

Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник

Конференции

органов конституционного контроля

стран молодой демократии

Выпуск 4(38) 2007

ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ
ЕРЕВАН · 2007

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 Республики

А.С. Кененсариев
судья Конституционного Суда Кыргызской Республики

М.Н. Назаров
судья-секретарь Конституционного Суда Республики Таджикистан

В.И. Нимченко
судья Конституционного Суда Украины

А.Г. Тиковенко
судья Конституционного Суда Республики Беларусь

Б.С. Эбзеев
судья Конституционного Суда Российской Федерации

Ответственный секретарь

И.В. Даниелян

ISSN 18290125

© Центр конституционного права РА

Содержание

Из материалов XII Ереванской международной конференции

Мукбилшоев Б. Роль Конституционного Суда в защите гражданских прав 5

Актуальные проблемы конституционного правосудия

Эбзеев Б. Глобализация, общепризнанные принципы и нормы международного права и правовое опосредование Конституцией России тенденций гуманитарного сотрудничества 13

Мирбабаев Б. Судебный контроль за конституционностью нормативных актов, защищающих права и свободы человека 40

Даниелян Г. Современные проблемы комментария принципа разделения властей 50

Из материалов VII Всемирного конгресса конституционного права

Химсворт К. Правовой обзор политических вопросов о справедливости 62

Обзор решений конституционных судов

Решения Конституционного Суда Украины 90

Contents

From the materials of XII Yerevan International Conference

Mukbilshoyev B. Role of the Constitutional Court in the protection of Human Rights 5

Actual Problems of Constitutional Justice

Ebzeev B. Globalization, general accepted principles and norms of international law and legal application of Constitution of Russia of the tendencies of humanitarian cooperation 13

Mirbabayev B. Judicial control of the constitutionalism of normative acts, protecting human rights and freedoms 40

Danielyan G. The interpretation of the issues of current importance of the principle of separation of powers 50

From the Materials of VII World Congress of Constitutional Law

Himswort Ch. Judicial Review of Political Questions of Justiciability Review of the decisions of the Constitutional Courts 62

Observation of the decisions of the Constitutional Courts

Decisions of the Constitutional Court of Ukraine 90

Б. Мукбилшоев

судья Конституционного Суда Республики Таджикистан

Роль Конституционного Суда в защите гражданских прав

Впервые в истории новой государственности таджиков Конституция в главе восьмой, посвященной судебной власти, учредила Конституционный Суд в качестве судебного органа.

Необходимо напомнить, что до принятия Конституции 1994 года и учреждения Конституционного Суда вопросам конституционного надзора в стране занимался Комитет конституционного надзора, который был учрежден в 1990 году.

Конституция Республики Таджикистан посвящает судебной власти отдельную главу - восьмую, которая озаглавлена "Суд". В ней изложены основные принципы организации и деятельности судебной системы, а также важнейшие положения статуса судей. Непосредственно Конституционному Суду посвящена статья 89, определяющая состав, условия избрания судей и полномочия Конституционного Суда, основной задачей которого является защита Конституции Республики Таджикистан, обеспечение верховенства и непосредственного действия норм Конституции, защита прав и свобод человека и гражданина.

Новая Конституция в своих нормах, воплощая прогрессивные общественно-политические идеи правового демократического и светского государства, приобщает народы Таджикистана к историческим достижениям цивилизации.

Права и свободы личности - это общее достижение человеческой цивилизации. Основные конституционные принципы, с которыми мы подходим к определению таких глобальных явлений, как демократия, развитие и права человека, - это соответствие национально-государственным интересам, своеобразию нашего народа, его традициям, глубокое уважение его суверенитета. Демократия и права человека закрепляются в нашем обществе не только законами, но и самосознанием народа, его нравственным опытом доброты, полноценное восприятие прав человека и уважение личности обогащает нашу национальную культуру и молодую государственность.

В Конституции провозглашено, что основой государственности в Таджикистане являются: плюрализм, многопартийность, свобода слова и выражения мнений, свобода вероисповедания и т. д. Чтобы обеспечить указанные свободы и права человека и исключить саму возможность возникновения монополии в данном аспекте, в Конституции правам человека посвящен раздел второй, фундаментом которого стала Всеобщая декларация прав человека, принятая ООН в 1948 г., а также Международный пакт о гражданских и политических правах и ряд иных международных документов.

Так, международно-правовые акты, признанные Республикой, являются составной частью правовой системы Таджикистана (ч. 3 ст. 10).

Конституция любого государства определяет основные принципы организации государственной власти, т.е. распределение полномочий между различными государственными органами. В Основном Законе нашей страны указывается, что "система государственной власти Республики Таджикистан основывается на принципе разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную" (ст. 9 Конституции Республики Таджикистан).

Защитой прав и свобод граждан в правовом государстве занимаются многие институты.

Одной из важных юридических гарантий обеспечения прав и свобод человека и гражданина в Республике Тад-

Из материалов XII Ереванской международной конференции

жикистан является созданный в соответствии с новой Конституцией Конституционный Суд - самостоятельный орган государства, призванный обеспечить в обществе функционирование режима конституционной законности.

Главное назначение Конституционного Суда состоит в том, чтобы, обеспечивая режим конституционной законности в обществе, защищать и охранять права, свободы человека и гражданина, закрепленные в Конституции.

Специфическая роль Конституционного Суда Республики Таджикистан состоит в том, что в конституционном судопроизводстве Таджикистана защищаются права граждан от неконституционных норм закона.

Несколько слов о субъектах обращения в Конституционный Суд Республики Таджикистан с представлениями и обращениями.

Конституция Республики Таджикистан не устанавливает субъекты Конституционного Суда, но это установлено статьей 37 Конституционного закона "О Конституционном Суде Республики Таджикистан": установлен широкий круг субъектов, имеющих право обращения в Конституционный Суд Республики Таджикистан. Также Конституционный закон Республики Таджикистан "О Конституционном Суде Республики Таджикистан" предоставил гражданам Республики Таджикистан право обращения в Конституционный Суд по вопросу нарушения их конституционных прав и свобод примененным в конкретном деле законом после рассмотрения вопроса соответствующими органами. А также судам Республики Таджикистан по вопросу о конституционности руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда и Высшего экономического суда Республики Таджикистан о конституционности закона, примененного в конкретном деле в любой судебной инстанции. Теперь мы хотим расширить круг субъектов и предложили или внесли предложение о том, чтобы это право предоставили каждому судье в Республике Таджикистан внесением дополнения в Конституционный закон о Конституционном Суде.

За весь период деятельности Конституционного Суда Республики Таджикистан лица без гражданства или гражд-

дане других стран не обращались в Суд по вопросу субъектов, а также очень пассивно используют эти права суды Республики Таджикистан и должностные лица. С момента существования Конституционного Суда ни один из судов не обращался в Конституционный Суд по вышеизложенному вопросу.

Раньше Конституционный Суд Республики Таджикистан имел право по собственной инициативе (когда этот считал необходимым) рассматривать вопросы, отнесенные к его компетенции, но законодательный орган на основании внесения изменений в наш Закон лишил Конституционный Суд такого права.

Необходимо отметить, что 90% дел в Конституционном Суде Республики Таджикистан рассматривались по обращениям граждан Республики.

В соответствии со статьей 36 Конституционного закона Республики Таджикистан "О Конституционном Суде Республики Таджикистан" Конституционный Суд Республики Таджикистан определяет и решает только вопросы права.

Конституционный Суд Республики Таджикистан, признавая предмет, затронутый в представлении или ходатайстве, не соответствующим Конституции Республики Таджикистан, одновременно отменяет другие нормативные акты, основанные на нормативном акте, признанном неконституционным, либо воспроизводящие его или содержащие такие же положения, какие были предметом обращения. Конституционный Суд при этом не связан с доводами и соображениями, изложенными в представлении или ходатайстве.

Судебная защита прав и свобод человека является основной юридической гарантией. Согласно статье 19 Конституции Республики Таджикистан каждому гарантируется судебная защита, Конституция Республики Таджикистан возлагает судебную защиту на систему судов общей юрисдикции и специализированные суды.

В сфере деятельности по осуществлению правосудия, по защите Конституции, прав и свобод человека Конституционный Суд Республики Таджикистан не может заменить суд общей юрисдикции.

Основным предметом рассмотрения Конституционного Суда являются конституционные вопросы. Он решает вопросы о соответствии Конституции законов и иных правовых актов, которые регулируют права граждан, и эти вопросы занимают центральное место в деятельности Конституционного Суда Республики Таджикистан.

Приведу несколько примеров рассмотрения по ходатайствам должностных лиц и граждан о соответствии Конституции того или иного нормативного акта.

За время своей деятельности Конституционный Суд Республики Таджикистан рассмотрел ряд вопросов, которые сыграли важную роль в укреплении конституционной законности по защите прав и свобод человека.

Постановлением Конституционного Суда от 26 марта 1996 года был признан неконституционным и утратил силу Указ Президиума Верховного Совета Республики Таджикистан от 15 ноября 1993 года №134 "О приостановлении действия статей 6, 28, 48, 49, 53, 53¹, 85, 90, 92, 87, 221¹ и 221² Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан", которые запрещали обжалование в суде ареста или продления срока содержания под стражей и судебной проверки обоснованности ареста.

Постановлением Конституционного Суда Республики Таджикистан от 16 октября 2001 года "Об определении соответствия Конституции Республики Таджикистан части 1 статьи 303 и части 1 статьи 337 Гражданского процессуального кодекса Республики Таджикистан", согласно которым стороны и другие лица-участники процесса лишались права обжалования и опротестования решений и определений Верховного Суда Республики Таджикистан, вынесенных при рассмотрении дел по первой инстанции, оспариваемые положения статей признаны неконституционными и утратили силу. Данное постановление предоставило сторонам и другим участникам процесса право обжалования и принесения кассационного протеста на решения и определения Верховного Суда Республики Таджикистан при рассмотрении дел по первой инстанции.

Постановлением Конституционного Суда Республики Таджикистан от 12 июня 2001 года "Об определении ответственности Конституции Республики Таджикистан части пятой статьи 329 и части второй статьи 339 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан", согласно которым стороны и другие лица-участники процесса лишались права обжалования и опротестования приговоров и определений Верховного Суда Республики Таджикистан, вынесенных при рассмотрении дел по первой инстанции, оспариваемые положения статей также признаны неконституционными и утратили силу. Данное постановление предоставило сторонам и другим участникам процесса право обжалования и принесения кассационного протеста на приговоры и определения Верховного Суда Республики Таджикистан при рассмотрении дел по первой инстанции.

Постановлением Конституционного Суда Республики Таджикистан от 20 января 2005 года "Об определении ответственности статьи 181 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Таджикистан статьям 17, 19 и части 2 статьи 88 Конституции Республики Таджикистан" статья 181 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Таджикистан в части непредоставления сторонам и другим участникам процесса права принесения жалобы на вступившие в законную силу решения и постановления экономических судов была признана не соответствующей Конституции. Теперь стороны и другие участники процесса получили право принесения жалоб на постановления экономических судов.

В целях защиты конституционных и иных прав и свобод граждан Конституционный Суд Республики Таджикистан использует и другие правовые средства, предоставленные ему Конституцией Республики и Конституционным законом "О Конституционном Суде Республики Таджикистан".

Вопросам защиты конституционных и иных прав и свобод граждан, состоянию конституционной законности уделяется большое внимание в ежегодных посланиях, направляемых Президенту Республики Таджикистан и Парламенту страны.

В нынешнем году Президент Республики Таджикистан своим Посланием в Маджлиси Оли поручил расширить полномочия Конституционного Суда Республики Таджикистан. Это означает, что Правительство Республики Таджикистан, в том числе Президент, уделяет большое внимание Конституционному Суду Республики Таджикистан. Конституционный Суд, в свою очередь, подготовил проект закона о внесении изменений и дополнений по расширению группы субъектов, имеющих право обращения в Конституционный Суд, а также юридических лиц, местных советов, судей по вопросам, которые отнесены в Конституции к полномочиям Конституционного Суда.

