обычную обязанность по совершенствованию, обновлению или изменению существующих правовых актов. Подчеркивается, что это - не полное или частичное отсутствие права (упущение), а, скорее, пробел в совершенствовании и пересмотре существующего права, который превращается в пробел по существу, когда отсутствие подобных изменений вызывает последствия в отношении практического осуществления основных прав;

с) недостаточность действий правотворческих органов.

Как уже упоминалось, есть два вида законодательного упущения: когда правотворческие органы не устанавливают необходимое правовое регулирование, которое должно быть установлено, - это представляет собой реальное (или абсолютное, безусловное) упущение, и когда они устанавливают неполное, недостаточное правовое регулирование, это - частичное (относительное) упущение (Польша, Португалия). Реальное упущение порождается ненадлежащим исполнением обязанности по принятию необходимого правового регулирования правотворческими органами, проявляющимся именно в вышеупомянутых формах бездействия и действия. В этом контексте необходимо также напомнить, что в некоторые страны считается, что пробел в праве может быть признан противореча-

щим конституции, только если он был вызван действием субъекта правотворчества, то есть ненадлежащим исполнением предписанных конституцией обязанностей по принятию правового регулирования, конкретизирующего или детализирующего регулирование, установленное конституцией (Италия, Литва), тогда как пробел, вызванный бездействием, может быть лишь критически оценен органами конституционного контроля с дачей рекомендации субъекту правотворчества относительно его изменения (Италия, Литва). Иногда в научной доктрине отмечается, что законодательное упущение, созданное бездействием, может также рассматриваться как определенный правовой акт, противоречащий конституции (Португалия).

В национальном докладе Португалии также отмечается третий аспект законодательного упущения - проблема срока исполнения правотворческими органами своей конституционной обязанности по установлению необходимого правового регулирования. Отмечается, что в научной доктрине существуют два основополагающих мнения по этому вопросу. Некоторые авторы отрицают значение срока, замечая, что законодательное упущение признается не на основании соблюдения (несоблюдения) сроков, установленных для принятия необходимого обычного регулирования, а на основании значения подлежащих принятию правовых инструментов для исполнения конституционной нормы и необходимости их для цели действительного исполнения конституционной нормы; другими словами, наличие законодательного упущения легко констатировать с учетом реальной потребности во вмешательстве правотворческих органов. Другие авторы, напротив, утверждают, что оценка конституционности отсутствия обычной правовой нормы не может быть отделена от определенного периода времени, так как существование неконституционного законодательного упущения зависит от природы (характера) конституционных правил и корреляции между воплощенными в них конституционными требованиями по принятию необходимого обычного регулирования и определенным временным критерием.

Инициирование правотворческого процесса является не-

достаточным для устранения законодательного упущения. Делается вывод, что законодательное упущение может быть устранено только принятием действительного правового акта, включающего необходимое обычное правовое регулирование, которое должно быть установлено согласно конституции (Португалия).

Существование законодательного упущения подразумевает ненадлежащее исполнение конституционных требований по установлению необходимого правового регулирования, несоблюдение обязанностей, предусмотренных в конституционном тексте (Испания, Польша, Португалия). Однако сущность законодательного упущения более ясно выражало бы определение, предложенное в целом ряде национальных докладов, где под законодательным упущением понимается пробел в праве, запрещенный правом, прежде всего *jus supremum (конституцией)* (Армения, Литва, Чешская Республика).

Почему это последнее определение более точно? Потому что по существу во всех национальных докладах подчеркивается, что законодательное упущение связано с неконституционной деятельностью правотворческих органов, однако ненадлежащее исполнение конституционных требований по установлению необходимого правового регулирования, несоблюдение обязанностей, указанных в конституционном тексте, не должно всегда, как в теории, так и в практике, обязательно признаваться неконституционным - оно может толковаться конституционным судом как не противоречащее конституции и даже толковаться как не деликтное или, даже если толковать его как деликтное, как соответствующее конституции. Например, в этом контексте следует еще раз напомнить, что в некоторых государствах считается, что пробел в праве может быть признан противоречащим конституции, только когда он был вызван действием субъекта правотворчества, то есть ненадлежащим исполнением предписанных конституцией обязанностей по принятию правового регулирования, конкретизирующего регулирование, установленное в конституции, и/или детализирующего его (Литва, Италия), тогда как пробел, вызванный бездействием, может быть только критически оценен органом конституционного контроля, может быть даже признан деликтным, и субъекту правот-

ворчества может быть дана рекомендация по его изменению (Италия, Литва). Именно поэтому, как отмечалось, конституционные суды могут применять следующие способы решения проблемы пробелов в праве: 1) изменить правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, посредством его толкования и таким образом восполнить пробелы в праве; 2) признать правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, противоречащим конституции, обязав субъект правотворчества изменить его; 3) хотя и не признав правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, противоречащим конституции, однако: а) критически оценив это правовое регулирование, рекомендовать субъекту правотворчества, как изменить его, и б) также дать обязательные разъяснения судам о том, что те при разрешении дел должны принимать во внимание толкование конституционных судов. Таким образом, в национальных докладах подчеркивается, что законодательное упущение существует, только когда конституционные суды констатируют, что правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, противоречит конституции, то есть констатируют неконституционность вследствие законодательного упущения.

Признание пробела в праве, который запрещен конституцией, в научной доктрине также означает, что эта доктрина обсуждает вопрос о том, как такие неправомерные пробелы в праве должны быть устранены из правовой системы, то есть *какой правовой механизм, способствующий устранению законодательного упущения из правовой системы, должен быть предусмотрен в правовой системе*. Несомненно, ответ состоит в том, что неправомерность недостаточности правового регулирования, то есть существование законодательного упущения, которое запрещено конституцией, может быть констатирована только органом конституционного контроля: законодатель или иной правотворческий орган не вправе констатировать наличие неправомерности правового регулирования, установленного законом или любым иным принятым им правовым актом, поскольку тогда фактически отрицалось бы значение конституционного судопроизводства (Литва).

Необходимо отметить, что конституционные суды в своих национальных докладах подчеркнули, что, согласно их научным

доктринам, конституционные суды всегда так или иначе сталкиваются с пробелами в праве - различаются лишь используемые судами способы разрешения проблем пробелов в праве (как упоминалось, конституционные суды могут: 1) изменить правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, посредством его толкования и, таким образом, восполнить пробелы в праве; 2) признать правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, противоречащим конституции, обязав субъект правотворчества изменить его; 3) хотя и не признав правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, противоречащим конституции, однако: а) критически оценив это правовое регулирование, рекомендовать субъекту правотворчества, как изменить его, и б) также дать обязательные разъяснения судам о том, что те при разрешении дел должны принимать во внимание толкования конституционных судов).

В научной доктрине ряда стран признается, что конституционные суды могут констатировать неконституционность законодательного упущения (Венгрия, Испания, Италия, Литва, Польша, Португалия). Кроме того, только в одной из доктрин (Португалия) утверждается, что законодательное упущение, созданное бездействием, конституционные суды могут признать определенным правовым актом, противоречащим конституции; в других доктринах подчеркивается, что, хотя используется термин “неконституционное законодательное упущение”, однако фактически конституционные суды констатируют, что конституции противоречит скорее правовое регулирование, содержащее пробел в праве, а не сам пробел в праве (Венгрия, Испания, Италия, Литва, Польша). В других национальных докладах утверждается, что их научные доктрины не упоминают полномочия конституционных судов признавать законодательное упущение неконституционным, однако конституционные суды могут констатировать, что правовое регулирование, содержащее пробел в праве, противоречит конституции (Швейцария). В третьей группе национальных докладов отмечается, что их научная доктрина не проводит различия между терминами “законодательное упущение” и “пробел в праве” (Австрия, Азербайджан, Армения, Белоруссия, Болгария, Босния и Герцеговина, Грузия, Кипр, Латвия, Македония, Ук-

раина, Эстония). В четвертой группе национальных докладов отмечается, что в научной доктрине пробелы правового регулирования именуется законодательным упущением (Россия, Черногория). В национальном докладе Турции подчеркивается, что национальная доктрина имеет тенденцию использовать термин “упущение законодательного органа”, а не “законодательное упущение”.

1.3. Понятия конституционного суда или эквивалентного органа, осуществляющего конституционный контроль, как “негативного” и “позитивного” законодателя

Необходимо отметить, что в своих национальных докладах большинство конституционных судов (Австрия, Азербайджан, Армения, Белоруссия, Болгария, Босния и Герцеговина, Венгрия, Грузия, Испания, Италия, Латвия, Литва, Македония, Польша, Португалия, Россия, Сербия, Словения, Украина, Хорватия, Черногория, Чешская Республика, Швейцария, Эстония) подчеркнуло, пользуясь терминологией, предложенной Г. Кельзеном, что в научной доктрине считается, что конституционные суды могут рассматриваться как “негативные законодатели”⁷.

Действительно, реализуя свое предназначение по обеспечению конституционного правосудия и гарантированию верховенства конституции в правовой системе, конституционные суды осуществляют специальные функции - признают законы и подзаконные правовые акты противоречащими конституции и тем самым исполняют свою обязанность по исключению непра-

⁷ С этой точки зрения, необходимо обратить внимание на национальный доклад Венгрии, в котором кратко представлена позиция Г. Кельзена относительно положения конституционных судов в системе государственных органов и исполняемых ими функций. Отмечается, что теория негативного законодателя была создана Г. Кельзеном, впервые опубликовавшим ее на французском языке в 1928 году и затем изложившим в своем докладе на конференции, организованной Ассоциацией конституционного права Германии 23-24 апреля 1928 года; он оспаривал направленные против конституционных судов доводы, согласно которым эти суды, якобы, противоречат разделению властей и вмешиваются в правотворчество. Г. Кельзен подчеркивал, что в определенном смысле конституционный суд действует как законодатель, когда, отменяя закон, принимает скорее общие, а не индивидуальные правовые нормы; другими словами, конституционный суд является негативным законодателем. Поскольку деятельность конституционного суда предотвращает концентрацию власти в руках одного государственного органа, она, согласно Г. Кельзену, укрепляет разделение властей, а не противоречит ему.

вомерных положений из правовой системы. Это - аутентичные функции конституционных судов: именно эти функции позволяют называть конституционные суды “негативными законодателями”. Действуя в качестве негативных законодателей, конституционные суды опираются на два столпа: принцип верховенства права и нравственное требование нейтральности (Венгрия). В этом контексте необходимо упомянуть национальный доклад Испании, в котором подчеркивается, что либеральный принцип верховенства права требует, чтобы конституционные суды были насколько возможно нейтральными.

С другой стороны, в национальных докладах также подчеркивается, что с целью гарантирования конституционного правосудия конституционные суды не только осуществляют свои аутентичные функции - устраняют неправомерные положения из правовой системы, - но также толкуют конституционные нормы (Австрия, Венгрия, Литва, Эстония). В некоторых случаях, особенно при разрешении “сложных дел”, при толковании конституции, конституционным судам приходится выходить за рамки позитивного права и формулировать специфические указания для субъектов правотворчества (Венгрия) - в этом случае конституционные суды должны не только проявлять сдержанность, но они также должны быть активными, поскольку они могут толковать конституцию не только строго, но также и либерально (Венгрия, Литва). Следовательно, конституционные суды рассматриваются не только как “негативные законодатели”, устраняющие неконституционные нормы обычного правового регулирования и тем самым корректирующие его систему, но также и как официальные толкователи конституции, выявляющие содержание конституционного регулирования в своей юриспруденции, непрерывно развивающие конституционную систему и направляющие будущее развитие всей правовой системы в определенном направлении (Австрия, Литва, Португалия, Эстония).

В национальном докладе Испании также подчеркивается, что, с одной стороны, хотя либеральный принцип верховенства права требует от конституционных судов быть насколько возможно нейтральными, однако, с другой стороны, принцип

социального государства, закрепленный в Конституции Испании, требует от Конституционного Суда обогащать конституционную доктрину такими рекомендациями относительно социальной политики, которые были бы обязательными для политических органов, - в испанской научной доктрине это рассматривается как активная роль конституционного суда.

В национальных докладах также подчеркивается, что, гарантируя конституционное правосудие, конституционные суды не только выполняют свои аутентичные функции - устраняют неправомерные положения из правовой системы, - не только толкуют конституционные нормы, но также толкуют нормы обычных правовых актов, соответствие которых конституции исследуется конституционными судами. В этом случае конституционные суды иногда “устанавливают” новое правовое регулирование, и поэтому их именуют “позитивными законодателями” (Азербайджан, Латвия, Литва, Эстония). Отмечается, что в качестве “позитивного законодателя” конституционный суд не только формирует официальную конституционную доктрину: квалифицируя определенный закон как не противоречащий конституции, конституционный суд фактически санкционирует результат деятельности законодателя. Кроме того, иногда, выбирая одну из возможных альтернатив толкования оспариваемого правового акта, конституционный суд придает этому акту несколько иной смысл, чем тот, который сложился в предшествующей практике применения этого акта, и утверждает, что “только в настоящем” истолковании оспариваемый правовой акт не противоречит конституции (Литва). При определенных обстоятельствах конституционные суды могут также предписывать, как следует исполнять то или иное положение правового регулирования (Латвия).

Как отмечено в ряде национальных докладов, в научных доктринах утверждается, что конституционные суды, хотя их и не именуют “позитивными законодателями”, могут проявлять активизм (Армения, Венгрия, Испания, Украина). В национальных докладах даже тех конституционных судов, которые отмечают, что их научными доктринами разделяется мнение о конституционных судах как “позитивных законодателях”, также подчеркивается, что они “активны”: например, в нацио-

нальном докладе Литвы указывается, что активизм конституционного суда упоминается в научной доктрине применительно к разрешению проблем устранения пробелов в праве (примером может служить случай, когда сам Конституционный Суд принял меры для максимально возможного смягчения правовых последствий появления пробела в праве, который мог бы возникнуть в результате принятия Судом постановления о признании определенного правового регулирования, *inter alia* законодательного упущения, противоречащим Конституции)⁸. Впрочем, в некоторых национальных докладах отмечается, что, с точки зрения научной доктрины, конституционный суд вообще нельзя именовать “законодателем” (даже негативным) (Турция).

⁸ Такой мерой явилась отсрочка официального опубликования постановления. Законодательному органу было предоставлено время для изменения правового регулирования до вступления постановления в силу; пробельность правового регулирования была предотвращена. Такая практика получила не только одобрение, но и критику со стороны конституционалистов. Было заявлено, что “в Литве до тех пор, пока постановление Конституционного Суда, которым определенное правовое регулирование признано противоречащим Конституции, не вступило в силу (его официальное опубликование и вступление в силу отсрочены), в юридическом смысле это постановление не обязывает законодателя предпринимать соответствующие законодательные действия. Откладывая официальное опубликование своего постановления, Конституционный Суд просто дает законодателю возможность привести правовое регулирование в соответствие с требованиями Конституции по собственной инициативе и, таким образом, он может “предотвратить” правовые последствия, которые возникли бы после вступления в силу постановления Конституционного Суда”. Национальный доклад Литвы предлагает и другой способ предотвращения пробелов в праве или иных нежелательных последствий, которые могут быть вызваны одномоментным устранением из правовой системы норм, противоречащих Конституции. Это восстановление правовых норм, ставших недействительными на основании признания неконституционности по вступлении в силу постановления Конституционного Суда. Основной аргумент в пользу заявления о восстановлении правовых норм, которые были лишены своей силы нормами, признанными неконституционными, состоит в том, что “имеются в виду не полномочия конституционных судов по восстановлению юридической силы нормы, которая была отменена или изменена неконституционным правовым актом, а восстановление таких норм, как юридическое последствие решения, которым констатируется неконституционность правового акта, отменившего или изменившего предыдущее правовое регулирование, что прямо предусмотрено в конституции (законах) государства или возникает *ipso jure*, то есть обуславливается существом самого решения”. Таким образом, в юридической литературе Литвы отмечается не только то, что Конституционный Суд нашел конституционные возможности заключать, что пробел в праве, как недостаток правового регулирования специфического общественного отношения, противоречит Конституции, но что он также попытался предложить дальнейшие направления разрешения проблемы законодательного упущения. Отмечается, что подобное расширение границ юрисдикции Конституционного Суда - это феномен юрисдикционной дискреции, который не отклоняется от европейских тенденций.

2. Закрепление контроля конституционности законодательного упущения в Конституции, конституционной юриспруденции и других правовых актах страны

2.1. Конституция в национальной правовой системе

2.1.1. Конституция как правовой акт высшей юридической силы

Деятельность конституционных судов основывается на теории “иерархии норм”, предложенной представителями “Венской школы права” (А. Меркль, Г. Кельзен) (например, как отмечено в национальном докладе Австрии, упомянутая теория рассматривается в Конституции Австрии и в практике Конституционного Суда как предпосылка отправления Конституционным Судом конституционного правосудия и обеспечения законности). Сердцевина этой теории: каждый правовой акт меньшей юридической силы детализирует правовой акт большей юридической силы. Следовательно, обычное правовое регулирование рассматривается как развивающее конституционные положения, тогда как сами обычные законы развиваются подзаконными актами (административными правовыми актами). Таким образом, правовые акты меньшей юридической силы не могут противоречить правовым актам большей юридической силы, прежде всего конституции.

В национальных докладах (Австрия, Азербайджан, Албания, Армения, Белоруссия, Бельгия, Болгария, Босния и Герцеговина, Венгрия, Германия, Грузия, Дания, Ирландия, Испания, Италия, Латвия, Литва, Люксембург, Македония, Молдова, Норвегия, Польша, Португалия, Россия, Румыния, Сербия, Словения, Турция, Украина, Франция, Хорватия, Черногория, Чешская Республика, Швейцария, Эстония) отмечается, что правовая система закрепляет принцип верховенства конституции, подразумевая, что конституция занимает исключительное - высшее - положение в иерархии правовых актов, правовые ак-

ты меньшей юридической силы не могут противоречить правовым актам большей юридической силы, то есть никакие законы или любые иные правовые акты не могут противоречить конституции, в то время как подзаконные акты не могут противоречить законам. Принцип верховенства конституции закреплен либо непосредственно в конституции (Венгрия, Германия, Испания, Литва, Португалия и т.д.), либо логически выводится из конституции (Босния и Герцеговина).

Также необходимо отметить, что конституция является верховным правом также по отношению к международным правовым актам (Венгрия, Испания, Литва, Россия, Эстония) и по отношению к правовым актам Европейского союза (Литва). В национальном докладе Кипра отмечается, что, в соответствии с Конституцией Кипра, право Европейского союза имеет приоритет над Конституцией Кипра. В Эстонии в случае такой коллизии право Европейского союза имеет приоритет над национальными правовыми нормами, включая Конституцию, в тех областях, которые отнесены к исключительной компетенции органов Европейского союза или к совместной компетенции.

2.1.2. Конституция - не только правовой акт и не только текст: юриспруденциальная конституция

В национальном докладе Австрии отмечается, что теория “иерархии норм” также подразумевает, что конституция без органа конституционного контроля, обладающего полномочиями констатировать противоречие обычных правовых актов конституции, есть *lex imperfecta*. Конституция становится *lex perfecta* только тогда, когда конституционный суд может признавать обычные законы противоречащими конституции; другими словами, конституционный суд налагает санкции на законодателя, когда последний ненадлежащим образом исполняет свои обязанности по принятию законов, соответствующих конституции. Только активная позиция конституционного суда обеспечивает реальную, а не предполагаемую имплементацию принципа верховенства конституции. В этом контексте особенно уместно отметить, что принцип приоритета конституции был бы в общем иллюзорным без конституционного су-

да, - в конце концов, отсутствовал бы даже тот, кто констатирует противоречие правовых актов меньшей юридической силы актам большей юридической силы, следовательно, никто не мог бы официально констатировать, что правовые акты, противоречащие конституции, могут существовать и действительно существуют. Авторы теории “иерархии норм” также создали доктрину “предела толерантности”, согласно которой неконституционные законы и незаконные подзаконные акты являются действительными, пока конституционный суд не отменит их. Эта доктрина закрепляет презумпцию конституционности и законности законов и иных правовых актов; все правовые акты соответствуют конституции, пока иное не установлено конституционным судом.

Роль конституционного суда при обеспечении принципа верховенства конституции является основополагающей. Через конституционный контроль конституция, как правовой акт, превращается “в живое” право. Хотя в национальных докладах говорится, что конституция прежде всего понимается как правовой акт, обладающий высшей юридической силой (Австрия, Венгрия, Германия, Литва, Португалия), наряду с этим подчеркивается, что конституция, в ее толковании, превращается в юриспруденциальную или “живую” конституцию (Венгрия, Литва, Португалия). Тенденции развития такого понимания конституции стали особенно заметны, когда европейская конституционная система начала ориентироваться на ценности, на основные права (Австрия). В национальном докладе Германии отмечается, что в Германии Основной закон (Конституция) подразумевает, что конституционный порядок основывается на основных правах, которые обязывают все ветви государственной власти - законодательную, исполнительную и судебную - гарантировать их. Именно поэтому конституция, которая основывается на ценностях, среди которых основополагающими ценностями являются основные права человека, не может отождествляться с позитивным правом (Венгрия). В национальном докладе Литвы отмечается, что, подобно тому, как закон нельзя рассматривать только как текст, устанавливающий *expressis verbis* определенные правовые положения и правила поведения, так и конституцию, как правовую реальность, нельзя рас-

считать только как ее текстовую форму, конституцию нельзя воспринимать только как совокупность эксплицитных положений; конституция, как правовая реальность, содержит различные положения - конституционные нормы и конституционные принципы, которые прямо закреплены в различных формулировках конституции или выводятся из них; некоторые конституционные принципы закреплены *expressis verbis* в конституционных нормах, другие, хотя и не закрепленные *expressis verbis*, отражены в конституционных нормах и выводятся из них, как и из других конституционных принципов, отраженных в этих нормах, из совокупности конституционного правового регулирования, из смысла конституции как акта, закрепляющего и защищающего систему основополагающих ценностей национального сообщества - гражданской нации, устанавливающего руководящие принципы всей правовой системы; конституционные принципы выявляют не только букву, но и дух конституции - те ценности и цели, которые были закреплены нацией в конституции посредством определенной избранной текстовой формы, языкового выражения ее положений, посредством установления определенных конституционных норм, посредством эксплицитного и имплицитного закрепления определенного конституционного правового регулирования; противопоставление буквы и духа конституции не может существовать и не существует - буква конституции не может толковаться или применяться способом, отрицающим дух конституции, которая может пониматься только как правовое регулирование, рассматриваемое лишь в его целостности и лишь через оценку цели конституции как публичного договора и акта высшей юридической силы; дух конституции выражен целостностью конституционного правового регулирования, всех его положений: и норм конституции, непосредственно сформулированных в тексте конституции, и принципов конституции, включая те, которые выводятся из смысла целостного конституционного правового регулирования, и из конституции как акта, закрепляющего и защищающего систему основополагающих ценностей национального сообщества и определяющего руководящие принципы всей правовой системы.

Можно утверждать, что в практике конституционных судов

конституция не рассматривается только как правовой акт, который закрепляет лишь эксплицитные правовые положения. Конституция понимается как нечто большее, чем текст правового акта (например, в национальном докладе Португалии отмечается, что Конституционный Суд Португалии выработал такое понимание конституции, согласно которому в дополнение к формальной конституции существует также неписаная материальная конституция, которая, хотя ее основания и пределы определены формальной конституцией, дополняет и развивает последнюю). Кроме того, важно также подчеркнуть, что конституция как правовая реальность содержит не только эксплицитные положения текста конституции и имплицитные положения конституции, выводимые из них, но также и положения конституции специфически различного происхождения (например, в национальном докладе Дании отмечается, что в Дании конституция дополнена обычаями, обладающими силой конституции).

Конституционные суды развивают следующее понимание конституции: официальная конституционная доктрина *inter alia* раскрывает содержание различных конституционных положений, их взаимодействие, баланс конституционных ценностей, сущность конституционного правового регулирования как единого целого (Австрия, Армения, Венгрия, Германия, Латвия, Литва, Польша, Португалия, Россия, Эстония). Формирование официальной конституционной доктрины (как целого, так и по каждому отдельному вопросу конституционного правового регулирования) не является одномоментным актом, это - постепенный и последовательный процесс, который непрерывен и полностью никогда не завершается. В формулировании новых положений официальной конституционной доктрины раскрывается многосторонность и богатство многообразия правового регулирования, закрепленного в акте высшего права (Венгрия, Литва).

В некоторых национальных докладах отмечается, что конституцию не следует превращать в абсолют, так как ее положения, хотя они могут иметь прямое применение, являются особенно абстрактными, следовательно, законодатель и другие правотворческие органы должны детализировать конституционное регулирование посредством обычного права (Эстония).

Иногда также подчеркивается, что конституционное регулирование, относящееся к системе ценностей, особенно к правам человека, может предусматривать более узкие пределы защиты системы ценностей, чем те, которые предусмотрены международно-правовыми актами, - в этом случае следует избирать более широкие пределы защиты, в том числе защиты прав человека (Словения).

2.1.3. Конституция как право без внутренних противоречий

Необходимо отметить, что целостность - неотъемлемая черта конституции. Все положения конституции связаны не только формально, но также и по содержанию: содержание одних положений конституции определяет содержание других. Никакое противоречие между конституционными принципами и конституционными нормами невозможно, все конституционные нормы и конституционные принципы составляют гармоничную систему, именно конституционные принципы организуют все конституционные положения в гармоничное единство, не допуская никаких внутренних противоречий в конституции или такого толкования, когда смысл любого из положений конституции или любой из ценностей, закрепленных в ней и защищаемых ею, искажается или ограничивается (Венгрия, Литва). В национальном докладе Испании отмечается, что конституция не является просто собранием или суммой несвязанных обязанностей, напротив, это - основополагающий правопорядок политического сообщества. Конституционный порядок, основополагающие ценности которого - основные права человека, является базисом общества, организованного в демократическое государство (Германия).

С другой стороны, также сформулирован подход, согласно которому, даже если предположить, что могут быть выявлены некоторые противоречия между положениями конституции, это не может вести к признанию положений конституции неприменимыми или даже недействительными (Эстония).

2.1.4. Конституция как право без пробелов

Природа самой конституции как акта высшей юридической силы, а также идея конституционности подразумевают, что конституция не может иметь и не имеет никаких пробелов. В этом контексте необходимо напомнить теорию Г. Кельзена⁹, согласно которой такой правовой феномен, как пробелы в праве, не существует, поскольку все право проистекает из главной правовой нормы (конституции). Однако необходимо отметить, что в национальных докладах большинства конституционных судов не представлена их точка зрения относительно того, рассматривает ли их конституционная юриспруденция конституцию как право, не содержащее пробелов.

По мнению некоторых конституционных судов, конституция рассматривается как право, не содержащее пробелов (Албания, Армения, Венгрия, Литва, Чешская Республика). Например, в Албании конституцию считают исчерпывающей, она может быть детализирована только посредством развития положений конституции. В практике Конституционного Суда Литвы отмечается, что конституция не может иметь и не имеет никаких пробелов. В Венгрии, согласно практике Конституционного Суда, конституция рассматривается как единая и последовательная система, в которой пробелы в праве не могут существовать. Конституционный Суд Армении отмечает, что Конституция не имеет пробелов, возможные дефекты конституции не являются недостатками конституции как высшего права, это лишь недостатки ее текста.

Некоторые другие конституционные суды стоят на позиции, согласно которой конституция является законом, который может иметь пробелы (Австрия, Азербайджан, Португалия, Турция, Черногория, Эстония). В национальных докладах указывается, что конституция может иметь пробелы, так как она устанавливает общие и абстрактные правила, в ней закреплено общее согласованное регулирование, которым не предусматривается точных и конкретных решений; наряду с этим отмечается, что общий характер конституции допускает такое ее толкование, при котором может быть найдено много возможностей даже для решения единичных проблем, в то время как

⁹ Ibid. ирр. т 07 фт 10.

пробелы в самой конституции могут быть восполнены посредством толкования конституции, в особенности ее положений, относящихся к правам человека (Австрия, Эстония). Конституция не регулирует всех отношений и в этом смысле не является законом без пробелов (Португалия). По мнению Конституционного Суда Турции, конституция не рассматривается как право, не содержащее пробелов; кроме того, в ней не содержится положений, позволяющих конституционному суду восполнять пробелы, присутствующие в конституции, однако, в некоторых (редких) случаях, конституционный суд восполняет такие пробелы.

Конституционным Судом Хорватии отмечено, что он не решает вопросы “конституционности конституции”, следовательно, он не констатирует существование пробелов в конституции.

Конституционный Суд Республики Македонии не исследует конституцию с точки зрения наличия или отсутствия в ней пробелов в праве, так как для конституционного суда конституция - это правовой акт, соответствие которому других актов меньшей юридической силы (законов и подзаконных актов) он исследует.

2.2. Закрепление юрисдикции конституционного суда по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве *expressis verbis* в конституции

Национальными докладами отмечается, что согласно конституционным положениям конституционные суды исследуют соответствие конституции правовых актов различной природы.

В качестве объектов конституционного контроля отмечаются следующие:

- правовые акты законодательной власти (Австрия, Армения, Бельгия, Венгрия, Германия, Латвия, Литва, Польша, Португалия, Россия, Словения, Франция, Хорватия, Эстония), хотя, наряду с этим, отмечено, что понятием законов в юриспруденции конституционных судов обычно охватываются не только право-

вые акты и правовые нормы, принятые законодательной властью (Венгрия). Кроме того, объектами конституционного контроля могут быть не только обычные законы, но также и конституционные законы (Литва);

- правовые акты исполнительной власти, то есть административные правовые акты, которые являются подзаконными актами (Австрия, Венгрия, Испания, Литва, Россия). Действительно, в некоторых докладах отмечается, что административные акты только тогда являются объектами конституционного контроля, когда они нарушают определенные конституционные положения: либо гарантирующие основные права и публичные свободы, либо определяющие сферу компетенции, принадлежащей центральному государству и различным автономным сообществам (Испания);

- правовые акты органов местного самоуправления (Португалия);

- законы субъектов федерации (Бельгия - акты сообществ и законы регионов), административные акты (Австрия, Германия, Россия) и даже конституции этих субъектов (Россия);

- международные договоры (Австрия, Литва). Кроме того, отмечается, что их соответствие конституции может исследоваться, только когда они подписаны (Испания) или только когда они еще не действуют (Россия).

В национальных докладах также отмечается, что, как правило, исследуются правовые акты общего, а не индивидуального характера (Австрия), хотя существуют исключения (Литва, Хорватия), также осуществляется пересмотр решений судов, которыми нарушены конституционные права и свободы (например, Германия, Испания).

Обобщая национальные доклады, необходимо отметить, что в них (за исключением национального доклада Португалии) указывается, что в тексте конституции не сформулировано *expressis verbis*, что конституционный суд может констатировать наличие или отсутствие пробелов в праве и законодательных упущений. Отсюда логически следует, что ни одна из конституций не предусматривает специальные процедуры исследования пробелов в праве и законодательных упущений.

В статье 283(1) Конституции Португалии сформулирована компетенция Конституционного Суда, относящаяся к выявлению противоречия конституции вследствие бездействия (упущения): “По запросу Президента Республики, Блустителя справедливости или на основании нарушения прав автономных областей, председателей законодательных ассамблей автономных областей Конституционный Суд исследует и оценивает факты неисполнения Конституции ввиду непринятия законодательных мер, необходимых для обеспечения действенности конституционных норм”. Однако Конституцией Португалии не установлена какая-либо специальная процедура исследования законодательного упущения (она сформулирована в законе, который определяет статус, деятельность и процедуру Конституционного Суда).

2.3. Толкование юрисдикции конституционного суда по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве в конституционной юриспруденции

В юриспруденции большинства конституционных судов их юрисдикция по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве выводится из правового регулирования, которое эксплицитно или имплицитно закреплено в конституции.

2.3.1. Толкование юрисдикции конституционного суда по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве в конституционной юриспруденции, когда конституционный суд расширительно формулирует свои полномочия по исследованию и оценке законодательного упущения, эксплицитно закрепленные в конституции

Уже упоминалось, что полномочия конституционного суда по исследованию и оценке законодательного упущения эксплицитно закреплены только в Конституции Португалии, - следовательно, только этот Конституционный Суд мог бы расширительно формулировать свои обязанности, эксплицитно закрепленные в Конституции. Конституционным Судом Порту-

галии не раз отмечалось, что противоречие конституции вследствие упущения существует только тогда, когда конституция устанавливает конкретное требование к субъектам правотворчества, в то время как последние не исполняют его. Конституционный Суд указывает следующие обстоятельства, описывающие упущение: конкретная и точная обязанность субъекта правотворчества, установленная для субъекта правотворчества конституцией, смысл и пределы которой ясно определены и не оставляют никакой свободы маневра при принятии решения о том, следует или не следует осуществлять вмешательство. Цель конституционного положения имплементируется, когда субъект правотворчества принимает правовые нормы, соответствующие конкретной и точной конституционной обязанности. Противоречие конституции вследствие упущения подразумевает противоречие достаточно точному правилу, закрепленному в конституции, которое не было имплементировано законодательной властью в течение достаточного (разумного) срока.

2.3.2. Толкование юрисдикции конституционного суда по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве в конституционной юриспруденции, когда конституционный суд расширительно формулирует свои полномочия по исследованию и оценке законодательного упущения, имплицитно закрепленные в конституции

Лишь немногие из конституционных судов выводят свое правомочие по исследованию и оценке законодательного упущения из имплицитного конституционного регулирования.

2.3.2.1. Юрисдикция конституционного суда по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве, возникающая из имплицитного конституционного регулирования

В настоящем докладе упоминалось, что только Конституция Португалии эксплицитно закрепляет полномочия Конституционного Суда по исследованию и оценке законодательного упущения. Право некоторых других конституционных судов исследовать и оценивать конституционность законодательного

упущения закреплено *expressis verbis* в законе, регулирующем деятельность конституционного суда (или выводится из него).

Многие конституционные суды выводят полномочия по исследованию и оценке законодательного упущения из целостного конституционного регулирования как высшего права. Отмечалось, что только через деятельность конституционного суда конституция становится не только правовым актом, но и “живой” конституцией, которая представляет собой нечто большее, чем формальный текст правового акта, и, с этой точки зрения, пробелы в конституции не могут существовать и не существуют. Следовательно, методологический подход к исследованию неконституционности пробелов в обычном праве исходит из того, что правовыми актами меньшей юридической силы не может быть установлено и не устанавливается такое правовое регулирование, оценка которого на предмет его соответствия конституции была бы невозможной. Таким образом, нам следует выяснить следующее: каков смысл правового регулирования, установленного правовыми актами меньшей юридической силы? В национальных докладах (Австрия, Испания) отмечается, что теория “иерархии норм” также означает, что конституционный суд является негативным законодателем и, следовательно, может устранить из правовой системы только существующие правовые нормы, что юрисдикция конституционного суда включает контроль только существующих правовых норм, а не их отсутствия, то есть законодательного упущения (Испания). Признание неконституционными более недействительных правовых норм является, с этой точки зрения, достаточно сложным, хотя и возможным в некоторых случаях (Австрия). Необходимо подчеркнуть, что, как указывается в большинстве национальных докладов, отмечающих, что в конституционной юриспруденции конституционные суды сами очерчивают свои полномочия по исследованию законодательного упущения, то есть толкуют эти полномочия как возникающие из имплицитных конституционных положений (Австрия, Испания, Италия, Литва, Польша, Румыния, Турция, Швейцария), устранение законодательного упущения, *подразумевающего ненадлежащее ис-*

полнение требований конституции (обычно они именуется конституционными обязанностями, которые должны быть конкретными и точными) по установлению необходимого правового регулирования, пренебрежение обязанностями, определенными в конституционном тексте, предполагает только признание неконституционности неполного, недостаточного правового регулирования (то есть констатацию неконституционности частичного (относительного) упущения), а не признание неконституционности бездействия правотворческих органов. С другой стороны, Венгрия, Германия, Чешская Республика исследуют абсолютное упущение.

Необходимо отметить, что существует значительное разнообразие аргументов, на которых конституционные суды основывают свои выводы относительно компетенции конституционного суда по исследованию и оценке имплицитного закрепления законодательного упущения в конституции. Во всяком случае, конституционные суды отмечают, что они в основном констатируют только частичное (относительное) упущение.

Исключительные полномочия Конституционного Суда Литвы по официальному толкованию конституции, по формулированию официального понимания положений конституции в его юриспруденции - для формирования официальной конституционной доктрины - проистекают непосредственно из конституции. Юриспруденция Конституционного Суда следует положению, согласно которому Конституционный Суд обладает конституционными полномочиями не только констатировать наличие пробела в праве в правовом акте меньшей юридической силы (части этого акта), *inter alia* наличие законодательного упущения (только частичного (относительного) упущения), но также признавать своим постановлением, принятым по конституционному делу, такое правовое регулирование противоречащим правовым актам большей юридической силы, *inter alia*, конституции. Конституционный Суд принимает к рассмотрению обращение, оспаривающее реальный или предполагаемый пробел в праве, *inter alia* законодательное упущение, содержащийся в определенном правовом акте (его части) (чтобы Конституционный Суд мог своим постановлением

признать соответствующее правовое регулирование противоречащим правовым актам большей юридической силы, *inter alia* Конституции), только при соблюдении определенных условий, сформулированных в конституционной юриспруденции.

Конституционный Суд Чешской Республики пояснил, что его компетенция по контролю правовых норм включает оценку не только текста правового акта, но также и пробелов в праве, которые могут быть вызваны этим текстом (то есть частичного (относительного) упущения). Бездействие законодателя (точнее - ненадлежащие действия), порождающее неравенство, недопустимое согласно конституции, противоречит конституции. Конституционный Суд различает первичные и вторичные пробелы в праве: такие вторичные (неаутентичные) пробелы в праве, как неполнота правового регулирования, были признаны Конституционным Судом противоречащими конституции. По мнению Конституционного Суда, неаутентичный пробел в праве возникает в случае, когда писаное право является недостаточным по сравнению с ясным регулированием в других подобных случаях (в аспекте принципа равенства и других общих принципов права). По мнению Конституционного Суда, отмена правового регулирования или его части является решением *ultima ratio*, поэтому он отдает предпочтение иному решению, то есть Конституционный Суд стремится сам восполнить пробелы в праве, вызванные недостатками правового регулирования (Конституционный Суд толкует правовое регулирование таким образом, что оно соответствует конституции).

Конституционный Суд Австрии и Союзный Суд Швейцарии отмечают, что они не обладают ясными полномочиями по исследованию конституционных вопросов, относящихся к пробелам в праве, однако такая юрисдикция возникает при осуществлении конституционным судом компетенции, имплицитно закрепленной в конституции, а также из принципов равенства и правового государства. В докладе Конституционного Суда Австрии отмечается, что ясная юрисдикция этого Суда по исследованию упущения не выявлена, и, в лучшем случае, существует, по крайней мере, косвенная возможность указать на

упущение, обнаруженное в правовом регулировании, и представить данную констатацию как аргумент, обосновывающий противоречие существующей правовой нормы конституции (констатация частичного (относительного) упущения).

В национальном докладе Бельгии указывается, что исследование неконституционных пробелов не упоминается ни Конституцией, ни Органическим законом о Конституционном Суде. Фактически, Суд сам в своей юриспруденции, осуществляя контроль конституционности норм законов, констатировал и санкционировал исследование конституционности пробелов в праве. Первоначально он констатировал законодательные упущения в делах, касающихся конституционных принципов равенства и недискриминации, позднее - также в делах, касающихся обеспечения принципа законности.

В докладе Конституционного Суда Испании отмечается, что законодательное упущение существует, когда конституция обязывает субъекта правотворчества принять определенные нормы, тогда как последний не делает этого. Выводы относительно компетенции Конституционного Суда по исследованию и оценке пробелов в праве (законодательного упущения) вытекают из его компетенции, то есть из обеспечения соблюдения конституционных правил государственными органами. Конституционный Суд не может исследовать то, что отсутствует в тексте, то есть он не может проверять абсолютное упущение: право Конституционного Суда констатировать, что какое-либо правило противоречит конституции, поскольку оно не принято, предполагало бы вмешательство в компетенцию законодателя. Конституционный Суд может констатировать только частичное (относительное) упущение, признав правовое регулирование противоречащим конституции.

Конституционный Суд Италии в своей юриспруденции проводит различие между пробелом в праве как следствием бездействия и пробелом в праве как следствием незавершенного действия (так называемое "частичное бездействие законодателя"). Суд может не только аннулировать норму, противоречащую конституции, но также истолковать ее таким образом, чтобы эта норма соответствовала конституции. Констатировав, что правовая норма противоречит конституции в той ме-

ре, в какой определенное правовое регулирование не установлено (так называемое “частичное бездействие законодателя”), Конституционный Суд не указывает на недостающий фрагмент правовой нормы, а отмечает общий принцип, который должен быть отражен в содержании правовой нормы. Конституционный Суд также указывает на пробелы в праве, возникающие вследствие бездействия законодателя. При этих обстоятельствах Конституционный Суд не может констатировать несоответствие конституции, однако он представляет комментарии (критические) законодателю, чтобы последний урегулировал определенные отношения (случаи) и предотвратил потенциальное противоречие конституции (иногда такие решения упоминаются как случаи “констатированной, но непровозглашенной” неконституционности). Поскольку эти комментарии формулируются в мотивировочной части решения, в некоторых случаях Конституционный Суд вынужден повторять их в последующих решениях.

Конституционный Суд Черногории выводит имплицитное право исследовать пробелы в праве из сущности, духа и целей права. В национальном докладе отмечается, что пробелы в праве восполняются судами общей юрисдикции при применении права, однако иногда они косвенно восполняются конституционным судом через толкование конституции и права.

В докладе Конституционного Трибунала Польши отмечается, что буквальное толкование статьи 188 Конституции, определяющей пределы компетенции Конституционного Трибунала, не позволяет заключить, что в сферу его компетенции включен контроль конституционности законодательных упущений. Недопустимо осуществлять контроль абсолютных законодательных упущений, то есть ситуаций, когда нет абсолютно никакого регулирования. Статья 188 Конституции не позволяет превращать пробел в праве в объект конституционного надзора, во всяком случае надзор должен осуществляться именно в отношении общеобязательного нормативного акта. В правовой системе Польши, в контексте законодательных упущений, существует определенное противоречие (в смысле структуры системы). С одной стороны, параграфом 1 статьи 77 Конституции установлена ответственность за возме-

щение вреда, причиненного незаконными действиями или бездействием органов публичной власти. С другой стороны, с учетом формулировки статьи 188 Конституции, автор Конституции не предусматривает такого надзора, который осуществлялся бы вследствие “пробелов в праве”, вызванных абсолютным бездействием законодателя. Максимум, что допускает формулировка статьи 188 Конституции - и даже в этом случае лишь косвенно, - это надзор за конституционностью относительных упущений законодательства. В постановлении от 24 октября 2001 года Конституционный Трибунал Польши провел различие между законодательным упущением и неполным регулированием (упущением правотворчества). По мнению Трибунала, законодательное упущение возникает, когда “некоторый вопрос законодателем сознательно оставлен вообще без правового регулирования”. В случае упущения правотворчества определяющим элементом не является намеренное действие законодателя, а важно то, что законодатель, регулируя некоторую сферу отношений, “делает это не в полном объеме, регулируя ее лишь фрагментарно”. Упущение правотворчества имеет особенно важное значение в сфере публичного права. Существование упущения приводит к ситуации, когда орган публичной власти не способен действовать в случае такого упущения с учетом требования “на основе и в рамках права” (статья 7 Конституции Республики Польши). В сфере частного права, которая характеризуется широкой свободой поведения субъектов его регулирования (участников правоотношений), должен применяться более гибкий подход к рассмотрению вопроса упущения правотворчества (в смысле юридических последствий такого упущения). Трибунал решил, что законодательное упущение “не является предметом компетенции Конституционного Трибунала”. Однако относительно неполного регулирования Трибунал занял позицию, позволяющую ему осуществлять конституционный надзор за таким регулированием. В данном случае было отмечено: “поскольку парламент имеет право на очень широкое поле деятельности на основании своих решений о том, какие вопросы должны регулироваться посредством законодательства, то, как только какое-либо такое решение принято, регулирование соответ-

ствующего вопроса должно приниматься с должным соблюдением конституционных требований”.

Согласно докладу Конституционного Суда Македонии, компетенция по исследованию пробелов в праве может быть выведена косвенно в случае, когда конституция устанавливает обязанность и срок для принятия определенного правового регулирования, в то время как законодатель не принимает его.

Конституционный Суд Румынии исследует пробелы в праве в ограниченных пределах. В юриспруденции Конституционного Суда понятия пробела в праве и законодательного упущения использовались в решениях двух видов: а) в решениях, в которых пробел в праве был основанием для признания определенной нормы противоречащей конституции; б) в решениях, в которых Конституционный Суд признал обращение недопустимым. Необходимо отметить, что Суд констатирует пробел в праве и на этом основании признает определенную норму противоречащей конституции только в случае (за редкими исключениями), когда правовая норма, закрепляющая ценности, защищаемые конституцией, отменена, в то время как новая правовая норма не принята.

В Конституции Сербии полномочия Конституционного Суда по исследованию пробелов в праве или законодательных упущений также прямо не предусмотрены. Конституционный Суд, осуществляя функции защиты конституционности и законности, рассматривает обращения, касающиеся отсутствия законодательного регулирования некоторых вопросов, которые согласно Конституции, подлежат регулированию.

Конституционный Суд Турции отметил как находящийся вне его понимания тот факт, что отсутствие правового регулирования может быть предметом конституционного контроля. Однако в некоторых решениях этот Суд все же рассматривал вопрос о том, может ли законодательное упущение быть охарактеризовано как несовершенство регулирования и, если да, может ли этот недостаток являться основанием для констатации несоответствия конституции. Конституционным Судом также отмечено, что неполное правовое регулирование, когда конституция требует его исчерпывающего характера, мо-

жет быть признано противоречащим конституции. Конституционный Суд Турции может констатировать упущение, только когда в исследуемом регулировании не упоминаются обязательные согласно конституции обстоятельства, кроме того, одно лишь само упущение не является достаточным основанием для констатации того, что регулирование противоречит конституции (таким образом, исследуется частичное (относительное) упущение).

Кроме того, в национальных докладах (Азербайджан, Венгрия, Германия, Словения, Эстония) также подчеркивается, что конституционные суды, независимо от того, закреплены ли их полномочия по исследованию и оценке законодательного упущения в законах, регулирующих их деятельность, или они выводят эти полномочия из таких законов, также основывают такие полномочия на имплицитном конституционном регулировании.

Например, в национальном докладе Конституционного Суда Азербайджана отмечается, что в конституции не закреплено *expressis verbis*, что Конституционный Суд исследует и оценивает конституционность пробелов правового регулирования, однако компетенция Конституционного Суда по исследованию и оценке конституционности пробелов правового регулирования имплицитно проистекает из самой конституции, равно как и из компетенции Конституционного Суда по толкованию правовых норм.

Компетенция Верховного Суда Эстонии по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве (законодательного упущения) выводится из статьи 14 Конституции - обеспечение прав и свобод является обязанностью законодательной, исполнительной и судебной власти, а также местного самоуправления. Позже она была закреплена в Законе о судопроизводстве в порядке конституционного надзора.

Конституционный Суд Словении примечателен тем, что характер осуществляемого им исследования упущений различается в зависимости от того, какую природу - материальную или процессуальную - имеет проверяемый закон. Следует отметить и другую особенность: этот Суд, независимо от формулировки обращения, может по собственной инициативе рассмотреть

вопрос соответствия пробелов в праве конституции, он также исследует пробелы в праве в тех правовых актах, которые не действовали в момент принесения обращения, если в это время не были устранены последствия их неконституционности или незаконности.

Конституционный Суд Венгрии может признать бездействие в сфере законодательства противоречащим конституции - в случае, если Конституционный Суд *ex officio* или по получении обращения констатирует, что законодательный орган не исполнил своих, проистекающих из закона обязанностей законодателя, и само бездействие этого органа, то есть непринятие определенного правового акта, противоречит конституции, Суд обязывает такой орган исполнить эту обязанность и устанавливает срок для этого. Однако Конституционный Суд не исследует все пробелы в праве. Он проводит исследование по существу только при таких обстоятельствах, когда, вследствие отсутствия правового регулирования, возникает ситуация, противоречащая конституции. В национальном докладе выделено шесть различных случаев исследования упущений. Отмечается, что часто вопрос, поставленный в обращении, не является основанием для констатации упущения, противоречащего конституции, так как вопросы, не затрагиваемые правовой нормой, решаются в прецедентной судебной практике. При таких обстоятельствах Конституционный Суд не проводит исследования по существу.

В докладе Федерального Конституционного Суда Германии отмечается, что основные свободы могут быть нарушены не только вмешательством государства, но также и законодательным упущением. Суд обладает широкой компетенцией по исследованию законодательных упущений, конституционность которых, кстати, может также быть оспорена в форме индивидуальной жалобы (и когда индивидуальные права нарушены применением конкретного закона, и когда государство не исполняет свою обязанность по защите основных прав). Суд исследует упущение в процессе осуществления абстрактного и конкретного контроля. Суд проводит различие между подлинным (абсолютным) и неподлинным (частичным (или относительным)) упущением. Подлинное упущение имеет место,

когда законодатель вообще не принимает правовую норму, соответствующую его обязанности по защите (включая не только те случаи, когда никакое правовое регулирование вообще не принято, но также случаи, когда регулирование существует, но защита, которая должна быть обеспечена этим регулированием, отсутствует), тогда как неподлинное упущение имеет место, когда принята некоторая специальная норма, однако она оспаривается как несоответствующая обязанности законодателя по защите (она не является адекватной или достаточной). Лицо, обращающееся с конституционной жалобой, должно быть лично и непосредственно затронуто оспариваемым правовым регулированием. При рассмотрении конституционной жалобы, касающейся неподлинного упущения (дефектности правового акта), Конституционный Суд может констатировать, что правовой акт противоречит конституции и признается недействительным. При рассмотрении вопроса подлинного упущения Суд может только констатировать нарушение основного права.

Конституционный Суд России, хотя он не обладает формальными полномочиями, закрепленными в конституции, по исследованию пробелов в праве, осуществляет их *de facto*. Такая позиция была сформулирована в определении Суда от 4 декабря 1995 года, согласно которому рассмотрение индивидуальной жалобы относительно осуществления прав может также включать исследование и оценку пробелов правового регулирования.

В этой группе конституционных судов должен быть выделен Конституционный Совет Франции. Конституционный Совет, для которого ни конституция, ни органические или иные законы не предусматривают случаи и процедуры исследования пробелов в праве, созданных законодателем, при осуществлении своих конституционных функций применяет механизм предотвращения пробелов в праве, то есть может констатировать "негативную некомпетентность" законодателя.

Некоторые конституционные суды отметили отсутствие у них юрисдикции по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве (Болгария, Босния и Герцеговина, Грузия, Дания, Ирландия, Кипр, Латвия, Люксембург, Норвегия).

2.3.2.2. Доктрина конституционных судов, касающаяся последствий констатации законодательного упущения

Во многих национальных докладах описаны последствия актов конституционных судов, которыми правовые нормы, а также законодательное упущение (поскольку законодательное упущение обычно признается частичным (относительным), в этом случае имеется в виду также правовое регулирование) признаются неконституционными.

При констатации законодательного упущения Конституционным Судом Литвы и при признании правового акта, не содержащего необходимого правового регулирования, противоречащим конституции, устранение этого упущения является обязанностью прежде всего субъекта правотворчества, который создал это упущение, и Конституционный Суд не обладает полномочиями по контролю за исполнением этой обязанности - задерживается исполнение или нет. В решении Конституционного Суда Литвы от 8 августа 2006 говорится следующее: "После того, как Конституционный Суд своим постановлением признал правовой акт (или его часть) меньшей юридической силы противоречащим правовому акту большей юридической силы, в частности Конституции, у соответствующего субъекта правотворчества возникает конституционная обязанность объявить этот правовой акт (или его часть) недействительным или, если это невозможно сделать без соответствующего правового регулирования затрагиваемых общественных отношений, изменить его таким образом, чтобы вновь установленное правовое регулирование не противоречило правовым актам большей юридической силы, в частности (и в первую очередь) Конституции. Пока это не сделано, соответствующий пробел в праве (который, как подчеркивается в настоящем решении Конституционного Суда, не является законодательным упущением) продолжает существовать. Его устранение может потребовать некоторого времени. Однако даже тот факт, что этот период времени может оказаться достаточно длительным, сам по себе не означает, что Конституционный Суд наделен полномочиями проверять соответствие правовым актам большей юридической силы, в частности Конституции, этого же са-

мого правового акта, который в этом же аспекте уже был проверен Конституционным Судом в ранее рассмотренном конституционном деле и после проверки которого и вступления в силу соответствующего постановления Конституционного Суда и появился этот пробел в праве".

В решении от 8 августа 2006 Конституционный Суд заявил, что пробелы в праве, в том числе возникающие как следствие постановления Конституционного Суда, которым определенное правовое регулирование признано неконституционным, могут быть устранены не только органами, применяющими право, то есть не только правотворческими органами, но также и судами (например, посредством применения аналогии права, общих принципов права, а также правовых актов большей юридической силы, прежде всего Конституции, тем самым также через толкование права). В конституционной юриспруденции отмечается, что пробелы в праве, содержащиеся в правовых актах меньшей юридической силы могут быть восполнены судами только *ad hoc*, то есть этим способом - правоприменением - пробелы в праве устраняются только в отдельном правоотношении, спор в связи с которым разрешается судом в рассматриваемом им деле. Окончательное устранение пробела в праве (также законодательного упущения) возможно только путем принятия соответствующего правового акта правотворческими органами. Это не может быть сделано судами, они могут восполнять пробелы в праве в правовых актах меньшей юридической силы только *ad hoc*, поскольку суды, а не законодательные органы, отправляют правосудие (в позитивном и самом широком смысле этого понятия). Конституционный Суд отметил, что такое ограничение возможностей судов в этой сфере особенно очевидно, когда речь идет о пробелах в материальном праве, что, однако, не отрицает возможности восполнения судами пробела в правовом акте меньшей юридической силы *ad hoc*.

В конституционной системе Австрии последствия законодательного упущения должны быть исправлены законодателем.

Конституционный Суд Азербайджана отметил, что пробел в праве возникает после признания правового акта противоре-

чащим конституции. Поскольку прямое применение конституции не всегда возможно, основная задача законодателя состоит в том, чтобы восполнить возникший пробел в праве как можно скорее. В некоторых делах Конституционный Суд не отменяет правовой акт или его положения, предоставляя достаточное время для принятия нового правового акта.

В Болгарии, хотя законодательные упущения не исследуются, однако после того, как решением Конституционного Суда определенный закон признан неконституционным, восстанавливается тот закон, который действовал до принятия оспариваемого закона. Конституционный Суд утверждает, что если бы такое “восстановление” отмененных законов не разрешилось, в законодательстве возник бы недопустимый пробел. Конституционный Суд исследует только конституционность законов и не обладает полномочиями по даче обязательных для исполнения рекомендаций государственным органам, в том числе Народному Собранию, следовательно, Конституционный Суд также не может обязывать Собрание восполнять пробелы, констатированные Конституционным Судом.

В Черногории, если необходимо, правительство принимает меры для исполнения решений Конституционного Суда: это делается в соответствии с процедурой и способами, установленными отдельным правовым актом правительства.

В докладе Хорватии отмечается, что Конституционный Суд не сформулировал доктрину последствий констатации законодательного упущения. Согласно Закону о Конституционном Суде Хорватии Конституционный Суд обязан уведомить правительство или парламент о пробеле в праве.

Конституционный Суд Латвии, не исследующий законодательное упущение, отмечает, что при исследовании соответствия некоторой правовой нормы норме большей юридической силы последствием решения Суда может стать возникновение пробела в праве. С целью избежания подобных ситуаций Конституционный Суд Латвии не только устанавливает временное регулирование, но и иногда также предписывает определенное поведение в конкретной ситуации.

Согласно юриспруденции Конституционного Трибунала

Польши “в случае пробела ..., в соответствии с параграфом 2 статьи 4 Закона о Конституционном Трибунале, [Трибунал] может только направить свои комментарии компетентным органам в целях устранения пробела как необходимой меры обеспечения связности правовой системы Республики Польша”. Эта позиция поддерживается юриспруденцией Конституционного Трибунала в период после вступления в силу Конституции Республики Польша от 2 апреля 1997 года и ныне действующего Закона о Конституционном Трибунале, принятого в 1997 году.

В докладе Конституционного Суда Македонии отмечается, что после признания правового акта противоречащим конституции возникает пробел в праве, однако Суд не может обязать законодателя принять новый закон вместо признанного противоречащим конституции, не может давать указания относительно содержания нового закона. Восполнение такого пробела в праве - задача законодателя.

Конституционным Судом Португалии также не сформулирована доктрина последствий, вызванных констатацией законодательного упущения. Он только уведомляет компетентный правотворческий орган об упущении. Судом отмечено, что в некоторых случаях существует конституционное требование принять законодательные меры, при этом непринятие таких мер (упущение законодательной меры или неисполнение конституционных правил) создает конкретную и специфическую ситуацию нарушения, следовательно, при наличии обращения органа, имеющего на это право, Конституционный Суд может рассмотреть и решить вопрос о том, было ли исполнено требование о принятии конкретных законодательных мер для гармонизации правового регулирования, в отношении которого он констатировал упущение.

В Словении в установленный Конституционным Судом срок орган, принявший акт, должен устранить его противоречие конституции или его незаконность (законодательное упущение). Конституционный Суд, в случае необходимости, может временно, до внесения изменений в положение, противоречащее конституционным требованиям, установить, каким образом упущение должно восполняться в практике применения

указанного положения. Если необходимо, Конституционный Суд указывает, какой государственный орган и каким образом должен исполнить постановление Конституционного Суда.

Конституционный Суд Венгрии может признать бездействие в сфере законодательства противоречащим конституции - в случае, когда Конституционный Суд *ex officio* или по получении обращения констатирует, что правотворческий орган не исполнил своих проистекающих из законов обязанностей законодателя и само бездействие этого органа, то есть непринятие определенного правового акта, противоречит Конституции, Суд обязывает такой орган исполнить свои обязанности и устанавливает срок для этого. Кроме того, Конституционный Суд дает рекомендации относительно содержания подлежащей принятию нормы.

В Германии после того, как Федеральный Конституционный Суд признает закон противоречащим конституции, такой закон не всегда объявляется недействительным. Иногда, Конституционный Суд, стремясь предотвратить недопустимые пробелы в правовом регулировании, лишь констатирует несоответствие конституции. Этим обеспечивается период перехода, являющегося менее резким, чем при обстоятельствах, когда объявление недействительности еще более усугубило бы ситуацию (повлекло бы большее несоответствие конституции и отсутствие выгоды для заявителя). Это часто имеет место в случаях нарушения принципа равенства. Конституционный Суд иногда указывает на возможности, которые законодатель может использовать в целях корректировки правового регулирования, противоречащего принципу равенства. Законодатель должен установить такое правовое регулирование, которое соответствовало бы конституции. Часто Конституционный Суд устанавливает для этого конкретный срок.

Конституционный Суд Украины не оценивает конституционность пробелов в праве (законодательного упущения), однако он отмечает, что устранение пробелов в праве, возникающих после признания Конституционным Судом правового акта (его части) противоречащим конституции, является компетенцией законодателя, а не Конституционного Суда.

2.4. Закрепление юрисдикции конституционного суда по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве в законе, регулирующем деятельность конституционного суда, или в ином правовом акте

В этом случае юрисдикция конституционных судов по исследованию и оценке пробелов в праве определяется не конституционным, а, скорее, обычным регулированием, то есть законом или иным правовым актом, регулирующим деятельность конституционного суда.

*2.4.1. Юрисдикция конституционного суда по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве, установленная *expressis verbis* в законе или в ином правовом акте, регулирующем деятельность конституционного суда*

Как отмечалось, правомочие некоторых конституционных судов по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве закреплено *expressis verbis* в законе, регулирующем деятельность конституционного суда (Венгрия, Германия, Словения, Эстония).

Компетенция Верховного Суда Эстонии по исследованию законодательного упущения закреплена в Законе о судопроизводстве в порядке конституционного надзора. Последний закрепляет право Конституционного Суда исследовать соответствие конституции правовых актов или их непринятия. Закон предусматривает *expressis verbis* только право судов обращаться с запросом относительно законодательного упущения, однако Верховный Суд признал это право также за Президентом Республики, который может обратиться в Верховный Суд относительно недостатков закона, представленного для обнародования. Констатировав законодательное упущение, Суд признает его противоречащим конституции.

Закон о Конституционном Суде Словении предусматривает, что, если Конституционный Суд констатирует, что закон, подзаконный акт или правоприменительный акт органа публичной власти противоречит конституции или является незаконным, так как он не регулирует определенные отношения,

которые он должен регулировать, или регулирует их таким образом, что это регулирование не может быть отменено или объявлено недействительным, то в этом случае принимается декларативное решение.

Согласно Закону о Конституционном Суде Венгрии Конституционный Суд может признать бездействие в сфере законодательства противоречащим Конституции. В случае, если Конституционный Суд *ex officio* или по получении обращения констатирует, что законодательный орган не исполнил свои проистекающие из законов обязанности законодателя и само бездействие этого органа, то есть непринятия определенного правового акта, противоречит Конституции, Суд обязывает такой орган исполнить свою обязанность и устанавливает срок для этого.

Как следует из Закона о Федеральном Конституционном Суде Германии, конституционная жалоба может быть подана на бездействие государственных органов. Первоначально этот Суд рассматривал только конституционные жалобы, касающиеся обязанности законодателя действовать так, как это предписано в законах, но затем он стал рассматривать конституционные жалобы, касающиеся защиты основных прав.

Конституционный Суд Молдовы близок к судам этой группы. Хотя Конституция страны не содержит положений об исследовании пробелов в праве, порядок производства по этим вопросам установлен в статье 79 Кодекса конституционной юрисдикции, согласно которой при констатации наличия пробелов в законодательстве, связанных с нереализацией положений Конституции, Суд направляет соответствующим органам представления, в которых обращает их внимание на необходимость устранения этих пробелов.

2.4.2. Юрисдикция конституционного суда по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве, имплицитно установленная законом, регулирующим деятельность конституционного суда

Некоторые конституционные суды имплицитно выводят свое правомочие по исследованию и оценке конституционнос-

ти пробелов в праве из законов, которые регулируют деятельность этих судов (Азербайджан, Армения, Хорватия; представляется, что таких судов существует больше, но именно Азербайджан, Армения и Хорватия отмечают это в своих национальных докладах).

В Армении правомочие Конституционного Суда исследовать и оценивать конституционность пробелов в праве выводится из статьи 5 Закона о Конституционном Суде, предусматривающей, что Конституционный Суд действует, руководствуясь принципом исследования всех обстоятельств дела *ex officio*, а также и другими общими положениями Конституции, устанавливающими компетенцию Конституционного Суда. Закон не устанавливает никакой специальной процедуры для исследования законодательного упущения - для этого применяется общая процедура. При констатации упущения Конституционный Суд также констатирует его противоречие конституции.

В национальном докладе Азербайджана отмечено, что Закон о Конституционном Суде устанавливает полномочия Конституционного Суда по рассмотрению и оценке пробелов в праве в процессе толкования конституции и законов.

В Хорватии правомочие Конституционного Суда исследовать и оценивать конституционность пробелов в праве выводится из статей 104 и 105 Закона о Конституционном Суде, которыми Конституционный Суд уполномочен контролировать соблюдение конституционности и законности и осуществлять надзор за правовым регулированием, предусмотренным для этой цели. Конституционный Суд может рассматривать жалобы, ссылающиеся на то, что правовое регулирование, которое должно было быть принято согласно Конституции, закону или любому иному правовому акту, не было принято.

2.4.3. Специальная процедура исследования пробелов в праве (законодательного упущения), предусмотренная в законе или ином правовом акте, регулирующем деятельность конституционного суда

Специальная процедура исследования пробелов в праве

(законодательного упущения) закреплена только в Законе о Конституционном Суде Португалии. Для исследования пробелов в праве (законодательного упущения) в других государствах применяется общая процедура исследования правовых актов на их соответствие конституции.

2.4.4. Субъекты, уполномоченные устранять законодательное упущение, и процедура устранения законодательного упущения, предусмотренные законом или иным правовым актом, который регулирует деятельность конституционного суда, или вообще каким-либо иным правовым актом

В большинстве национальных докладов отмечается, что законы и правовые акты, регулирующие деятельность конституционных судов, или иные законы и правовые акты не предусматривают, кто и каким образом должен устранять законодательное упущение. Конституционный Суд Португалии указывает только, что при констатации законодательного упущения Конституционный Суд информирует компетентный законодательный орган, тогда как ни Закон о Конституционном Суде, ни иные правовые акты, включая Регламент Парламента, не устанавливают, кто должен быть информирован или как законодательное упущение должно быть устранено. Согласно Закону о Конституционном Суде Хорватии Суд обязан уведомить правительство или парламент о пробеле в праве.