В заключение своего выступления еще раз благодарю организаторов этой конференции и считаю, что её проведение весьма актуально и полезно, и несомненно, окажет существенную помощь в нашей работе.

Role of the Constitutional Court in the protection of Human Rights

Mukbilshoyev B.

Judge of the Constitutional Court of Tajicstan

Summary

It was the first time throughout the Tajics' new statehood that the Constitution, adopted in 1994, founded Constitutional Court as a judicial body. Article 89 of the Constitution is directly dedicated to the Constitutional Court ruling the conditions of judges' election, the composition and powers of the Constitutional Court.

The basic purpose of the Constitutional Court is to protect and secure human and civil rights and freedoms providing the regim of constitutional legality in society.

In the Republic of Tajikistan there is a wide range of subjects that are vested with the right to bring the matter before the Constitutional Court.

Constitutional issues are the basis for consideration by the Constitutional Court. The latter considers issues concerning the constitutionality of laws and other legal acts, which regulate civil rights, and these issues are the main part of the activity of the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan.



Б. Эбзеев

*судья Конституционного Суда
Российской Федерации,
заслуженный деятель науки
доктор юридических наук, профессор*

**Глобализация, общепризнанные
принципы и нормы международного права и
правовое опосредование Конституцией
России тенденций гуманитарного
сотрудничества***

**Глобализация и конституционное
опосредование общепризнанных принципов
и норм международного права**

Глобализация есть объективная реальность, обусловленная замкнутостью планеты, формированием мирового хозяйства, глобальными коммуникациями и т.д. Обычно ее связывают с качественно более высокими уровнями интегрированности, целостности и взаимозависимости мира. Отсюда понимание глобализации как геэкономического, геополитического и геогуманитарного явления¹, которое требует юридического осмысления и решения, основанного на

* Публикуется из Дайджеста "Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии". N 21, 2007.

¹ См.: Панарин А.С. Искушение глобализмом. - М., 2003; Шахрай С.М. Глобализация. Государство. Право: теоретико-методологические проблемы. - М., 2003; Современные международные отношения и мировая политика / Отв. ред. А.В.Торкунов. - М., 2004; Чумаков А.Н. Глобализация: контуры целостного мира. - М., 2005; Права человека и процессы глобализации современного мира / Отв. ред. Е.А. Лукашева. - М., 2005; Перская В.В. Глобализация и государство. - М., 2005; Эбзеев Б.С., Айбазов Р.У., Красноярцев С.Л. Глобализация и государственное единство России. - М., 2006. и др.

единых для участников этого процесса организационных и регулятивных стандартах. Речь при этом обычно ведут об универсализации позитивного мирового опыта во всех основных сферах общественной жизни: экономике, государственно-правовых отношениях, культуре, этике, повышении темпов становления гуманной, справедливой и высокоразвитой мировой цивилизации².

Несомненно, однако, что глобализация как один из важнейших факторов мирового развития – это длительный исторический процесс, сопровождающийся глобальной конкурентной борьбой, в которой активно используются средства политического, экономического, информационного и даже военного давления и по-разному распределяются негативные последствия глобализации и предоставляемые ею блага. Не случайно Агентство по развитию ООН пришло к выводу, что «глобализация осуществляется прежде всего ради прибыли динамичных и мощных стран»³. Отсюда – насущная потребность в восстановлении потенциала государственного управления, без чего невозможны ни динамика, ни мощь Российского государства как субъекта социального служения и главной гарантии национальных интересов и ее цивилизационной идентичности.

На планетарном уровне организационной формой решения глобальных проблем являются ООН и иные универсальные международные организации, ВТО, МВФ и др. В различных регионах мира процессы интеграции народов и государств, являющиеся проявлением глобализации, развиваются различными темпами и по-разному юридически и организационно (Совет Европы, ЕС, ОАЕ, ОАГ, СНГ и др.) оформляются; первенство в современном мире принадлежит Европе, о чем в том числе свидетельствует подписанный членами Европейского союза 29 ноября 2004 года «Договор, устанавливающий Конституцию для Европы».

Однако характерная для современного мира конституционализация международных отношений и интернацио-

² См.: Чумаков А.Н. Глобализация: контуры целостного мира. - С. 3 и сл.

³ См.: Уткин А.И. Глобализация: процесс и осмысление. - М., 2002. - С. 71.

нализация внутригосударственного правопорядка, как и глобальные и региональные инфраструктуры и оформляющие их правовые системы, не в состоянии сами по себе гарантировать интересы участвующих в интеграционных процессах государств или блокировать экономическую или политическую экспансию отдельных государств или их группировок, объединенных тесными узами⁴. Особо

при этом следует иметь в виду, что гуманитарное сотрудничество – только одно из направлений цивилизационного развития, значение которого может проявляться в полной мере лишь при условии его сочетания с другими направлениями такого развития⁵.

Главное – в учете потребностей экономического, социального, духовного развития страны, основанном на понимании специфики движения России к демократии и правовому государству, базирующемуся на верховенстве права, что составляет фундаментальную основу современной цивилизации. В таком учете, свободном от иллюзий и чрезмерных надежд и ясном осознании, что общепланетарная или региональная интеграция не ограничиваются только гуманитарной сферой – предпосылка и гарантия обеспечения национальных интересов России и эффективности конституционно-правового регулирования ее участия в такой интеграции.

Отсюда в том числе вытекает необходимость избавляться от всего, что препятствует развитию отечественной

⁴ См.: Шумилов В.М. Международное экономическое право в эпоху глобализации. - М., 2003; он же. ООН и международные экономические отношения // 60 лет Организации Объединенных Наций. - М., 2006.

⁵ Именно с учетом этого 10 мая 2005 года в ходе встречи на высшем уровне между представителями России и ЕС в Москве были приняты четыре «дорожные карты» – по общему экономическому пространству, по общему пространству внешней безопасности, по общему пространству науки и образования, включая культурные аспекты. Эти «дорожные карты» воплощают концепцию четырех общих пространств и развивают в соответствующих сферах положения Соглашения о партнерстве и сотрудничестве 1994 года, являющегося основным документом, регулирующим отношения России и ЕС. При этом «дорожные карты» не являются юридически обязательными источниками права, это политические акты, акты «мягкого права» – soft law. Проблема в том, чтобы на их основе создать общие правила, сходное регулирование отношений, единые стандарты и согласующиеся нормы. См.: Кашкин С.Ю., Калининченко П.А. Россия и Европейский союз на пути создания общего европейского правового пространства (Проект Соглашения о применении статьи 55 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве) // СНГ, Россия и Европа. - М., 2006. - С. 210-211.

правовой мысли и законодательства в направлении, адекватном потребностям эпохи и конкретно-исторической ситуации. Однако такое развитие теоретического наследия и юридической практики в ее самом широком смысле должно осуществляться не вопреки или вне конституционной идеологии демократии, включая ее международные аспекты, а с учетом проистекающих из указанной идеологии требований и ориентиров.

На это тем более важно обратить внимание, что действующая Конституция Российской Федерации, развивая отечественный опыт взаимодействия национального и международного права и учитывая практику конституционного регулирования других государств, преодолела многие препятствия к открытости внутреннего правопорядка для норм международного права. В данном контексте весьма примечательны многие положения преамбулы Конституции Российской Федерации, в том числе об осознании многонациональным народом Российской Федерации себя частью мирового сообщества, уважении к общепризнанным принципам равноправия и самоопределения народов, утверждении прав и свобод человека и гражданина как свидетельства ясного понимания объективного характера региональных, континентальных и планетарных интеграционных процессов и ориентации Российского государства на участие в них⁶.

В развитие положений преамбулы часть 4 статьи 15 Конституции устанавливает, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Словосочетание «общепризнанные принципы и нормы международного права» содержится также в статьях 17, 63, 69 Конституции Российской Федерации.

⁶ См.: Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.В.Лазарева. - М., 2004; Баренбойм П.Д. Преамбула Конституции России и ее значение для отношений с СНГ и Европой // СНГ, Россия и Европа. - М., 2006.

Отсюда, однако, не следует, что Конституция России воспроизвела так называемую монистическую теорию соотношения отечественного правопорядка и международного права, согласно которой они образуют единую систему. Напротив, в самом тексте части 4 статьи 15 Конституции отчетливо просматривается признание международного и внутригосударственного права двумя различными правовыми системами, что имеет под собой глубокие основания. В частности, международное право отличается от внутригосударственного права по объему регулирования, субъектам, процессам создания и источникам, гарантиям соблюдения, и продолжает оставаться в основном межгосударственным правом. Что же касается Конституции, она устанавливает механизм их согласования и взаимодействия. Такое согласование и взаимодействие осуществляется в структуре национального правопорядка, в конституционных и отраслевых правоотношениях, а также в правоприменении, следовательно, функционально возложено не только на законодательную и исполнительную власть, но и правосудие.

Таким образом, нормативное содержание положений части 4 статьи 15 значительно богаче и не столь линейно, как это нередко интерпретируется. Во-первых, указанные положения представляют собой общую трансформацию общепризнанных принципов и норм международного права в качестве обязательных для субъектов российского права. Эти принципы и нормы в силу их опосредования Конституцией и прямого конституционного веления непосредственно обязывают законодателя, исполнительную власть и правосудие, ориентируют их, определяют пределы дискреции и устанавливают определенные запреты. При этом на федеральном законодателе также лежит обязанность по установлению санкций за нарушение указанных принципов и норм, рецепированных Основным Законом России, субъектами внутригосударственного права.

Во-вторых, общепризнанные принципы и нормы международного права Основным Законом содержательно сопрягаются с учредительной функцией Конституции, которой уч-

реждена Российская Федерация, легитимируемая не только волей единой государственной гражданской нации России, но и получившими всеобщее признание в современном мире началами организации и функционирования межгосударственной системы (преамбула); составляют интегральную часть правовой системы России (часть 4 статьи 15); являются критерием, которым руководствуется Российское государство, признавая, то есть определяя круг, объем и пределы, и гарантируя, то есть юридически, организационно и материально обеспечивая права и свободы человека и гражданина (статья 17); устанавливают пределы усмотрения Российской Федерации при предоставлении убежища политическим эмигрантам (части 1 и 2 статьи 63); наконец, составляют основу конституционного статуса коренных малочисленных народов и обязывают Российское государство гарантировать этот статус на уровне не ниже, чем это предусмотрено указанными принципами и нормами (статья 69).

В-третьих, Конституция раскрывает основные признаки указанных принципов и норм, в том числе императивность содержащихся в них велений как проистекающих из воли народа как конституционного законодателя («Мы, многонациональный народ Российской Федерации..., исходя из общепризнанных принципов»), универсальность в смысле всеобщего признания, что выражается в самом их обозначении в качестве общепризнанных, юридическую обязательность для субъектов российского права, поскольку эти принципы и нормы входят в правовую систему России⁷.

⁷ С этой точки зрения нет ничего абсурдного в утверждении, что «юридически обязательными для Российской Федерации являются только те нормы международного права, в отношении которых она выразила согласие на обязательность их для себя». Зимненко Б.Л. Международное право и правовая система России. Автореф. ... докт.юр.ид.наук. - М., 2006. - С. 11.

Напротив, парадоксален критический подтекст, которым сопровождается цитирование данного тезиса в некоторых литературных источниках: «Развивая это положение, можно прийти к выводу о необходимости применения только «нами признанных», а не «общепризнанных» норм права». Ершов В.В., Ершова Е.А. Современные проблемы международного права // Российское правосудие. 2006. N 2. - С. 19. Именно так, если при этом не игнорировать, одновременно вводя в заблуждение правоприменение, сущность международного права и его согласительную природу. Норма международного права – договорная или обычная – обретает характер общепризнанной лишь при условии согласия государства как суверенного участника международных отношений и основного субъекта международного права с данной нормой и признания ее юридически обязательной для себя.

В-четвертых, Конституция, не устанавливая общий при- мат международно-правовых принципов и норм над внут- ригосударственным правопорядком, закрепляет приори- тет международного договора Российской Федерации в применении, если и поскольку между ним и нормой нацио- нального закона возникла коллизия. Это означает, что нор- мы закона, предусматривающие иные правила, чем уста- новленные договором, сохраняют свою юридическую си- лу, но не применяются при разрешении дел, касающихся государства, также участвующего в соответствующем до- говоре.

В-пятых, Конституция различает понятия действия до- говора, и в этом случае речь идет об обязывающей силе договора для государства в целом или в лице соответствую- щих органов, например, об обязанности законодателя или иного нормодателя России, и применения. Отсюда – разграничение самоисполнимых и несамоисполнимых до- говоров, с одной стороны, и пределы приоритета между- народного договора в применении в случае его коллизии с национальным правопорядком. В частности, Конституция в иерархии правовой системы занимает доминирующее положение и в случае коллизии с ней норм международно- го договора в силу части 1 статьи 15 всегда обладает без- условным верховенством; преимуществом в применении обладают только ратифицированные федеральным зако- нодателем международные договоры, что же касается межправительственных или межведомственных соглаше- ний – они таким преимуществом по отношению к нацио- нальному закону не обладают, что вытекает из взаимосвя- занных положений статей 10, 71, 86, 90, 105, 106, 107, 113, 114, 125 и др.

В-шестых, из системного единства Конституции и пра- ва России в целом следует, что общепризнанные принци- пы и нормы международного права также образуют сис- темное единство, что требует учета их взаимосвязаннос- ти. Указанные принципы и нормы в равной мере импера- тивны и каждый из них должен рассматриваться в контек- сте всех других принципов, что, в частности, исключает их

оценку в качестве противоречащих друг другу или вступающих в противоречие с Основным Законом. Последнее особенно часто наблюдается при сопоставлении принципов самоопределения народов и политического единства и территориальной целостности государств.

В-седьмых, Конституция, различая общепризнанные принципы и общепризнанные нормы международного права, не содержит определения понятия этих принципов и норм, как не называет и их источников. В ней нет также прямых указаний на методы их выявления и способы установления содержания, что само по себе предполагает достаточно широкую дискрецию федерального законодателя, главы государства, правительства, других органов исполнительной власти Российской Федерации. В связи с этим существенно возрастает и роль судов Российской Федерации, особенно высших.

В частности, в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 года N 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»⁸ впервые в отечественной юридической практике дано легальное определение понятия общепризнанных принципов международного права как основополагающих императивных норм международного права, принимаемых и признаваемых международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо.

Тем самым Верховный Суд указал на главные конститутивные признаки общепризнанных принципов международного права, в числе которых - основополагающий характер, императивность содержащихся в них велений и всеобщность признания в качестве таковых. При этом обращает на себя внимание известное совпадение данного определения с характеристикой императивных норм *jus cogens* («неоспоримое право»), которая содержится в статье 53 Венской конвенции о праве международных договоров: *jus cogens* - это норма общего международного

⁸ См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2003. N 12.

права, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер.

В отличие от общепризнанных принципов под общепризнанными нормами международного права Верховным Судом понимаются правила поведения, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательных. Верховный Суд не провел, таким образом, между ними контрастной грани: общепризнанные принципы международного права - суть его нормы, в свою очередь указанные нормы - договорные или обычные - закрепляют соответствующие принципы, признаваемые государством обязательными для него. Иными словами, общепризнанный принцип - всегда норма, но далеко не всякая норма есть принцип⁹.

Несмотря на огромное количество международных договоров и обычаев, число действительно универсальных международно-правовых принципов и норм, получивших всеобщее признание, относительно невелико. Сосредоточенные главным образом в Уставе ООН, они занимают главенствующее в иерархии норм международного права положение.

Эти принципы и нормы, в основном покрывающие сферу межгосударственных отношений, не могут быть отменены государствами ни в индивидуальном порядке, ни по взаимному согласию. При этом Устав ООН, закрепляя в статье 2 комплекс принципов в качестве обязательных для государств-членов ООН, в ее пункте 6 особо оговаривает, что ООН «обеспечивает, чтобы государства, которые не являются ее членами, действовали в соответствии с

⁹ В постановлении по делу о делимитации морской границы в районе залива Мэн, Канада против США, 1984 года Международный Суд ООН отметил, что применение в сочетании отчасти совпадающих по значению терминов «норма» и «принцип» передает одну и ту же идею... принципы включают в себя нормы международного права, а употребление термина «принципы» обосновано их более общей и фундаментальной природой. См.: Тузмухамедов Б.Р. Международное право в конституционной юрисдикции: Хрестоматия. - М., 2006. - С. 159.

этим принципами, поскольку это может оказаться необходимым для поддержания международного мира и безопасности». А согласно статье 103 Устава в том случае, когда обязательства членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу».

Указанные принципы нормативно раскрываются в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН, которая была принята Генеральной Ассамблеей ООН 24 октября 1970 года, и Декларации принципов, которыми государства-участники будут руководствоваться во взаимных отношениях, содержащейся в Заключительном акте совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 г. Содержание указанных принципов может раскрываться также в иных документах ООН и ее специализированных учреждений¹⁰.

В науке международного права обычно выделяют следующие общепризнанные принципы международного пра-

¹⁰ В отечественной конституционно-правовой литературе характер тенденции приобретает не имеющее под собой оснований отождествление общепризнанных принципов международного права с упоминаемыми в статье 38 Статута Международного Суда ООН наряду с договорами и международными обычаями как «доказательствами всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» «общими принципами права», которые упоминаются также в части 2 статьи 7 Европейской конвенции 1950 года и при этом интерпретируются в духе естественно-правовой доктрины. См.: Ершов В.В., Ершова Е.А. Современные проблемы международного права / Российское правосудие. 2006. N 2. - С. 19 и сл.; Конюхова И.А. Конституционное и международное право: теория и практика взаимодействия. - М., 2006. - С. 39.

Напротив, в науке международного права за редким исключением (см.: Корецкий В.М. «Общие принципы права» в международном праве // Корецкий В.М. Избранные труды. Киев, 1989. Кн.2. - С. 165-199) под «общими принципами права» в смысле статьи 38 Статута Международного Суда ООН понимаются традиционные юридические постулаты, известные еще римскому праву (закон не имеет обратной силы, специальный закон имеет преимущество перед общим законом, договоры должны соблюдаться, право не может возникнуть из правонарушения и т.д.). Они действительно свойственны как международному, так и национальному праву, что, однако, не позволяет указанным принципам интерпретировать как тождественные общепризнанным принципам международного права (см.: Международное право: Учебник для вузов / Под ред. Г.В.Игнатенко – 2-е изд., перераб. и доп. - М., 1995. - С.92; Международное право: Учебник / Отв. ред. В.И.Кузнецов. - М., 2001. - С.75; Каламкарян Р.А., Мигачев Ю.И. Международное право: Учебник. - М., 2004. - С. 106-107.

ва: суверенного равенства государств; невмешательства во внутренние дела; равноправия и самоопределения народов; неприменения силы или угрозы силой; мирного урегулирования споров; нерушимости границ; территориальной целостности государств; уважения прав человека и основных свобод; сотрудничества государств; добросовестного выполнения международных обязательств. Причем Декларация 1970 года особо оговаривает, что указанные принципы взаимно связаны и каждый из них должен рассматриваться в контексте всех других принципов, что принципиально важно для их непротиворечивого толкования и применения.

В связи с этим вызывает возражение оторванное от реалий современного этапа развития международного права или прямо игнорирующее их и не столь безобидное, каким оно кажется на первый взгляд, поскольку адресовано в качестве ориентира юридической практике, утверждение, что «перечень общепризнанных принципов международного права не может быть, во-первых, исчерпывающим; во-вторых, только нормативно закрепленным»¹¹, результа-

том которого является эклектическое соединение воедино действительно общепризнанных принципов международного права и принципов, составляющих основу национального правопорядка или правосознания. Юридический романтизм столь же опасен, как и юридический нигилизм.

Другое дело, что процесс развития таких принципов нельзя считать завершенным. Они являются тем фундаментом, на котором формируется следующий, более конкретный и формально определенный с точки зрения прав и обязательств участников международного общения слой международного правопорядка. В этом последнем случае, однако, также нельзя забывать, что международное право выросло и развивалось как результат отношений именно между государствами, которые и ныне продолжают оставаться основными субъектами международного права; оно в свою очередь создается путем согласования волей участ-

¹¹ Ершов В.В., Ершова Е.А. Современные проблемы международного права // Российское правосудие. 2006. N 2. - С. 25.

ников межгосударственных отношений, которые участвуют в этих отношениях на основе юридического равенства и по собственному волеизъявлению становятся субъектами международно-правовых отношений. В связи с этим не следует преувеличивать и значение установленного Конституцией в части 3 статьи 46 прямого доступа индивидов в международные органы в целях защиты своих прав. Такой доступ прямо обусловлен согласием Российского государства, которое взяло на себя соответствующие обязательства, гарантируемые правовыми и организационными средствами, носит субсидиарный по отношению к внутригосударственным средствам правовой защиты характер и сам по себе не является свидетельством международной правосубъектности индивидов, во всяком случае в контексте определяемого Конституцией Российской Федерации соотношения международного и внутригосударственного права.

Существенное значение для составления адекватной картины конституционно-правового механизма реализации международных обязательств в правовой системе России имеет конституционное разграничение действия и применения международных договоров Российской Федерации. Прямое действие договора еще не означает возможности его непосредственного применения. В частности, согласно части 3 статьи 5 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. Для осуществления иных положений международных договоров Российской Федерацией принимаются соответствующие правовые акты.

Этим предопределяются пределы судебного применения международного договора Российской Федерации: если он был ратифицирован, вступил в силу, официально опубликован и не требует издания дополнительных внутригосударственных нормативных актов, то положения та-

кого договора действуют непосредственно и имеют приоритет в применении по отношению к противоречащим им правилам, содержащимся в законе. Данный вывод Верховного Суда Российской Федерации, сделанный ранее в постановлении N 8 его Пленума от 31 октября 1995 года «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия», получил подтверждение в упоминавшемся постановлении ? 5 Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 года¹².

Таким образом, из Основного Закона не следует надконституционность общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров, которые в основном покрывают сферу межгосударственных отношений. Но эти принципы и нормы, выражающие общечеловеческие ценности и соответствующие интересам всех народов, не являются чем-то внешним по отношению к Основному Закону России, а в силу волеизъявления конституционного законодателя выступают частью российской конституционной системы. Данные принципы «вмонтированы» в ткань Конституции и составляют ее содержательную характеристику, а нормы Конституции, ориентирующие внешнюю политику государства или закрепляющие конкретные права и свободы человека и гражданина, должны толковаться и применяться согласно этим принципам и нормам и конкретизирующим их актам и не могут вступать с ними в коллизии. Речь идет о принципиальном согласии Российского государства со сложившимися международными стандартами и конституционном восприятии их в качестве масштабов правотворчества и правоприменения. Что же касается международных договоров России, они, будучи равны по статусу федеральному закону, обладают приоритетом в применении. При этом Конституция в самой себе содержит механизм интеграции в правовую систему России новых принципов и норм (а это не статичная, но развивающаяся система), а также международных договоров Российской Федерации, тем самым опосредуя основные тенденции мирового развития.

¹² Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2003. N 12.

Международные гуманитарные стандарты и российское правосудие: механизм и пределы рецепции

Юридическим фундаментом общепланетарного сотрудничества государств в гуманитарной сфере является Устав ООН, в статье 1 которого по инициативе СССР в качестве одной из целей Организации было указано на необходимость сотрудничества «в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии». К настоящему времени в практике международных отношений в качестве отраслей международного публичного права сложилось международное гуманитарное право, включающее развитый комплекс норм, закрепляющих права человека, а также способы и формы их обеспечения и защиты. Активно проявляется тенденция к расширению возможностей доступа индивида в международные органы и организации для защиты признаваемых международным сообществом прав.