С другой стороны, есть национальные доклады (Венгрия, Словения), в которых отмечается, что национальное правовое регулирование устанавливает субъектов, уполномоченных устранять законодательное упущение, и процедуры, применяемые для его устранения. Законом о Конституционном Суде Словении установлено, что в случае принятия правового акта, противоречащего конституции, соответствующий орган должен устранить такое противоречие или незаконность в течение срока, установленного Конституционным Судом. В парламенте поправки к закону, связанные с решением Конституционного Суда, рассматриваются в упрощенной процедуре. Конституционный Суд Венгрии может признавать бездействие в сфере законодательства противоречащим конституции и

обязывать компетентный орган исполнить свою обязанность в срок, установленный Конституционным Судом.

3. Законодательное упущение как объект исследования конституционного суда

3.1. Обращение в конституционный суд

На основе обзора национальных докладов можно сделать вывод относительно многообразия субъектов, имеющих право на обращение в конституционный суд. Эти субъекты указаны в конституции страны и в законах, которые регулируют деятельность конституционного суда. В общем, к ним относятся как органы политической власти - парламент, президент, правительство, группа членов парламента, также суды, другие органы (омбудсман, муниципальные органы и т.д.), так и физические и юридические лица. Вопрос законодательного упущения поднимается только в тех государствах, где конституционные суды могут оценивать конституционность законодательного упущения. Как отмечалось, рядом конституционных судов указано, что они вообще не обладают юрисдикцией по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве (Болгария, Босния и Герцеговина, Грузия, Дания, Ирландия, Кипр, Латвия, Люксембург, Мальта, Норвегия) или рассматривают их только *de facto* (Россия) или, столкнувшись с такой проблемой, применяют механизм “негативной некомпетентности” (Франция).

Рассмотрим примеры лишь нескольких государств, где право обращения в конституционный суд имеют несколько групп субъектов и где конституционные системы признают институт проверки законодательного упущения.

Например, в Армении обращение в Конституционный Суд может быть направлено Президентом Республики, Национальным Собранием, не менее чем 1/5 всех депутатов, Правительством, муниципальными органами (когда их права нарушены), любым лицом в отношении окончательного акта суда при условии исчерпания всех средств правовой защиты, судами, Генеральным прокурором, Защитником прав человека, кандидатом

на пост Президента Республики и кандидатами в депутаты Парламента. Однако не все они вправе ставить вопрос о законодательном упущении. Это может быть сделано только Президентом, 1/5 всех членов Национального Собрания, муниципальными органами, физическими и юридическими лицами, судами и Генеральным прокурором, а также Защитником прав человека.

В Австрии, где в Конституционный Суд могут обращаться Федеральное Правительство, правительства земель, 1/3 депутатов Парламента (каждой из палат) в случае абстрактного контроля, а также Верховный Суд, Административный Суд, суд второй инстанции, независимые административные сенаты или Федеральный прокурор в случае конкретного контроля, а в случае индивидуальной жалобы - лицо, оспаривающее окончательное административное решение, в процедурах как абстрактного, так и конкретного контроля заявителя, которые обращаются в Конституционный Суд относительно конституционности определенного правового акта, могут обосновывать свои сомнения законодательным упущением, однако не могут оспаривать конституционность законодательного упущения.

В Чешской Республике обращение об отмене принятого Парламентом правового акта или его части может быть направлено в Конституционный Суд Президентом, не менее чем 41 депутатом или 17 сенаторами, Правительством, лицом, обращающимся с конституционной жалобой, лицом, обращающимся с требованием возобновления судопроизводства, судами. Обращение об отмене иного правового акта (постановлений Правительства, правовых актов, принятых государственными административными органами, декретов областей и общин) может быть подано в Конституционный Суд Правительством, не менее чем 25 депутатами или 10 сенаторами, лицом, обращающимся с конституционной жалобой, лицом, обращающимся с требованием возобновления судопроизводства, областным собранием, Омбудсменом, министром внутренних дел, иным компетентным министром, муниципальным советом. Индивидуальная конституционная жалоба (которая может подаваться только с ходатайством о возбуждении производства по исследованию норм, *inter alia* для констатации законо-

дательного упущения) может быть подана физическим или юридическим лицом, муниципальным советом или органом самоуправления более высокого уровня.

В Эстонии конституционный контроль правовых актов в Верховном Суде возможен в процедурах конкретного и абстрактного контроля. Конкретный контроль правовых актов осуществляется Верховным Судом по обращениям судов общей юрисдикции. Согласно закону, регулиющему деятельность Верховного Суда, названные суды уполномочены *expressis verbis* оспаривать существование законодательного упущения в Верховном Суде. В случае абстрактного контроля Президент Республики может направить обращение в Суд о предварительном контроле правового акта, в то время как министр юстиции и советы местных муниципальных образований (если нарушены права местного самоуправления) - о предварительном и последующем контроле. В соответствии с решениями Верховного Суда констатация законодательного упущения может иметь место также при осуществлении абстрактного контроля. В национальном докладе подчеркивается, что недавно Верховный Суд разрешил вопрос относительно наличия законодательного упущения по обращениям министра юстиции и Президента Республики.

В Литве в Конституционный Суд могут обращаться не менее чем 1/5 членов Сейма, суды, Президент Республики и Правительство. Никакая специальная процедура исследования законодательного упущения, *inter alia* субъекты, имеющие право ставить вопрос о законодательном упущении, не установлены (не предусмотрены *expressis verbis* в Конституции или в законах). Однако в соответствии с официальной конституционной доктриной, сформулированной в юриспруденции Конституционного Суда, все вышеупомянутые субъекты в своих обращениях могут ставить вопрос об исследовании и оценке законодательного упущения.

В Испании, в зависимости от предмета исследования (предмета обращения), в Конституционный Суд могут обращаться: а) непосредственно затронутые физические и юридические лица, а также публичные и частные органы во всех случаях, в зависимости от затронутого права или свободы, За-

щитник народа, прокуратура в случае обращения за правовой защитой, когда вследствие определенных положений или упущения правового акта исполнительной или судебной власти или вследствие правовых актов законодательной власти, не имеющих силы закона, нарушены права человека и основные свободы; б) Председатель Правительства, Защитник народа, 50 депутатов Конгресса (нижней палаты), 50 сенаторов (членов верхней палаты), Правительство и законодательные собрания автономных сообществ, а также суды общей юрисдикции и судьи в случае обращения о неконституционности.

В Португалии существует специальная процедура констатации неконституционности упущения в отношении правовых актов исполнительной власти. Единственными субъектами, которые могут обращаться в Конституционный Суд с требованием “оценить и проверить факты неисполнения Конституции ввиду непринятия законодательных мер, необходимых для обеспечения действенности конституционных норм”, являются Президент Республики, Блеститель справедливости или, вследствие нарушения законов автономных областей, председатели законодательных органов автономных областей. В правовой системе Португалии различается конкретный и абстрактный контроль, осуществляемый Конституционным Судом. В случае конкретного контроля Суд исследует обращения, касающиеся дел, разрешенных нижестоящими судами. Такие обращения в Конституционный Суд могут быть поданы каждым, являющимся процессуальной стороной в деле. Случаи абстрактного контроля конституционности подразделяются на следующие категории: дела предварительного контроля, дела последующего контроля и дела по исследованию неконституционности вследствие упущения. Президент Республики, Премьер-министр, одна пятая членов Ассамблеи Республики и Представители Республики в автономных областях Азорских островов и Мадейры обладают правомочиями по обращению в Конституционный Суд о предварительной оценке конституционности норм. Президент, Председатель Ассамблеи, Премьер-министр, Блеститель справедливости, Генеральный прокурор и 1/10 членов Ассамблеи могут инициировать процедуры последующего контроля неконституционности.

Согласно параграфу 3 статьи 142 Конституции Бельгии в Конституционный Суд может обращаться любой государственный орган, учрежденный законом, любое заинтересованное лицо и по преюдициальным вопросам любой суд.

В Словении в ходе конституционного судопроизводства заявители могут ставить вопрос о неконституционности пробела в законе или законодательного упущения. Каждый, имеющий обоснованный законный интерес, может обратиться в Конституционный Суд; обращения могут быть поданы Государственным Собранием, 1/3 депутатов Государственного Собрания, Государственным Советом и Правительством, а также судом, который в процессе правоприменения приходит к выводу о неконституционности соответствующего закона или его части. Кроме того, обращения могут подавать следующие органы: Уполномоченный по правам человека, Уполномоченный по информации, Банк Словении, Счетный Суд, Генеральный прокурор, представительные органы местных сообществ, ассоциации местных сообществ, национальный представитель профсоюзов лиц, занятых индивидуальной деятельностью или профессией. Обращение об исследовании соответствия конституции международного договора в ходе его ратификации может быть подано Президентом Республики, Правительством, 1/3 депутатов Государственного Собрания. В Словении вопрос о неконституционном пробеле в праве может возникать при рассмотрении любой иной конституционной жалобы.

В Венгрии любое правоспособное физическое или юридическое лицо может обратиться в Конституционный Суд относительно констатации неконституционного упущения, которое Суд может также исследовать *ex officio*. Необходимо отметить, что законодательное упущение невозможно констатировать по обращению суда: нельзя утверждать, что суд должен применить норму, которая предусмотрена Конституцией, но еще не принята (при этих обстоятельствах единственным правомерным решением является констатация неконституционного упущения Конституционным Судом *ex officio*).

В Германии Федеральный Конституционный Суд в целях обеспечения приоритета Конституции уполномочен, действуя на основании обращений, контролировать все три ветви госу-

дарственной власти. При принятии решений Суд руководствуется основными правами человека и другими положениями Конституции. В Федеральный Конституционный Суд Германии могут обращаться следующие субъекты: Федеральное Правительство, правительства земель, 1/3 членов Бундестага в случае абстрактного контроля; суды в случае конкретного контроля; в определенных случаях граждане также имеют возможность подавать индивидуальную конституционную жалобу на решение, нарушающее их права, или против принятого правового акта при условии обоснования наличия прямой связи с этим актом и прямой затронутости им. В Германии законодательное упущение может быть предметом исследования Конституционного Суда, оно может служить основанием конституционной жалобы.

Согласно параграфу 1 статьи 168 Конституции Сербии процедура исследования конституционности может быть инициирована государственными органами, органами местного самоуправления, не менее чем 25 депутатами. Процедура может также быть инициирована самим Судом. В соответствии с параграфом 2 этой статьи любое физическое или юридическое лицо вправе ставить вопрос об исследовании конституционности и законности.

3.2. Законодательное упущение в обращениях заявителей

Какими доводами обосновывают заявители свои обращения об исследовании конституционности законодательного упущения? Сделаем краткий обзор практики, сложившейся в нескольких государствах.

В Армении заявители могут обосновывать свои обращения в конституционный суд наличием пробелов в правовом регулировании. В докладе Армении отмечается, что в период с 1 июня 2006 года до 15 сентября 2007 года было получено 83 обращения относительно соответствия правовых актов конституции, включая 14 обращений, где сомнения обосновывались наличием пробела в праве; что чаще всего пробелы в праве оспаривались в индивидуальных жалобах. В вышеупомянутый пе-

риод было получено 448 индивидуальных жалоб, из них принято к рассмотрению 25, включая 13, в которых сомнения обосновывались пробелом в праве. Также отмечено, что какие-либо специальные требования к таким обращениям отсутствуют.

В Австрии, как уже указывалось в настоящем докладе, в случаях как абстрактного, так и конкретного контроля заявителями, которые обращаются в Конституционный Суд относительно конституционности определенного пробела в праве, могут обосновывать свои сомнения законодательным упущением, однако они не могут оспаривать конституционность законодательного упущения как такового - Конституционный Суд скорее признает противоречащим конституции правовое регулирование, чем бездействие субъекта правотворчества (констатирует частичное (относительное) законодательное упущение).

В Чешской Республике на законодательное упущение чаще ссылаются обращения судов общей юрисдикции и индивидуальные жалобы. Если законодательное упущение является основанием обращения, этот факт, естественно, должен быть отражен в обращении. Но поскольку никаких специальных процедур для рассмотрения Конституционным Судом вопроса законодательного упущения не установлено, отсутствуют и специальные требования к такому обращению. Обращение должно соответствовать общим требованиям, установленным Законом о Конституционном Суде.

В Эстонии суды первой и второй инстанций вправе инициировать конституционное судопроизводство в Верховном Суде (это их право установлено *expressis verbis* и включает *inter alia* возможность обжаловать непринятие норм). Верховный Суд, заседаая в полном составе, исследовал законодательное упущение в четырех делах, коллегия конституционного надзора Верховного Суда - в пяти делах. В Верховный Суд обращения вследствие законодательного упущения направляли Канцлер юстиции, Президент Республики и суды. Не существуют никаких специальных требований к форме, содержанию или структуре обращения о неконституционности законодательного упущения: к таким обращениям применяются общие требования, предусмотренные Законом о судопроизводстве в порядке конституционного надзора.

В Литве, обращаясь в Конституционный Суд, заявители могут в своих ходатайствах представить аргументы, которые обосновывают противоречие оспариваемого правового регулирования правовому регулированию большей юридической силы, так как именно оспариваемые правовые акты должны устанавливать недостающее правовое регулирование. В Конституционный Суд поступило немного обращений, которыми оспаривается пробел в праве (и законодательное упущение), фактически или предположительно присутствующий в определенном правовом акте (его части). До 15 октября 2007 года всего только в 7 решениях Суд констатировал существование законодательного упущения. Еще в трех решениях законодательное упущение не было констатировано, хотя заявители этого требовали. Вопросы неконституционности пробелов в праве чаще всего ставились судами, хотя иногда группы членов Сейма также использовали этот аргумент. Специальные требования к подобным обращениям не закреплены ни в Конституции, ни в Законе о Конституционном Суде, однако они сформулированы в юриспруденции Конституционного Суда: "... а именно: если законы и другие правовые акты (или их части) меньшей юридической силы не установили определенного правового регулирования, Конституционный Суд обладает конституционными полномочиями признавать эти законы или другие правовые акты (или их части) противоречащими Конституции или другим правовым актам большей юридической силы в случаях, когда вследствие того, что указанное правовое регулирование не установлено именно в проверяемых законах или иных правовых актах (или именно в их проверяемых частях), могут быть нарушены принципы и/или нормы Конституции, а также положения других правовых актов большей юридической силы".

В Испании участники конституционного судопроизводства могут обосновывать свои обращения любыми обстоятельствами, вследствие которых правовой акт может быть признан противоречащим Конституции, включая также существование пробела в праве, оставленного законодателем. Объектами конституционного контроля могут быть только такие законодательные упущения, которые связаны с текстом оспариваемо-

го правового акта (частичное (относительное) упущение). Тем не менее, законодательное упущение редко заявляется в качестве основания конституционной жалобы. Согласно практике Конституционного Суда Испании, констатация законодательного упущения чаще всего требуется в отношении правового регулирования, которое могло бы нарушать принцип равенства или основные права человека.

Как отмечалось в настоящем докладе, в Португалии только определенные субъекты (Президент Республики, Блеститель справедливости или председатель законодательного органа автономной области) могут обратиться в Конституционный Суд вследствие упущения, для чего существует специальная процедура. Однако в национальном докладе Португалии подчеркивается, что практика Конституционного Суда насчитывает очень немного дел, в которых ставился вопрос законодательного упущения, и все эти дела были инициированы обращениями Блестителя справедливости. К обращениям о констатации неконституционности законодательного упущения предъявляются специальные требования: обращение о констатации противоречия конституции вследствие упущения мер правового регулирования должно адресоваться Председателю Конституционного Суда; в обращении должно быть указано, какая норма конституции не может быть исполнена вследствие такого упущения.

В национальном докладе Словении отмечается, что в Конституционном Суде заявитель может ссылаться на то, что в оспариваемом правовом акте имеется неконституционный пробел в праве (упущение законодателя), однако число дел, где заявитель сам ставил вопрос законодательного упущения, невелико. Чаще всего вопрос законодательного упущения поднимается в обращениях индивидуальных заявителей. Специальные требования относительно содержания и структуры обращения, подаваемого вследствие пробелов в правовых актах, не предусматриваются ни в Законе о Конституционном Суде, ни в юриспруденции. Обращение в Конституционный Суд должно всегда ссылаться на противоречие оспариваемого правового акта Конституции и обосновывать его.

В Венгрии Конституционный Суд рассматривает обраще-

ния в соответствии с их содержанием; если заявитель требует констатировать упущение, Конституционный Суд рассматривает такое обращение в рамках своей компетенции. Нет никаких специальных требований к обращению относительно упущения: заявитель должен указать упущение и положение конституции, которому противоречит это упущение.

В Германии заявитель, обращаясь в Конституционный Суд, должен указать предмет жалобы. В случае законодательного упущения достаточно отнести упущение на счет определенного органа и кратко описать его. Подавая жалобу относительно неисполнения обязанности по защите основных прав, заявитель должен привести доказательства того, что государственный орган вообще не принял никаких необходимых мер защиты или принял такие правовые нормы, которые являются не соответствующими и совершенно неадекватными преследуемой цели защиты прав человека. В принципе, не требуется указывать, какие меры должны быть приняты, однако, если заявитель считает, что государство исполнит свою обязанность по защите прав человека только посредством принятия определенной меры, он должен достаточно ясно указать на это обстоятельство и природу меры, подлежащей принятию. Необходимо отметить, что в Германии установлен срок для подачи жалобы - этот срок зависит только от того, какие упущения - реальные или предполагаемые - являются предметом спора о неконституционности. Как отмечалось в настоящем докладе, в правовой системе Германии реальное упущение является таковым только тогда, когда законодатель вообще не принимает определенную правовую норму, согласующуюся с обязанностью законодателя по защите основных прав (включая не только случаи, когда не принимается вообще никакое правовое регулирование, но также и случаи, когда общее регулирование существует, но защита, которая должна гарантироваться этим регулированием, не обеспечивается), тогда как предполагаемое упущение возникает, когда определенное положение было принято, однако оно оспаривается с той точки зрения, что оно не соответствует обязанности законодателя по защите (является неадекватным или недостаточным). Если предмет конституционной жа-

лобы - предполагаемое упущение, конституционная жалоба должна быть подана в течение 1 года. Если законодатель принял соответствующую правовую норму, пусть даже не гарантиующую адекватную защиту основных прав, законодатель считается исполнившим свою обязанность по принятию правового акта. Учитывая последующий характер упущения, противоречащего конституции, трудно установить время, с которого должен исчисляться указанный срок: однако, в принципе, конституционная жалоба является допустимой, пока упущение существует, поэтому в случае реального упущения, срок в 1 год не применяется.

Необходимо также отметить, что в государствах, где конституционные суды не исследуют вопрос конституционности пробелов в праве, обращения в конституционные суды обосновываются заявителями со ссылкой на пробелы в праве, создающие, по мнению заявителей, условия для противоречия правовому регулированию (Босния и Герцеговина, Грузия, Латвия, Россия, Франция). Например, в Латвии ежегодно поступают 3 - 4 обращения такого рода.

3.3. Исследование законодательного упущения по инициативе конституционного суда

В Армении, согласно Закону о Конституционном Суде, Конституционный Суд может исследовать все обстоятельства дела *ex officio* без каких-либо ограничений. Суд оценивает закон и существующую практику его применения.

Конституционный Суд Австрии может инициировать исследование *ex officio*, не выходя за пределы своей компетенции, однако это должно быть связано с "внешним" обращением.

В Эстонии Верховный Суд не обязан исследовать законодательное упущение *ex officio*. Тем не менее Верховный Суд, заседаая в полном составе, инициировал исследование законодательного упущения в деле Брусилова, так как заявитель не располагал никакими другими эффективными средствами правовой защиты своего нарушенного права. Верховный Суд действовал по собственной инициативе также при исследовании законодательного упущения в "Деле переселенцев". Дру-

гие дела, связанные с упущением, были инициированы обращениями Президента, Канцлера юстиции или судов.

В Литве до 15 октября 2007 года законодательное упущение было констатировано всего в семи постановлениях Конституционного Суда. Все эти дела были инициированы судами или группами членов Сейма, которые прямо не требовали признать неконституционность оспариваемых положений вследствие законодательного упущения и обосновывали противоречие Конституции другими аргументами, однако Конституционный Суд, оценив регулирование, оспариваемое заявителями, констатировал законодательное упущение во всех этих делах. Суд констатировал законодательное упущение и признал акты, в которых он констатировал законодательное упущение, противоречащими Конституции, поскольку противоречие Конституции возникало именно из-за непринятия недостающего правового регулирования в этих правовых актах. Кроме того, во всех этих постановлениях Конституционного Суда законодательное упущение не было поименовано *expressis verbis* - Конституционный Суд просто признал правовое регулирование противоречащим Конституции, так как оно не устанавливало определенного правового регулирования, подлежащего установлению.

В Испании полномочия Конституционного Суда ограничены предметом и основаниями исследования, указанными в обращении. Тем не менее он может технически переформулировать основания обращений, а также определить основную презумпцию (причину) нарушения, из-за которого обращение было подано, то есть определенную правовую норму (положение), которую заявитель ставит под сомнение вследствие предмета ее регулирования или отсутствия регулирования.

В Словении инициировать исследование законодательного упущения могут как заявитель, так и Конституционный Суд. Согласно Закону о Конституционном Суде Конституционный Суд, независимо от обращения и при условии наличия достаточных оснований, может поставить вопрос о конституционности пробела в праве, содержащегося в законе. Конституционный Суд не ограничен пределами исследования, указанными в обращении. Конституционный Суд может также исследовать конституционность правовых актов, не указанных в обра-

щении, которые связаны с проверяемыми актами или исследование которых необходимо для цели разрешения дела.

Конституционный Суд Венгрии может констатировать законодательное упущение как *ex officio*, так и на основании обращений заявителей. Согласно Закону о Конституционном Суде Конституционный Суд, констатировав законодательное упущение, вызванное неисполнением законодателем своих предусмотренных законом обязанностей законодателя, вследствие чего нарушена конституция, обязывает ответственного субъекта исполнить свои обязанности в определенный срок. Наряду с этим необходимо отметить, что Конституционный Суд не исследует все пробелы в праве: исследование по существу проводится, если пробел в праве порождает противоречие Конституции.

Другие конституционные суды (например, Португалия и Чешская Республика) не уполномочены исследовать законодательное упущение *ex officio*.

3.4. Законодательное упущение в законах и иных правовых актах

В Армении, согласно Конституции, Конституционный Суд исследует соответствие Конституции законов, постановлений Национального Собрания, указов Президента, постановлений Премьер-министра и правовых актов органов местного самоуправления, а также соответствие Конституции обязательств, закрепленных в международных договорах, до их ратификации. В национальном докладе Армении отмечается, что пробелы в праве, выявляемые в упомянутых правовых актах, подлежат исследованию во всяком случае при оценке конституционности правовых актов. Если в правовом акте меньшей юридической силы отсутствуют элементы правового регулирования, которые должны в нем присутствовать согласно правовому акту большей юридической силы, не противоречащему Конституции, законодательное упущение признается противоречащим как Конституции, так и правовому акту большей юридической силы. Также отмечается, что до сих пор в практике Конституционного Суда было только одно дело,

когда пробел в праве был исследован при разрешении вопроса о неконституционности подзаконного правового акта.

В национальном докладе Чешской Республики отмечается, что Конституционный Суд исследует соответствие конституционному порядку законов и иных правовых актов, если они противоречат Конституции или законам. Как Конституционный Суд заявил в одном из своих решений: «Конституционный Суд ... обладает полномочиями по отмене правила даже меньшей юридической силы, чем закон, но всегда только вследствие его несовместимости с конституционным порядком или законами. Конституция не наделяет Конституционный Суд правом отменять подзаконные правовые установления меньшей юридической силы вследствие их несовместимости с подзаконными нормами большей юридической силы В терминах абстрактного нормоконтроля Конституционный Суд, таким образом, не является универсальным стражем согласованности иерархически построенного правового порядка на всех его уровнях». Это косвенно указывает на то, что Конституционный Суд является прежде всего защитником конституционности, даже при оценке подзаконных правовых актов. Это применимо и к процедуре констатации законодательного упущения.

В Эстонии Верховный Суд, наряду с оценкой конституционности пробелов в праве, присутствующих в законах, может оценивать конституционность также иных правовых актов, действующих в правовой системе Эстонии, он может констатировать законодательное упущение в делегированном законодательстве.

В Литве Конституционный Суд вправе и обязан констатировать наличие законодательного упущения во всех правовых актах, контроль которых входит в его юрисдикцию.

В национальном докладе Испании отмечается, что, в принципе, внимание уделяется только пробелам в праве, проистекающим из Конституции, когда наличествует явный и имплицитный мандат Конституции на принятие определенного правового акта или когда правовое или административное упущение нарушает основные права человека. Административное законодательное упущение, в отличие от правового законода-

тельного упущения, в принципе, не рассматривается в конституционном судопроизводстве, если только оно не влечет нарушение прав, защищаемых Конституцией. В Испании недостаточное или ненадлежащее регулирование в правовых актах, принятых правительством, не является предметом контроля конституционности, если только не имеет место превышение полномочий (*ultra vires*), поскольку Конституция делегирует правительству полномочия по принятию правовых актов только в рамках строго определенной компетенции.

В Португалии Конституционный Суд может констатировать недостаточность правового регулирования в законах, имплементирующих правовых актах или региональных декретах. Подразумевается, что, если Конституция не исполняется вследствие отсутствия каких-либо других правовых норм или из-за пробелов иного происхождения, это не расценивается как конституционно значимое упущение.

В Словении Конституционный Суд, осуществляя абстрактный контроль конституционности, может констатировать наличие законодательного упущения в правовых актах всех уровней. В практике Суда было несколько дел, связанных с тем, что законодатель делегировал регулирование определенных отношений исполнительной власти, правовые акты которой не соответствовали Конституции (таким образом, было констатировано законодательное упущение в широком смысле).

В Венгрии Конституционный Суд не исследует все пробелы в праве: исследование по существу проводится, когда пробел в праве влечет нарушение Конституции.

3.5. Отказ конституционного суда от исследования и оценки пробелов в праве

Конституционные суды не всегда осуществляют рассмотрение вопросов, возникающих относительно конституционности пробелов в праве. Поэтому целесообразно хотя бы фрагментарно обсудить наиболее типичную практику подобных решений.

В национальном докладе Армении отмечается, что, если поданное обращение соответствует предъявляемым требова-

ниям, Конституционный Суд должен принять его к рассмотрению, исследовать и оценить соответствие пробела в праве, указанного в обращении, Конституции.

В национальном докладе Чешской Республики отмечается, что Конституционный Суд вправе отказаться от рассмотрения поданного обращения, если оно не соответствует предъявляемым к нему требованиям. В Законе о Конституционном Суде перечислены причины, по которым судья-докладчик может отклонить обращение: а) когда заявитель не устраняет недостатки в обращении в указанный срок; б) когда обращение подано по истечении срока, установленного для его подачи Законом о Конституционном Суде (в случае конституционных жалоб - в течение 60 дней после вынесения соответствующего решения); с) в случае обращения, поданного неправомочным лицом; d) если Конституционный Суд не уполномочен разрешать вопрос, указанный в обращении; e) когда обращение недопустимо (например, ставит вопрос, по которому уже было принято решение). В Законе о Конституционном Суде также перечислены причины, по которым палата Суда может отказать в рассмотрении обращения: оно явно не обосновано или в определенных конкретных случаях не подлежит рассмотрению Конституционным Судом.

В Эстонии в одном из дел Верховный Суд отказался рассматривать указанный в обращении пробел в правовом регулировании, так как заявитель вышел за пределы своих прав по инициированию конституционного судопроизводства. Суд решил, что права Канцлера юстиции и Президента оспаривать ненадлежащее действие законодателя не могут быть неограниченными. Президент может оценивать лишь те правовые акты, которые были представлены ему для обнародования, и только тогда, когда норма, которая не была принята, должна быть включена в правовой акт или непосредственно с ним связана. Поэтому Президент не может оспаривать ненадлежащее действие законодателя, если норма, которая не была принята, должна быть включена в любой иной акт, который уже был принят и вступил в силу. В этом деле Верховный Суд использовал аргументы доктрины “политических вопросов” и усмотрения законодателя, указав, что законодатель компетентен решать,

какие реформы вводить и какие общественные группы поддерживать этими реформами. Таким образом, Суд не анализирует политическую целесообразность принятых решений - Суд может только исследовать соответствие акта Конституции. В другом деле Верховный Суд Эстонии отказался признать неконституционной норму, оспаривавшуюся Канцлером юстиции, так как Суд не может признавать национальный закон ненадлежащим регулированием вследствие его противоречия праву Европейского Союза. Верховный Суд отклонил без рассмотрения пять индивидуальных жалоб, требовавших признать определенный правовой акт незаконным вследствие законодательного упущения. Суд решил, что в этих случаях заявители неверно оценили ситуацию, поскольку законодательное упущение не существовало, в то время как правовое регулирование было достаточным для цели гарантирования процессуальных прав заявителей.

В Литве Конституционный Суд отказывает в рассмотрении пробелов в праве при отсутствии оснований для исследования законодательного упущения, то есть когда Конституционный Суд не может констатировать, что определенное правовое регулирование должно быть установлено именно проверяемыми правовыми актами и непринятие такого регулирования противоречит положениям Конституции. Кроме того, признав определенное правовое регулирование противоречащим Конституции в предыдущем деле и, тем самым, создав предпосылки для возникновения пробела в праве, в последующем деле Конституционный Суд не может признать, что этот пробел в праве, который появился как следствие деятельности Конституционного Суда, является законодательным упущением, так как это отрицало бы обязанность Конституционного Суда признавать правовое регулирование противоречащим Конституции.

В национальном докладе Испании отмечается, что Конституционный Суд исследует только те пробелы в праве, которые возникают из нарушения конституционного мандата (когда правовая норма, принятие которой предусмотрено в конституции, не принята). Как отмечено в практике Суда, “очевидно, что невозможно вывести неконституционность правила из того, что им не регулируется определенный вопрос, если толь-

ко, как было указано, не существует явно выраженный конституционный мандат, указывающий прежде всего на это, а не на иное правило". Технически не существует никакого пробела в праве, следовательно, нет необходимости осуществлять конституционный контроль, когда бездействие правотворчества является результатом политического решения.

В Португалии Конституционный Суд отказывается оценивать неконституционность нормы вследствие упущения, упомянутого в обращении, в случаях конкретного нормоконтроля. Такое решение принимается со ссылкой на неправомерность обращения заявителя и несоблюдение процессуальных правил. Однако эти случаи нельзя считать действительным отказом, поскольку здесь имело место нарушение процессуальных правил. Конституционный Суд имеет возможность отказать в рассмотрении дела по формальным основаниям, что определяется Председателем Суда, который решает, должно ли обращение, касающееся упущения, быть принято к рассмотрению, даже если, предположительно, обращение в целом является допустимым. Если Председатель Суда считает обращение дефектным, он уведомляет об этом заявителя, указывая на пути устранения отмеченных недостатков. Не принимается к рассмотрению обращение, поданное лицом или органом, которые не наделены соответствующим правом, или содержащее неустранимые недостатки. Окончательное решение о допустимости принимается палатой Суда. В национальном докладе Португалии обращается внимание на такую ситуацию, когда во время рассмотрения в Суде дела о законодательном упущении принимается закон, который касается этого упущения. В практике Конституционного Суда Португалии было три таких дела. Во всех трех случаях Конституционный Суд решил рассматривать дело (отказавшись от возможности отклонить обращение на том основании, что необходимость рассмотрения более не существует) и постановил, что в силу обнародования правового акта противоречие конституции вследствие упущения отсутствует. Суд подчеркнул, что наличие упущения оценивается в момент провозглашения Судом своего постановления. Таким образом, в конституционной юриспруденции Португалии такие случаи не являются основанием для отказа в рассмотрении дела о неконституционном упущении,

но при этом упущение признается отсутствующим. Похожий случай имел место еще в одном деле, хотя в нем нормативный акт еще не был обнародован в день вынесения Судом решения. Тем не менее законодатель уже принял основные принципы закона, регулирующего правовые отношения, являвшиеся предметом обращения, и Суд постановил, что этого достаточно для констатации отсутствия конституционного упущения.

В этом контексте необходимо отметить, что конституционные суды, которые не исследуют конституционность пробелов в праве, отказывают в рассмотрении обращений, ссылающихся на наличие пробелов в правовом регулировании (например, Латвия, Украина).

3.6. Инициатива исследования "смежного характера"

Абсолютным большинством конституционных судов отмечено, что они не проводят каких-либо исследований "смежного характера" в процедуре констатации законодательного упущения (например, Армения, Литва, Словения, Турция, Украина, Чешская Республика, Эстония). Впрочем, Конституционные Суды Боснии и Герцеговины и Черногории отметили, что в некоторых делах они решают смежные вопросы конституционности абстрактного правового регулирования, если такое правовое регулирование предполагает противоречие конституционным правам человека. В докладе Испании подчеркнуто, что исследование, связанное с обеспечением равенства прав граждан, может считаться исследованием "смежного характера". В этом смысле инициатива его проведения принадлежит заявителю, обжалующему дискриминационное обращение, поскольку именно он обязан предоставить *tertium comparationis* и доказать идентичность основания, устанавливающего равное обращение, для предположения о его исключении или незакреплении в норме, примененной ему во вред. Конституционный Суд Португалии подчеркнул, что при рассмотрении поставленного перед ним вопроса, который не был признан создающим проблему законодательного упущения, он решил, что некоторые ситуации следует рассматривать как аналогичные ситуациям законодательного упущения, при констатации которых основные права и свободы находятся

под угрозой. По мнению Конституционного Суда Португалии, примерами таких ситуаций могут служить случаи, когда новый закон отменяет существующий закон, принятый с целью имплементации конституционной нормы; случаи, когда противоречие конституции следует из недостаточного или ненадлежащего применения существующих законов, и случаи, когда противоречие конституции вызвано отсутствием регулирования правовых отношений в “аналогичных” ситуациях.

4. Исследование и оценка конституционности законодательного упущения

4.1. Особенности исследования законодательного упущения

Миссия, возложенная на органы конституционного контроля, состоит в том, чтобы гарантировать конституционность законов и иных правовых актов. Некоторые конституционные суды реализуют ее при осуществлении как контроля *a posteriori*, так и контроля *a priori* (например, Венгрия, Кипр, Украина, Эстония). Компетенция других судов включает, как правило, только контроль *a posteriori* (Германия, Македония, Польша, Хорватия и др.). Некоторые суды в своей деятельности в основном осуществляют контроль *a posteriori*, в то время как контроль *a priori* применяется только при проверке конституционности международных договоров до их ратификации (Белоруссия, Испания, Литва, Россия, Словения, Чешская Республика). Конституционный Совет Франции осуществляет контроль конституционности законов только *a priori*.

Органы конституционного контроля исследуют и решают вопросы права. Соответствие конституции оспариваемого акта или его положений устанавливается по содержанию, форме акта и порядку принятия. Исследование законодательного упущения должно считаться одним из аспектов исследования конституционности законов и иных правовых актов, обеспечивающего гарантии соответствия правовой системы конституции, высшему закону страны. Следует отметить, что конституционные суды ряда европейских стран исследуют и оцени-

вают законодательное упущение (Австрия, Азербайджан, Бельгия, Германия, Венгрия, Испания, Италия, Литва, Польша, Португалия, Сербия, Словения, Турция, Хорватия, Черногория, Чешская Республика, Швейцария, Эстония). За некоторыми исключениями, к этой группе можно отнести Конституционный Суд России, который *de facto* исследует пробелы правового регулирования, а также Конституционный Совет Франции, который при осуществлении контроля *a priori* решает проблемы законодательного упущения на определенном уровне, применяя исследовательский механизм “негативной некомпетентности”.

Практика конституционных судов в каждом из этих государств имеет особенности в плане пределов исследования, методологии и решений, принимаемых при исследовании законодательного упущения. Также различна интенсивность исследования. Особенности и пределы исследования законодательного упущения обусловлены особенностями национального конституционного судопроизводства, предмета обращений, места проверяемого акта в правовой системе и т.д., закрепленными в конституции и законах. Иногда, вследствие незначительного числа рассматриваемых дел такого рода, никакие выводы относительно особенностей рассмотрения таких дел не делаются (Хорватия).

Другая группа конституционных судов и органов конституционного контроля не решает проблем законодательного упущения. Это является следствием как превалирующей в стране научной доктрины, так и действующих правовых положений, определяющих юрисдикцию (компетенцию) органов конституционного контроля. Некоторые органы, осуществляющие функцию конституционного контроля, отмечают, что такое понятие, как законодательное упущение, в целом не известно в системе страны (Дания), что оно не используется в конституционной юриспруденции (Норвегия). Как отмечает Верховный Суд Ирландии, понятие законодательного упущения, определяемое в вопроснике как “пробел в праве, запрещенный Конституцией (или любым иным актом высшей силы)”, не известно ни в конституционном праве, ни в правовой системе страны. Национальный доклад Грузии подчеркивает, что наличие про-

бела в праве не является основанием для обращения в Конституционный Суд, поскольку Конституционный Суд заявил, что исследование пробелов в праве не входит в компетенцию Конституционного Суда. В 1994 году Конституционный Суд Болгарии констатировал, что он не обладает компетенцией по разрешению обращений, требующих оценки существующих пробелов в праве, поскольку Суд исследует только уже принятые законы. Позднее (в 2001 году) Конституционный Суд Болгарии заявил, что он не может толковать конституционные положения таким образом, чтобы это толкование ограничивало полномочия, предоставленные конституцией Народному Собранию. Посредством толкования Конституционный Суд не может давать конкретные указания Народному Собранию, как тому действовать; естественно, он не может ограничивать его функцию суверенного законодателя: вопрос пробелов в законодательстве не относится к области конституционного надзора, что следует из доктрины о том, что Конституционный Суд не может вмешиваться в конституционные полномочия, предоставленные только Народному Собранию. Полномочия Конституционного Суда строго и исчерпывающе определены, а полномочия, которые не предусмотрены, не могут быть обоснованы, следовательно, Конституционный Суд не может решать, как должны быть исправлены пробелы в праве. Конституционный Суд отказывается принимать вызовы, создаваемые пробелами в праве, даже если правовое регулирование отсутствует в том аспекте, в каком конституция предусматривает, что этот аспект подлежит регулированию законом. В общем, если какие-либо отношения не регулируются, хотя они должны регулироваться законом, то это служит основанием для отказа Конституционного Суда исследовать этот вопрос, несмотря на пробел, возникающий в правовом регулировании. Система конституционного контроля Люксембурга также не знает исследования пробелов в праве.

Очевидно, что обзор особенностей исследования, осуществляемого конституционными судами, которые исследуют и оценивают законодательное упущение, было бы разумнее всего начать с конституционных судов, имеющих обширную практику такого исследования и сформулировавших последовательную

конституционную доктрину исследования законодательного упущения. В юридической литературе по вопросу законодательного упущения чаще всего отмечаются Конституционные Суды Португалии и Венгрии, которые наделены компетенцией констатировать неконституционность бездействия субъектов правотворчества.

Конституция Португалии устанавливает, что по обращению Президента Республики, Блестителя справедливости, председателей законодательных ассамблей автономных областей Конституционный Суд оценивает и проверяет факты неисполнения Конституции ввиду непринятия законодательных мер, необходимых для обеспечения действенности конституционных норм; когда Конституционный Суд констатирует неконституционность вследствие пробела в законодательстве, он сообщает об этом компетентному законодательному органу. Конституционный Суд Венгрии также уполномочен констатировать неконституционность бездействия субъектов правотворчества. Согласно Закону о Конституционном Суде Венгрии различаются шесть видов законодательного упущения: а) неконституционное неисполнение законодательной обязанности, возникающей из конкретного полномочия согласно норме права; б) неисполнение законодателем законодательной обязанности, следующей из положения Конституции; в) непринятие закона Парламента, указанного в Конституции и необходимого для осуществления основного права; г) неисполнение законодательной обязанности, необходимой для осуществления субъективного права (законодатель исполнит свою обязанность законодательствовать даже при отсутствии конкретного мандата по закону, если признает, что существует вопрос, требующий законодательного разрешения, в сфере его компетенции и ответственности); д) особый случай неконституционного упущения, когда Парламент не вносит изменения в закон Парламента, ставший неконституционным вследствие изменения Конституции; е) неконституционное упущение в случае необеспечения согласования международного права и внутригосударственного права, нарушающего основное право.

Не только Конституционные Суды Португалии и Венгрии, которых вышеописанными полномочиями наделяет конститу-

ция или закон (эти суды обоснованно претендуют на лидерство в исследовании упущения), но также конституционные суды, не обладающие полномочиями, прямо закрепленными в правовых актах, могут гордиться достаточно богатым опытом исследования конституционности упущений в правовом регулировании (Австрия, Германия, Испания, Италия, Литва, Польша, Словения и некоторые другие конституционные суды).

В национальных докладах не указываются области правового регулирования, в которых наиболее часто возникают споры относительно неконституционности существующих в них пробелов правового регулирования. Тем не менее в ряде национальных докладов отмечено, что большинство проблем такого рода возникает в области защиты личных прав и свобод (Италия, Португалия, Словения), а также в соблюдении принципа равенства прав (Бельгия, Польша). Исследование упущений в случаях нарушения конституций стран и основных прав человека, закрепленных в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, также имеет место в практике конституционных судов некоторых стран.

Анализ практики конституционных судов в области исследования проблем конституционности законодательного упущения позволяет выделить характерные особенности конкретных судов и индивидуальные подходы к миссии суда по исследованию и оценке пробелов правового регулирования.

Например, Конституционный Суд Португалии примечателен не только тем, что его компетенция по исследованию пробелов правового регулирования предусмотрена конституцией, или тем, что он накопил значительный опыт исследования таких вопросов. В национальном докладе отмечено, что при понимании того, что в определенных случаях необходимы законодательные решения и бездействие по их принятию (законодательное упущение или неисполнение конституционного правила) противоречит конституции, и при наличии обращения Суд может принять на себя оценку и решение вопроса о том, было ли исполнено требование об инициировании конкретных законодательных мер для исправления правового регулирования, вследствие которого было констатировано упущение. Приме-

нимые процедуры надзора могут быть связаны с любым таким “вопросом”, относительно которого конституция, как указано выше, предусматривает обязанность принять законодательные меры, “необходимые” для имплементации конституционных норм. В этом аспекте, как отмечено в национальном докладе, деятельность Конституционного Суда Португалии не отличается от любой другой его деятельности. Национальный доклад подчеркивает, что другие суды Португалии, обращающиеся с запросами о проверке процессуальных законов, не ставят вопрос об упущениях. Конституционный Суд не оценивает законодательные упущения, обнаруживаемые в судопроизводстве по разрешению конкретных правовых споров. Исследование упущения ограничено необходимостью истолковать и оценить *norma normarum* факт отказа от исполнения как таковой, когда существует конкретная конституционная обязанность компетентных законодательных органов.

В постановлениях Конституционного Суда Венгрии констатируются наличие упущения и его существенные элементы, а также срок, предоставляемый законодателю для устранения упущения. Доводы, которыми обосновывается постановление, включают аргументы, формирующие основания для констатации Конституционным Судом факта упущения. Такая компетенция Конституционного Суда логически выводится из концепции, согласно которой в случае констатации Судом противоречия конституции законодатель должен устранить упущение, поскольку Конституционный Суд не может принимать на себя ответственность за законодательство. В Венгрии в практике гарантирования конституционности исследование, касающееся выявления упущения, имеет относительно широкое применение. Конституционный Суд, исходя из своей компетенции, неоднократно констатировал необходимость законодательства¹⁰.

Конституционный Суд Испании исследует упущения в порядке осуществления конституционного контроля как *a priori*, так и *a posteriori*. До 1985 года при осуществлении контроля *a priori* Конституционный Суд обычно указывал, каким образом законодателю следует устранить упущение, и это было необходимой предпосылкой гарантий конституционности готовящихся законопроектов (с 1985 года в Испании такой контроль

осуществляется только в отношении международных договоров, а до этого он осуществлялся также в отношении органических законов). По мнению Конституционного Суда Испании, при осуществлении контроля такого рода судебное вмешательство менее “агрессивно” (при условии, что оно оценивается в аспекте разделения властей), поскольку в этом случае законодатель является единственным субъектом, который восполняет пробел, указанный Конституционным Судом, тогда как Суд ограничивается ролью помощника. Установление правового регулирования всегда остается в руках законодательной власти. В случае контроля *a posteriori* исследование законодательного упущения отличается тем, что Конституционный Суд Испании работает с правовым текстом (или системой), который выражает окончательное волеизъявление законодателя и согласно которому время от времени принимаются также отдельные правовые акты.

В Италии Конституционный Суд выявляет пробелы в праве чаще всего при проверке правовых норм в делах, относящихся к осуществлению прав человека (как социальных прав - прав на пособие по беременности и родам, на пенсию по инвалидности и т.д., так и процессуальных прав), когда сходное правовое регулирование не охватывает все социальные группы и при условии, что это не оправдано объективными различиями между этими группами¹⁰. В общем, в контексте оспариваемого регулирования, Конституционный Суд Италии стремится найти единственно приемлемую возможность дополнить регулирование и, если он заключает (что чаще всего и имеет место), что возможны различные, параллельные, хотя несходные, решения, а не лишь одно единственное решение для совершенствования правового регулирования (то есть для того, чтобы оно было конституционным), он отказывается принимать такое обращение к рассмотрению. С этим связано одно “дополняющее” постановление (№ 218 от 1995 года), в котором констатируется противоречие правового акта конституции.

¹⁰ Если вспомнить, что Конституционный Суд Венгрии в течение целого десятилетия после его учреждения часто именовали “активистом”, естественно, авторы национального доклада отметили, что, как писал Л.Шойом, Председатель Конституционного Суда Венгрии, судебные “активисты” обычно очень любят разные аспекты упущений.

Необходимо отметить, что в Хорватии Суд также исследует конституционность решений других судов о толковании пробелов (например, в своем постановлении № U-III-1621/2001 от 30 марта 2005 года он признал неконституционным постановление Верховного Суда Хорватии о содержательном пробеле в принципе равенства, как он закреплен в Трудовом кодексе). Поскольку число конституционных дел о пробелах в праве невелико, национальный доклад отмечает, что было бы трудно определить какие-либо особенности рассмотрения этих дел.

В Австрии, в случаях как абстрактного, так и конкретного контроля норм, законодательное упущение, даже неконституционное, в принципе исключено как процессуально допустимый довод. Такое обращение подлежало бы отклонению. Однако, когда конституционность существующего регулирования обуславливается тем, не возникает ли какого-либо неконституционного упущения, то в таком случае упущение также может быть - косвенно - вопросом процессуального обсуждения и даже предметом диспута *per se*. Констатация упущения в этом случае могла бы служить доводом, обосновывающим несоответствие существующего правового регулирования конституции. Как отмечено в национальном докладе, определенные политико-правовые тенденции свидетельствуют о том, что юриспруденция Суда склоняется к признанию законодательных упущений в качестве предмета исследования в основном в области толкования основных социальных прав (которые, согласно современной конституционной ситуации, на конституционном уровне не существуют).

Конституционный Суд Литовской Республики сформулировал официальную конституционную доктрину такого исследования, согласно которой исследование возможно только при

¹¹ Например, решением по делу № 109 от 1986 года было отклонено обращение об исследовании соответствия параграфу 1 статьи 3 Конституции Италии (принцип равенства) положения декрета об отмене решений о продлении срока принудительного выселения должников из муниципальных квартир. Суд подчеркнул, что правовое регулирование является неполным, и в таком случае Суду пришлось бы оценивать, связано ли исключение из него определенной категории населения с повышенными требованиями к этой категории. Такая оценка, по мнению Конституционного Суда, было бы равнозначна законодательной функции, которая явно не предоставлена Конституционному Суду.

соблюдении следующих условий: а) если законы или иные правовые акты (их части) меньшей юридической силы не устанавливают определенное правовое регулирование, то Конституционный Суд пользуется конституционными полномочиями признавать эти законы или иные правовые акты (их части) противоречащими конституции или иным правовым актам большей юридической силы, когда вследствие того, что это правовое регулирование не предусмотрено именно в проверяемых законах или иных правовых актах (именно в их проверяемых частях), может возникнуть противоречие принципам и/или нормам конституции и положениям иных правовых актов большей юридической силы; б) если такое правовое регулирование не должно быть установлено именно в оспариваемых правовых актах (в их частях), Конституционный Суд констатирует, что в деле по обращению заявителя отсутствует предмет исследования; в) пробел в праве, возникший вследствие того, что Конституционный Суд признал определенное правовое регулирование неконституционным, не может рассматриваться Конституционным Судом как законодательное упущение. Кроме того, всегда учитывается, как возник названный пробел в праве (то есть является ли он законодательным упущением, которое создано правотворческим действием субъекта, издавшего правовой акт, или же этот пробел в праве возник при других обстоятельствах, например, вследствие того, что Конституционный Суд своим постановлением признал правовое регулирование, закрепленное в определенном правовом акте (его части), противоречащим конституции или иному правовому акту большей юридической силы). Таким образом, Конституционный Суд может констатировать законодательное упущение, содержащееся в проверяемых актах, в случаях, когда вследствие того, что правовое регулирование не установлено именно в проверяемых законах или иных правовых актах (именно в их проверяемых частях), может возникнуть противоречие принципам и/или нормам Конституции иных правовых актов большей юридической силы.

Конституционный Трибунал Польши квалифицирует проверяемое упущение как “неполное регулирование”, как определенный недостаток (дефект) законодательства. По мнению

Конституционного Трибунала Польши, контроль “законодательного бездействия” не входит в юрисдикцию Трибунала, осуществляемую постановлениями по результатам рассмотрения дел всех видов (за исключением дел, начатых по конституционной жалобе). В постановлении от 2 июня 2002 года Конституционный Трибунал “открестился” от осуществления такого контроля в отношении пробелов, присутствующих в правовом регулировании. Он отметил, что для этого у него отсутствует компетенция. Формула “негативного законодателя”, предложенная Г. Кельзенем, нашла отражение также в постановлении от 7 августа 1998 года, в котором Трибунал указал, что “предмет рассмотрения Конституционного Трибунала ... мог бы состоять исключительно из нормативного акта (его отдельного положения), на основании которого суд или публичный административный орган принял окончательное решение, затрагивающее свободы, права или обязанности, установленные в Конституции”. Последствие возможной констатации Конституционным Трибуналом несоответствия Конституции выразилось бы в исключении оспариваемого положения из правовой системы. Таким образом, Трибунал выполняет роль “негативного законодателя”, но не обладает никакими правотворческими прерогативами. Конституционный Трибунал проводит различие между законодательным упущением и неполным регулированием (упущением правотворчества). Согласно позиции Конституционного Трибунала, законодательное упущение возникает, когда “какой-либо вопрос сознательно оставляется законодателем за рамками правового регулирования”. Исследование конституционности законодательного упущения не является “предметом познания со стороны Конституционного Трибунала”. Подход Конституционного Трибунала к неполному правовому регулированию отличается. Конституционный Трибунал Польши проверяет конституционность такого регулирования.

Насчитывающая несколько десятилетий практика Конституционного Суда Сербии позволяет заключить, что при осуществлении контроля законов и всех нормативных актов *a posteriori*, если в оспариваемых актах встречается законодательное упущение или пробел правового регулирования, этот Суд констатирует наличие пробела в праве как основания неконститу-

ционности или незаконности оспариваемого нормативного акта. В ряде решений Конституционный Суд Сербии указал, что неурегулированные вопросы, которые должны были быть урегулированы законом или подзаконным актом, служат причиной неконституционности или незаконности всего оспариваемого акта.

В национальном докладе Словении отмечаются *inter alia* особенности исследования законодательного упущения в делах конституционного судопроизводства, связанных с осуществлением основных прав и свобод. Например, в рассмотренном Конституционным Судом Словении деле, касавшемся избирательного права. В постановлении констатировалось, что ни Закон о выборах в Государственное Собрание, ни Закон о местных выборах не содержат подробного и ясного регулирования голосования по почте. Наличие такого пробела в вышеуказанных правовых актах было признано неконституционным и противоречащим избирательному праву. С учетом этого Конституционный Суд обязал восполнить существующий пробел правового регулирования в течение одного года. Конституционный Суд Словении осуществляет контроль не только *a posteriori*, но также и *a priori*. Применяя последнюю форму контроля, он может констатировать законодательное упущение только при исследовании конституционности международных договоров.

Федеральный Конституционный Суд Германии осуществляет как абстрактный контроль (когда в Конституционный Суд обращается Федеральное Правительство, правительство земли или 1/3 членов Бундестага), так и конкретный контроль норм (когда в Конституционный Суд обращаются суды). Обращение в Федеральный Конституционный Суд может подаваться, если нарушение прав и свобод является очевидным. Национальный доклад приводит ряд примеров из своей конституционной юриспруденции, однако не выделяет категории дел, в которых чаще всего встречаются проблемы законодательного упущения.

В Верховном Суде Эстонии вопросы законодательного упущения встречаются при осуществлении как абстрактного, так и конкретного контроля. При осуществлении абстрактного конс-

титucionalного контроля в двух делах этот Суд дал исчерпывающее толкование принципов контроля законодательного упущения. Кроме того, в так называемом “Деле об общественных работах” Верховный Суд проверил конституционность законодательного упущения в порядке конкретного контроля норм по запросу суда.

Некоторые конституционные суды в своей юриспруденции используют категории “законодательных пробелов”, “неконституционных пробелов права”, “воспроизводимого упущения” или “пробела в праве как основания неконституционности или незаконности оспариваемых нормативных актов”. (Например, Конституционный Суд Болгарии в своей судебной практике для целей констатации пробелов в праве использует понятие “законодательных пробелов”, то есть полного отсутствия правового регулирования в конкретном случае (например, закон не предусматривает возможности заявить об отводе судьи Конституционного Суда, если тот, будучи депутатом парламента, участвовал в принятии закона, проверяемого Конституционным Судом (постановление № 1/95 по делу № 9/95), но оставляет решение проблемы законодательного упущения Народному Собранию).

Конституционный Суд Бельгии (до 7 мая 2007 года - Арбитражный Суд) первоначально исследовал “неконституционные пробелы в законах” в спорах о том, следовал ли законодатель принципу конституционного равенства и недискриминации; впоследствии такие пробелы констатировались или выявлялись при осуществлении контроля соблюдения принципа конституционной законности, то есть случаев, когда норма, предписанная рядом конституционных положений, в своих существенных аспектах должна быть урегулирована самим законодателем, без делегирования этого органам исполнительной власти. В национальном докладе отмечено, что этот Суд исследует как обращения об отмене акта, так и преюдициальные вопросы. Рассматривая обращения об отмене, Суд в различных решениях отменял законы только в той мере, в какой они “не предусматривают” или “закон не применим”, то есть признавал неконституционность вследствие неполноты закона - следовательно, пробела. Необходимо отметить, что, по

мнению Кассационного Суда Бельгии, обращение в Конституционный Суд не является необходимым, если сторона в деле ставит вопрос о пробеле: согласно Конституции Конституционный Суд разрешает дела о нарушении закона, декрета или ордонанса. Однако, по мнению авторов национального доклада, данный аргумент не является истиной в последней инстанции: в Конституционный Суд следует обращаться по любому вопросу, который может быть поднят в контексте конституционности норм, которую он компетентен проверять.

В юриспруденции Конституционного Суда Армении сформулировано специальное понятие исследуемого упущения. Ситуация, когда правовая неопределенность возникает в результате противоречащего конституции толкования правовых положений в практике применения закона, причем это толкование не может являться непосредственным предметом конституционного контроля, представляет собой так называемый воспроизводимый пробел. Такие дела конституционного судопроизводства чаще всего связаны с вопросами прав человека, при этом в случаях противоречия правовых актов конституции Суд делает принципиальный вывод о том, что законодательное упущение имеет прямое негативное воздействие на осуществление конституционных прав и свобод и препятствует развитию правового и демократического государства.

Конституционный Суд Турции относит пробелы в праве к “дефектному регулированию”. Он может констатировать упущение, только когда в проверяемом правовом регулировании не выявлены обязательные по конституции элементы. Кроме того, лишь сам факт упущения (или “дефектного регулирования”, как определяет упущение Суд) не является достаточным основанием для того, чтобы констатировать несоответствие регулирования конституции.

Некоторые суды связывают особенности исследования упущения с тем, что такие вопросы могут встречаться только в качестве одной из проблем основного исследования. Например, Конституционный Суд России исследует законодательное упущение как проблему, связанную с ключевым вопросом, поставленным в обращении: оно исследуется в процедуре проверки конституционности обычных норм или споров по

компетенции. Не существует каких-либо особенностей исследования в производстве по делам, касающихся защиты личных прав, при рассмотрении законов об организации и деятельности органа публичной власти, а также пробелов в материальном, процессуальном, частном и публичном праве.

Конституционный Совет Франции отличается от других конституционных судов или эквивалентных органов двумя особенностями. Во-первых, он осуществляет контроль *a priori*, во-вторых, он исследует проблему законодательного упущения только до определенного уровня, применяя методику “негативной некомпетентности” (в период с 1982 до 2005 года он вынес 83 решения, связанных с “негативной некомпетентностью”, то есть неосуществлением в полном объеме компетенции в сфере ответственности, и на этом основании в 23 делах отменил оспаривавшиеся нормы права, в то время как в 60 решениях обращения были отклонены).

Практика Конституционного Совета Франции имеет еще одну особенность, заключающуюся в том, что строгость контроля “негативной некомпетентности” законодателя обуславливается точностью подвергаемых проверке на конституционность норм или требованиями особой точности, диктуемыми ими законодателю. Точность конституционных требований относится прежде всего к публичным свободам и финансовому праву, налоговому праву, а также уголовному праву. Говоря о первой области, следует отметить, что статья 34 Конституции Франции предусматривает, что законы устанавливают нормы, относящиеся к основным гарантиям, предоставляемым гражданам для осуществления конституционных прав и публичных свобод. Это является требованием к законодателю надлежащим образом определять гарантии прав, защищаемых конституцией, и это надлежит делать особенно точно. Например, положения, относящиеся к гарантиям права на частную жизнь и к основным гарантиям, предоставляемым в целях осуществления публичных прав, должны включать также “соответствующие и специальные” гарантии, чтобы соответствовать конституционному требованию. Следовательно, закон должен быть точно сформулирован, а принятие определений не может осуществляться исполнительной властью, которая должна обес-

печивать имплементацию закона (решение № 2004-499DC от 29 июля 2004 года). В области налогового права, при применении статьи 34 Конституции Франции, закон должен устанавливать основания для взимания налогов всех видов и размеров, а также способы взимания. Еще одной областью, требующей особой точности, является уголовное право. Статья 8 Декларации прав человека и гражданина предусматривает, что закон может установить наказания лишь строго и бесспорно необходимые и никто не может быть наказан иначе как в силу закона, надлежащим образом примененного, изданного и обнародованного до совершения правонарушения. Помимо этого правила Конституционный Совет сформулировал требование о том, что законодатель должен давать определение нарушения достаточно ясными и точными словами в целях предотвращения произвола власти. Конституционный Совет признает неконституционными те положения уголовного права, в которых определение нарушения посредством неясных понятий предполагает произвольное применение нормы судьей. С другой стороны, существуют области, в которых «негативная некомпетентность» не влечет никаких подобных последствий. Такой областью является социальное право. Согласно статье 34 Конституции Франции в отношении трудового права, профсоюзного права и социального обеспечения закон «определяет основные принципы». Это требует меньшей точности, чем при обстоятельствах, когда «закон устанавливает нормы». Конституционный Совет признал за законодателем широкие возможности усмотрения также в области экономических и социальных прав, закрепленных в Преамбуле (которая является частью конституционной системы) Конституции 1946 года.

Конституционный Суд Молдовы занимает промежуточную позицию между судами, исследующими законодательное упущение, и судами, признающими, но не исследующими его. В национальном докладе отмечено, что, если Конституционный Суд Молдовы в ходе рассмотрения дела констатирует наличие определенных пробелов в праве, относящихся к имплементации конституционных положений, он обращает внимание соответствующих органов путем направления им представления относительно устранения этих пробелов.

Другие конституционные суды признают, в принципе, существование проблемы законодательного упущения, однако не исследуют его (Албания, Грузия, Кипр).

Согласно Конституции Грузии, Органическому закону Грузии о Конституционном Суде и Закону о конституционном судопроизводстве в компетенцию Конституционного Суда Грузии не входит исследование законодательных упущений, следовательно, при получении обращения об их исследовании Суд отказывает в принятии обращения к рассмотрению. Согласно статье 146 Конституции Кипра Верховный Суд Кипра не исследует законодательные упущения, в то же время теория конституционного права Кипра делает акцент на административном упущении, когда подзаконный акт не имплементирует требования, вытекающие из закона.

Конституционный Суд Латвии отличается от вышеуказанных судов тем, что в своей юриспруденции он пользуется несколько большей «свободой» по-своему говорить об упущениях. Возникновение законодательного пробела признается как возможное последствие постановления Суда по делу о соответствии правовой нормы норме большей силы. Во избежание этой ситуации Конституционный Суд Латвии не только устанавливает временное регулирование, но также иногда указывает, как поступать в конкретной ситуации. Например, в одном деле, решив, что неравномерное правовое регулирование должно сохранять свое действие в течение определенного срока, то есть до устранения дефекта законодателем, Конституционный Суд Латвии «предложил» законодателю найти такое решение ситуации, при котором отношения между домовладельцами и бывшими жильцами разрешались бы с учетом прав всех сторон. Кроме того, был установлен также срок для устранения лакуны с тем, чтобы, - как отмечает Суд в описательной части своего постановления - мог быть создан более эффективный механизм мониторинга того, не допускается ли произвол в случаях, когда домовладельцы пытаются выселить жильцов или незаконно увеличивают арендную плату.

4.2. Констатация существования законодательного упущения

Согласно каким критериям пробелы правового регулирования признаются в конституционной юриспруденции неконституционными?

В докладах судов, которые исследуют и оценивают пробелы в праве, запрещенные конституцией, отмечается, что главное при констатации законодательного упущения - установить, было ли исполнено конкретное конституционное требование о принятии определенных норм (Австрия, Венгрия, Испания, Италия, Португалия). В своих ответах большинство конституционных судов признает, что основным доводом при констатации законодательного упущения является отсутствие правового регулирования или неполное регулирование. “Эксплицитная обязанность”, “норма, устанавливающая конкретную обязанность”, “специальная обязанность законодателя”, “имплементация или неимплементация законодательных мер”, “бездействие законодателя”, “бессодержательность правовых норм”, “частичное бездействие законодателя”, “неполное регулирование” - эти категории используются для описания практики конституционных судов при исследовании пробелов в праве, противоречащих конституции.

Констатация законодательного упущения обычно связана с отсутствием определенных положений в законе (или ином правовом акте), принятие которого эксплицитно предписано конституцией, и с неисполнением определенного мандата. Именно отсутствие такого регулирования позволяет говорить о его неконституционности. В практике судов, исследующих законодательное упущение, констатация конкретных элементов законодательного упущения обуславливается характером, пределами осуществляемого контроля и применяемыми способами юридической проверки.

Например, по мнению Конституционного Суда Испании, неконституционное законодательное упущение имеет место, когда конституция указывает законодателю на необходимость издать нормы, развивающие конституцию, а законодатель не делает этого. В целях констатации упущения, понимаемого

таким образом, Конституционный Суд должен, как правило, сделать следующее:

- а) установить необходимость развития конституционных норм;
- б) констатировать существование или отсутствие таких норм;
- с) при констатации того, что такие нормы не приняты, подтвердить, что законодатель не выполнил свою задачу.

В национальном докладе отмечается, что первый императив не создает больших проблем в делах об основных правах человека, поскольку эти права всегда осуществляются непосредственно. При констатации наличия / отсутствия правовых норм важно, чтобы эти нормы присутствовали в законе, независимо от его формального наименования или предмета регулирования. Главным здесь является не техника или способ регулирования, даже не время принятия правового регулирования, а то, что развитие конституционных норм не гарантируется. Следовательно, лишь при отсутствии правового регулирования, имеющего значение для этого развития, можно считать, что законодатель пренебрегает конституционными задачами.

Подход Конституционного Суда Португалии сходен. При решении вопроса о том, существует ли законодательное упущение, особенно важно, по мнению Суда, констатировать законодательное упущение в случае, когда не соблюдаются нормы, которые явным образом обязывают законодателя принять законодательные меры для имплементации конституции. Согласно такому толкованию, существование законодательного упущения предопределяется тем, что на конституционном уровне должно быть закреплено “конкретное, специальное требование законодательствовать, установить норму, имеющую достаточную степень точности” (постановление № 474/02). Это означает, что должна “конкретно [существовать] специальная обязанность законодательных органов, от исполнения которой они воздерживаются” (постановление № 359/91). Это является конституционным требованием, смысл и пределы которого ясно определены. Главным критерием, на основании которого констатируется законодательное упущение

ние, является имплементация или неимплементация законодательных мер в целях исполнения конституционных норм. При констатации случаев законодательного упущения самым важным аспектом исследования будет не выяснение того, имплементирована ли “общая обязанность принимать законы”, и даже не проверка результатов исполнения обязанностей. Квинтэссенцией является исследование, которое имеет целью точную оценку соответствия законодательных мер конституционным императивам, создающим “специфическую, конкретную конституционную обязанность или долг, ... имеющим четко определенный смысл и пределы и не оставляющим законодательным органам власти какого-либо пространства для маневра в том, что касается их решения о вмешательстве” (постановление № 276/89). Еще одним случаем возникновения законодательного упущения является отмена законов, имплементирующих конституционные нормы, без последующего принятия правового регулирования, гарантирующего конкретный конституционный императив.