Иными словами, сложились международные гуманитарные стандарты. Главное теперь – в повышении эффективности межгосударственного сотрудничества в сфере прав человека, рационализации способов защиты и их совершенствовании¹³.

Однако международный гуманитарный консенсус, предусматривающий единство в понимании прав и свобод человека и гражданина и обязательств государств по их защите, не влечет отказа от государственного суверенитета. Критерии легитимности всякой публичной власти, как и масштабы деятельности судов Российской Федерации и оценки ими проверяемых актов предусматриваются Конституцией, из высшей юридической силы которой нет исключений. Суверенная власть предполагает

¹³ Подробно см.: Права человека. История, теория и практика. - М., 1995; Карташкин В.А. Права человека в международном и внутригосударственном праве. - М., 1995; Общая теория прав человека / Под ред. Е.А.Лукашевой. - М., 1999; Саидов А.Х. Международное право прав человека. - М., 2002; Котляров И.И. Международное право и вооруженные конфликты. - М., 2003; Права человека и процессы глобализации современного мира / Отв.ред. Е.А.Лукашева. - М., 2005 и др.

суверенную ответственность в сфере прав человека. В то же время сама Конституция устанавливает, что права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации признаются и гарантируются согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с нею, а международные договоры Российской Федерации имеют приоритет в применении перед законом в случае их коллизии.

Тем самым в Основном Законе получила отражение особенно характерная для Европы тенденция к интернационализации внутригосударственного правопорядка, что в том числе обусловило закрепление в нем механизма интеграции в правовую систему России новых принципов и норм, а также международных договоров Российской Федерации. Именно на основании данного механизма в правовую систему России в качестве ее составной части и вошли Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод и дополнительные протоколы к ней, предусматривающие более высокоорганизованный, чем на всемирном уровне, вид юрисдикции.

Конвенция занимает особое место в ряду иных международно-правовых актов, в которых участвует Россия¹⁴. Ее нередко рассматривают не как «просто» дого-

вор, а, следуя разделяемой Европейским судом доктрине, характеризующей ее как «конституционный инструмент европейского правопорядка», квалифицируют как конституционный инструмент признания и защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации¹⁵.

В самом деле, если строго исходить из действующей

¹⁴ См.: Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Научный комментарий. - М., 1996; Энтин М.Л. Международные гарантии прав человека: Опыт Совета Европы. - М., 1997; Алексеева Л.Б. Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения / Под общ. ред. В.А.Туманова, Л.М.Энтина. - М., 2002; Бессарабов В.Г. Европейский суд по правам человека. - М., 2002; Пчелинцев С.В. Проблемы ограничения прав и свобод граждан в условиях особых правовых режимов. - М., 2005.

¹⁵ См.: Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. - М., 2007. - С. 297.

Конституции России, Конвенция 1950 года обладает в правовой системе Российской Федерации статусом федерального закона. Она не имеет общего примата над национальным правом, но в силу прямого указания Конституции Российской Федерации обладает приоритетом в применении в случае обнаружившейся коллизии с федеральным законом. Причем обнаружение коллизий, поскольку Конвенция изначально рассматривалась как непосредственно применимый во внутригосударственных отношениях акт, возложено на правоприменителя, то есть суд, рассматривающий конкретное дело, а понятие «федеральный закон» следует толковать расширительно, имея в виду, что приоритет в применении конвенционных норм распространяется и на подзаконные нормативные правовые акты.

Следовательно, хотя формально-юридически Конвенция непосредственно не является масштабом конституционно-судебной проверки или критерием конституционности того или иного акта, фактически она используется отечественным правосудием не только для установления круга находящихся под защитой Конституции прав и свобод или выявления их содержания и пределов действия, но как акт, имеющий конституционно-правовое значение и в силу этого опосредованно являющийся одним из критериев проверки конституционности внутригосударственных нормативных правовых актов.

В связи с этим важно подчеркнуть, что круг гражданских и политических прав, гарантируемых Конституцией, соответствует Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Не является исключением и предусмотренное Конвенцией запрещение рабства, которое хотя прямо и не упомянуто в Конституции, но вытекает из ряда ее положений и всего духа.

Отсюда, во-первых, следует вывод о согласованности каталога гражданских и политических прав и свобод человека и гражданина, предусмотренных Конституцией Российской Федерации, с установленными в Европейс-

кой конвенции стандартами¹⁶, во-вторых, отказ от патерналистского видения взаимоотношений государства и личности в Конституции Российской Федерации предопределяет место и роль правосудия в конституционной системе как Власти и главной гарантии прав человека и гражданина и способа обеспечения их непосредственного действия. Этим обусловлена и тенденция к возрастанию роли суда в упрочении взаимодействия между национальной и международной правовыми системами, в обеспече-

¹⁶ Особо при этом необходимо сказать о том, что в соответствии с частью 2 статьи 20 Конституции «смертная казнь впредь до ее отмены может устанавливаться федеральным законом в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни при предоставлении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей». Россия 16 апреля 1997 года подписала, но до настоящего времени не ратифицировала Протокол N 6 к Конвенции, следовательно, не приняла на себя обязательство о полном запрещении смертной казни. Она, однако, в силу известного решения Конституционного Суда не может применяться, во всяком случае до формирования суда присяжных во всех субъектах Российской Федерации, включая Чеченскую Республику. См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 февраля 1999 года N 3-П / СЗ РФ, 1999, N 6. Ст.867. Указанная правовая позиция получила подтверждение и в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 6 апреля 2006 года N 3-П. См.: СЗ РФ, 2006. N 16. Ст.1775.

Следует иметь в виду и то, что Конвенция предусмотренные ею права делит на: абсолютные (безусловные) – право на жизнь, запреты на содержание в неволе, пытки, принудительный труд, обратную силу уголовного закона; права, пользующиеся повышенной, но не абсолютной защитой, – право на справедливое судопроизводство, право на уважение частной и семейной жизни, свобода выражения мнения; остальные права, пользующиеся защитой более низкого уровня. Конституция России, в целом воспроизведя указанную классификацию, предусмотрела, что не только перечисленные, но и многие иные права (статьи 20, 21, 23 (часть 1), 24, 28, 34 (часть 1), 40 (часть 1), 46-54) не подлежат ограничению даже в случае чрезвычайного положения, то есть отнесла эти права к числу абсолютных или безусловных.

Тем самым, с одной стороны, часть 2 статьи 20 Конституции Российской Федерации допускает смертную казнь впредь до ее отмены в качестве исключительной меры наказания, с другой стороны, часть 3 ее статьи 56 относит право на жизнь к числу абсолютных прав. Что это – запрограммированной самой Конституцией недолгий «срок жизни» части 2 статьи 20, изъятие из абсолютной природы права на жизнь, обусловленное переживаемым страной периодом развития и масштабами преступности, логическое и юридическое противоречие? Независимо от ответа на поставленный вопрос, отсюда во всяком случае следует, что проблема ратификации Протокола N 6 к ЕСЧП об отмене смертной казни имеет не только международно-правовой, но и отчетливо проявляющийся конституционно-правовой аспект, требующий внимания и учета. См.: Морщакова Т.Г. Российское правосудие в контексте судебной реформы. - М., 2004. - С. 152-157. Уместно отметить, что проект соответствующего Федерального закона о ратификации указанного Протокола Президентом Российской Федерации внесен в Государственную Думу Российской Федерации 6 августа 1999 года.

нии все более активного вхождения России в международное правовое пространство, в том числе в правовое поле Европы¹⁷.

Проблема конституционализации взаимодействия национальной и международно-правовой систем, разумеется, не сводится к тому, что, к примеру, Конституционный Суд вправе разрешать дела о соответствии Конституции не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации. Международно-правовой аспект присутствует при разрешении Конституционным и другими высшими судами многих других дел, предметом которых не являются сами международные договоры. В правосудии России утвердился подход, когда общепризнанные принципы и нормы международного права используются в качестве образца, сообразуясь с которым в Российском государстве осуществляются права и свободы человека и гражданина, закрепленные Конституцией. В частности, международно-правовая аргументация используется судами трояким образом: в качестве дополнительного довода в пользу своих правовых позиций, вырабатываемых на основе Конституции; для разъяснения смысла и значения конституционного текста; для выявления конституционно-правового смысла проверяемого закона или его нормы, то есть конституционного истолкования закона и его применения в соответствии с таким истолкованием. В этом последнем случае речь часто идет о проверке адекватности международно-правовым обязательствам России конкретизации законодателем механизма реализации прав человека, включая устанавливаемые им запреты и ограничения.

Вырабатывая с использованием международно-правовых аргументов правовые позиции, носящие общий характер и обязательные для судов, других государственных ор-

¹⁷ См.: Зорькин В.Д. Национальные интересы, современный миропорядок и конституционная законность // Федеральный справочник: политика, экономика, управление. - М., 2005.; Он же. Роль Конституционного Суда Российской Федерации в реализации Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Имплементация решений Европейского суда по правам человека в практике конституционных судов стран Европы: Сборник докладов. - М., 2006.

ганов и должностных лиц, высшие суды тем самым не только реализуют конституционное положение об общепризнанных международно-правовых принципах и нормах как интегральной части российской правовой системы, но и утверждают признаваемые и разделяемые Россией принципы и нормы международного права в качестве важного критерия, которому должно соответствовать законодательство и практика судов и иных правоприменителей¹⁸.

В связи с этим проблема судебного прецедента сегодня – это не только область теории права и юридической науки, но, напротив, одна из кардинальных проблем современного права – и в смысле правотворчества, и в смысле правоприменения. Классические для прошлого представления, основанные на противопоставлении двух правовых систем – континентальной и общего права – не отвечают ни современным реалиям, ни опирающимся на них потребностям правовой модернизации: «Мы являемся свидетелями постепенной конвергенции двух правовых систем»¹⁹.

Иными словами, решения Европейского суда по правам человека не «просто» правоприменительные акты, а источники права, оказывающие непосредственное, причем весьма существенное влияние на правотворчество и правоприменительную практику России. Интеграция судебной системы России в международное судебное сообщество и интернационализация внутригосударственного регулирования требуют также пересмотра отечественной правовой доктрины устаревших представлений об источниках российского права и роли в нем прецедентов²⁰.

¹⁸ Подробно см.: Тиунов О.И. Конституционный Суд Российской Федерации и международное право // Российский ежегодник международного права. 1995. СПб., 1995; Он же. О роли Конвенции о защите прав человека и основных свобод и решений Европейского суда по правам человека в практике Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционное право: восточно-европейское обозрение. 2001. № 3; Алексеева Л.Б., Жуйков В.М., Лукашук И.И. Международные нормы о правах человека и применение их судами. - М., 1996; Витрук Н.В. Практика Конституционного Суда Российской Федерации в контексте действия Конвенции «О защите прав человека и основных свобод» // Российское правосудие. 2006. № 3.

¹⁹ Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. - М., 2007. - С.114.

В частности, ничем иным, как теоретическим наследием, доставшимся от прошлой эпохи и отражавшим именно ее юридические реалии, можно объяснить утверждение, что «с позиций общей теории права судебные решения могут содержать только акты толкования правовых норм». Отсюда – распространенная, но не соответствующая действительности оценка решений судов: «На наш взгляд, судебные решения любого суда, в том числе Европейского суда по правам человека, в силу объективной правовой необходимости разделения и взаимоограничения органов государственной власти не являются (не могут и не должны являться) самостоятельными источниками права»²¹.

Прежде всего ошибочен положенный в основу данного суждения тезис, который в стерилизованном виде представляет теорию и практику конституционного регулирования разделения властей. В настоящее время понятие разделения властей равнозначно понятию их организационного обособления. Согласно статье 10 Конституции Российс-

²⁰ См. подробно: *Богдановская И.Ю.* Прецедентное право. - М., 1993; *Гук П.А.* Судебный прецедент как источник права / Под ред. Н.И.Матузова. - Пенза, 2003; *Вершинин А.Н.* Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. - М., 2004; *Захаров В.В.* Решения Конституционного Суда РФ как источники конституционного права. - М., 2005; *Эбзеев Б.С.* Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. - М., 2005; *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судебное право. - М., 2007; и др.

²¹ *Ершов В.В., Ершова Е.А.* Современные проблемы международного права // Российское правосудие. 2006. N 2. - С. 21. Уместно отметить, что даже в тот исторический период, с которыми соотносятся взгляды авторов цитируемой статьи, правопонимание не было едино в отрицании за актами судов правообразующего характера. См.: *Вильнянский С.И.* Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. 1947. Вып. IX.

Доминирующими, однако, были позиции, предопределявшиеся установками А.Я.Вышинского: «Советский суд не создает нового права. Советские судьи не законодатели». (*Вышинский А.Я.* Очерк советского судостроительства. - М., 1939. - С.8), которые на многие годы вперед «закрыли» данное направление научных исследований судебного правотворчества (см.: *Верещагин А.Н.* Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовое исследование. - М., 2004; *Косолапов М.Ф.* Судебная власть в конституционном строе России / Под ред. Б.С.Эбзеева. - Саратов, 2005). Но уже в конце пятидесятих годов отечественное правопонимание вновь вернулось к этой проблеме. Что же касается юридической практики, в ней всегда «судебный прецедент и судебное правотворчество существовали, прикрывая свое бытие различными легальными формами». *Мартынчик Е., Колоколова Э.* Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. N 12. - С.20.

кой Федерации речь не идет о существовании трех различных властей, действующих изолированно друг от друга. Государственная власть едина, но функции ее – законодательство, управление и правосудие – осуществляются различными органами, каждый из которых может выполнять и в практике российского конституционализма и конституционной практике иных государств действительно выполняет отдельные полномочия, с точки зрения классических для прошлого представлений о разделении властей входящие в компетенцию других органов.

Иными словами, конституционный принцип разделения властей, вопреки попытке его абсолютизации, не препятствует распределению некоторых прав, в силу их юридической природы присущих одной из властей, между органами другой власти. Напротив, подобное распределение служит гарантией от разрыва между властями, способствует формированию действительного равновесия властей и является частью конституционного механизма их взаимодействия, а в более широком социальном плане – стабильности государства и рациональности его организации²².

Прочитанный тезис, являющийся рефлексией не критичного позитивизма, выступавшего в недалеком прошлом доминантой правопонимания, вступает сегодня в коллизию с европейской и отечественной юридической практикой. Речь не только о том, что прецедентный характер своих решений многократно подчеркивали Европейский суд по правам человека и Конституционный Суд Российской Федерации²³. Она противоречит и действующему законодательству Российской Федерации.

В частности, в Федеральном законе от 30 марта 1998 года о ратификации Конвенции 1950 года устанавливает-

²² См.: *Эбзеев Б.С.* Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. - М., 2005. - С.401-403.

²³ Подробно см.: *Де Сильвия М.* Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004; *Лазарев Л.В.* Правовые позиции Конституционного Суда России. - М., 2006.

ся, что «Российская Федерация в соответствии со статьей 46 Конвенции признает *ipso facto* и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации». Отсюда в том числе следует, что указанный Федеральный закон недвусмысленно признает установленное прецедентное право, которым руководствуется Европейский суд; данный закон можно рассматривать как трансформационный акт, согласно которому не только Конвенция 1950 года, но и прецеденты Европейского суда, сложившиеся в процессе ее толкования и применения, обязывают Россию и вменяются в качестве обязательных всякому правоприменителю.

В этом последнем случае речь как раз идет о так называемых европейских стандартах, которые в данном аспекте представляют собой нормы Конвенции 1950 года (перечень прав и свобод; обязательства государств-участников по их признанию и обеспечению; нормативное содержание, то есть состав правомочий; условия пользования, включая допустимые ограничения и запреты, механизм судебной защиты, как они интерпретированы решениями Европейского суда, имеющими прецедентный характер, и в силу этого общеобязательные для всех участников этого договора значение. Именно в этом заключается смысл разъяснения, содержащегося в упомянутом постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 года: применение судами общей юрисдикции Конвенции 1950 года «должно осуществляться с учетом практики Европейского суда по правам человека во избежание любого нарушения Конвенции о защите прав человека и основных свобод».

Несомненно прецедентное значение решений Конституционного и других высших судов Российской Федера-

ции²⁴. Сегодня это не только научный тезис, но и получивший отражение в законодательстве, в частности Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации» в его интерпретации Конституционным Судом, факт, отрицание которого все более приобретает характер анахронизма²⁵. Другое дело, что судебный прецедент, проистекающий из принципа *stare decisis*, в буквальном переводе означающем «стоять на решенном», поскольку он произведен от толкуемого судом писаного права, произведен от интерпретируемой нормы.

Отсюда следует, что в иерархии источников права прецедент находится на том же уровне, что и толкуемая норма. В частности, прецеденты, созданные путем толкования Конституции, становятся по существу частью самой Конституции; точно так же прецеденты, создаваемые конституционным толкованием законов, становятся частью интерпретируемых законов. В силу этого судебные прецеденты не занимают особого места в иерархической системе источников права, они присутствуют на всех уровнях иерархии, занимаемых источниками писаного права²⁶.

При этом законодатель обладает достаточно широкой дискрецией в отношении прецедентов, поскольку они неразрывны с актом, толкованием которого созданы. Исключение составляют прецеденты толкования Конституции, их отмена возможна путем новации самой Конституции, то есть внесения в нее изменений и дополнений. Возможно изменение прецедента и самим Судом, поскольку это обусловлено «поиском права» или необходимостью актуализации конституционных положений, осу-

²⁴ См.: *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судебское право. - М., 2007. - С. 365-445.

²⁵ Данный факт все более осознается практикующими судьями. См., например: *Демидов В.П.* О роли и значении постановлений Верховного Суда // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. N 3. А. В.М. Лебедев пишет о необходимости легализации не только правоприменительной и надзорной, но и правотворческой функции судебной власти. См.: *Лебедев В.М.* Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. СПб., 2001.

²⁶ См.: *Бернам Уильям.* Правовая система США. 3-й выпуск. - М., 2006. - С. 108.

ществляемой, в частности, путем так называемого эволюционного толкования.

Таким образом, прямым действием и непосредственной применимостью обладает не только Конвенция 1950 года и протоколы к ней, но и прецедентная практика Европейского суда по правам человека. Российские суды, основывая свои выводы на нормах Конституции и закона, в практике Европейского суда находят дополнительные доводы в обоснование собственной правовой позиции. Интернационализация отечественного правопорядка обуславливает выявление подлинного смысла конституционной или иной юридической нормы в силу прямого веления Конституции с учетом общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации. Несомненно ориентирующее значение позиций Европейского суда для нормотворческого процесса и правоприменения. Это означает, что отечественная судебная система вносит существенный вклад в гомогенизацию гуманитарной составляющей российского права как части единого европейского правового поля, основанного на Конвенции 1950 года.

Однако указанная гомогенизация российского права, то есть развитие в направлении восприятия, утверждения и защиты общеевропейских или всемирных стандартов, не требует от России отказа от собственных культурных и национальных правовых традиций. Авторы Конвенции 1950 года ориентировались прежде всего на те государства, которые изначально подписывали этот акт. Отсюда указание на «общее наследие» государств-участников, которое само по себе не является застывшей системой идей и принципов, и мы едва ли можем рассматривать себя в качестве «наследников первой очереди». Европейский консенсус как единая европейская система защиты прав человека, которая предполагает одинаковый уровень защиты во всех государствах-участниках Конвенции, складывался постепенно и поэтапно²⁷. Этот процесс нельзя считать завершенным еще и потому, что решение об имплементации Конвенции 1950 года в систему нацио-

нального правопорядка многих постсоциалистических государств не способно автоматически гарантировать схожие «политические традиции, идеалы, свободу и верховенство права», которые и составляют основу «общего наследия» государств-участников Конвенции и в которых ее преамбула видит истоки европейской правозащитной системы, в свою очередь являющейся рефлексией идеи европейского единства, развивавшихся Жаном Моне, Рене Кассэном, Полем-Анри Спааком, Робером Шуманом, Альчиде де Гаспери и др.

В отличие от опыта государственно-правового развития многих иных стран, Конституция России явилась не результатом социального, а также политического, духовного и юридического развития, а юридической моделью организации и функционирования социума, воспринявшего традиционные принципы демократии²⁸. Процесс формирова-

ния однородной со странами «старой» демократии национальной правовой системы России может занять достаточно длительный период. В связи с этим конвенционное закрепление общих для Европы стандартов прав человека и участие Российской Федерации в нем не исключает значительную дискреционную свободу государства-участника, предопределяемую его суверенитетом, на что, интерпретируя Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, неоднократно в своих решениях указывал Европейс-

²⁷ См.: *Полгари Эстер*. Страсбургский суд и европейский консенсус // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. N 3. С. 107. Небезынтересно заметить, что, например, Великобритания, первой 22 февраля 1951 года ратифицировавшая Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, до 14 января 1966 года не признавала право на подачу индивидуальной жалобы и обязательную юрисдикцию Европейского суда, а права, гарантированные Конвенцией, не могли быть защищены в судебном порядке согласно ее внутреннему национальному праву до 2 октября 2000 года. См.: *Яковенко А.В.* Выступление на международной конференции «Влияние Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на развитие правовых систем европейских стран». Ярославль, 28-30 июня 2006 г.; *Бауриг Билл*. Долгий путь Великобритании к европейским стандартам прав человека: в авангарде и далеко позади // Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к Конституции Российской Федерации: Избранные права. - М., 2002. - С.29-39.

²⁸ См.: *Эбзеев Б.С.* Конституция. Правовое государство. Конституционный Суд. - М., 1996; *Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е.* Теория современной конституции. - М., 2005.

кий суд. Ослабление суверенных прав государства с неизбежностью ведет к ослаблению ответственности, которую международное сообщество может требовать от публичной власти, осуществляющей эти права. Гуманитарные стандарты, согласованные международным сообществом, могут быть реализованы лишь при условии, что они подкреплены должной ответственностью самих государств. Проблема, следовательно, состоит не в том, чтобы воспроизводить в государственном строительстве и отечественном правопорядке внешние формы, принятые в иных европейских странах, а с учетом субсидиарного характера общеевропейской гуманитарной системы и масштабов сотрудничества в иных сферах межгосударственных отношений обеспечить должную эффективность правозащитного механизма, включая, к примеру, организацию и деятельность прокуратуры, институт судебного надзора и т.п., предусмотренного Конституцией Российской Федерации.

Globalization, general accepted principles and norms of international law and legal application of Constitution of Russia the tendencies of humanitarian cooperation

B. Ebzeev

*Judge of the Constitutional Court
of Russian Federation,
Honoured Scientist of the Russian Federation,
Doctor of Judicial Science*

Summary

The article describes the legal foundations and practice of interaction between the Constitutional Court of the Russian Federation and the Plenipotentiary Representative on Human

Rights issues. The Constitutional Court, taking into account the constitutional legal purpose of the institution of the Plenipotentiary Representative on Human Rights issues to which the Parliament delegates some of its review powers, does not consider it as a mere defender of the citizen submitted a complaint. The office of the Plenipotentiary Representative was established to secure guarantees of state protection of rights and freedoms of a man and a citizen (Article 45 of the Russian Constitution, Article 13 of the Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms). The Constitutional Court, taking into account the constitutional basis of the Plenipotentiary Representative's activities, provides him with an opportunity to initiate a semi-abstract judicial review of norms, while a citizen may initiate a complaint only on specific judicial review of norms.



Б. Мирбабаев

*заместитель Председателя
Конституционного Суда Республики Узбекистан*

Судебный контроль за конституционностью нормативных актов, защищающих права и свободы человека*

Реформа судебной системы, осуществляемая в Республике Узбекистан, является неотъемлемой составной частью преобразований во всех сферах общественной жизни. В годы независимости созданы организационно-правовые основы судебной системы, было усовершенствовано ее кадровое и финансовое обеспечение, усилены гарантии самостоятельности судей. Основная цель реформы - повышение эффективности судебной власти в защите прав человека, доведение ее до уровня, который соответствовал бы международным стандартам. Новым важным шагом на этом пути стал Указ Президента Республики Узбекистан Ислама Каримова от 8 августа 2005 года "О передаче судам права выдачи санкции на заключение под стражу".