Иногда конституционные суды (Австрия, Италия) отмечают, что для констатации законодательного упущения имеет значение неисполнение мандатов, проистекающих из конституции. Например, в практике Конституционного Суда Австрии законодательное упущение (бездействие законодателя) констатируется в случаях, когда законодатель не исполнил мандат, предусмотренный конституцией (*Verfassungsauftrag*), или когда правовой акт нарушает основные права. В Италии упущение понимается как “неполное действие” и как пробел, образующийся в правовой системе после того, как соответствующие правовые акты признаны Конституционным Судом неконституционными; однако только так называемое “частичное бездействие законодателя” может быть и является предметом исследования в конституционном деле. Суд принимает так называемые “дополняющие” постановления для “преодоления” такого бездействия.

Часто (Венгрия, Литва, Польша, Эстония) законодательное упущение связано с бессодержательностью правового акта. Конституционный Суд Венгрии констатирует законодательное упущение в случаях, когда выявлено отсутствие конкретного

содержания правового акта (чаще всего такой дефект затрагивает осуществление какого-либо основного права). Поэтому в резолютивной части своего постановления Конституционный Суд часто формулирует позитивные требования к законодателю о том, как следует регулировать конкретный вопрос.

В юриспруденции Конституционного Суда Литвы ключевые аргументы для констатации законодательного упущения и признания актов, содержащих законодательное упущение, противоречащими конституции, заключаются в том, что неустановление именно в этих актах отсутствующего правового регулирования противоречило бы конституции и/или законам. Польша различает законодательное упущение и неполное регулирование (упущение правотворчества). Конституционный Трибунал этой страны осуществляет контроль именно неполного регулирования, то есть правовых актов, которые были приняты, но не регулируют определенные отношения. В соответствии со статьей 188 Конституции Польши Конституционный Трибунал может исследовать только конституционность конкретных норм. Ключевым аргументом для констатации законодательного упущения (то есть правового нерегулирования) является констатация отсутствия нормативного регулирования, соответствующего конституции. В Эстонии при констатации законодательного упущения Верховный Суд также должен прежде всего решить, подлежала ли отсутствующая норма включению именно в оспариваемый правовой акт.

Критерии констатации законодательного упущения более конкретного характера, группируемые более последовательным или более фрагментарным образом, также могут быть выявлены в юриспруденции конституционных судов (Германия, Россия).

В Германии законодательное упущение констатируется в случаях, когда вообще не существует правового регулирования (подлинное упущение) или когда правовое регулирование существует, но необходимая защита не гарантируется (неподлинное упущение). При оценке законодательного упущения Федеральный Конституционный Суд Германии учитывает принцип правового государства и принцип демократии, а также то, что законодательный орган должен принимать необхо-

димые решения самостоятельно, а не обязывая делать это исполнительную власть. В обращении, ссылающемся на законодательное упущение, заявитель должен показать, что публичный орган не принял соответствующего регулирования, которое защищало бы его права, или что принятое правовое регулирование не гарантирует защиту прав заявителя.

Как уже отмечалось, конституционная юриспруденция России выработала критерии, которые учитываются при оценке пробелов правового регулирования как неконституционных. Например, общеправовой критерий определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы выводится из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом (часть 1 статьи 19 Конституции). Обосновывается это тем, что равенство всех перед законом и судом может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования нормы всеми правоприменителями. Неопределенность (пробельность) же ее содержания допускает возможность неограниченного толкования в процессе правоприменения. Возможность же произвола недопустима. Неконституционными и содержащими пробел признаются такие нормы, которые не отвечают следующим принципам: стабильности права и нормативно-правовой определенности, недопустимости злоупотребления правом, справедливости, гуманизма и соразмерности, адекватности ответственности нарушению, никто не может быть судьей в собственном деле, поддержания доверия граждан к закону и к правосудию, обеспечения исполнимости судебных решений, *non bis idem*, *audi alteram partem* и др.

Целый ряд конституционных судов связывает законодательное упущение с достаточностью гарантий защиты прав человека (Белоруссия, Бельгия, Чешская Республика). Например, в Чешской Республике ключевым критерием для признания упущения противоречащим конституции является то, что такое упущение влечет “ненадлежащее неравенство”, допускающее различное обращение в отношении двух или более групп лиц, когда такое обращение не оправдано защитой публичных интересов или действиями на благо общества. Конституционный Суд Бельгии также сталкивается с вопросами про-

белов в праве (внутренних или обычных и внешних или квалифицированных) при рассмотрении дел о гарантировании принципов равенства и недискриминации. Согласно докладу Конституционного Суда Белоруссии, для этого Суда ключевым критерием при констатации законодательного упущения является факт нарушения прав человека, влекущий противоречие Конституции.

Необходимо отметить, что при констатации законодательного упущения некоторые суды (Германия, Россия) принимают во внимание основные принципы права (например, принцип равенства прав, принцип ясности правовых актов, принцип недвусмысленности правовых актов, принцип стабильности права, принцип незлоупотребления правом, принципы справедливости, гуманизма, правового государства, демократии и др.). Кроме того, в некоторых государствах (Словения) основания для констатации законодательного упущения предусмотрены непосредственно в Законе о Конституционном Суде.

Констатация законодательного упущения всегда связана с исследованием сферы регулирования. Превращается ли в этом случае связанность обращением заявителя в важный аспект деятельности суда, то есть связаны ли конституционные суды предметом обращения и могут ли они, если необходимо, выходить за границы обращения? Ответы на эти вопросы основываются на различных доводах конституционных судов.

Некоторые конституционные суды при рассмотрении дел придерживаются предмета исследования, заявленного в обращении. Например, Конституционный Трибунал Польши исследует оспариваемые заявителем нормы, оставаясь в пределах обращения.

Другие конституционные суды (Венгрия, Литва, Россия, Сербия, Словения, Украина) при рассмотрении обращений могут выходить за их пределы. В действительности, в некоторых судах такая практика распространена широко, тогда как для других судов она является редким исключением.

Например, Конституционный Суд Сербии при исследовании оспариваемых положений закона или иного правового акта не связан обращением заявителя и может исследовать содержа-

ние всего оспариваемого акта, иные его положения или рассматривать контекст регулирования, установленного этим актом. Между прочим, Конституция Сербии и Закон о Конституционном Суде предусматривают, что Конституционный Суд может инициировать проверку конституционности или законности по собственной инициативе, на основании решения, принятого двумя третями судей (что особенно важно, когда возникает вопрос о констатации законодательного упущения).

Конституционный Суд России также может выходить за пределы обращения, исследуя оспариваемые положения в их взаимосвязи с иными положениями оспариваемого акта, принимая во внимание их место в системе правовых норм и смысл, придаваемый им правоприменительной практикой.

В Литве до 15 октября 2007 года в семи постановлениях было констатировано законодательное упущение, то есть оспариваемое правовое регулирование было признано неконституционным, так как оно не содержало определенного регулирования, которое должно было быть установлено, и во всех этих делах Конституционный Суд, оценив оспариваемое заявителем регулирование, констатировал законодательное упущение, хотя заявители в своих обращениях прямо не требовали признать неконституционность оспариваемых положений вследствие законодательного упущения и обосновывали их противоречие конституции другими доводами или вообще не требовали проверки этих правовых актов, в которых Конституционный Суд, осуществив конституционный контроль, констатировал наличие законодательного упущения. Следовательно, и в этом случае мы имеем дело с инициативой суда. Другой пример подобной судебной инициативы дает Конституционный Суд Словении, который, независимо от формулировок обращения заявителя, может самостоятельно поставить вопрос о неконституционности пробелов в праве.

Еще один важный для понимания пределов исследования законодательного упущения аспект составляют возможности оценивать действующее или недействующее правовое регулирование.

Некоторые конституционные суды исследуют и оценивают по существу только те упущения, которые присутствуют в

действующих правовых актах. Конституционный Суд России исследует конституционность только действующих нормативных актов. Конечно, в силу части второй статьи 43 Закона о Конституционном Суде исключения составляют случаи, когда в целях защиты конституционных прав и свобод граждан может быть проверена конституционность закона, отмененного или утратившего силу к началу или в период рассмотрения дела. Однако такая проверка невозможна, если оспариваемый закон утратил силу до начала производства в Конституционном Суде.

Другие конституционные суды исследуют пробелы в праве как в действующих правовых актах, так и в случаях, когда правовые акты отменены и взамен не принято никакого правового регулирования (Литва, Польша, Португалия, Словения, Турция, Чешская Республика). Например, Конституционный Суд Словении исследует пробелы в праве также в тех правовых актах, которые не действовали в момент подачи обращения. Если в запросе или обращении оспариваются регулирование или акт общего характера, изданные для осуществления публичной власти и утратившие силу ко времени подачи обращения, и последствия их неконституционности или незаконности не устранены, Конституционный Суд принимает решение об их конституционности или законности. В случаях регулирования ими актов общего характера, изданных для осуществления публичной власти, Конституционный Суд решает, будут ли его постановления иметь последствия в виде аннулирования или отмены. В то же время Конституционный Суд Литвы может констатировать законодательное упущение в недействующем правовом регулировании, за исключением правовых актов, принятых и действовавших до принятия Конституции.

Большинство конституционных судов не представило свою точку зрения относительно того, оценивает ли конституционный суд при констатации законодательного упущения только правовые положения или также практику их имплементации. В некоторых национальных докладах (Венгрия и Словения) отмечено, что конституционные суды принимают во внимание практику имплементации правового регулирования. Наряду с этим необходимо отметить, что Конституционный Суд Венг-

рии не только принимает во внимание практику имплементации, но также оценивает исследуемый правовой акт в контексте правовой системы в целом.

Констатация законодательного упущения не является самоцельным юридическим действием. Оно подразумевает юридическую обязанность парламента (иного правотворческого органа) устранить выявленный дефект в праве. Некоторые конституционные суды стремятся обеспечивать повышенные гарантии надлежащего восполнения пробела, дают рекомендации в отношении как срока устранения дефекта, так и содержания правового акта с тем, чтобы он соответствовал конституционным императивам (Азербайджан, Армения, Венгрия, Германия, Литва), тогда как другие суды воздерживаются от констатации обязанностей законодателя по принятию отсутствующего регулирования (Польша, Эстония).

Приведем лишь несколько примеров, описывающих решения первой группы. Например, по мнению Федерального Конституционного Суда Германии, важно указывать законодателю срок для корректировки неконституционных положений законов (как было установлено, например, в деле о пособиях по долгосрочному страхованию для детей-сирот). Конституционный Суд Венгрии, констатировав факт *lacuna legis*, формулирует также рекомендации относительно содержания нормы, подлежащей принятию. При этих обстоятельствах ситуация, противоречащая конституции, возникает именно вследствие бессодержательности определенной нормы (чаще всего этот дефект препятствуют осуществлению какого-либо основного права человека). Именно поэтому в резолютивной части своего постановления Конституционный Суд формулирует позитивные требования к законодателю по регулированию определенных вопросов. Конституционный Суд Азербайджана также предлагает конституционно-правовой вариант решения общественных противоречий и конфликтов применительно как к позитивному, так и к негативному законодательству.

В то же время, согласно параграфу 2 статьи 4 Закона о Конституционном Трибунале Польши, Конституционный Трибунал может только представлять компетентным органам сообщения о выявленных недостатках и пробелах в праве, уст-

ранение которых необходимо для обеспечения связности правовой системы Республики Польша. Определенные особенности характеризуют деятельность также Конституционного Суда Молдовы, который, согласно статье 79 Кодекса конституционной юрисдикции, если при рассмотрении дела им констатируется наличие пробелов в законодательстве, связанных с нереализацией положений конституции, направляет соответствующим органам представления, в которых обращает их внимание на необходимость устранения этих пробелов. В этом отношении наиболее последователен Конституционный Суд Болгарии, так как он не дает рекомендации законодателю (Народному Собранию) относительно восполнения существующего пробела в законодательстве, поскольку, как указывает Конституционный Суд, он только проверяет конституционность законов (пункт 2 параграфа 1 статья 149 Конституции Болгарии) и не может решать, как должны быть восполнены пробелы.

Обзор практики констатации законодательного упущения был бы не полон, если не упомянуть некоторые особенности деятельности конституционных судов, сталкивающихся с законодательными упущениями.

Например, Конституционный Суд Хорватии исследует конституционность решений других судов по толкованию пробелов (постановлением от 30 марта 2005 года по делу № U-III-1621/2001 он признал неконституционным решение Верховного Суда Хорватии относительно содержательного пробела принципа равенства, как он закреплен в Трудовом кодексе).

Конституционный Суд Словении примечателен тем, что характер осуществляемого им исследования упущения зависит от того, имеет ли исследуемый закон материальный или процессуальный характер и констатируется упущение в публичном праве или частном праве.

В правовой системе Франции, которая характеризуется конституционным контролем *a priori*, законодатель, по существу, наказывается за неисполнение норм о компетенции в случае признания оспариваемого положения неконституционным. Признание положения, равно как и целого акта, частью которого оно является, неконституционным означает, что

данный закон не может быть обнародован. Чтобы не осложнять работу законодателя, Конституционный Совет часто использует созданные им различные техники толкования, стремясь избежать вышеназванных последствий, в частности, прямое толкование, которое применяется, когда имеет место пробел в праве или недостаточность закона. Конституционный Совет может содействовать преодолению трудностей через толкование с оговоркой, без какого-либо изменения буквы закона и без искажения намерения законодателя.

Еще одним примером избежания осложнений в законодательстве может служить также практика Конституционного Суда Испании, который, в общем, не избегая констатации упущений, воздерживается от констатации законодательного упущения в случаях, когда судебные органы действовали с учетом требований, вытекающих из конституционных принципов, хотя не существовало закона, относящегося к имплементации конституционных императивов.

4.3. Методология выявления законодательного упущения

При исследовании конституционности законов и иных правовых актов конституционные суды применяют классическую схему исследования: выявляются содержание и требования соответствующих конституционных норм и принципы проверяемого правового регулирования, затем проводится сравнение нижестоящего правового регулирования с вышестоящим правовым регулированием и делается вывод о соответствии или несоответствии нижестоящего регулирования вышестоящему регулированию. Эта схема, в принципе, пригодна также для исследования законодательного упущения. Специфика последнего обуславливает только повышенное внимание к конституционным императивам (или императивам вышестоящего регулирования), которые должны быть закреплены в положениях закона (или правового акта нижележащего уровня). Следовательно, требуется выявить не только то, что установлено, но также и то, что не установлено, хотя должно быть установлено в законе (или ином правовом акте) согласно конституции.

В большинстве национальных докладов (Испания, Литва, Португалия, Словения, Хорватия, Эстония и др.) отмечено, что при исследовании случаев законодательного упущения конституционные суды применяют комплексную методологию исследования и используют различные методы (или их комбинации) толкования права.

Различные методы толкования права, известные в теории права, применяются и в конституционном контроле: лингвистический, системный, сравнительный, исторический, телеологический и др. Только с использованием всех инструментов юридической техники возможно выявить содержание и смысл правового регулирования, закрепленного в правовых актах, постичь особенности этого содержания. С использованием только лингвистического метода толкования права суд выявил бы лишь поверхностные моменты, он не смог бы дать углубленное толкование права. Таким образом, выявление содержания права через использование различных методов (их комбинаций) толкования права следует считать повседневной работой конституционных судов и никак не исключением.

В некоторых национальных докладах отмечено, что при исследовании законодательного упущения применяются те же методы, что и в других случаях конституционного контроля, осуществляемого конституционным судом (см. доклады Литвы, России, Сербии, Словении и др.).

Например, при исследовании соответствия оспариваемого правового регулирования конституции и законам, в том числе в аспекте отсутствия необходимого правового регулирования, Конституционный Суд Литовской Республики применяет те же методы толкования, что и в других делах. Он следует принципиальной позиции, согласно которой толкование конституции не может сводиться только к буквальному толкованию, использующему лишь лингвистический метод, что толкование конституции требует применения различных методов толкования права: системного, на основании общих принципов права, логического, телеологического, намерений законодателя, прецедентов, исторического, сравнительного и т.д. Конституционный Суд применяет эти же методы толкования права и при исследовании законодательного упущения. Конституционный

Суд России действует сходным образом, когда при исследовании проблем, связанных с неопределенностью закона (пробелом), используются различные методы толкования права, например, лингвистический, логический, исторический, системный, телеологический и т.д. Как очевидно можно заключить, эти суды при исследовании законодательного упущения применяют общепринятую методологию, которая абсолютно достаточна для исследования конституционности такой ситуации.

С другой стороны, некоторые конституционные суды при исследовании вопроса законодательного упущения придают разное значение определенным методам или их группам. В этом случае на выбор методов толкования права в некоторой степени влияет предмет исследования, обуславливающий приоритет некоторых из них.

В связи с этим должен быть отмечен опыт Конституционного Суда Португалии. По мнению этого Суда, особенно важно выявить нормативно-правовое содержание конкретного конституционного параметра, который будет определять принятие решения: есть ли противоречие конституции или его нет. Такая методология должна способствовать ответу на вопрос: существует ли законодательное упущение? Конституционный Суд Португалии не считает лингвистический метод ключевым элементом толкования (например, по мнению Суда, недостаточно дословно привести «положения закона» и тут же сделать вывод о законодательном упущении). По мнению Суда, намного важнее выяснить телеологические аспекты (практическую целесообразность, необходимость имплементирующих мер) конституционной нормы, устанавливающей требование законодательствовать. Эта телеология толкуется с учетом основного *ratio juris* нормы при использовании системного подхода. Кроме того, Конституционный Суд Португалии при принятии своих постановлений также использует исторический метод. В отличие от случаев исследования иных (чем упущение) вопросов при рассмотрении обращений, решения относительно упущения редко основываются на сравнительном праве или на прецедентах зарубежных судов.

Некоторые суды (Испания, Эстония) подчеркивают важность системных методов. Если, по мнению Конституционно-

го Суда Испании, для цели выявления упущения наиболее подходящими среди общих методов толкования права являются, с учетом специфической природы пробелов в праве, системный и телеологический методы, то в юриспруденции Верховного Суда Эстонии при констатации упущения доминирует системный метод. Впрочем, следует отметить, что, если Суд приходит к выводу, что такое толкование не дает результата, применяются другие методы толкования.

Другие суды при рассмотрении законодательного упущения предпочитают использовать сравнительный метод исследования (Армения, Молдова, Сербия, Хорватия, Черногория). Некоторые из них, например, Конституционный Суд Хорватии, используют метод сравнения конституционной юриспруденции и особенно учитывают практику органов конституционного контроля Германии и Австрии, а также тенденции соответствующей юриспруденции других стран. Практика исследования законодательного упущения другими судами часто обращается не только к общим методам толкования права, но и к практике применения Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Литва, Молдова, Россия, Сербия, Черногория и др.). В странах Европейского Союза такие исследования обращаются не только к практике применения Конвенции о защите прав человека и основных свобод, но также к опыту судебной практики Суда правосудия Европейских Сообществ (например, в национальном докладе Литвы отмечено, что, как неоднократно подчеркивал Конституционный Суд, для толкования и применения литовского права юриспруденция Европейского Суда по правам человека имеет значение источника толкования права, то же можно сказать и о юриспруденции Суда правосудия Европейских Сообществ и Суда первой инстанции).

В ответах судов, не исследующих упущение, не упоминаются какие-либо методы его исследования независимо от того, что эти суды, в общем, не отрицают проблему существования упущения (например, конституционные суды Латвии, Украины, Верховный Суд Кипра). В ответе Союзного Суда Швейцарии отмечено, что при толковании права или исследовании конституционности нижестоящих норм он применяет различные методы толкования права.

4.4. Дополнительные меры

Констатация законодательного упущения предполагает отсутствие или недостаточность правового регулирования или правового регулирования нижележащего уровня. Если такое регулирование относится к осуществлению конституционных прав и свобод, то это предполагало бы также недостаточную защиту конституционных прав и свобод. При этих обстоятельствах некоторые конституционные суды весьма широко, хотя и на разном уровне, применяют дополнительные меры (Азербайджан, Испания, Россия, Словения, Хорватия и др.). Согласно докладам некоторых других конституционных судов, констатация противоречия законодательного упущения конституции является достаточным юридическим действием, не требующим ничего дополнительного (Болгария, Португалия).

Самой “радикальной” мерой является разрешение конституционного суда временно применять положение, содержащее упущение, исходя из доктрины, созданной самим судом, или иным образом временно восполнить пробел (Австрия, Азербайджан, Испания, Россия, Словения). Суды избирают эту меру, чтобы избежать более негативных последствий, которые наступили бы при отсутствии правового регулирования. Однако такое временное применение положений, содержащих упущение, естественно, ограничивается определенными условиями: такие положения могут применяться только при следовании доктрине, сформулированной в конституционной юриспруденции; суд формулирует понятие таких норм права, может определить метод применения таких положений и т.д.

Например, Конституционный Суд Испании, стремясь действительно гарантировать конституционный императив, если оказывается, что законодатель не сделал этого, может разрешить применение положения, содержащего упущение, с учетом доктрины, сформулированной Судом. Например, в деле о порядке отказа от военной службы по соображениям совести Конституционный Суд Испании констатировал, что тот факт, что не установлен порядок, регулирующий такой отказ, позволяет заключить, что необходимо обеспечить хотя бы ми-

нимальное содержание соответствующего права: то есть временно приостановить призыв на военную службу тех, кто заявляет об отказе от военной службы по соображениям совести, до тех пор, пока не будет установлен соответствующий порядок. По мнению Суда, такое применение дополнительных мер является минимально достаточным для гарантирования прав и свобод человека.

Конституционный Суд Словении, если необходимо, может временно, до корректировки положения правового акта, противоречащего конституционным требованиям, установить метод, которым упущение следует восполнять в практике применения вышеуказанного положения.

В некоторых делах при исследовании законодательного упущения (при исследовании недостаточности правового регулирования конституционного процесса) Конституционный Суд Хорватии был вынужден создать процессуальные положения, прибегнув к специальному исследованию (он использовал, по аналогии, соответствующие нормы гражданского, уголовного и административного процессуальных кодексов). Конституционный Суд России, в случае установления неопределенности нормы или пробела, в целях защиты прав и свобод граждан указывает на возможность для правоприменителей принимать решения, исходя из толкования нормы, данного Конституционным Судом, до внесения законодателем изменений или дополнений в закон (он может указывать также на возможность применения закона по аналогии, на процедуру, необходимую для защиты личных прав). Конституционный Суд Австрии применяет *per analogiam* конституционный стандарт (чаще всего - принцип равенства) и в результате законодательное упущение приобретает своего рода статус “квази-исправленного упущения”. Конституционный Суд Азербайджана при констатации законодательного упущения в области защиты прав человека восполняет пробел по собственной инициативе или рекомендует правотворческому органу пересмотреть неконституционное положение. Наряду с этим он обязывает суды воздерживаться от применения этого положения.

В качестве дополнительной меры защиты конституционных прав и свобод некоторые суды применяют отсрочку опублико-

вания и вступления в силу своего постановления (Литва, Хорватия, Эстония). Например, в Литве применяется отсрочка официального опубликования постановления. При применении Конституционным Судом отсрочки официального опубликования своего постановления правотворческому органу предоставляется время для исправления правового регулирования до того, как постановление вступит в силу, и, тем самым, предотвращаются пробелы правового регулирования. В Хорватии постановлением Конституционного Суда от 31 марта 1998 года его вступление в силу было отложено на 6 месяцев, чтобы Парламент мог принять поправки к Закону о найме жилья, который был признан противоречащим конституции.

Уведомление соответствующего органа также следует считать дополнительной мерой (например, Конституционный Суд Молдовы использует официальные представления, тогда как Конституционный Суд Хорватии уведомляет парламент, если правительство не исполнило обязанность по регулированию правовых отношений согласно конституции, законам и иным правовым актам, а также уведомляет правительство, если какой-либо уполномоченный им орган не исполнил обязанность по регулированию правовых отношений согласно конституции, законам и иным правовым актам), равно как и указание на пересмотр судебных решений, если они основаны на положении нормы в истолковании, расходящемся с его конституционно-правовым смыслом, выявленным Конституционным Судом (Россия), и предложение поправок к акту. Если поправками к правовому акту последствия применения такого акта не могут быть устранены, Конституционный Суд может устранить их путем восстановления первоначального положения сторон, компенсации ущерба или иными способами (Сербия).

Некоторые конституционные суды не применяют дополнительные меры (например, заключив, что не существует меры, относимой к имплементации конституционной нормы, Конституционный Суд Португалии ограничивается констатацией упущения и не предпринимает сам каких-либо иных мер, даже если упущение связано с осуществлением основных прав).

4.5. Конституционный суд исследует законодательное упущение в рамках исследования конституционного дела, но не оценивает его конституционность

Типичный случай: если законодательное упущение является предметом исследования в конституционном деле, оно не только подвергается анализу в мотивировке решения, но его конституционность также оценивается (Австрия, Италия, Литва, Португалия, Словения, Хорватия и др.). Например, Конституционный Суд Словении обычно не может воздерживаться от оценки неконституционного законодательного упущения в резолютивной части своего постановления (параграф 1 статьи 48 Закона о Конституционном Суде) и, если необходимо, от указания в своем решении на то, какому государственному органу и каким образом надлежит исполнить постановление Суда. В Италии вердикты Конституционного Суда, касающиеся упущений, часто связаны с констатацией того, что законодатель не исполнил свою обязанность и, следовательно, должен выделить финансовые средства, необходимые для осуществления соответствующих правовых реформ. Утверждение таких расходов считается частью законодательной функции.

Иногда, при констатации законодательного упущения другими конституционными судами, резолютивная часть решения не содержит какой-либо оценки его конституционности (см. юриспруденцию конституционных судов Азербайджана, Германии, Испании, Верховного Суда Эстонии). В каком-то из случаев такое решение основывается на возможности установить переходное регулирование, в другом случае - на том, что констатация законодательного упущения связана с исследованиями, выходящими за рамки компетенции суда, в третьем случае суд только уведомляет соответствующие органы о необходимости восполнить пробел в праве, в четвертом случае считается достаточным принять дополнительное правовое регулирование.

Остановимся на особенностях нескольких таких дел, упоминаемых в национальных докладах. Например, Федеральный Конституционный Суд Германии в деле о праве на учительскую пенсию, возникающем из отношений государственной службы, не установил нарушения принципа равенства,

однако констатировал, что требование принять переходное правовое регулирование проистекает из принципа доверия общества к праву (дело BVerfGE 71, 255). Законодательное упущение, исследуемое Конституционным Судом Испании, не всегда отражается в резолютивной части его постановлений. Это объясняется тем, что некоторые дела, вследствие своей исключительности, граничат с исследованиями, выходящими за рамки юрисдикции Суда (постановления от 29 июля 1986 года, от 22 апреля 1993 года, от 18 ноября 1993 года).

Конституционный Суд Азербайджана иногда не отменяет закон или его положения, однако прямо рекомендует парламенту принять соответствующий закон или поправки к нему в течение определенного срока (чаще всего 6 месяцев). В мотивировочной части своего постановления Суд приводит доводы, касающиеся выявленного законодательного упущения, а в резолютивной части констатирует обязанность законодателя восполнить этот пробел. Конституционный Суд Сербии не восполняет пробелы в праве и, констатировав наличие проблем в имплементации конституционности или законности вследствие пробелов в праве, уведомляет Скупщину. Это является очень важной формой реагирования в целях устранения пробелов в праве (за последние несколько лет Конституционный Суд направил семнадцать писем в Скупщину с уведомлениями об определенных пробелах в праве или о законодательном упущении и, в связи с этим, о необходимости принять закон или изменения или дополнения к закону, а также к регламенту Скупщины). Конституционный Суд Молдовы, констатировав законодательное упущение, направляет представление соответствующим государственным органам. Представление является формой, в которой Суд реализует свою роль «пассивного законодателя», обращая внимание соответствующих органов на пробелы действующих законов.

При выявлении Конституционным Судом России законодательного пробела, влекущего необходимость его устранения законодателем, в мотивировочной части решения такой пробел фиксируется и обосновывается тот или иной вариант будущих действий законодателя. Одним из таких вариантов является право законодателя принять дополнительные норма-

тивные решения по рассмотренному вопросу, при этом в резолютивной части своего постановления Суд признает положение закона не противоречащими конституции.

Возможны и другие особенности решений. Например, в конституционной юриспруденции Румынии пробел в праве констатируется только в случае (за редкими исключениями), когда правовые нормы, закрепляющие защищаемые конституцией ценности, отменены, а новая правовая норма еще не принята. Еще одно исключение сложилось в конституционной юриспруденции Эстонии. Верховный Суд этой страны в двух случаях не стал непосредственно оценивать конституционность законодательного упущения. В первом случае норма была признана неконституционной, так как она не устанавливала требуемого конституцией регулирования, однако в резолютивной части постановления эта ситуация не была квалифицирована как законодательное упущение или пробел в праве (постановление от 30 апреля 2004 года). В этом случае Суд дал ясный знак законодателю, что пробел должен быть восполнен. Во втором случае Верховный Суд мотивировал противоречие конституции отсутствием правовой ясности, предположив, что законодатель не воспринимает проблему как законодательное упущение.

4.6. Оценка законодательного упущения в резолютивной части решения конституционного суда

Сложность исследования и оценки законодательного упущения отражается в резолютивных частях постановлений по конституционным делам. В таких делах конституционные суды стремятся гарантировать максимальную конституционность правовой системы, находя недостаточным просто признать неконституционным закон или иной правовой акт или их соответствующие положения. Конституционные суды, учитывая влияние своих решений на правовую систему и на практику правоприменения, в дополнение к вышеупомянутому признанию закона (иного правового акта) или их соответствующих положений противоречащим конституции, могут оставить правовой акт (его положения) действующим, а также признать бездействие законодателя (ино-

го субъекта правотворчества) неконституционным и установить срок, в течение которого должно быть принято требуемое конституцией правовое регулирование, или констатировать обязанность законодателя (иного субъекта правотворчества) устранить пробел в праве, или констатировать пробел в праве и отметить, что он может быть устранен судами общей юрисдикции и специализированными судами, или обязать суды общей юрисдикции и специализированные суды приостановить рассмотрение дел и воздержаться от применения существующего правового регулирования до тех пор, пока законодатель (иной субъект права) не восполнит пробел, или констатировать пробел правового регулирования без каких-либо непосредственных выводов из этого и без установления каких-либо мандатов, или оценить законодательное упущение иным образом.

4.6.1. Признание закона (иного правового акта) противоречащим конституции вследствие законодательного упущения

Конституционные суды ряда стран (Австрия, Азербайджан, Армения, Белоруссия, Венгрия, Германия, Испания, Италия, Литва, Македония, Португалия, Россия, Сербия, Словения, Турция, Чешская Республика, Эстония) констатируют существование законодательного упущения в мотивировочной части своих решений и в резолютивной части решения признают закон (иной правовой акт) противоречащим конституции.

В Германии, если конституционная жалоба ссылается на нарушение обязанности защиты существующим законом (неподлинное упущение), Федеральный Конституционный Суд констатирует, в случае решения об удовлетворении требования жалобы какое положение Основного закона нарушено, и указывает, каким упущением оно нарушено (§ 95.1 Закона о Федеральном Конституционном Суде). Если конституционная жалоба против какого-либо закона удовлетворяется, § 95.3 Закона о Федеральном Конституционном Суде предусматривает правило, согласно которому Федеральный Конституционный Суд объявляет закон недействительным.

Следует отметить, что Верховный Суд Эстонии в резолютивной части своего решения признает закон (иной правовой

акт) противоречащим конституции только при осуществлении абстрактного контроля *a priori*. Констатировав упущение в законе, который Президент Республики отказался обнародовать, Верховный Суд может признать весь закон противоречащим конституции, но он не может признать противоречащей конституции часть закона.

Необходимо отметить еще одно обстоятельство: конституционные суды, признав в резолютивной части своего решения закон (иной правовой акт) противоречащим конституции, часто дополняют такое решение указанием законодателю или иному правотворческому органу устранить неконституционную ситуацию.