Как известно, главные направления дальнейшего реформирования и либерализации судебно-правовой системы были определены Президентом Исламом Каримовым в его докладе на совместном заседании Законодательной палаты и Сената Олий Мажлиса 28 января 2005 года. Он отмечал, что одним из важных вопросов, "который необходимо нам решить в области либерализации судебно-пра-

* Публикуется из Дайджеста "Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии". N 18, 2007.

Актуальные проблемы конституционного правосудия

вовой системы, - это исключение смертной казни из системы наказаний". Данная мера направлена на защиту главного личного неотъемлемого права человека - право на жизнь.

Наша страна идет к решению этой задачи с первых дней своего независимого развития. За истекшие десять с небольшим лет со дня принятия Уголовного кодекса Республики Узбекистан количество статей в нем, предусматривающих смертную казнь сокращено с тридцати трех до двух: терроризм и умышленное убийство при отягчающих обстоятельствах. При этом наше законодательство запрещает применение смертной казни к женщинам, лицам, не достигшим 18 лет, и старше 60 лет. И вот теперь определен срок окончательного решения данной задачи - в соответствии с Указом Президента нашей страны Ислама Каримова от 1 августа 2006 года смертная казнь как вид уголовного наказания отменяется в Республике Узбекистан с 1 января 2008 года.

Реформа не только касается судов общей юрисдикции и хозяйственных судов, но и предполагает также совершенствование правового положения Конституционного Суда Республики Узбекистан и конституционного судопроизводства в сфере защиты прав и свобод человека.

В соответствии со статьей 11 Гражданского кодекса Республики Узбекистан одним из способов защиты гражданских прав является неприменение судом акта государственного органа или органа самоуправления граждан, противоречащего закону. Однако до этого суд признает такой акт незаконным, то есть недействительным. Поэтому статья 12 того же Кодекса предусматривает, что акт государственного органа или органа самоуправления граждан, не соответствующий законодательству и нарушающий гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, может быть признан судом недействительным.

В статье 264 Гражданского процессуального кодекса Республики Узбекистан определено рассмотрение судами дел: 1) по жалобам на решения, нарушающие права и свободы граждан; 2) по заявлению прокурора о признании

правового акта незаконным. Установив обоснованность жалобы, суд может признать обжалуемое решение незаконным.

Прокурор вправе обратиться в суд с заявлением о признании правового акта незаконным по основаниям, содержащимся в законодательстве. Подача прокурором заявления в суд приостанавливает действие правового акта до рассмотрения дела судом. Однако само наличие такой нормы в процессуальном законодательстве, как представляется, спорно. Не противоречит ли это принципу презумпции законности правового акта? Ведь признать акт незаконным может только суд.

Суд, установив, что заявление прокурора обосновано, выносит решение об удовлетворении этого заявления и признает правовой акт незаконным. Если же суд определит, что опротестованный акт был принят в соответствии с законом в пределах полномочий органа, его издавшего, он отказывает в удовлетворении заявления. Это решение направляется руководителю органа, отклонившего протест либо не рассмотревшего его.

Аналогичные нормы закреплены и в Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Узбекистан. Отрадно, что он развил регулирование такой практики, то есть разграничил полномочия между Высшим хозяйственным судом и другими хозяйственными судами. В статье 26 Кодекса закреплено, что дела о признании недействительными (полностью или частично) не имеющих нормативного характера актов высших органов власти рассматриваются Высшим хозяйственным судом Республики Узбекистан. Нам представляется, что под понятием “высшие органы власти” Кодекс подразумевает высшие органы исполнительной власти, то есть Президента и Кабинет Министров. Контроль над конституционностью нормативно-правовых актов этих органов осуществляется Конституционным Судом.

Как известно, правовое положение Конституционного Суда установлено Конституцией Республики Узбекистан и Законом “О Конституционном Суде Республики Узбекис-

тан”, а порядок конституционного судопроизводства - Регламентом Конституционного Суда Республики Узбекистан. Этот Регламент утвержден самим Конституционным Судом. Однако целесообразно, чтобы нормы, устанавливающие порядок конституционного судопроизводства, имели статус закона. Поэтому на данном этапе реформирования судебной системы было бы правильным принятие Закона, регулирующего этот порядок.

Конституционный Суд определяет соответствие Конституции Республики Узбекистан законов, указов Президента Республики Узбекистан, постановлений правительства и местных органов государственной власти. Следовательно, он защищает граждан от нарушения их прав и свобод не соответствующим Конституции Республики Узбекистан нормативно-правовым актом, в том числе законом.

Защита прав и свобод человека осуществляется Конституционным Судом и путем дачи официального толкования норм Конституции и законов Республики Узбекистан, а также внесением проектов законов в Олий Мажлис. При этом Конституционный Суд исходит, прежде всего, из приоритета прав и свобод человека, которые должны выступать главным ориентиром законодательной и правоприменительной практики. Обеспечивается это, в частности, тем, что деятельность Конституционного Суда строится на принципах приверженности Конституции, независимости, коллегиальности, гласности, беспристрастности, а также равенства прав судей.

Приведу один пример. Статья 240 Уголовного кодекса Республики Узбекистан и соответствующие статьи Гражданского процессуального и Хозяйственного процессуального кодексов предусматривают уголовную ответственность эксперта за уклонение от дачи заключения. Однако в статье 29 Конституции Республики Узбекистан как личное право граждан закреплено право на свободу мысли, слова и убеждений. В соответствии с этой нормой любое лицо свободно в выражении своего мнения. Его нельзя заставить высказать свое мнение. Поэтому Конституционный Суд в порядке законодательной инициативы внес в

Олий Межлис проект Закона о внесении в соответствующие законодательные акты изменений, предусматривающих исключение уголовной ответственности эксперта за уклонение от дачи заключения.

В Конституционном Суде налажено изучение принимаемых законов и других нормативно-правовых актов, в ходе которого выявляется их соответствие Конституции, наличие в законодательстве норм, не соответствующих друг другу. Например, часть первая статьи 536 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан устанавливала, что условно-досрочное освобождение от наказания и замена неотбытой части наказания более мягким наказанием применяются судьей по представлению администрации учреждения по исполнению наказания. Иными словами, эта норма не предусматривала непосредственного обращения в суд осужденного или его защитника с просьбой об уголовно-досрочном освобождении от наказания или замене неотбытой части наказания более мягким наказанием. Между тем в статье 44 Конституции Республики Узбекистан закреплено, что «каждому гарантируются судебная защита его прав и свобод». После принятия Конституционным Судом решения по этому вопросу все нормы законодательства были приведены парламентом в соответствии с требованиями Конституции.

Таким образом, постановления Конституционного Суда по подобным вопросам способствуют принятию законов в соответствии с Конституцией Республики Узбекистан, то есть обеспечению конституционности в законодательном процессе.

Если национальное законодательство не предусматривает возможность граждан прямо или косвенно (через судебные инстанции) обращаться в Конституционный Суд и наделяет таким правом Президента, членов парламента, Кабинет Министров и других, то есть только политических должностных лиц, то в этой стране институт конституционного контроля будет служить исключительно политикам. Но, с другой стороны, неограниченный доступ граждан в Конституционный Суд может привести к его загруженности и затягиванию процесса, что отразится на качестве рас-

смотрения дел.

В нашей стране в соответствии со статьей 19 Закона «О Конституционном Суде Республики Узбекистан» правом внесения вопросов на рассмотрение Конституционного Суда обладают палаты Олий Межлиса, Президент Республики Узбекистан, Спикер Законодательной палаты Олий Межлиса, Председатель Сената Олий Межлиса, Жокаргы Кенес Республики Каракалпакстан, группа депутатов - не менее одной четвертой части от общего числа депутатов Законодательной палаты Олий Межлиса, группа сенаторов - не менее одной четвертой части от общего числа членов Сената Олий Межлиса, Председатель Верховного суда, председатель Высшего хозяйственного суда и Генеральный Прокурор Республики Узбекистан. Вопрос может быть внесен и по инициативе не менее трех судей Конституционного Суда.

Как видим, граждане непосредственно не могут вносить вопрос в Конституционный Суд. Однако они могут это сделать через Председателя Верховного Суда, Председателя Высшего хозяйственного суда, Генерального прокурора и судей Конституционного Суда на основе обращений граждан, негосударственных организаций, государственных органов и их должностных лиц.

Между тем в развитых странах внесение вопросов судьями на заседание Конституционного Суда почти не практикуется, поскольку это приводит к нарушению принципа его беспристрастности.

Известно, что судебная-правовая реформа в нашей стране осуществляется поэтапно. Исходя из этого, считаю, что на нынешнем ее этапе настало время несколько расширить круг субъектов, имеющих право внесения вопросов в Конституционный Суд.

Среди полномочий судов - контроль над соответствием правовых актов государственных органов Конституции и законам. Этим занимаются и Конституционный Суд, и суды общей юрисдикции, и хозяйственные суды. Но в действующих законодательных актах не установлены точные границы контроля, осуществляемого каждым из названных судов. Думается, что в этом отношении наши законодательные ак-

ты нуждаются в совершенствовании.

В статье 109 Конституции четко закреплено, соответствие каких нормативно-правовых актов Конституции определяется Конституционным Судом. Но в процессуальных законах не зафиксировано, какие нормативно-правовые акты контролируются другими судами.

Определять соответствие Конституции нормативно-правовых актов, указанных в статье 109 Конституции, суды общей юрисдикции и хозяйственные суды не вправе. Это входит в исключительную компетенцию Конституционного Суда.

Здесь возникает еще один вопрос: Конституционный Суд контролирует соответствие Конституции только нормативно-правовых актов или ненормативных индивидуальных тоже? Это не указано достаточно четко ни в Конституции, ни в иных законодательных актах. Но в последней части статьи 13 Закона Республики Узбекистан “О прокуратуре” закреплена норма: “Приказы и другие акты Генерального прокурора Республики Узбекистан (за исключением актов индивидуального характера) в случае противоречия их Конституции и законам Республики Узбекистан отменяются на основании решения Конституционного Суда Республики Узбекистан”. Если сослаться на эту норму, то Конституционный Суд не должен контролировать соответствие Конституции указов Президента Республики Узбекистан или постановлений Кабинета Министров Республики Узбекистан индивидуального характера.

Если в судах общей юрисдикции и хозяйственных судах появится сомнение в отношении соответствия Конституции нормативно-правовых актов, указанных в ее статье 109, или будут жалобы граждан по данному вопросу, то Председатель Верховного Суда, Председатель Высшего хозяйственного суда Республики Узбекистан могут обратиться в Конституционный Суд с просьбой разрешить возникшее сомнение. Это их обязанность или право? Согласно статье 19 Закона “О Конституционном Суде Республики Узбекистан” - право. Значит, они обращаются в Конституционный Суд, если сочтут это необходимым.

Надо также сказать, что в случае вынесения судебного постановления о признании нормативно-правового акта недействительным, оно является обязательным для всех, потому что в статье 114 Конституции Республики Узбекистан закреплено: “Акты судебной власти обязательны для всех государственных органов, общественных объединений, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц и граждан”. Нормативно-правовой акт, объявленный постановлением суда недействительным, не имеет юридической силы. Если существует судебный вердикт в отношении законности какого-либо правового акта, то граждане или организации не могут снова обращаться в суд по поводу этого акта.

Рассмотрение некоторых конституционных дел отнесено действующим законодательством к компетенции Верховного Суда Республики Узбекистан. Однако было бы правильно, чтобы ими занимался Конституционный Суд. Например, в соответствии с законами о выборах Верховный Суд является последней инстанцией, разрешающей споры по поводу законности проведенных выборов. Но это, по сути, конституционное дело, и во многих развитых странах такие дела рассматриваются конституционными судами.

Или другой пример. Конституция Республики Узбекистан запрещает “создание и деятельность политических партий, а равно других общественных объединений, имеющих целью насильственное изменение конституционного строя, выступающих против суверенитета, целостности и безопасности республики, конституционных прав и свобод ее граждан, пропагандирующих войну, социальную, национальную, расовую и религиозную вражду, посягающих на здоровье и нравственность народа, а также военизированных объединений, политических партий по национальному и религиозному признакам. Запрещается создание тайных обществ и объединений” (статья 57).

Если гражданами создаются противоречащие Конституции общественные объединения, в том числе политические партии, то постановлением Верховного Суда Рес-

публики Узбекистан их деятельность прекращается. Но правом принимать такое постановление должен обладать не Верховный Суд, а Конституционный Суд, ибо дело о конституционности политической партии или общественного объединения по своей сущности является конституционным. И поэтому вопрос прекращения их деятельности должен решаться через конституционное судопроизводство. Кроме того, и Конституция Республики Узбекистан (статья 110), и Закон “О судах” (статья 13) определяют Верховный Суд Республики Узбекистан как высший орган судебной власти в сфере гражданского, уголовного и административного судопроизводства.

Законодательные акты ряда стран дают такое право именно их конституционным судам. Например, как сказано в статье 21 Основного Закона Федеративной Республики Германии, “вопрос о неконституционности партии решает Федеральный Конституционный Суд”.

В защите прав и свобод человека большое значение имеет также официальное толкование норм Конституции и законов. Толкование является такой формой деятельности Конституционного Суда, которая обеспечивает реализацию норм Конституции, ее принципов и основных положений, способствует повышению авторитета Конституции, предупреждает нарушения Конституции и законов и, в конечном итоге, защищает права и свободы человека. Цель толкования заключается в том, чтобы устранять неопределенности в понимании конституционных положений, обеспечивать соблюдение последних. Посредством толкования Конституционный Суд разъясняет их действительный смысл, предупреждает появление различного понимания конституционных норм. Таким образом, он выступает главным инструментом в деле обеспечения стабильности Конституции, охраны ее положений.

Толкование необходимо также в тех случаях, когда существует различное понимание отдельных норм законов. Так, Конституционный Суд рассмотрел дело “О толковании абзаца пятого части первой статьи 6 Закона Республики Узбекистан “Об адвокатуре”” в связи с тем, что Республиканский научно-исследовательский криминалистический

центр отказывал в удовлетворении просьбы адвокатов о выдаче письменных заключений экспертов по вопросам, необходимым для оказания юридической помощи клиентам. При этом Центр ссылается на отсутствие нормы, закрепляющей такое право адвоката, в процессуальных кодексах. Между тем указанная норма Закона “Об адвокатуре” гласит, что при осуществлении профессиональной деятельности адвокат имеет право “запрашивать с согласия клиента и получать письменное заключение экспертов ... по вопросам, необходимым для оказания юридической помощи”. В соответствии с принятым по этому делу постановлением Конституционного Суда “... экспертные учреждения или эксперты по запросу адвоката с согласия его клиента должны предоставлять ему письменное заключение экспертов по вопросам, необходимым для оказания юридической помощи”. Таким образом, Конституционный Суд дал официальное обязательное для всех толкование нормы, и тем самым был восполнен пробел в процессуальном законодательстве относительно права адвоката на получение результатов экспертизы. Если иметь в виду, что в данном случае, в конечном итоге, речь идет о правах граждан, то становится понятным, что Конституционный Суд выступил в их защиту.

Итак, в осуществлении контроля за конституционностью нормативно-правовых актов, направленных на защиту прав и свобод человека, деятельность судов, особенно Конституционного Суда Республики Узбекистан, имеет большое значение. Тем не менее полномочия Конституционного Суда нуждаются в расширении, а деятельность всех судов - в совершенствовании с целью укрепления их независимости.



Г. Даниелян

*министр юстиции Республики Армения,
доктор юридических наук, профессор*

Современные проблемы комментария принципа разделения властей

Советское правосознание, с присущими ему односторонностью и закостенелыми стереотипами подходов к сложным правовым вопросам, не могло обеспечить беспристрастного исследования проблем, имеющих ключевое научно-практическое значение. Между тем, сегодня общественное самосознание имеет тенденцию к широкому восприятию наиболее сложных вопросов, что является положительным с точки зрения обеспечения участия всех социальных слоев в государственном строительстве. Однако вызывает беспокойство, что как в политических, так и в правоведческих кругах по одним и тем же критериям, методике и в одной и той же плоскости рассматриваются и обсуждаются политико-правовые явления и институты, которые существенно различаются друг от друга в плане своей теоретической сложности. В результате возникает ситуация, при которой к крайне сложным проблемам проявляется произвольный, а зачастую и исключительно дилетантский подход.

Следует отметить, что часть правоведов по праву считает, что этому в большей степени содействовал не столь уж гармоничный процесс привнесения законодательства зарубежных стран: «В деятельности законодательного органа республики все большее место занимает механическое заимствование иностранного законодательства (правовые нормы и даже целые правовые акты) системой отечествен-

Актуальные проблемы конституционного правосудия

ного права. Перенимаются (копируются) отдельные государственные институты и структуры. Ущерб от деятельности чуждой армянской действительности и нравам и регулируемых чужеродными правовыми методами структур проявляется не сразу. Однако законодатели, правоведы, специалисты-эксперты обязаны прогнозировать потери от подобного влияния»¹.

Для обоснования вышеизложенного обратимся к конституционному принципу разделения властей. Как это не удивительно, у многих сложилось превратное представление о том, что это простой и легковосприимчивый правовой принцип, и поэтому зачастую люди, в той или иной степени причастные к правоведению, пытаются в смелых и беспечных тонах выразить свою исчерпывающую точку зрения касательно указанного принципа.

Бесспорно ключевое значение данного принципа в нашей общественно-политической жизни, а некоторые известные правоведы безоговорочно придают ему основополагающее значение: «Для нормального развития общества необходимо прежде всего сформировать действенную систему государственной власти с четким разделением ветвей законодательной, исполнительной и судебной властей и применением системы необходимых сдержек и противовесов для их гармоничной работы»².

Не считаю целесообразным называть конкретно имена, так как мнения, о которых я выскажусь, звучали публично, в некоторой степени общеизвестны, и кроме того, дело вовсе не в частных случаях. Беспокоит то, что разделение властей, как и многие другие категории, воспринимается сегодня крайне упрощенно. Достаточно отметить, что разделение властей отождествляется с разделением полномочий.

Не исключаю, что это может быть лишь следствием оплошности, но когда при недостаточной подготовленности

¹ См.: Айвазян Н.А., Айвазян А.Н. Суть и содержание Конституции (Сравнительный конституционный анализ). - Ереван: Тигран Мец, 2005. - С. 5.

² См.: Арутюнян Г.Г. Конституционный контроль. - Ереван: Изд. «Нжар», 2002. - С. 4.

еще и руководствуются конкретными субъективными факторами, результат, мягко выражаясь, не может быть удовлетворительным. В частности, складывается впечатление, что в отдельных случаях, в особенности оппозиционные политические силы пытаются путем своеобразного толкования положений Конституции сорвать естественный процесс политического строительства, чтобы искусственно приобрести возможность для предъявления обвинений своим политическим противникам.

Все это было бы не столь тревожным, если бы выраженные из подобных соображений мнения не порождали путаницы и не находили сторонников, в том числе, и среди правоведов. Думается, в последнем случае дает о себе знать наличие некоторых отклонений, касающихся методики исследования сложных теоретических вопросов в сфере правоведения. Этому тоже есть свое объяснение: правоведение наиболее тесно связано с политикой, в результате чего еще в советскую эпоху тенденции развития правоведения исключительно предопределялись господствующей в стране политической идеологией. К сожалению, присущие советской правовой системе некоторые явления по инерции дают о себе знать и в наше время, чем и объясняется особый подход к мнениям политических деятелей.

Так или иначе, попытаемся по возможности системно представить научно-практические аспекты конституционного принципа разделения и баланса властей и их современные проявления. Необходимо также отметить, что для адекватного представления глубинных проявлений в этом вопросе следует также проанализировать взаимоотношения этого принципа и института конституционности.

Заметим вначале, что конституционность часто толкуется как ограничение государственной власти, обусловленное интересами «общественного спокойствия»³. Полагаю, что такие определения несут в себе элементы крайности, призванные стремлением представить по возмож-

³ См.: Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма), перевод с венгерского. - Москва: Юристь, 1999. - С. 20.

ности «красочно» институты демократии. Между тем, при сугубо научных критериях подхода становится очевидным, что эти ограничения относятся как к властям, так и к каждому лицу. Иначе и быть не могло, ибо в Конституции, по крайней мере, есть многочисленные нормы, которые непосредственно устанавливают обязанности для физических лиц.

При этом ограничения прав лиц также направлены на защиту интересов так называемого «общественного спокойствия», так как нельзя говорить о защищенности этих интересов, если для осуществления прав и свобод лиц не устанавливаются четкие критерии. То есть они могут ограничиваться, «если это необходимо для защиты в демократическом обществе государственной безопасности, общественного порядка, пресечения преступлений, охраны здоровья и нравственности общества, защиты конституционных прав и свобод, чести и доброго имени других лиц» (Конституция, ст. 43, ч. 1).

Таким образом, идея конституционности неизбежно предполагает необходимость ограничения правовых возможностей как государственной власти, так и отдельных лиц. Почему мы выделяем это умозаключение? Дело в том, что представления об абсолютности ограничения властей, о чем говорилось выше, на практике сопровождаются такими превратными выводами, согласно которым принципы разделения властей – это исключительно политико-правовая категория и «не терпит» осуществления какой-либо из ветвей власти функций, присущих другой ветви.

Попробуем рассмотреть вопрос в свете чисто объективной необходимости сохранения того же принципа разделения властей. В частности, попытаемся ответить на вопрос, сможет ли какой-нибудь орган судебной власти осуществлять свою естественную деятельность без некоторых функций, присущих исполнительной власти? Мой ответ на этот вопрос отрицательный – не сможет. Тогда зададимся следующим вопросом: не является ли в данном случае осуществление судебным органом функций, содержащих элементы исполнительной власти, нарушением

принципа разделения властей? И на этот вопрос я отвечу отрицательно – не является.

Для обоснования вышеуказанной позиции можно привести множество примеров. Так, в Судебном кодексе РА наличествуют отведенные председателям судов, Совету правосудия и его членам такие полномочия, которые внешне не имеют отношения к судебной власти и однозначно содержат элементы исполнительной власти⁴.

В конечном счете, для обоснования естественной деятельности любого государственного органа, независимо от того, к какой из ветвей власти он принадлежит, возникает необходимость наделить этот орган или соответствующих должностных лиц такими, присущими исполнительной власти полномочиями, которые касаются, к примеру, обсуждения заявлений, предложений, решения вопросов общего администрирования (назначение пенсии, предоставление отпуска) и т.д.

Иначе говоря, указанные должностные лица вовсе не заняты осуществлением антиконституционной деятельности, и лишь обеспечивают выполнение поставленных перед ними задач. Одновременно следует подчеркнуть, что вышеуказанное исключение относится только к исполнительной власти, ибо Конституция однозначно отвела осуществление законодательной и исполнительной власти специально созданным для этого органам.

То, что Конституция не исключает выполнение функций, содержащих элементы исполнительной власти, также и другими государственными органами, обосновывается рядом положений. Так, 5-ая глава Конституции (озаглавленная «Правительство») посвящена органу, представляющему исполнительную власть, - формированию и деятельности Правительства РА. Однако именно в этой главе закреплено следующее положение: «Компетенции Правительства подлежат все те вопросы государственного управления, осуществление которых законом не заре-

⁴ Таковы, к примеру, полномочия, установленные ст. 61 (ч. 3, пункты 4-6), ст. 73 (ч. 2, п. 4). В конечном счете, о наличии подобных полномочий свидетельствует существование так называемого института самоуправления органов судебной власти.