При таких обстоятельствах некоторые суды устанавливают срок для законодателя или иного правотворческого органа, в течение которого тому надлежит исправить правовое регулирование (например, Словения). В Словении, как пример такого решения, упоминается постановление № U-I-160/03 от 19 мая 2005 года, в котором указывается, что в течение 9 месяцев со дня опубликования настоящего постановления законодатель обязан скорректировать определенные положения Закона о радио и телевидении, противоречащие конституции. Конституционный Суд Македонии при выявлении упущения и констатации противоречия конституции, как правило, не указывает на какие-либо обязанности, однако в одном из дел Суд, признав противоречащим конституции решение о принятии изменений и дополнений к детальному городскому плану 4 городского района города Охрид, указал на конкретную обязанность по принятию нового правового акта (постановление № 217/1995 от 25 октября 1995 года; следует, однако, обратить внимание на то, что в данном случае пробел возник именно вследствие признания Судом правового акта противоречащим конституции). Постановления Конституционного Суда России констатируют обязанность законодателя восполнить пробел в праве; иногда в резолютивной части постановлений указывается конкретный срок, в течение которого законодателю надлежит внести соответствующие дополнения и изменения в закон (постановления от 13 июня 1996 года, от 14 марта 2002 года).

4.6.2. Признание положений закона (иного правового акта) противоречащими конституции вследствие законодательного упущения

В своих решениях, касающихся упущения, конституционные суды (Австрия, Азербайджан, Армения, Белоруссия, Венгрия, Германия, Испания, Италия, Литва, Македония, Португалия, Россия, Румыния, Словения, Турция, Чешская Республика, Эстония) признают соответствующие положения закона (иного правового акта) противоречащими конституции.

Например, Конституционный Суд Австрии признавал неконституционными даже одно или несколько слов правового положения. В исключительных случаях этот Суд может также признать противоречащей конституции недействующую правовую норму. Верховный Суд Эстонии отмечает в своем докладе, что в резолютивной части своих постановлений он признает соответствующие положения закона (иного правового акта) противоречащими конституции, когда он осуществляет конкретный контроль норм или абстрактный контроль *a posteriori*.

В качестве примера резолютивной части, которой положения закона (иного правового акта) признаются противоречащими конституции, в национальном докладе Словении приводится постановление от 2 декабря 1993 года (дело № U-I-66/93), использующее формулировку “в пределах, в каких они не устанавливают”. Конституционный Суд Литвы явным образом указывает, какая часть правового акта противоречит конституции. Необходимо отметить, что обычно используется формулировка, в соответствии с которой оспариваемое правовое регулирование противоречит конституции и законам “постольку, поскольку не” или “в той мере, в какой оно не устанавливает”.

Конституционный Суд Италии принимает “исключающие”, “заменяющие” и “дополняющие” решения. В случаях “исключающих” решений Конституционный Суд констатирует, что норма противоречит конституции в той мере, в какой она устанавливает то, что не должна устанавливать (решением Суда этот фрагмент исключается). В случае “заменяющего” решения Суд констатирует, что норма противоречит конституции в той ме-

ре, в какой она устанавливает одно вместо установления другого (решением Суда одна норма заменяется другой). В случае “дополняющего” решения Конституционный Суд констатирует, что норма противоречит конституции в той мере, в какой она не устанавливает то, что должна устанавливать (решением Суда норма дополняется). Необходимо отметить, что в Италии различают отдельные виды “дополняющих” постановлений по оценке неконституционного законодательного упущения: “дополняющее функции” или “классическое дополняющее”, “дополняющее принцип”, “дополняющее процедуру”. В случаях “дополняющих функций” или “классических дополняющих” постановлений используется формулировка “в той мере, в какой не установлено” и Конституционный Суд подробно останавливается на отсутствующем нормативном элементе (например, постановление № 497 - 1988 года по делу об установлении размера пособия по безработице). В случаях постановлений, “дополняющих принцип”, Суд в резолютивной части ограничивается указанием на общий принцип, которому законодатель должен следовать в целях восполнения констатированного законодательного упущения (например, постановление № 295 - 1991 года, согласно которому Суд, объявляя о неконституционности законодательного упущения и при этом оставляя установление правового регулирования соответствующего механизма путем абстрактного правотворчества законодателю, обладающему неоспоримой компетенцией в этой области, сам предлагает принцип, который может применить судья обычного суда в конкретном деле, когда необходимо временное восполнение пробела). Постановления, “дополняющие процедуру” стали особенно часто применяться в практике Конституционного Суда в последние годы. Нередко они принимаются при исследовании вопросов разграничения компетенции между государством и территориальными автономиями, когда Суд высказывается не относительно содержания (отсутствующего в исследуемом акте) правового регулирования, соответствующего конституционным императивам, а относительно необходимых правотворческих процедур, подлежащих установлению в этом правовом регулировании (например, в постановлении № 219 - 2005 года Суд счел, что в правовом регулировании от-

сутствует “надлежащий инструмент гарантирования лояльного сотрудничества между государством и регионами”).

4.6.3. Оставление правового акта (его положения) действующим при признании бездействия законодателя неконституционным и установлении срока, в течение которого должно быть принято требуемое конституцией правовое регулирование

Некоторые конституционные суды (Белоруссия, Босния и Герцеговина, Венгрия, Словения, Чешская Республика) оставляют правовой акт (его положения) действующим и при этом признают бездействие законодателя (иного субъекта правотворчества) неконституционным и устанавливают срок, в течение которого должно быть принято требуемое конституцией правовое регулирование.

Например, Конституционный Суд Словении в резолютивной части своего постановления (дело № U-I-48/06 от 22 июня 2006 года о соответствии Конституции статьи 126 Закона о подоходном налоге) указал Государственному Собранию, что тому надлежит скорректировать правовое регулирование до конца 2006 года. Таким же образом, Конституционный Суд Боснии и Герцеговины в своем постановлении № U 17/06 - 1996 года оставил нормы, противоречащие конституции, действующими и указал парламенту на необходимость в течение 6 месяцев устранить недостатки, вызвавшие противоречие конституции.

Конституционный Суд Венгрии, выявив законодательное упущение, иногда также оставляет правовые нормы, признанные противоречащими конституции, действующими и устанавливает срок в течение которого должно быть принято требуемое правовое регулирование (необходимо отметить, что срок устанавливается только в случаях, когда норма, признанная противоречащей Конституции, оставлена действующей).

Конституционный Суд Турции, если необходимо, может установить срок вступления в силу своего решения о признании правового акта противоречащим конституцию (не свыше одного года), в течение которого законодатель должен восполнить пробел в праве.

Федеральный Конституционный Суд Германии, признав закон противоречащим конституции, не обязательно объявляет этот закон недействительным, - в некоторых делах может быть лишь констатирована несовместимость с конституцией. При обстоятельствах, когда можно избежать недопустимого пробела в праве, то есть возникновения при объявлении правового акта недействительным такой ситуации, которая еще более отступала бы от конституции, объявляется несовместимость с конституцией. Например, при констатации дефектов в действующем законе, который защищает права, после признания такого закона недействительным вся ситуация может еще более ухудшиться. Несовместимость часто объявляется также при обстоятельствах, когда в распоряжении законодателя имеется несколько способов устранения противоречия Конституции, например, в случаях нарушения прав. При констатации несовместимости закон не признается недействительным, но он не применяется в той части, в которой он противоречит конституции, и только в отношении затронутого лица (подавшего конституционную жалобу). В целях избежания трудностей переходного периода Федеральный Конституционный Суд может определить последствия своего решения. Законодатель может быть обязан урегулировать правовую ситуацию так, чтобы она соответствовала Конституции, и может быть установлен срок для исполнения этой обязанности. Суд может временно оставить закон, противоречащий Конституции, действующим или установить положения переходного периода, которые будут применяться до приведения законодателем правовых актов в соответствие с Конституцией.

4.6.4. Указание на обязанность законодателя (иного субъекта правотворчества) устранить пробел в праве

Суды некоторых стран (Австрия, Азербайджан, Белоруссия, Словения, Хорватия) указывают на обязанность законодателя (иного субъекта правотворчества) устранить пробел в праве.

Например, Конституционный Суд Хорватии в случае абстрактного конституционного контроля, констатировав существование пробела в праве или законодательного упущения

ния, как правило, в резолютивной части своего постановления не отменяет такой правовой акт, но именует его “обладающим неконституционностью или незаконностью” и уведомляет об этом компетентный орган, чтобы этот орган мог восполнить пробел в праве или законодательное упущение. В пункте 3 резолютивной части постановления № U-I-117/07 от 21 июня 2007 года Конституционный Суд Словении предписал Государственному Собранию устранить несовместимость, указанную в пункте 1 резолютивной части, в течение 6 месяцев со дня опубликования постановления Суда.

4.6.5. Констатация пробела в праве в резолютивной части постановления с указанием на возможность его устранения судами общей юрисдикции или специализированными судами

Иногда конституционные суды (Испания, Россия, Словения) констатируют пробел правового регулирования, указывая в резолютивной части постановления на возможность его устранения судами общей юрисдикции и специализированными судами.

В Словении такое положение резолютивной части всегда связано с устанавливаемым здесь же конкретным сроком, в течение которого ответственный правотворческий орган должен восполнить пробел (например, резолютивная часть постановления от 17 мая 2007 года по делу № U-I-468/06). Таким образом, не может быть резолютивной части, которая лишь констатирует возможность устранения пробела в праве судами общей юрисдикции. Конституционный Суд, однако, может в таких случаях воспользоваться полномочием, предусмотренным во втором параграфе статьи 40 Закона о Конституционном Суде, и определить порядок производства в судах, разрешающих в конкретных делах вопросы отношений, касательно которых был констатирован пробел в праве, на период до устранения констатированной неконституционности. В постановлении № 184/2003 от 23 октября 2003 года Конституционный Суд Испании, признав подлинное упущение, оставленное законодателем, предложил устранять его судам до тех пор, пока закон не будет изменен или дополнен. Конституционный Суд России

может указать на необходимость использования на основе процессуальной аналогии правил, предусмотренных другими нормами закона, отдельные положения которого признаны неконституционными, до внесения изменений и дополнений в закон.

4.6.6. Обязание судов общей юрисдикции и специализированных судов приостановить рассмотрение дел и воздержаться от применения существующего регулирования до восполнения пробела

Конституционные суды (Азербайджан, Словения) могут обязать суды общей юрисдикции и специализированные суды приостановить рассмотрение дел и воздержаться от применения существующего регулирования до восполнения пробела законодателем (иным субъектом правотворчества).

Например, Конституционный Суд Словении, констатируя, что законодателю надлежит исправить определенные неконституционные положения Закона об иностранцах в течение 6 месяцев со дня опубликования постановления Суда, указал, что суды не могут применять депортацию в отношении определенной категории иностранцев, упомянутой в резолютивной части постановления (Суд, однако, не обязал суды общей юрисдикции приостановить рассмотрение дел), если эти иностранцы удовлетворяют определенным условиям постоянного проживания в Республике Словении (постановление № U-I-284/94 от 4 февраля 1999 года).

4.6.7. Констатация пробела в праве, не сопровождаемая непосредственным выводом и установлением мандата

Иногда конституционные суды (Болгария, Чешская Республика, Эстония) констатируют пробел в правовом регулировании, не делая из этого каких-либо непосредственных выводов и не устанавливая каких-либо мандатов.

Например, Верховный Суд Эстонии в делах *Тиита Вебера* и *АS Гига* констатировал пробел в процессуальном законодательстве, однако, восполнив его посредством конституционного действительного толкования, тем самым признал возмож-

ность сделать это без объявления закрепленного в кодексе соответствующего процессуального регулирования противоречащим конституции.

Хотя Конституционный Суд Словении отмечает, что, согласно его компетенции, такая резолютивная часть невозможна, однако дело, сходное с вышеописанной ситуацией, было в практике и этого Суда (постановление № U-I-168/97 от 3 июля 1997 года), когда требование об отмене уже исследованного правового акта было отклонено по основаниям *res judicata*, хотя законодатель не устранил дефектность закона в течение срока, определенного Судом в предыдущем деле.

Конституционный Суд Болгарии только проверяет конституционность законов и не правомочен давать обязательные к исполнению указания государственным органам, включая законодателя. Поэтому он не может дать указание законодателю восполнить пробел в праве, выявленный Судом. Суд только отмечает существование пробела в праве и без каких-либо указаний обращает внимание на то, что установление соответствующего правового регулирования является компетенцией законодателя, который только и должен принять такое правовое регулирование.

Конституционный Трибунал Польши, в соответствии с параграфом 2 статьи 4 Закона о Конституционном Трибунале, может только “представлять компетентным органам соображения о ... пробелах в праве, устранение которых необходимо для обеспечения связности правовой системы Республики Польши”. Оценки таких постановлений (то есть постановлений, выявляющих упущения правотворчества (неполное регулирование)) в плане их юридической природы приводят к заключению об их декларативном характере. Действительно, такое постановление не создает новую позицию (какую-либо новую ситуацию) в правовой системе. Но оно выявляет (констатирует) предшествующее бездействие законодателя, определяет границы упущения и способствует будущим действиям законодателя, что проявляется в создании таких регулятивных механизмов, которые не существовали до принятия соответствующего постановления. Следовательно, имеет место актуализация конституционной обязанности законодателя *sui generis*. Постановления Консти-

туционного Трибунала, констатирующие дефектность (упущение) законодательства, прежде всего имеют последствия конечной гарантии. Конечным адресатом этого постановления должен считаться компетентный правотворческий орган, ответственный за “дефект” регулирования (упущение правотворчества). Как отмечено Трибуналом в соответствующем постановлении, это, как правило, тот же самый орган, который принял нормативный акт, “затронутый” упущением правотворчества. Поскольку постановление, в котором проверяется существование “упущения правотворчества”, имеет толковательный характер, проверенный нормативный правовой акт может также считаться остающимся в состоянии условного соответствия конституции; условия для констатации полного и безусловного соответствия обеспечиваются устранением упущения, которое осуществляется путем принятия дополнений к нормативному правовому акту, подвергнутому проверке.

Конституционный Суд Кипра оставляет за законодателем обязанность восполнять пробелы в праве. Правовые положения, признанные противоречащими конституции, сохраняют действие до принятия парламентом новых положений. Конституционный Суд не уполномочен принуждать законодателя или требовать от него изменить правовые нормы, признанные противоречащими конституции. Окончательное решение относительно содержания правовых актов остается за законодателем.

4.6.8. Иные оценки законодательного упущения

В ряде случаев в национальных докладах упоминаются такие резолютивные части решений, которые не могут быть отнесены ни к одной из вышеназванных категорий. Обобщенно их можно было бы назвать иными оценками законодательного упущения.

Конституционный Суд Хорватии может упоминать случаи выявленного упущения в специальном уведомлении, направляемом компетентным органам (правительству или парламенту) для принятия (или дополнения) ими необходимого правового регулирования, которое должно было быть принято, но не принято.

Констатировав упущение, Конституционный Суд Португалии объявляет о противоречии конституции и соответственно уведомляет компетентный правотворческий орган. Закон не предусматривает каких-либо иных последствий. Несоответствие конституции вследствие упущения возникает, когда “конституция содержит настолько достаточно точное и конкретное предписание законодательствовать, что можно уверенно определить, какие законодательные меры необходимы для его исполнения”.

Конституционный Суд Германии может использовать различные меры. Конституционный Суд может обратиться к законодателю для совершения последним действий в определенной области, если Суд полагает, что законодатель должен пересмотреть правовые акты, даже если, по мнению Суда, существующая правовая ситуация соответствует конституции. Суд может также обязать законодателя отслеживать практические случаи применения конкретных правовых актов (или их положений) (осуществлять “мониторинг”) или установить испытательный срок в случае, когда при принятии Конституционным Судом своего постановления оспариваемые правовые положения не были признаны противоречащими конституции, но Суд усматривает необходимость отслеживать практику правоприменения, чтобы уяснить, требуются ли поправки к законам. Конституционный Суд также констатирует, что оспариваемый закон может толковаться таким образом, что он не противоречит конституции, следовательно, соответствующие жалобы в Суд подлежат отклонению как необоснованные (например, дело BVerfGH 33, 303). При этих обстоятельствах Конституционный Суд, стремясь к тому, чтобы все правоприменители знали, как поступать, дает соответствующее конституционное толкование в резолютивной части своего постановления. Необходимо отметить, что в Германии, в случае спора о подлинном упущении, невозможно признание закона недействительным, так как закон не существует. Единственным остающимся вариантом является признание нарушения основных прав.

Конституционный Суд России в резолютивной части своего постановления в концентрированном виде иногда указывает на необходимость прямого применения конституции до внесе-

ния законодателем дополнений и изменений в закон (постановления от 29 апреля 1998 года, от 27 июня 2000 года и др.) или поясняет в краткой форме конституционное содержание положений, которые надлежит восполнить законодателю, и указывает на порядок применения соответствующих предписаний закона до установления законодателем дополнительного регулирования (постановление от 11 мая 2005 года).

В практике Конституционного Суда Испании часто используется так называемая толковательная резолютивная часть решения, которая, посредством толкования в соответствии с формулировкой закона, допускает возможность устранения неконституционности, вызванной дефектом или явно подразумеваемыми исключениями. В Испании возможен также такой случай, когда “переориентирующая” резолютивная часть постановления (применяющая такое толкование, которое частично дополняет содержание правового положения) позволяет устранить противоречие конституции, возникшее вследствие законодательного умолчания (например, резолютивная часть постановления № 103/1983 от 22 ноября 1983 года).

В практике Конституционного Суда Италии имеется много дел, когда Суд, воздерживаясь от признания противоречия конституции, выносит предостережение законодателю, предлагая ему устранить сомнения относительно противоречия правового акта конституции. Такие предостережения чаще всего формулируются в решениях об отказе в разрешении вопроса по существу. Их форма может варьироваться от обычного предложения законодателю принять определенное положение до “угрозы” возбудить в дальнейшем производство по отмене. Такие предостережения всегда формулируются в мотивировочной, а не в резолютивной части решения.

В то же время Конституционный Суд Украины, констатировав пробел в праве, прекращает производство по делу, отметив, что восполнение пробелов в праве находится вне компетенции Конституционного Суда.

В других национальных докладах отмечается отсутствие каких-либо особенностей формулирования резолютивных частей решений.

4.7. Исследования “смежного характера” и принимаемые решения

В большинстве национальных докладов (Азербайджан, Армения, Литва, Македония, Молдова, Россия, Сербия, Турция, Чешская Республика, Эстония) отмечается, что конституционные суды не иницируют каких-либо исследований “смежного характера”. Только немногие суды (Испания, Португалия, Черногория) на вопрос об осуществлении исследований “смежного характера” ответили положительно, что иницируют такие исследования

Среди судов, иницирующих такие исследования, прежде всего следует остановиться на конституционных судах Португалии и Испании. Конституционный Суд Португалии оценивает вопросы смежного характера, относящиеся к правилам или нормативным сегментам или аспектам, которые не были применены в судебном решении, обжалуемом в обращении по основаниям своей неконституционности, или которые, несмотря на утверждения заявителя об их неконституционной дефектности, были применены в судебном решении как *ratio decidendi* и образуют предмет обращения по основаниям конституционности. В основном, большинство таких исследований связано с ситуациями дискриминации, в которых - независимо от других принципов - основной вопрос касается ситуаций материального неравенства (например, постановления №№ 690/98, 1221/96, 359/91). В Испании такие исследования “смежного характера” применяются для исследования последствий, возникших в результате законодательного упущения, например, при защите личных прав, нарушенных законом, который признан противоречащим конституционному принципу равенства. В Черногории, где Конституционный Суд не исследует случаи законодательного упущения, было рассмотрено несколько дел, в которых исследовалось и было признано нарушение права человека на равную защиту установленным ранее запретом обращения за судебной защитой, хотя это право непосредственно не закреплено в Конституции (однако в национальном докладе не указываются конкретные дела (или решения)).

Некоторые суды, которые не применяют и не иницируют

исследования “смежного характера” (Азербайджан, Армения, Литва, Македония, Словения, Турция, Чешская Республика, Эстония), объяснили это в своих докладах.

Конституционный Суд Словении не осуществляет исследования такого характера именно потому, что его компетенция, явным образом закрепленная в законе, предусматривает исследование законодательных упущений. Компетенция органов конституционного контроля Эстонии и Армении включает исследование законодательного упущения, тем самым констатируется, что в доктрине конституционного права не существует исследований “смежного характера”. В Литве Конституционный Суд во всех делах, где он констатировал законодательное упущение, формулировал такую оценку по собственной инициативе, то есть, оценив регулирование, оспариваемое заявителями, он констатировал законодательное упущение, хотя заявители в своих обращениях прямо не требовали признать оспариваемые положения неконституционными вследствие законодательного упущения, а обосновывали их противоречие конституции иными доводами. Конституционный Суд Сербии, заявив, что в его практике не было исследований “смежного характера”, добавил, что согласно действующим конституционным положениям в его компетенцию входит не только рассмотрение конституционных жалоб, касающихся основных прав и прав меньшинств, но также рассмотрение сходных дел по обращениям судей, прокуроров, помощников прокуроров, касающимся решений о прекращении их полномочий, а также по обращениям, касающимся решений о признании депутатских полномочий. В этих делах Конституционный Суд может в своем исследовании применять аналогию.

Некоторые конституционные суды (Австрия, Албания, Белоруссия, Босния и Герцеговина, Болгария, Венгрия, Германия, Грузия, Италия, Латвия, Румыния, Украина, Франция) не высказались по этому вопросу.

4.8. Средства юридической техники, используемые конституционным судом для избежания пробелов в праве, которые возникали бы вследствие решений о призна-

нии закона или иного правового акта противоречащим конституции

Необходимо отметить, что конституционные суды, стремясь избежать пробелов в праве, которые возникали бы вследствие решения о признании закона или иного правового акта противоречащим конституции, используют различную юридическую технику. Существуют отсрочка официального опубликования решения конституционного суда и установление более поздней даты вступления в силу решения конституционного суда; констатация конституционным судом того, что исследованный правовой акт временно соответствует конституции, вместе с указанием на то, что, если этот акт не будет изменен в течение определенного срока, то он будет противоречить конституции; признание правового акта противоречащим конституции вследствие законодательного упущения без его исключения из правовой системы; толкование правового акта (его положений) в соответствии с конституцией, чтобы избежать констатации того, что этот правовой акт (его положения) противоречит конституции вследствие законодательного упущения; восстановление ранее действовавшего правового регулирования; и др.

Некоторые конституционные суды применяют несколько из вышеназванных мер юридической техники, другие не используют ничего. В качестве примера практики первой группы судов может быть отмечен Конституционный Суд России, который стремится к тому, чтобы признание норм неконституционными и их устранение тем самым из правовой системы не создавало такой пробел, который затрагивал бы права граждан, других субъектов права и не мог быть устранен непосредственным применением конституции, и применяет следующие меры: а) указывает точную дату вступления нового регулирования, восполняющего пробел, в силу и на одновременное прекращение применения прежнего регулирования; б) указывает время, с которого норма утрачивает силу, а законодатель обязан внести изменения; в) указывает время, с которого норма утрачивает силу, и параметры нового регулирования; г) не устанавливая точной даты начала действия нового

регулирования, указывает на непосредственное применение положения конституции в его истолковании Конституционным Судом до введения в действие нового регулирования; е) восстанавливает ранее действовавшее регулирование); ф) придя к выводу о неконституционности нормы, воздерживается от признания ее таковой и утратившей силу, поскольку это создавало бы такой пробел в регулировании, который в данном случае не может быть устранен непосредственным применением конституции и требует системных изменений законодательства; г) выявляет конституционно-правовой смысл нормы и в его контексте - должное конституционное содержание нормы во избежание констатации ее неконституционности. Практика конституционных судов Молдовы и Украины отражает иной подход к применению таких мер.

Необходимо отметить, что некоторые государства признают, что органы конституционного правосудия создают пробелы в праве (например, Албания, Черногория), в то время как в других странах это не признается (например, Конституционный Суд Румынии не считает, что признание закона или иного правового акта противоречащим конституции вызывает пробел в праве, так как правовая норма, противоречащая конституции и исключаемая из правовой системы, не является ни необходимой, ни правомерной).

4.8.1. Отсрочка официального опубликования решения конституционного суда

Отсрочка официального опубликования решения конституционного суда является одним из простейших средств юридической техники, применяемой для избежания пробелов в праве, которые возникали бы вследствие решения о признании закона или иного правового акта противоречащим конституции. Применение этой меры отмечено в национальных докладах Литвы и Белоруссии.

Например, Конституционный Суд Литвы в своем постановлении от 24 декабря 2002 года, признав некоторые положения Закона о местном самоуправлении противоречащими конституции, указал, что они находятся в системной связи со многи-

ми другими положениями этого Закона, следовательно, если бы постановление Конституционного Суда было официально опубликовано немедленно после его провозглашения в заседании Конституционного Суда, возник бы вакуум в регулировании местного самоуправления, который по существу расстроил бы функцию механизма местного самоуправления и государственного управления. Сочтя, что устранение этого вакуума правового регулирования требует определенного срока, Конституционный Суд установил, что постановление должно быть официально опубликовано в официальной газете "Valstybes žinios" по истечении двух месяцев со дня его провозглашения в публичном заседании.

В более позднем деле (постановление от 19 января 2005 года), хотя опубликование постановления не было отложено, Конституционный Суд сформулировал более исчерпывающую мотивировку отсрочки вступления в силу постановлений: "Конституционный Суд может отложить официальное опубликование своего постановления, если необходимо предоставить законодателю определенное время для устранения *lacunae legis*, которые возникли бы, если бы соответствующее постановление Конституционного Суда было официально опубликовано немедленно после его публичного провозглашения в заседании Конституционного Суда, и которые служили бы предпосылками принципиального отрицания ценностей, защищаемых Конституцией. Вышеуказанная отсрочка официального опубликования постановления Конституционного Суда (*inter alia* постановления, которым определен закон (или его часть) признан противоречащим Конституции) есть возникающая из Конституции презумпция избежания определенных последствий, неблагоприятных для общества и государства, а также для прав и свобод человека, которые могли бы иметь место, если бы соответствующее постановление Конституционного Суда было официально опубликовано немедленно после его официального провозглашения в заседании Конституционного Суда и если бы оно вступило в силу в день своего официального опубликования".

В следующий раз отсрочка официального опубликования постановления Конституционного Суда имела место, когда Конституционный Суд рассматривал дело о соответствии кон-

ституции положений Закона о размере, источниках, условиях и порядке выплаты компенсации за недвижимое имущество, выкупленное государством, и о гарантиях и льготах, предусмотренных Законом о восстановлении прав собственности граждан на существующее недвижимое имущество (постановление Конституционного Суда от 23 августа 2005 года). Признав положения этого Закона, согласно которым Правительству поручалось установить размер, условия и порядок выплаты компенсации, противоречащими конституции, Конституционный Суд счел, что, если бы это постановление было официально опубликовано немедленно после его публичного провозглашения в заседании Конституционного Суда, эти положения не могли бы применяться со дня официального опубликования этого постановления и в этом случае возникли бы такие неопределенности и пробелы в правовом регулировании восстановления прав собственности на существующее недвижимое имущество, вследствие которых восстановление прав собственности на существующее недвижимое имущество было бы по существу нарушено или даже временно прекращено. Отложив официальное опубликование постановления в газете "Valstybes žinios", Конституционный Суд принял во внимание не только необходимость предоставления определенного срока для внесения изменений в законы, но также то, что исполнение государственных финансовых обязательств перед лицами, в отношении которых восстанавливаются права собственности на существующее недвижимое имущество, связано с формированием государственного бюджета и соответствующим перераспределением государственных финансовых средств.

4.8.2. Установление более поздней даты вступления в силу решения конституционного суда

Эта мера применяется конституционными судами Армении, Турции, Чешской Республики и Верховным Судом Эстонии.

Конституционный Суд Чешской Республики может отложить исполнение своего решения, предоставив законодателю время, обычно один год, для изменения или замены правого-

го регулирования, которое противоречит конституции или отсутствует. Верховный Суд Эстонии может отложить вступление в силу своего решения на шесть месяцев, но это не означает, что правовой акт, нарушающий конституцию, может применяться до вступления в силу решения Верховного Суда. Конституционный Суд Турции также принимает меры для смягчения, насколько это возможно, правовых последствий, которые вызваны возникновением пробелов в праве, созданных постановлениями о признании законодательного упущения противоречащим конституции, и устанавливает более позднюю дату вступления в силу своих постановлений.

Практика Конституционного Суда Армении, видимо, также может быть отнесена к этой категории. Заключив, что признание правового акта противоречащим конституции датой провозглашения решения Конституционного Суда повлекло бы тяжкие последствия для всего общества и государства, Конституционный Суд может признать оспариваемый правовой акт противоречащим конституции и установить более поздний срок прекращения действия правового акта. При таких обстоятельствах этот правовой акт считается соответствующим конституции до истечения срока, установленного Конституционным Судом.

4.8.3. Констатация конституционным судом того, что исследованный правовой акт временно соответствует конституции, и указание на то, что этот акт будет противоречить конституции, если не будет изменен к определенному сроку

Эта техника применяется в практике Конституционных Судов Боснии и Герцеговины, Венгрии, Латвии, Словении, Хорватии.

Хотя Конституционный Суд Боснии и Герцеговины отмечает, что им не выработаны средства юридической техники, применяемые для избежания пробелов в праве, возникающих при признании закона или иного правового акта противоречащим конституции, но однажды Суд установил срок, до истечения которого законодатель должен был привести закон в соответствие с конституцией. Поскольку законодатель не сделал этого в течение

срока, установленного Конституционным Судом, закон утратил юридическую силу.

Конституционный Суд Хорватии стремится избежать появления пробелов в праве вследствие своих решений и, в зависимости от обстоятельств дела, всегда принимает во внимание время, необходимое законодателю для принятия нового закона, иного правового акта или его части. В зависимости от характера (и важности для общества) правового акта, признанного противоречащим конституции, Суд устанавливает срок (что допускается законом), в течение которого законодателю надлежит принять новый закон, иной правовой акт или его часть. Например, в деле о Законе о пенсионном страховании Конституционный Суд установил, что закон будет действовать еще десять лет после принятия Судом решения. Иногда отдельным решением по просьбе законодателя Суд продлевает срок действия таких правовых актов.

В Латвии при признании правовой нормы противоречащей конституции в определенной части может быть также констатировано, что эта норма утрачивает силу в более позднюю дату, что означает, что Конституционный Суд предоставляет законодателю время для упорядочения правового регулирования и исправления ошибок. В этот период, в зависимости от положений постановлений Конституционного Суда, правовой акт, признанный противоречащим конституции, временно применяется, но при его применении учитываются положения конституции и международные обязательства Латвии.

В Словении, согласно положениям статьи 48 Закона о Конституционном Суде, возможно принятие постановления декларативного характера, посредством которого оспариваемый правовой акт при признании его неконституционным остается действующим в правовой системе. Например, Суд поступил так в постановлениях № U-I-7/07, № Up-1054/07, в которых он также установил срок в 1 год для исполнения обязанности по гармонизации соответствующих правовых норм.

4.8.4. Признание правового акта противоречащим конституции вследствие законодательного упущения, без исключения его из правовой системы

Эта техника применяется конституционными судами Германии, Испании, Хорватии, Эстонии.

Как уже упоминалось, Федеральный Конституционный Суд, признав закон противоречащим конституции, не обязательно признает этот закон недействительным, в некоторых случаях может констатироваться несовместимость с конституцией. Несоответствие с конституцией объявляется при обстоятельствах, когда это позволяет избежать недопустимого пробела в праве, то есть когда объявление правового акта недействительным создавало бы правовую ситуацию, которая еще более отступала бы от конституции. При констатации несовместимости закон не признается недействительным, но он не применяется в части, противоречащей конституции, и только в отношении затронутого лица (подавшего конституционную жалобу).

Конституционный Суд Испании часто принимает так называемые толковательные постановления, которые императивно истолковывают содержание проверяемого правового акта таким образом, что его следует понимать соответствующим конституции.

4.8.5. Толкование правового акта или его положений как соответствующих конституции для избежания констатации того, что правовой акт (его положения) противоречит конституции вследствие законодательного упущения

Конституционные суды некоторых стран - Австрия, Италия, Румыния, Эстония, в отдельных делах также Германия и Чешская Республика - применяют толкование правового акта (его положений) как соответствующего конституции, стремясь избежать констатации того, что правовой акт (его положения) противоречат конституции вследствие законодательного упущения. В то же время, если Конституционный Суд Румынии установит, что определенное толкование закона, но не сам закон, противоречит конституции, оспариваемый акт не исключается из правовой системы, но применяется в соответствии с толкованием Конституционного Суда, однако констатируется, что парламенту надлежит изменить закон таким образом, чтобы он стал ясным и недвусмысленным.

4.8.6. Восстановление ранее действовавшего правового регулирования

Эта техника практикуется в немногих государствах, среди которых прежде всего следует отметить Португалию. Постановление Конституционного Суда Португалии, признающее правовую норму противоречащей конституции или незаконной, становится общеобязательным с момента вступления в силу правовой нормы, признанной противоречащей конституции. С этого момента становятся действительными те нормы, которые действовали до принятия нормы, признанной противоречащей конституции или незаконной.

Здесь можно также добавить, что восстановление ранее действовавшего акта применяется также в системе гарантирования конституционности Болгарии и Латвии. При признании Конституционным Судом Болгарии того, что закон противоречит конституции, возникает пробел в праве. Предположение о недопустимости такого пробела вынуждает Суд заключить, согласно своему же толкованию, что его постановление «восстанавливает» закон *ex lege*, который действовал до принятия оспариваемого закона. Конституция не допускает ситуации, когда закон, противоречащий конституции, не применяется и при этом существует пробел в праве. Конституционный Суд Латвии отмечает, что, если это необходимо и возможно, в описательной части постановления он может признать, что восстанавливается действительность положений правового акта, который действовал до вступления в силу правовых положений, признанных Конституционным Судом противоречащими правовым актам большей юридической силы.

Однако в других государствах такое «восстановление» не является широко распространенным методом юридической техники.

4.8.7. Иные модели решений

Конституционные суды некоторых стран (например, Черногории) предпочитают несколько иные модели решений для избежания пробелов в праве, которые могли бы возникать

после принятия решения о признании закона или иного правового акта противоречащим конституции.

Например, Конституционный Суд Черногории оставляет урегулирование неконституционной ситуации, то есть пробела в праве, законодателю. В то же время Конституционный Суд Словении указывает, каким способом должно быть восполнено упущение и какой орган должен это сделать, - согласно Закону о Конституционном Суде Суд, если необходимо, определяет орган, которому надлежит исполнить вердикт, а также рекомендует, каким способом это должно быть сделано; кроме того, как отмечается, он может постановить, что временно, до урегулирования ситуации, может применяться противоречащий конституции правовой акт, содержащий пробел.

Некоторые суды используют, помимо вышеназванных методов, еще более разнообразную юридическую технику. Например, в Литве Конституционный Суд может, вместо отложения даты опубликования своего постановления, прямо установить, с какого времени и на какие отношения должно распространяться применение его постановления (постановление от 9 февраля 2007 года). Конституционный Суд Азербайджана применяет аналогию закона, которая предусмотрена в Гражданском кодексе. Конституционный Суд применяет аналогию закона в области отношений гражданского права и предпринимательства, защиты прав и свобод человека и других вопросов. Применение аналогии закона было предложено также Конституционным Судом Словении, который отказался признать противоречащим конституции Закон о денационализации, так как *mutatis mutandis* к тем же самым отношениям могут применяться другие положения этого же закона (например, постановление № U-I-225/96, OdlUS VII, 7 этого Суда от 15 января 1998 года). Конституционный Суд Австрии для восполнения пробелов в праве применяет аналогию закона и не констатирует противоречие пробела в праве конституции. Конституционный Суд Белоруссии может констатировать, что правоотношения должны регулироваться правовыми актами большей юридической силы, чем те, которые признаны противоречащими конституции, или даже непосредственно самой конституцией.

Необходимо отметить, что, как заявил Конституционный Суд Литвы, законодатель должен вводить временное правовое регулирование посредством закона. В постановлении от 9 мая 2006 года Суд указал, что, как только постановление будет официально опубликовано, то со дня этого официального опубликования положения Закона о судах более не будут применяться, чем может быть нарушен процесс назначения, продвижения, перевода судей или их освобождения от должности, предусмотренный конституцией. Законодателю надлежит незамедлительно восполнить возникший вакуум правового регулирования. Конституционный Суд указал, что, если для этого понадобится большее время, Сейм, учитывая конституционные требования, выявленные в конституционной юриспруденции, должен установить временное правовое регулирование. Конституционный Суд, избрав эту меру, не стал отодвигать срок вступления в силу постановления.

Конституционный Суд Испании отметил в своем докладе, что он не применяет мер, упомянутых в вопроснике, однако описал случай, когда он признал правовой акт противоречащим конституции, но отложил его отмену. Еще в одном деле, отмеченном Судом, противоречие конституции было установлено, однако правовой акт не был отменен, так как его положения уже были имплементированы. Это толкование Конституционного Суда подлежит применению и в будущем.

Как уже упоминалось, Федеральный Конституционный Суд Германии может, в дополнение к другим применяемым мерам юридической техники, обратиться к законодателю для совершения последним действий в определенной области, если, по мнению Суда, существующая правовая ситуация соответствует конституции, однако Суд полагает, что законодатель должен пересмотреть правовые акты.

Конституционный Суд Македонии, стремясь избежать пробела в праве, отложил окончательное принятие решения в нескольких делах, поскольку прежнее законодательство бывшей Республики Югославии не было приведено в соответствие с новой конституцией Македонии.

В докладах других судов этот вопрос не упоминается или отмечается, что юридическая техника такого рода не приме-

няется (Украина), что такие специальные меры не предусмотрены (Сербия) или что здесь отсутствуют какие-либо особенности (Молдова) и т.д.

5. Последствия констатации существования законодательного упущения в решениях конституционного суда

5.1. Обязанности, возникающие у законодателя

Обязательный характер решений конституционных судов является, видимо, одной из аксиом современного конституционализма. В ином случае органы конституционного контроля были бы просто неспособны выполнять возложенную на них функцию обеспечения конституционности правовой системы. Обычным результатом конституционного дела является признание соответствия закона или иного правового акта (его положений) или противоречия закона или иного правового акта (его положений) конституции. В первом случае конституционность акта является действительной, а сомнения, которые вызвали рассмотрение дела судом, устранены. Во втором случае закон или иной правовой акт (его положения) исключается из правовой системы. Конечно, при развитии конституционного контроля эта классическая дихотомия более не является удовлетворительной. Конституционные суды в своей практике применяют признание законов и иных правовых актов соответствующими конституции с определенными оговорками, они выработали формулировки признания таких правовых актов (их положений) неконституционными. Применение различных корректирующих элементов связано с гарантированием большего воздействия на правовую систему и практику правоприменения.

Решения конституционного суда предназначаются прежде всего законодателю и иным субъектам правотворчества. Именно их работа оценивается в конституционных делах, кроме того, решение конституционного суда часто обязывает предпринять определенные действия. Решения конституционного суда окончательны, не подлежат обжалованию и обязательны для

всех, включая законодателя. Следовательно, реагирование на решения конституционного суда, особенно если из них вытекают конкретные обязанности соответствующего субъекта (а также законодателя), должно обуславливаться правовыми, но не политическими, эмоциональными или иными факторами.

Констатация законодательных упущений - то есть неконституционных пробелов в законе или ином правовом акте - не может не иметь правовых последствий. Из решения конституционного суда возникает обязанность восполнить такой пробел в праве надлежащим правовым регулированием и устранить дефектное правовое регулирование. Отсутствие реакции на решение, задержки в восполнении неконституционного пробела или частичное восполнение такого пробела законодателем (а также любым иным субъектом правотворчества) должны считаться аномалиями правопорядка, наличие которых не может быть оправдано.

Обычно требуются активные действия законодателя по устранению законодательного упущения. "Дыры" в неконституционном правовом регулировании или допущение оставления "незаконченного" закона или иного правового акта в таком же состоянии означают, что парламент - представительный политический орган, на который возложено принятие законодательства, не исполняет надлежащим и компетентным образом делегированную ему конституционную миссию. Конституционный порядок всегда означает ограничение власти. Идея органа власти, ограниченной конституцией, подразумевает не только запрещение выходить за установленные полномочия, но также обязанность полностью их исполнять. В противном случае установление таких ограничений не имело бы особого смысла.

В большинстве национальных докладов (Азербайджан, Венгрия, Италия, Литва, Словения, Черногория и др.) отмечено, что решения конституционных судов, констатирующие законодательное упущение, исполняются путем исправления законодателем им же допущенных недостатков правового регулирования (например, в Венгрии отмечается, что из выше-названной констатации несоответствия конституции возникает императивная обязанность законодателя принять норму, устраняющую ситуацию, которая противоречит конституции,

в течение срока, установленного в постановлении Конституционного Суда, которое констатирует факт упущения; эта обязанность основана на параграфе 2 статьи 49 Закона о Конституционном Суде Венгрии, предусматривающем, что ответственный орган исполняет свою обязанность в установленный срок). Следовательно, констатация законодательного упущения в решении конституционного суда подразумевает обязанность законодателя принять правовое регулирование, устраняющее неконституционный пробел.

Особенности исследования и оценки законодательного упущения и формулирования решений о конституционности в конституционных судах различных стран так или иначе связаны с формулируемыми различным образом обязанностями законодателя, возникающими из констатации в конституционном деле неконституционного пробела правового регулирования. В некоторых странах такое решение конституционного суда подразумевает формальное требование восполнить пробел (Австрия, Венгрия, Германия, Литва, Польша, Сербия, Словения, Эстония), в других странах это фактически означает только формальную рекомендацию устранить констатированное отсутствие правового регулирования (Испания) или уведомление парламента о пробеле в праве (Португалия, Хорватия).

Приведем несколько примеров конституционных решений первой группы. Так, когда Конституционный Суд Словении констатирует законодательные упущения, законодатель должен восполнить такой пробел правового регулирования. Как было отмечено, согласно параграфу 2 статьи 49 Закона о Конституционном Суде Венгрии законодатель обязан надлежащим образом устранить пробел правового регулирования в срок, установленный Конституционным Судом. Решения, принятые Верховным Судом Эстонии, имеют обязательный характер и должны быть приняты во внимание законодателем, который обязан исполнить их, то есть восполнить пробел в праве. В национальном докладе Польши отмечено, что, когда Конституционный Трибунал констатирует упущение правотворчества (неполное регулирование), определяет его пределы и указывает на необходимые действия законодателя, требуемые для

устранения выявленных недостатков, то возникает конституционная обязанность законодателя исполнить решение Трибунала и восполнить пробел в праве.

Национальный доклад Германии, хотя он не содержит прямого ответа на данный вопрос, позволяет заключить, что законодатель должен устранить пробел правового регулирования. Следует отметить опыт Федерального Конституционного Суда Германии, который иногда даже устанавливает временные положения, действующие до приведения законодателем правового регулирования в соответствие с конституцией. В некоторых случаях Конституционный Суд обращается к законодателю для совершения последним определенных действий, если заключает, что существующая правовая ситуация соответствует конституции, однако, по мнению Суда, необходимо, чтобы законодатель пересмотрел правовые акты. Суд также вправе установить обязанность законодателя осуществлять мониторинг правового регулирования (или установить испытательный срок) в случае, когда оспариваемое правовое регулирование не противоречит конституции на момент принятия решения Конституционным Судом, однако Конституционный Суд находит необходимым отслеживать практику правоприменения в целях выяснения того, нуждаются ли законы в исправлении. Другая возможность, используемая Конституционным Судом, заключается в толковании правового регулирования как соответствующего конституции.

Когда Конституционный Суд Австрии признает закон противоречащим конституции, у законодателя возникает обязанность правового регулирования соответствующего вопроса: закон должен быть «скорректирован». При корректировке закона законодатель должен следовать указаниям, приведенным в решении Конституционного Суда.

При описании решений этой группы в некоторых национальных докладах отмечено, что применяются общие правила, касающиеся обязательного характера решения. Например, в докладе Сербии отмечено, что из Конституции и Закона о Конституционном Суде проистекает обязанность всех авторов правовых норм, включая Скупщину, исполнять решения Конституционного Суда. Когда Конституционный Суд конста-

тирует неконституционность правового акта в целом вследствие пробела в праве, применяются общие правила, установленные для исполнения решений Конституционного Суда. В докладе отмечается, что в связи с этим могут различаться: а) пробел в праве, наличие которого вызвало признание правового акта неконституционным, и б) пробел в праве, который возник вследствие решения Конституционного Суда, исключившего этот акт из правовой системы, в день официального опубликования решения Конституционного Суда. Эти ситуации означают необходимость и обязанность законодателя надлежащим образом урегулировать определенные области общественных отношений.

Иногда обязанность исполнить решение связана с его некоторыми дополнительными последствиями (например, невозможностью преодолеть это решение повторным принятием сходного акта). Например, в национальном докладе Литвы отмечается, что постановления Конституционного Суда обязательны для всех государственных органов, судов, всех предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц и граждан. Сила постановлений Конституционного Суда приравнивается к силе Конституции. Следовательно, постановление Конституционного Суда, которое признает закон или иной акт Сейма противоречащим конституции вследствие законодательного упущения, также обязательно для Сейма - представительства народа, - который принимал закон или акт. Возникает обязанность законодателя установить необходимое правовое регулирование в целях полного исполнения постановления Конституционного Суда. Сила постановления Конституционного Суда о признании закона или правового акта неконституционным вследствие законодательного упущения не может быть преодолена повторным принятием того же закона или акта.

В решениях конституционных судов второй группы стран дается формальная рекомендация соблюдать обязанности законодателя или законодатель уведомляется о выявленном законодательном упущении.

Например, проверка правового акта, проведенная Конституционным Судом Испании, прямо не обязывает парламент исполнить обязанности законодателя, а является формаль-

ной рекомендацией (предостережением) об исполнении обязанности законодателя. Конституционный Суд Азербайджана активно поддерживает парламент в осуществлении его законодательных полномочий. Он дает рекомендации законодателю о внесении необходимых нормативных изменений в действующее правовое регулирование с тем, чтобы это правовое регулирование соответствовало правовой позиции Конституционного Суда, установленной в принятых им постановлениях, исполнение которых обязательно для всех.

Конституционные суды Португалии и Хорватии только уведомляют законодателя о выявленном законодательном упущении.

Например, при выявлении Конституционным Судом Португалии существования упущения, противоречащего Конституции, он должен уведомить об этом компетентный законодательный орган. В правовой системе Португалии последствия выявления упущения, противоречащего Конституции, одинаковы, независимо от того, какой компетентный законодательный орган в конкретном случае должен принять законодательные нормы, необходимые для имплементации конституционного положения. Независимо от того, кому принадлежит по конституции компетенция по принятию соответствующих законодательных мер, отсутствие которых повлекло констатацию существования законодательного упущения, - парламенту, правительству или парламентам автономных регионов, - последствия вышеназванной констатации включают только обязанность Конституционного Суда уведомить соответствующие органы, компетентные принять норму, восполняющую законодательный пробел. Это означает, что, в отличие от последствий в случаях противоречия актов конституции, постановления о противоречии конституции вследствие законодательного упущения, как таковые, не обладают конкретной юридической действительностью и не способны по своему статусу сами по себе вносить изменения какого-либо рода в правопорядок.

В Хорватии, если Конституционный Суд в процедуре абстрактного контроля определенного положения или регулирования в мотивировке своего решения констатирует существ-

вание пробела в праве или законодательного упущения (обращение или предложение о такой констатации будет отклонено в связи с его неподведомственностью), он, как правило, не отменяет проверяемое положение или регулирование, но квалифицирует его как “отмеченное наличие неконституционности или незаконности” и сообщает об этом компетентному органу с тем, чтобы последний мог восполнить пробел в праве или законодательное упущение. Вторая возможность заключается в том, что при осуществлении контроля в порядке надзора за принятием регулирования во исполнение конституции, законов и иных предписаний, он представляет компетентному органу (правительству или парламенту) доклад для принятия регулирования (полностью или в части), которое должно было быть принято, но не принято.

Промежуточное положение между этими двумя группами решений заняли бы решения конституционных судов России и Молдовы. Согласно статье 79 Федерального Конституционного Закона “О Конституционном Суде Российской Федерации”, в случае, если решением Конституционного Суда нормативный акт признан не соответствующим Конституции полностью или частично либо из решения Конституционного Суда вытекает необходимость устранения пробела в правовом регулировании, государственный орган или должностное лицо, принявшие нормативный акт, рассматривают вопрос о принятии нового нормативного акта, который должен, в частности, содержать положение об отмене нормативного акта, признанного не соответствующим Конституции полностью, либо о внесении необходимых изменений и (или) дополнений в этот акт. Эти положения адресованы Государственной Думе, Президенту, Правительству, законодательным органам и высшим должностным лицам субъектов Федерации, федеральным органам государственной власти. Статья 28.1 Закона о Конституционном Суде Молдовы устанавливает обязанность исполнения актов Конституционного Суда органами публичной власти. Констатация Конституционного Суда по поводу пробелов в законодательстве, связанных с нереализацией отдельных конституционных положений, должна быть рассмотрена соответствующим

щим органом. Этот орган в трехмесячный срок должен проинформировать Конституционный Суд о результатах рассмотрения.

Обязательный характер констатации обязанности восполнить пробел в правовом регулировании часто связывают с условием исполнения этой обязанности в определенный срок. Это является важной гарантией соблюдения требований, вытекающих из решения конституционного суда. В некоторых странах конституционный суд устанавливает срок, необходимый для устранения пробела правового регулирования (например, Венгрия, Словения), в других странах срок рассмотрения вопроса и принятия решения установлен законом (например, в Литве - Статутом Сейма, который имеет силу закона).

Например, согласно статье 48 Закона о Конституционном Суде Словении в постановлении Конституционного Суда также указывается срок, в течение которого должен быть устранен пробел правового регулирования. Обязанность законодателя устранить пробел правового регулирования устанавливается в соответствии со статьями 2 (принцип правового государства) и 3 (принцип разделения властей) Конституции. Согласно параграфу 2 статьи 49 Закона о Конституционном Суде Венгрии законодатель обязан надлежащим образом устранить пробел правового регулирования в срок, установленный Конституционным Судом.

В соответствии со Статутом Сейма Литвы при вступлении в силу постановления Конституционного Суда о признании закона (его части) или иного правового акта (его части) Сейма противоречащим Конституции или конституционному закону комитет по юридическим вопросам или, по его рекомендации, любой иной комитет Сейма должен в течение 4 месяцев (в особых ситуациях этот срок может быть продлен до 12 месяцев) подготовить и представить на рассмотрение Сейма проект поправок к закону (или его части) или любому иному акту (или его части), принятому Сеймом, который Конституционный Суд признал противоречащим Конституции; при подготовке этих проектов необходимо принимать во внимание пробелы, несоответствия в правовом регулировании, иные не-

достатки и аргументы, указанные в постановлении Конституционного Суда.

Еще один важный аспект обеспечения исполнения решения конституционного суда, которое констатирует законодательное упущение: каким образом гарантируется то, что парламент исполнит обязанность, сформулированную в акте конституционного суда?

В некоторых странах применяются общие правила законодательства (Венгрия, Россия, Эстония). Как уже отмечалось, парламенту Венгрии устанавливается срок для исправления неконституционного пробела, хотя статут парламента этой страны не содержит каких-либо специальных положений о том, как должно быть исполнено постановление Конституционного Суда, констатирующее упущение; в связи с этим считается, что такие упущения должны устраняться в соответствии с правилами, действующими для принятия обычных законов. Статут парламента Эстонии также специально не устанавливает, как должен рассматриваться вопрос исполнения решений Верховного Суда (в том числе касающихся упущений), и, следовательно, также применяются общие положения. Регламенты палат Федерального Собрания России не содержат специальных положений, посвященных исключительно регулированию данной проблемы. Рассмотрение законопроектов, в том числе связанных с устранением пробелов, выявленных в решениях Конституционного Суда, осуществляется в общем порядке, если только Правительство не внесет законопроект в Государственную Думу в качестве срочного.

В парламентах других стран установлены специальные нормы о деятельности парламента, предназначенные для обеспечения исполнения решения конституционного суда (например, в Литве Статут Сейма даже содержит отдельную статью об исполнении решений Конституционного Суда).

Другим способом гарантирования исполнения решений является формальное установление определенных санкций или процедур, гарантирующих исполнение решения. Например, если законодатель не исполняет свои обязанности в срок, установленный Конституционным Судом, в соответствии со статьей 48 Закона о Конституционном Суде Конституционный

Суд Словении может повторно прибегнуть к процедуре надзора относительно того же закона и установить, что законодатель нарушил статьи 2 и 3 Конституции. Если возможно, Конституционный Суд сокращает срок, ранее предоставленный законодателю.

Однако только немногие страны установили такие санкции и процедуры. Где-то достаточно следовать сложившейся традиции и практике того или иного институционального действия. Например, в Венгрии неисполнение обязанностей законодателя не связано с какими-либо санкциями. Конституционный Суд Испании также не имеет правовых механизмов, позволяющих принуждать парламент к правотворчеству. Если пробел в праве может быть восполнен путем применения аналогии закона при сотрудничестве с судебной властью, юридическая необходимость в новом законодательстве отсутствует. Конституционный Суд России также не имеет специального механизма для воздействия на парламент в целях внесения поправок в законы. С целью обеспечить исполнение своих решений он регулярно (дважды в год) направляет в Государственную Думу перечень решений, в резолютивной части которых говорится о необходимости законодательного урегулирования определенных вопросов. Кроме того, в соответствии с запросами Государственной Думы представляются предложения Конституционного Суда к планам законопроектной деятельности на весеннюю и осеннюю сессии палаты. Согласно статье 105 Конституции Сербии Конституционный Суд Сербии имеет возможность представлять свое мнение Скупщине с указанием на необходимость законодательных реформ и других мер (а также на необходимость восполнить пробелы в законе). Скупщина рассматривает его и должна информировать Конституционный Суд о своих выводах.

Еще один заслуживающий внимания вопрос, касающийся обсуждаемого предмета: часто ли бывает, что парламент недостаточно оперативно исправляет дефекты правового регулирования и восполняет выявленные пробелы, противоречащие конституции?

В ответах некоторых стран отмечается, что не было случаев, когда парламент не обращал бы внимания на решения

конституционного суда относительно законодательного упущения, другие вообще не ответили на этот вопрос, третья группа стран отметила, что были случаи неоперативного восполнения выявленных пробелов. Например, в докладе Конституционного Суда Словении отмечено, что имели место случаи, когда парламент (и иные правотворческие органы) недостаточно оперативно исправляли определенные пробелы, в связи с чем Суд напоминает им об этом в своем ежегодном докладе общественности. Также заслуживает внимания, что в Словении, если Конституционный Суд в своем декларативном постановлении указывает на пробелы закона и на срок их устранения парламентом, правительству предоставляется право законодательной инициативы для представления соответствующего законопроекта (параграф 2 статьи 2 Закона о Правительстве).

Необходимо отметить, что, как указывает доклад Конституционного Суда Литвы, до 15 октября 2007 года в общей сложности в семи постановлениях Конституционного Суда было констатировано существование законодательного упущения в законах, однако не во всех этих случаях Сейм своевременно и надлежащим образом реагировал на решения, принятые по названным конституционным делам.

Примеры, когда парламенты не реагируют на решения конституционного суда относительно законодательного упущения, наводят на общие размышления об обеспечении исполнения решений конституционных судов. В странах, где не сформированы устойчивые традиции конституционной демократии, трудно полагаться на добрую волю и понимание обязанностей парламентариев. Следовательно, должны быть использованы все юридические механизмы для обеспечения осуществления конституционного правосудия. Конституционализм означает, что все государственные органы, включая парламент, на который возложено принятие законодательства, безусловно соблюдают конституцию во всех случаях без исключений и во всех правовых ситуациях без исключений. Следовательно, при констатации неконституционного пробела в праве у парламентариев нет другого выбора, кроме как своевременно разработать, обсудить и принять необходимые

поправки к законам или иным правовым актам, которые должны быть приняты парламентом, поскольку любая неопределенность, любая аномалия в правовом порядке подрывают доверие граждан к правовому государству и государственным органам.

5.2. Обязанности, возникающие у иных субъектов правотворчества (например, главы государства, правительства)

Принцип обязательности решения конституционного суда связывает не только парламент как законодательный орган, но также и иных субъектов правотворчества. В большинстве государств (Азербайджан, Литва, Португалия, Словения и др.) решения конституционных судов, касающиеся противоречия упущения в подзаконных правовых актах конституции, порождают юридические обязанности, сходные с теми, которые возникают у законодателя и соответствующих органов, осуществляющих правотворческие функции.

Например, в Литовской Республике акт Президента Республики, акт (или его часть) Правительства не могут применяться со дня официального обнародования решения Конституционного Суда о том, что оспариваемый акт (или его часть) противоречит конституции. В случаях констатации неконституционности таких актов вследствие упущения у вышеуказанных субъектов правотворчества возникла бы обязанность установить необходимое правовое регулирование с тем, чтобы постановление Конституционного Суда было исполнено. Впрочем, до 15 октября 2007 года в общей сложности в семи постановлениях Конституционный Суд констатировал только законодательное упущение, существующее в законах, таким образом, иные субъекты правотворчества не должны были решать этот вопрос.

В национальном докладе Португалии подчеркивается, что при констатации упущений Конституционным Судом обязанность соответствующего содержания возникает у любых компетентных субъектов правотворчества, будь то Ассамблея Республики, Правительство или законодательные ассамблеи автономных областей.

Констатация в решении Конституционного Суда России за-

конодательного пробела предопределяет обязанность других субъектов правотворчества соответствующим образом восполнить данный пробел. Это прямо вытекает из положений федерального закона, предусматривающих соответствующую обязанность государственных органов и должностных лиц, принявших нормативный акт, признанный не соответствующим конституции.

Статья 28.1 Закона о Конституционном Суде Молдовы устанавливает обязанность исполнения актов Конституционного Суда органами публичной власти. Из констатации по поводу пробелов в законодательстве, связанных с нереализацией отдельных конституционных положений, возникает обязанность соответствующего органа рассмотреть этот вопрос и в трехмесячный срок должна проинформировать Конституционный Суд о результатах рассмотрения. Акт, признанный Конституционным Судом Азербайджана противоречащим конституции или законам страны, должен быть повторно рассмотрен тем органом, который его принял. Этот орган должен следовать указаниям, содержащимся в постановлении Суда.

В практике Конституционного Суда Сербии вопросы нормативного упущения в актах правительства не рассматривались. Если решением Конституционного Суда акт исключается из правовой системы как неконституционный или незаконный вследствие существующего в нем пробела в праве, субъекты правотворчества (государственные органы, организации, наделенные публичными полномочиями, и другие организации) должны принять новый акт и урегулировать соответствующие общественные отношения. В национальном докладе Сербии говорится, что проблемы с исполнением решений Конституционного Суда обычно не возникают. Если необходимо, Конституционный Суд, по требованию заявителя, обращается к Правительству относительно гарантирования исполнения решения Конституционного Суда, требуя при этом уведомить Суд о принятых мерах.

В Черногории, если необходимо, Правительство принимает меры для исполнения постановлений Конституционного Суда: оно действует в соответствии с процедурой и методами, предписанными Законом о Правительстве.

Необходимо отметить, что Конституционный Суд Венгрии устанавливает срок, в течение которого необходимо исправить неконституционный пробел, хотя ни статут парламента страны, ни регламент правительства не содержат специальных положений о том, как должны исполняться постановления Конституционного Суда, констатирующие факт законодательного упущения. Как уже было отмечено, такие упущения устраняются согласно правилам, действующим для обычного законодательства.

6. Выводы

Шестая часть вопросника замышлялась как предложение авторам национальных докладов обобщить опыт конституционных судов по рассмотрению дел, связанных с законодательным упущением. Не все конституционные суды решились сделать такие обобщения. Некоторые осторожно сформулировали выводы. Такая осторожность понятна, когда рассматривается проблема, которая еще не была глубоко исследована. Таким образом, авторы Генерального доклада вряд ли могли надеяться на достижение законченного и исчерпывающего изложения выводов.

Фактически, заключительная часть доклада могла бы быть лишь эскизом, освещающим некоторые важные, по мнению авторов Генерального доклада, фрагменты. Это - своего рода приглашения к дискуссии на Конгрессе, где то или иное утверждение будет уточнено или будут заново сформулированы тезисы, раскрывающие сущность и значение исследования законодательного упущения. Одним словом, национальные доклады и Генеральный доклад являются только основой для будущих изысканий. Это - своего рода полотно, которое только начато, и мы увидим реальное изображение, только когда Конгресс завершится. Мы не сомневаемся, что все участники Конгресса внесут свой вклад в рассмотрение обсуждаемого института обеспечения верховенства конституции в правовой системе. Таким образом, пожалуйста, считайте приведенные ниже выводы попыткой, опирающейся на национальные доклады, выделить наиболее заметные черты исследования законодательного упущения в практике конституционных судов Европы.

Заслуживает внимания следующее:

1. Проблемы законодательных пробелов анализируются в научной доктрине различных стран, и влияние доктрины так или иначе ощущается в конституционной юриспруденции. Юридическая литература европейских стран предлагает различные определения пробела в праве, их разнообразие следует связывать с различным пониманием пробелов в праве. Этим также определяется возможность классификации различных пробелов в праве. При оценке разнообразия терминологии, используемой в национальных докладах и для присвоения различных наименований пробелам в праве, следует согласиться с содержащимся в национальном докладе Испании утверждением о том, что классификация пробела как “пробела”, “упущения” или “недостаточного регулирования” есть, в конечном счете, результат договоренности о понятиях, разделяемой не всеми авторами.

2. В национальных докладах пробелы в праве часто рассматриваются как аномалия правовой системы. В национальных докладах большинства конституционных судов подчеркнуто, что в правовой научной доктрине доминирует подход, согласно которому в юридической практике все пробелы в праве вызывают правовые проблемы того или иного характера, требующие разрешения. Конституционные суды считают важными те способы разрешения проблем пробелов в праве, которые так или иначе связаны с исполнением их функций как органов конституционного контроля, то есть с тем, что конституционные суды сами могут делать и делают при устранении пробелов в праве и/или создании предпосылок их устранения.

3. Конституционные суды сталкиваются с пробелами в праве так или иначе - различаются лишь используемые конституционными судами методы разрешения проблем пробелов в праве. Конституционные суды могут: а) исправить правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, путем толкования правового регулирования и последующего восполнения пробелов в праве; б) признав правовое регулирование, содержащее про-

белы в праве, неконституционным, обязать субъект правотворчества исправить его; с) хотя и не признав правовое регулирование, содержащее пробелы в праве, противоречащим Конституции, но критически оценив это правовое регулирование, рекомендовать субъекту правотворчества, как исправить его, а также дать толкование, обязательное для судов, которые должны принимать во внимание это толкование конституционного суда при разрешении соответствующих дел.

4. Присутствие компонента законодательного упущения в конституционном правосудии является естественным феноменом, отражающим признание важности обеспечения конституционных императивов во всех аспектах. Юриспруденция конституционных судов европейских стран аккумулировала достаточную практику исследования неконституционных пробелов в праве, которая может быть обобщена и оценена.

5. Сущность законодательного упущения предельно ясно очерчена в целом ряде национальных докладов, в которых *законодательное упущение понимается как пробел в праве, запрещенный правом, прежде всего конституцией страны*. Необходимо также отметить, что, хотя законодательные упущения выделяются прежде всего в правовой теории (доктрине), в некоторых странах это понятие вошло в правовой оборот через юриспруденцию конституционных судов этих стран, а не было выработано в научной доктрине.

6. Формирование доктрины конституционного исследования пробелов в праве отражает общую тенденцию европейского конституционного правосудия - укрепление защиты конституционных начал в правовой системе. Согласно конституции существование законодательного пробела означает ненадлежащее исполнение требований по установлению необходимого правового регулирования, несоблюдение обязанностей, прямо установленных в конституции. Случаи, когда законодатель или иные правотворческие органы не устанавливают правовое регулирование, установить которое необходимо, означают реальное (абсолютное) упущение, а когда они устанав-

ливают неполное и недостаточное правовое регулирование, это является частичным (относительным) упущением.

7. В национальных докладах превалирует подход, согласно которому в правовой системе закреплен принцип верховенства конституции, что означает, что конституция занимает исключительное - высшее - положение, что правовые акты меньшей силы не могут противоречить правовым актам большей силы, то есть законы или иные правовые акты не могут противоречить конституции, тогда как подзаконные акты не могут противоречить законам. Принцип верховенства конституции либо закреплен непосредственно в конституции, либо выводится из нее. Исследование и оценка законодательного упущения связаны с верховенством конституции и с обеспечением конституционных императивов в национальной правовой системе.

8. Необходимо отметить, что только Конституция Португалии эксплицитно закрепляет полномочия Конституционного Суда по исследованию и оценке законодательного упущения, что только в некоторых странах правомочие конституционных судов по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве закреплено *expressis verbis* в законе, регулирующем деятельность конституционного суда.

Значительная часть конституционных судов вывела свое полномочие исследовать и оценивать законодательное упущение в конституционной юриспруденции из общего регулирования конституции как высшего права. Необходимо подчеркнуть, что эти суды рассматривают официальную конституционную доктрину как логическое продолжение текста конституции и ее принципов, как таковое имеющую силу конституции.

Существуют также некоторые государства, где аналогичное право конституционного суда по исследованию законодательного упущения имплицитно выводится из закона, регулирующего деятельность конституционного суда, хотя прямо в этом законе не закреплено.

9. Только небольшая часть конституционных судов исследует пробелы в праве как результат бездействия законодателя или иного субъекта правотворчества (абсолютное упущение).

Большинство конституционных судов исследует и оценивает законодательное упущение только как последствие ненадлежащего действия (а не бездействия) законодателя или иного субъекта правотворчества (относительное упущение), то есть, в последнем случае, посредством констатации отсутствия (недостаточности) правового регулирования или правовых норм.

Конституционные суды некоторых стран исследуют пробелы в праве в очень ограниченных пределах.

10. В национальных докладах небольшой группы конституционных судов отмечено, что они вообще не обладают юрисдикцией по исследованию и оценке конституционности пробелов в праве.

11. В практике конституционных судов, исследующих и оценивающих законодательное упущение, могут быть отмечены особенности пределов и методологии исследования законодательного упущения, принимаемых решений. Интенсивность этих исследований также различна. Особенности и пределы исследования законодательного упущения определяются особенностями национального конституционного судопроизводства, предметом обращения, местом проверяемого акта в правовой системе и другими особенностями, установленными в конституции и законах.

12. Как правило, выявление законодательного упущения связано с отсутствием определенных норм закона (иного правового акта), обязанность принятия которого эксплицитно предписана конституцией, с неисполнением определенного требования, предусмотренного конституцией. Отсутствие такого правового регулирования позволяет говорить о его неконституционности. В большинстве национальных докладов отмечено, что при исследовании случаев законодательного упущения конституционные суды применяют комплексную методологию исследования, используют различные методы толкования права или их комбинации (лингвистический, системный, сравнительный, исторический, телеологический и др.). Только через применение всех инструментов юридической техники выявляется содержание и

сущность правового регулирования, закрепленного в правовых актах, достигается понимание его особенностей и дефектов, а также отсутствия правового регулирования, когда такое отсутствие противоречит конституции.

13. Сложность исследования и оценки законодательного упущения отражается также в решениях по конституционным делам. Однако в этих случаях конституционные суды, которые стремятся, насколько это возможно, обеспечивать конституционность правовой системы, не удовлетворяются только признанием закона или иного правового акта или соответствующего его положения противоречащим конституции. Стремясь к максимально возможному воздействию своих решений на правовую систему и практику правоприменения, конституционные суды, в дополнение к признанию закона (иного правового акта) или его соответствующих положений противоречащим конституции, могут оставить правовой акт (его положения) действующим, признав при этом бездействие законодателя (иного субъекта правотворчества) неконституционным и указав срок, в течение которого должно быть установлено обязательное по конституции правовое регулирование, или констатировать обязанность законодателя (иного субъекта правотворчества) устранить пробел в праве, или констатировать пробел в правовом регулировании и указать на возможность устранения его судами общей юрисдикции или специализированными судами, или обязать суды общей юрисдикции или специализированные суды приостановить рассмотрение дел и воздержаться от применения существующего правового регулирования до устранения пробела законодателем (иным субъектом правотворчества), или констатировать пробел правового регулирования без каких-либо непосредственных выводов и без формулирования каких-либо указаний, или иным образом оценить законодательное упущение. Решения конституционных судов, касающиеся законодательного упущения, могут рассматриваться как еще один аргумент в пользу того, что конституционные суды не вписываются в одну только роль "негативного законодателя".

14. Стремясь избежать пробелов в праве, которые появляются при признании закона или иного правового акта противоречащим конституции, конституционные суды применяют различные меры юридической техники. К ним относятся: отсрочка официального опубликования решения конституционного суда и установление более поздней даты вступления в силу решения конституционного суда; констатация конституционным судом того, что исследуемый правовой акт временно соответствует конституции, и указание на то, что, если этот акт не будет исправлен к определенному времени, он будет противоречить конституции; признание правового акта противоречащим конституции вследствие законодательного упущения, без исключения правового акта из правовой системы; толкование правового акта (его положений) в соответствии с конституцией для избежания констатации того, что правовой акт (его положения) противоречит конституции вследствие законодательного упущения; восстановление ранее действовавшего правового регулирования и др.

15. Особенности исследования, оценки и формулирования конституционными судами различных стран конституционных решений по законодательным упущениям так или иначе связаны различным образом с формулируемыми обязанностями законодателя в случаях констатации в конституционных делах неконституционного пробела в праве. В некоторых странах это решение конституционного суда означает формальное требование устранить пробел, в то время как в других странах оно фактически означает только формальную рекомендацию исправить констатированный пробел правового регулирования или уведомление парламента или иного субъекта правотворчества о констатированном пробеле в праве. В большинстве национальных докладов отмечено, что решения конституционного суда, констатирующие законодательное упущение, исполняются, когда законодатель или иной субъект правотворчества исправляет порожденные им дефекты правового регулирования. Решения конституционного суда, связанные с констатацией законодательного упущения, оказывают существенное воздействие на правотворчество и правоприменение.

Конечно, не всегда бывает так, что законодатель или иные субъекты правотворчества своевременно реагируют на такие решения, при применении закона не всегда также соблюдается подход, сформулированный конституционным судом. Необходимо отметить, что в странах, не имеющих сложившихся традиций конституционного контроля, целесообразно рассмотреть возможность того, чтобы механизм исполнения решений конституционного суда, касающихся законодательного упущения, был предусмотрен непосредственно в конституции или в законах.

16. Исследование и констатация законодательного упущения должны рассматриваться как важная мера конституционного контроля, применяемая органами, осуществляющими функции конституционного правосудия. Можно также смело заявить, что, как показывает опыт конституционных судов, констатация законодательного упущения и формулирование обязанности исправить правовое регулирование усиливают защиту личных прав и свобод. Несомненно, что такой контроль положительно влияет на национальное правотворчество.

17. Различная компетенция конституционных судов и сложившиеся возможности конституционного контроля, различия научной доктрины и отношения самих судов определяют сегодняшний институт законодательного упущения как разнородный и временами трудно осознаваемый. Еще труднее предсказать будущее исследований законодательного упущения в конституционном правосудии. С одной стороны, видимо, можно отметить, что с начала последнего десятилетия XX века и до 2008 года число таких исследований возросло, что уже целый ряд судов стал применять этот институт в своей практике в целях креативного толкования конституции. С другой стороны, специфика института как такового, различное отношение к нему подталкивают к предположению о том, что исследования и оценки законодательного упущения, скорее всего, не превратятся в необходимый атрибут каждого суда и останутся, по крайней мере в ближайшее время, одним из инструментов, более или менее часто используемым конституционными судами для обеспечения сбалансированности и конституционности правовой системы.

Conclusions

The sixth part of the questionnaire was intended as a proposal to the authors of the national reports to summarise the experience of the constitutional courts in the case examination related with legislative omission. Not all constitutional courts resolved to set forth such generalisations. Some cautiously formulated conclusions. Such cautiousness is understandable when the problem, which has not been deeply researched so far, is considered. Thus, the authors of the general report could hardly aspire to attain a finished and exhaustive statement of conclusions.

Virtually, the concluding part of the report would only be a sketch, which highlights some fragments that are significant in the opinion of the authors of the general report. This is sort of an invitation to the discussions in the Congress, wherein one or the other statement will be made more precise or the remarks revealing the essence and meaning of the investigation of legislative omission will be formulated anew. In one word, both, the national reports and the general report are only the basis for a further search. It is kind of a painting which has been started and we will only see the real image of it when the Congress is over. We have no doubt that all participants of the Congress will make their input in the consideration of the discussed institute of securing the superiority of the constitution in the legal system. Therefore, please consider the conclusions set forth below only as an attempt, with reference to the national reports, to draw the most visible outlines of investigation of legislative omission in the practice of constitutional courts of Europe.

It is noteworthy that:

1. The problems of legal gaps are analysed in the scientific doctrine of various countries and the impact of the doctrine is sensed in the constitutional jurisprudence one way or another. The legal literature of European countries presents various definitions of a legal gap, their versatility is to be related with a different concept of legal gaps. This also determines the possibility for classification of various legal gaps. In the evaluation of the variety of terminology used in the national reports and giving various names to legal gaps, one should agree with the statement given in the national report of Spain that the

classification of the gap as a “gap”, “omission” or “deficient regulation” is in the end the outcome of a convention concerning concepts that is not always shared by all authors.

2. In the national reports legal gaps are often treated as an anomaly of the legal system. In their national reports the majority of the constitutional courts emphasised that the approach dominates in the legal scientific doctrine that in the legal practice all legal gaps cause legal problems of one or the other character, which should be resolved. The constitutional courts find significant those ways of solutions to the problems of legal gaps, which in one way or another are related with the execution of their functions as constitutional control institutions, i.e. what the constitutional courts may and do perform themselves while removing legal gaps and/or creating preconditions for such removal.

3. The constitutional courts encounter legal gaps in one way or another - only the methods of resolving the problems of legal gaps employed by the constitutional courts are different. The constitutional courts may: a) remedy the legal regulation containing legal gaps by way of interpreting the legal regulation and subsequently filling the legal gaps; b) while recognising legal regulation containing legal gaps as unconstitutional, obligate the law-making subject to remedy it; c) although not recognising the legal regulation containing legal gaps as contravening the Constitution, but criticising this legal regulation, advise the law-making subject how to correct it and also make obligatory interpretation to the courts, which should take account of the interpretation of the constitutional court, when they decide respective cases.

4. The occurrence of the component of legislative omission in the constitutional justice is a natural phenomenon, reflecting the recognition of the significance of securing the constitutional imperatives in all aspects. The jurisprudence of constitutional courts of the countries of Europe has accumulated sufficient practice of investigation of anti-constitutional legal gaps, which may be generalised and assessed.

5. The essence of legislative omission is revealed in the clearest way in more than one national report, whereby legislative omission is perceived as a legal gap prohibited by law, primarily the constitution of the country. It should also be noted that although legislative omissions are primarily distinguished in the legal theory (doctrine), however, in some countries this concept was released into legal circulation through the constitutional courts jurisprudence of those countries, not by developing of scientific doctrine.

6. The formation of the doctrine of constitutional investigation of legal gaps reflects a general trend of European constitutional justice, which is to strengthen the protection of constitutional origins in the legal system. Under the constitution, the existence of legislative omission means improper execution of the requirements to establish the necessary legal regulation, disobedience to the obligations directly established in the constitution. The instances when the legislator or other law-making institutions fail to establish the legal regulation which is necessary to be established mean a real (absolute) omission, and when they establish incomplete and insufficient legal regulation it is a partial (relative) omission.

7. The approach dominates in the national reports that the superiority principle of the constitution is consolidated in the legal system, meaning that the constitution occupies the exceptional - the highest - position, that legal acts of lower power may not contravene legal acts of higher power, i.e. no laws or other legal acts may contravene the constitution, while no statutory acts may contravene laws. The principle of supremacy of the constitution is consolidated either directly in the constitution or derived from it. The investigation and assessment of legislative omission is related with the superiority of the constitution, and with securing the constitutional imperatives in the national legal system.

8. It is to be noted that only the Constitution of Portugal explicitly consolidates the mandates of the Constitutional Court to investigate and assess legislative omission, that only in some of the states the right of constitutional courts to investigate and assess the constitutionality of legal gaps is *expressis verbis* consolidated

in the law which regulates the activity of the constitutional court.

A large part of the constitutional courts derived the delegation to investigate and assess legislative omission in the constitutional jurisprudence from the overall regulation of the constitution as supreme law. It is to be underlined that these courts treat the official constitutional doctrine as a logical prolongation of the text of the constitution and its principles and as possessing the power of the constitution as such.

There are also some states where the analogous right of the constitutional court to investigate legislative omission is implicitly derived from the law which regulates the activity of the constitutional court, although it is not directly consolidated in that law.

9. Only a small part of the constitutional courts investigate legal gaps as the result of inaction of the legislator or another law-making subject (absolute omission). A large part of the constitutional courts investigate and assess legislative omission only as the consequence of an improper action (rather than the inaction) of the legislator or the other law-making subject (relative omission), i.e. in the latter instance establishing the lack (insufficiency) of the legal regulation or legal norms.

The constitutional courts of some countries investigate legal gaps in a very limited scope.

10. In their national reports a small group of constitutional courts noted that they have no jurisdiction to investigate and assess the constitutionality of legal gaps at all.

11. In the practice of constitutional courts investigating and assessing legislative omission the peculiarities may be noted of the scope, methodology of the investigation of legislative omission, of the decisions taken. The intensity of these investigations is irregular as well. The peculiarities and limits of investigation of legislative omission are determined by the features of the national constitutional proceedings, the object of appeal and the position of the act under verification in the legal system etc. established in the constitution and in the laws.

12. As a rule, the identification of legislative omission is related

with the absence of certain rules of a law (other legal act), the enactment whereof is explicitly obligated by the constitution, with the failure to execute a certain requirement provided for in the constitution. The lack of such legal regulation allows speaking about its unconstitutionality. The majority of the national reports note that in the investigation of instances of legislative omission the constitutional courts apply complex investigation methodology, use various law interpretation methods or their combinations (grammatical, systemic, comparative, historical, teleological etc.). Only though the application of all instruments of the legal technique the content and essence of the legal regulation consolidated in legal acts is revealed, its peculiarities and deficiencies are perceived, as well as the absence of legal regulation, when such absence contravenes the constitution.

13. The complexity of investigation and assessment of legislative omission reflects also in the resolutions of constitutional justice cases. However, in these cases the constitutional courts which seek to secure constitutionality of the legal system as much as possible are not satisfied only with the recognition of a law or another legal act or respective provisions thereof as contravening the constitution. Seeking the greatest possible impact of their decisions on the legal system and the practice of law application, the constitutional courts, in addition to the recognition of the above law (of another legal act) or respective provisions thereof as contravening the constitution, may keep the legal act (the provisions thereof) valid, alongside, recognise the inaction of the legislator (of another law-making subject) as anti-constitutional and specify the term over which the legal regulation, which is obligatory under the constitution, should be established, or state the obligation of the legislator (of another law-making subject) to remove the legal gap, or state the gap of legal regulation and specify that it may be removed by courts of general jurisdiction and specialised courts, or obligate courts of general jurisdiction and specialised courts to suspend the consideration of the cases and refrain from applying the existing legal regulation, until the legislator (another law-making subject) removes the gap, or state the gap of legal regulation without any direct conclusions and without establishment of any instructions, or otherwise assess legislative omission. Decisions of constitutional courts regarding legislative omission may be viewed as another argu-

ment confirming that constitutional courts do not fit in the role of the “negative legislator” only.

14. Seeking to avoid legal gaps which will appear upon recognition of a law or another legal act as contravening the constitution, the constitutional courts apply various measures of legal technique. These are the postponement of the official publication of the constitutional court decision, and the establishment of a later date of the constitutional court decision’s coming into force, and the statement of the constitutional court that the legal act, which was under investigation, temporarily complies with the constitution, and the instruction that if that act is not amended by a certain date, it will contravene the constitution, and the recognition of the legal act as contravening the constitution due to legislative omission, without the elimination of the legal act from the legal system; the interpretation of the compliance of a legal act (of the provisions thereof) with the constitution, while seeking to avoid the statement that the legal act (provisions thereof) contravenes the constitution due to legislative omission, and the restitution of the previously effective legal regulation, etc.

15. The peculiarities of investigation, assessment and formulation of the constitutional decision of legislative omission by the constitutional courts in various countries in one or another way also relate with differently formulated obligations to the legislator when the anti-constitutional legal gap is stated in constitutional justice cases. In some countries this decision of the constitutional court means a formal requirement to remove the gap, while in other countries it virtually means only a formal piece of advice to remedy the stated gap of the legal regulation, or notify the parliament or the other law-making institution about the stated legal gap. The majority of national reports note that constitutional court decisions, which state legislative omission, are executed, when the legislator or another law-making subject rectifies the flaws of legal regulation created by it. Constitutional court decisions related with the statement of legislative omission have a substantial impact on the law-making and application of law.

Of course, it is not always the case that the legislator or other law-

making subjects timely react to such decisions, while in the application of the law the approach formulated by the constitutional court is not always followed, either. It is to be noted that in the countries without extensive constitutional control traditions it is expedient to consider a possibility to provide for a mechanism of implementation of the constitutional court decisions regarding legislative omission directly in the constitution or in laws.

16. The investigation and statement of legislative omission should be viewed as a significant constitutional control measure administered by the institutions executing constitutional justice functions. A daring statement may also be made that the experience of constitutional courts shows that the statement of legislative omission and the formulation of the obligation to remedy the legal regulation adds to the improved protection of rights and freedoms of the person. Doubtless to say, such control has a positive impact on the national law-making.

17. Different competence of the constitutional courts and the established constitutional control possibilities, a different scientific doctrine and the attitude of the courts themselves determine today’s institute of legislative omission, which is diverse and at times difficult to grasp. It is even more difficult to predict the future of the investigation of legislative omission in constitutional justice. On the one hand, perhaps, it may be noted that within the period from the start of the last decade of the 20th c. until 2008 the number of such investigations was growing, that more than one constitutional court started the application of this institute in its practice pursuing creative interpretation of the constitution. On the other hand, the specificity of the institute as such, different attitudes towards it encourage a presumption that the investigations and assessments of legislative omission, most likely, will not turn into a necessary attribute of every court and will stay, at least for the meantime, one of the instruments more or less frequently employed by the constitutional courts, securing the balance and constitutionality of the legal system.

**Международная конференция
“Конституционное правосудие
и правовое государство
на Южном Кавказе”.**

Батуми, 19-20 июня 2008г.

По инициативе Конституционных Судов Армении, Грузии и Азербайджана, при содействии Общества технического сотрудничества (GTZ) Федеративной Республики Германия 19-20 июня 2008г. в Батуми была организована Международная конференция. Тема обсуждения “Конституционное правосудие и правовое государство на Южном Кавказе”.

Состав участников Конференции достаточно представительский. Помимо членов трех закавказских конституционных судов в работе конференции приняли участие делегации Германии, Литвы, Украины, Российской Федерации, Турции, Польши, независимые эксперты, конституционалисты.

В течение трех дней на заседаниях обсуждались следующие проблемы:

- а) роль конституционного правосудия в деле становления правового государства: конституционный суд как законодатель, взаимоотношения общих судов;
- б) конституционная жалоба: предпосылки приема жалоб, механизм рассмотрения;
- в) опыт конституционных преобразований соседних стран;
- г) избранные вопросы конституционного правосудия на Южном Кавказе: особое мнение, реализация, пресса и общество, результат.

На Конференции с докладами выступили Председатели Конституционных Судов Литвы, Армении и Грузии, члены Конституционных Судов Азербайджана, Армении, Грузии, России, Украины, ученые, специалисты.

После докладов состоялись активные обсуждения, которые не только представили накопленный в Армении, Грузии, Азербайджане, Литве, Российской Федерации, Украине, Турции, Польше, Германии в области конституционного правосудия опыт по вопросам относительно предмета обсуждения, но и выдвинули концептуальные подходы системных преобразований. Была достигнута договоренность о том, чтобы совместные обсуждения конституционных судов закавказских стран носили периодический характер.



О монографии В.Д. Зорькина “Россия и Конституция в XXI веке”

Недавно вышло в свет 2-ое дополненное издание книги Председателя Конституционного Суда Российской Федерации, доктора юридических наук, профессора В.Д. Зорькина “Россия и Конституция в XXI веке” (изд. “Норма”, Москва, 2008). Профессор Зорькин - один из тех уникальных людей, который в силу обстоятельств в совершенно разные исторические периоды времени – в начале 1990-ых и с 2003 года по сей день возглавляет Конституционный Суд РФ, и совершенно не случайно, что всегда, как отмечает он сам, находится “на острие политики”.

Необходимо также иметь в виду, что профессор Зорькин помимо того, что является “Председателем”, многие годы занимался юриспруденцией и особенно проблемами конституционализма, в научных работах разработал и развил такие подходы, проблемы и вопросы, которые были и многие из них и сегодня остаются в рамках не только юридических, но и политологических, культуроведческих и вообще обществоведческих интересов. Обсуждаемая книга представляет собой собрание выступлений автора на различных научных форумах, статей, опубликованных в специализированных журналах и в других средствах информации, интервью в печати, взглядов автора, высказанных во время круглых столов после 2003 года, и иных материалов. Несмотря на разнохарактерность включенных в книгу изданий и их многообразие, в общем, сразу бросаются в глаза переживания автора о тенденциях развития русской и российской правовой мысли, необходимости совершенствования российской правовой системы, об осмыслении конституционного правосудия, тенденциях развития конституционализма в новом веке.

Представляя книгу профессора Зорькина, мы не ставим цель обратиться к ее положительным сторонам в деталях,

указать на нашедшие в ней место вопросы, показать его толкования Конституции, почему бы и нет, обратиться к тем задачам, с которыми можно не согласиться или иметь разные точки зрения. Мы считаем, что поставленные в книге многочисленные вопросы и задачи непосредственно относятся ко всем тем странам, которые находятся на том отрезке пути конституционного развития, на котором в настоящее время находится Российская Федерация. И с этой точки зрения книга профессора Зорькина обязательно заинтересует как армянских специалистов, так и специалистов многочисленных стран, которые находятся на постсоветском и постсоциалистическом пространстве.

С этой точки зрения интересно отношение профессора Зорькина к изменениям, дополнениям Конституции или предложениям о принятии новой Конституции. Дело в том, что в большей части переходных стран сразу после принятия Конституции особенно политические силы и политические деятели начинают критиковать уже действующую Конституцию, объясняя свойственные переходному этапу трудности несовершенством принципов и положений действующей Конституции. Это относится и к Российской Федерации.

Профессор замечает, что Конституции РФ свойственны также нечеткие, иногда неопределенные формулировки отдельных положений (например, “в разграничении предметов ведения и полномочий между Федерацией и ее субъектами” (стр. 24, 34), “отсутствие должного баланса в системе сдержек и противовесов, крен в пользу исполнительной ветви власти, нет необходимой четкости в распределении полномочий между Президентом и Правительством” (стр. 34) и т.д.). Однако он находит, что имеющиеся в Конституции противоречия должны быть решены посредством законов “и это – задача Федерального Собрания. Их нужно решать путем точного, обоснованного и ответственного толкования конституционных норм, их буквы и духа. И это – задача Конституционного Суда” (стр. 24). И затем добавляет: “Снятие противоречий не через замену Конституции, а через ее интерпретацию и толкование” (стр. 35).

Для преодоления коллизий, как считает профессор, и для того, чтобы право развивалось и своим развитием снимало возникающие социальные противоречия и обеспечивало потребности развивающейся жизни, необходимо юридическое толкование - и прежде всего судебное (стр. 36).

Профессор Зорькин, долгое время являясь судьей Конституционного Суда Российской Федерации, а затем также его Председателем, не мог не обратиться к конституционному правосудию. Во-первых, он считает, что Конституционный Суд Российской Федерации призван быть “хранителем Конституции” (стр. 176), в то же время отмечает, что “Конституционный Суд - это своего рода лакмусовая бумажка, датчик благополучия-неблагополучия в обществе и государстве” (стр. 102), и вместе с этим подчеркивает, что “мы признаем принцип господства права или правового государства, приоритет прав и свобод человека и гражданина”.

В ряде статей профессор Зорькин обратился к роли различных постановлений Конституционного Суда Российской Федерации в раскрытии и толковании содержания ряда положений Конституции, одновременно отмечает их важное значение в совершенствовании избирательного законодательства (стр. 108-113, стр. 177-184 и т.д.).

Профессор Зорькин обратился также к тем случаям, когда различные органы власти не исполняли постановления Конституционного Суда Российской Федерации, и в связи с этим считает необходимым осуществление таких мероприятий, которые необходимы для поднятия ответственности, “вплоть до отстранения руководителя исполнительного органа”.

Причем, проблемы, вопросы, поднятые в интересующей нас книге, сверхактуальны не только для Российской Федерации, но и непосредственно для нас. В частности, точка зрения профессора Зорькина относительно указанного положения полностью относится и к Республике Армения, о чем свидетельствует Сообщение о состоянии исполнения принятых в 2007 году постановлений Конституционного Суда Республики Армения, где указывается, что в соответствии со статьями 40 и 66 Закона РА “О Конституционном Суде” в слу-

чае неисполнения государственными органами и органами местного самоуправления требований Конституционного Суда установлена ответственность и Конституционный Суд констатирует, что это требование закона продолжает нести формальный характер, так как формы ответственности еще законом не установлены (Вестник Конституционного Суда Республики Армения, N 1.- С. 39).

Следуя мнению В.В. Лапаевой – доктора юридических наук, главного научного сотрудника Института государства и права Российской академии наук (статья которой включена в книгу), мы также подчеркиваем важность точки зрения профессора Зорькина о совмещении перпендикулярности власти и либеральных представлений. Зорькин отмечает, что пока в России “еще нет развитого гражданского общества, устойчивой системы политических партий и активного демократического правосознания, невозможно без сильной президентской власти. Но чем сильнее эта власть, тем больше должен утверждаться режим законности. Тем более дееспособной должна становиться власть судебная. Иначе вместо верховенства права водворяется произвол” (стр. 259-260). Что касается справедливости и правосудия, то просто нельзя не согласиться с профессором: “Суд является конечной инстанцией в решении споров о праве. Выше этого нет ничего. Если не вершится правосудие, то в стране наступает произвол и конституционное поле разрушается, а вместо права в ход идут танки и свергается законная власть” (стр. 283).

Примечателен один из разделов книги – “Преодоление коррупции – проблема выживания России”, в котором автор рассматривает явление коррупции как угрозу конституционному строю России и заключает, что если Россия не преодолеет ее, “то мир будет бороться с коррумпированной Россией”. В этом контексте Зорькин обращается также к коррумпированности судебной системы, отмечая, что “отрицать коррумпированность в правоохранительной системе вообще – нелепо. Неважно, касается ли это суда, милиции или кого-то еще” (стр. 360), и находит, что в отношении этой системы можно сохранить доверие “только признав правду” (стр.

361), и после заключает, что “когда образ тотальной коррупционности суда окончательно возобладает в общественном сознании, поздно будет оправдываться” (стр. 361). Очень важна точка зрения Зорькина о том, что “ничего не получится, если мы не поймем: оргпреступность, тесно связанная с коррупцией, ... это угроза конституционному строю России” (стр. 365).

Ряд поставленных профессором Зорькиным вопросов, взглядов, мнений можно продолжить, однако пока будем довольствоваться указанным. Добавим, что читатель найдет в монографии профессора вопросы, имеющие большой общественный и правовой резонанс, ознакомление с которыми, а также обсуждение, безусловно, послужат стимулом для правильных выводов, и это основная причина, по которой мы рекомендуем непременно прочесть и изучить этот труд.

В.

Погосян

*судья Конституционного Суда
Республики Армения*



**О книге М.А. Митюкова
“Библиография по конституционному правосудию”**

Библиография по конституционному правосудию профессора М.А. Митюкова – признанного российского ученого в области конституционного права, государственного деятеля, в 1990-1993 гг. – члена Конституционной комиссии и участника Конституционного совещания, является научным изданием Фонда конституционных реформ.

Предлагаемый труд – первый отечественный библиографический справочник по проблематике конституционной юстиции. (Возможно, что термин “конституционная юстиция” был бы более уместен в названии, чем “конституционное правосудие”, поскольку далеко не повсеместно и далеко не всеми авторами деятельность конституционной юстиции признается отправлением правосудия).

Наше правоведение вообще бедно библиографическими справочниками, хотя потребность в них для каждого профессионала бесспорна. Поэтому значимость объемного труда проф. М.А. Митюкова трудно переоценить. В нем собраны сведения почти обо всех изданных на русском языке источниках, сгруппированные таким образом, что читатель легко может найти интересующую информацию.

Библиография имеет междисциплинарный характер: в ней учтены работы по различным гуманитарным дисциплинам – юриспруденции, истории, политологии и др. Преобладают, естественно, юридические труды, которые относятся не только к конституционному праву, но и к теории и истории государства и права, международному праву и к некоторым отраслевым юридическим наукам.

Особый интерес представляет часть Библиографии по конституционной юстиции Российской Федерации. Конституционный Суд РФ за сравнительно недолгий период времени прошел через взлеты, падения и стабилизацию.

В 1989-1991 годах существовал Комитет конституционного надзора Союза ССР. В 1990 году в первом проекте Конституции Российской Федерации, подготовленном Конституционной комиссией, появилась статья о Конституционном Суде РФ. Эта норма была затем включена в действовавшую тогда Конституцию (Основной Закон) РСФСР 1978 года, после чего был принят Закон РСФСР “О Конституционном Суде РСФСР”, согласно которому Конституционный Суд был не просто высшим органом судебной власти, осуществляемой в форме конституционного судопроизводства, но и органом по защите самого конституционного строя. Обеспечение верховенства Конституции и ее непосредственного действия на всей территории Российской Федерации представляло собой неотъемлемую черту становления демократического правового государства и конституционной законности. В условиях обострявшегося противостояния двух высших органов – Съезда народных депутатов и Президента РСФСР – Конституционный Суд пытался выступить беспристрастным арбитром. С октября 1993 года по февраль 1995 года Россия жила без Конституционного Суда: хотя формально он не был распущен, но судебная деятельность его была приостановлена и возобновилась лишь после принятия Федерального конституционного закона “О Конституционном Суде Российской Федерации” 1994 года и пополнения состава Суда. Но это уже иное время.

Интересна и вторая часть Библиографии – о конституционном правосудии в субъектах Российской Федерации. Природа конституционных (уставных) судов как органов по защите основ конституционного (уставного) строя в региональных системах сдержек и противовесов становится главной причиной нежелания субъектов Российской Федерации создавать у себя такие суды. Стоит поставить в заслугу проф. М.А. Митюкову его усилия, направленные на создание методологической и экспертной базы для деятельности таких судов в регионах, включая инициативу по выпуску дайджестов Администрации Президента РФ по конституционному правосудию и создание указанного значительного раздела в Библиографии.

В третьей и четвертой частях Библиографии – занимаю-

щие примерно треть ее общего объема “Конституционное правосудие зарубежных стран” и “Сравнительное конституционное правосудие”. Здесь впервые собрана и систематизирована информация о судебном конституционном контроле (надзоре) почти 90 государств, о международном сотрудничестве конституционных судов и сведения об обзорах судебной практики в сфере конституционного контроля. Хотелось бы отметить также, что, хотя деятельность Европейского суда по правам человека не является, строго говоря, конституционной юстицией, она тесно к ней примыкает, и составитель правильно поступил, поместив в свой справочник указания на литературу об этом наднациональном органе.

Издание данной Библиографии станет серьезной опорой научным работникам в сфере права, действующим и учащимся юристам при освоении уже весьма значительного опыта отечественной и зарубежной конституционной юстиции.

Издание, рассчитанное на читательскую аудиторию стран СНГ, особенно актуально в свете приходящегося на нынешний год 15-летие действующей Конституции Российской Федерации. Выпуск данной библиографии предусмотрен Программой мероприятий, посвященных 15-летию принятия российской Конституции, представленной Фондом конституционных реформ в Конституционный Суд Российской Федерации и Ассоциацию юристов России.

О.Г. Румянцев

*Президент Фонда конституционных реформ,
в 1990-1993 гг. ответственный секретарь
Конституционной комиссии Российской Федерации,
кандидат юридических наук*

Б.А. Страшун

*заведующий кафедрой конституционного
(государственного) права зарубежных стран
Московской государственной юридической академии,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки Российской Федерации*

Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник Конференции
органов конституционного контрол
стран молодой демократии

В/ пуск т(40)ф(41)т008



Адрес редакции:

у75019иЕреванипр. ааграм на 10

Тел.: 5т9991и688189

т акс: 5т9991

Email: armlaw@concourt.am

arthur@concourt.am

URй: <http://www.concourt.am>

Сдано в набор 01.08.т008 г.
одписано к печати 01.09.т008 г.
оеч. л. 16

аумага офсетна

оечать офсетна

т ормат 60x84 1/16

Тираж 750. кз.

Статьи вестника “Конституционное
правосудие” публикуютс
в авторской редакции

Вестник включен в список прин т/ .
В/ сшей аттестационной комиссией
журналов дл публикаций результатов
докторски. диссертаций

Зарегистрирован коллегией
N 8/тт I инистерства юстиции рА
т7 феврал 1998г.