зервировано за иными государственными или органами местного самоуправления». Это примечательная оговорка, из которой прямо следует, что Правительство является основным, но не единственным носителем исполнительной власти.

Следует также отметить, что вышеуказанным представлениям в большой степени способствовали стилевые крайности в изложении отечественного Основного Закона, что присуще тем случаям, когда обретшие независимость и присягнувшие демократическим критериям страны пытаются по возможности акцентированно указать свою приверженность этим принципам. А когда к этому приплюсовывается практика неуместных уступок в процессе политического противоборства для приобретения определенного политического рейтинга, картина становится целостной.

Так, пожалуй, ни в одной из конституций других стран не встретить правовой нормы, созвучной следующему положению, закрепленному в ст. 2 Конституции РА: «Народ осуществляет свою власть посредством свободных выборов, референдумов, а также предусмотренных Конституцией (подчеркнуто нами) государственных органов и органов местного самоуправления и должностных лиц».

В общих чертах для характеристики конституционного строя указанное положение имеет ключевое значение и, в целом, соответствует международным правовым принципам. Однако непонятно, почему вышеуказанные органы должны быть исключительно предусмотрены Конституцией?

Для сравнения отметим, что в Конституциях как Грузии, так и Азербайджана в статьях того же содержания предпочтение отдано формулировке «предусмотренных Конституцией и законами»⁵.

Однако даже вышеприведенные формулировки не являются правовым препятствием для того, чтобы считать правомерной деятельность созданных на основании закона государственных органов. В данном случае имеется в ви-

⁵ См. Конституции Азербайджана, Армении и Грузии. - Ереван: GTZ, 2007г.

ду, что термин «предусмотренный» нельзя отождествлять с термином «перечисленный», как это ошибочно пытаются представить. Предусмотрение Конституцией, к сожалению, порой воспринимается в том случае, что в Основном Законе конкретной страны должен быть перечислен тот или иной государственный орган. Между тем, предусмотреть – означает правомерно определить такие формулировки и деятельность государственного органа, которые вытекают из основ Конституции.

Иначе говоря, если Конституцией закреплено положение, согласно которому, к примеру, функции государственного управления могут осуществлять также предусмотренные законом иные государственные органы, то означает, что тем самым предусматривается создание подобного государственного органа.

Вышеуказанные упрощенные подходы к принципу разделения властей частично обусловлены и неадекватным отношением к самому призванию, назначению этого принципа.

В конечном счете, следует отметить, что отправная точка, суть этого принципа проявляется не в том, чтобы та или иная функция осуществлялась исключительно определенными государственными органами, а в том, чтобы обеспечить самостоятельную деятельность системы осуществляющих определенную власть государственных органов, исключить неуместные вмешательства и обеспечить требование необходимого равновесия.

Естественно, как уже отмечалось, в случае с законодательной и судебной властями особенность состоит в том, что эти виды властями могут осуществляться сформированными исключительно в данных целях государственными органами. Но даже в этом случае Конституция лишь закрепляет принципиальные нормы либо основные положения системы государственных органов данного вида, предоставляя возможность производить необходимое правовое регулирование текущими законодательными актами.

Так, согласно ст. 91, ст. 92 (ч.1) Конституции: «В Республике Армения действуют суды первой инстанции общей

юрисдикции, Апелляционные суды и Кассационный суд, а в предусмотренных законом случаях также специализированные суды». Иначе говоря, даже в случае с судебной властью Конституция полностью не перечисляет все судебные органы, а закрепляет определенные возможности, чтобы этот вопрос регламентировался конкретным законом. То есть, это также самостоятельная разновидность «предусмотренного Конституцией» порядка, о чем упоминалось выше.

Еще один важный аспект, относящийся к принципу разделения властей: должен ли в обязательном порядке каждый государственный орган подлежать той или иной ветви власти? На этот вопрос в научно-практических и политических сферах дается однозначно положительный ответ. Более того, изумляются, спрашивая: как можно вообразить государственные органы, которые находились бы вне той или иной системы власти, и не нарушит ли подобное принцип разделения властей?

Не углубляясь в анализ элементов содержания указанного принципа, отметим лишь, что он состоит из требований разделения и уравнивания, по меньшей мере, двух ветвей власти. Причем, ни одно из этих требований не исключает ситуации, когда могут быть отдельные государственные органы, которые не подлежат ни одной из трех систем власти.

Так, делая ссылку на статью 85 Конституции нашей страны, подчеркнем, что функции исполнительной власти может осуществлять не только Правительство РА. Однако если мы взглянем на этот постулат под другим ракурсом (чтобы подчеркнуть, что властные функции могут осуществляться также иными, созданными на основании закона органами), то в данном случае считаем важным подчеркнуть следующий вывод: Конституция не исключает деятельности не входящего в какую-нибудь из ветвей власти государственного органа. Более того, считает необходимой подобную ситуацию, если речь идет о конституционном принципе равновесия (уравнивания) властей.

Причем, вышеуказанный вывод получил свое адекват-

ное воплощение и практически. Так, например, прокуратуру нашей страны нельзя безоговорочно причислить к одной из ветвей власти, и в данном случае не имеет какого-либо правового значения то, что нормы, относящиеся к последней, помещены в главе 6 Конституции, называемой «Судебная власть», так как анализ норм этой главы показывает, что составляющую сердцевину судебной власти функцию – правосудие могут осуществлять лишь суды (ст. 91 Конституции). Причем, относительно вопроса прокуратуры сложившиеся точки зрения полярно противоречивы, так как часть считает, что прокуратура подлежит исключительно исполнительной власти⁶.

Вышеизложенные, по сути, бесконечные и бесплодные дискуссии продолжатся до тех пор, пока не будет принята в качестве исходной точка зрения о том, что есть и в дальнейшем еще будут государственные органы, которые не подлежат какой-либо из ветвей власти. А на вопрос, какие задачи решают эти органы, можем ответить, что они, в рамках своих полномочий осуществляют особые функции и призваны гарантировать конституционные права и свободы граждан, а также обеспечить нормальное действие принципа равновесия властей.

Бытующие в наше время чересчур жесткие позиции относительно принципа разделения властей, на мой взгляд, имеют также определенные историко-философские предпосылки. Дело в том, что теоретики-основатели этого принципа Джон Локк и Шарль Луи Монтескье не могли предвосхитить определенные растяжимость и условия, так как в исторический период формирования принципа государственный аппарат еще не имел нынешнюю сложную структуру, а отдельные, ныне действующие государственные органы либо вообще не существовали (как, например, прокуратура, защитник прав человека, выполняющие функции исполнительной власти различные независимые комиссии и др.), либо пока еще находились в составе той

⁶ Об этом вопросе более подробно, см.: *Ястребов В. Б.* Прокурорский надзор. - М.: Издат. "Городец", 2001. - С. 7-11.

⁷ См.: *Азаркин Н. М.* Всеобщая история юриспруденции. - М.: Юрид. лит., 2003. - С. 312-318 и 333-339.

или иной ветви власти и не были наделены правовыми возможностями осуществления особых функций⁷.

К сожалению, иногда мы проявляем сугубо догматический подход в отношении исторически сложившихся некоторых теорий, а в результате лишаем сами себя возможности дать адекватную оценку нынешним реалиям. Между тем, наиболее логичным является не приверженность догматической методологии, а при безоговорочном следовании сути каждой теории, стремление привести ее в соответствие с современными научными достижениями и требованиями адекватного решения проблем.

Кстати, догматические подходы к исторически сложившимся теориям неуместно критиковались рядом правоведов еще в начале прошлого века. Характерна, в особенности, принятая в Древнем Римском праве идеология подразделения права на общественную и частную доли, к чему в свое время обращался классик российского права И. Покровский⁸.

Не следует также игнорировать то, что в законодательствах стран, имеющих различные правовые системы, также можно встретить, так сказать, некоторые разночтения основополагающих принципов права, что также свидетельствует об уязвимости вышеуказанной методологии.

Думается, что для адекватного восприятия сути принципа разделения властей, следует принять исходным еще один критерий: основные, определяющие, наиболее характерные функции каждой ветви власти должен осуществлять один государственный орган или система подобных органов, а остальные органы могут быть наделены лишь производными, не существенными функциями.

⁸ См.: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. - М.: Статут (в серии «Классика российской цивилизации»). 1998.

The interpretation of the issues of current importance of the principle of separation of powers

G. Danielyan

*Minister of Justice of the Republic of Armenia,
doctor of Judicial Sciences, professor*

Summary

New approaches covering the issues concerning the legal enforcement of the principle of separation of powers are provided. Meanwhile, its origins and stereotype, as well as the serious reasons for solving those issues on the surface level are demonstrated.

The principle of separation of powers does not directly apply for such an exclusive situation, when any of the governmental institutions and branches may not either legally be incompetent to deal with issues or activities common for the other branches of the power. Simultaneously, the relevant examples are given to state especially the facts of the implementation of the operation of the executive powers by the bodies of judicial authority.

Special attention is paid to the significant importance of the norm of Constitution of the Republic of Armenia, according to which people exercise their power through free elections, referendum, as well as through state and local self-governing bodies and public officials as provided by the Constitution.

Particularly, the interpretation of the meaning “stipulated” and the arguments that the same statement does not exclude the exercise of the power only by the state bodies provided by the Constitution. “Stipulated” means that state bodies are not straightly vested to the Constitution, but comes to existence out of the principles of Constitution.

As an example the provision of Article 85 of Constitution of the Republic of Armenia, according to which the possibility of operation of public administration is promulgated also for the state authorities provided Law. Significant attention is paid to the matters of the protection of the “public order” interests and limitation of the power of state authorities.

The above mentioned issues are also affected by the obviously extreme style of the national constitutional content, which is common for newly independent countries which adopted democratic values that try mostly to emphasize their attitude to the same values. And the picture is complete when it comes to political confrontations for gaining high rating through the frivolous compromises.

There is another essential point concerning the principle of separation of powers whether any state authority shall belong to this or that branch of power. The author gives very unique explanation i.e. separate state authorities might not belong to any branch of power.

In order to understand the nature of the principle of separation of powers it is concluded that it is essential to take into consideration another criterion according to which the basic functions of each branch of power may be stipulated to particular state authority, and other state authorities may have similar privileges of secondary importance.



Ch. Himsworth

University of Edinburgh (UK)

JUDICIAL REVIEW OF POLITICAL QUESTIONS QUESTIONS OF JUSTICIABILITY

Abstract: Questions of “justiciability” crop up across the field of judicial review in a number of different contexts. These questions (and the closely related questions of judicial “deference” to legislators and administrators) and their location within the legal system vary over time. By listing a number of contemporary (and some earlier) UK instances, the paper seeks to explore the deployment of the idea of justiciability (both with reference to inter-institutional “respect” and judicial “competence”) at the interface between political and judicial decision-making, at the hands of both judges and legislatures.

A. INTRODUCTION

“It is not Judges’ work” This was the view expressed by Lord Cockburn in the early Scottish case of *Pryde v Heritors and Kirk-Session of Ceres*¹ when the Inner House of the Court of Session was called upon to decide whether the Court should adjudicate upon the award of parochial relief to a weaver’s widow and her seven children of 3s 6d (17] p) per week. Should the Court of Session review the decision of the kirk-session at all? Could the court, if it wished

¹ (18’ 3) 5 D 552 at 560.

to do so, revise the amount to be paid in allowances to the poor? Lord Cockburn was one of a minority on the Court who took the view that the Court should not intervene to adjust the amounts awarded. The Court could never have the knowledge required, it would be overwhelmed by the pressure of litigation and the respect and authority of the original decision-makers would be undermined.

Although this restrained approach by the judiciary was not at this time universally accepted, it did, in due course, come to be the basis of the modern law of judicial review in administrative law. It became an acknowledged aspect of the judicial role. There were limits. Some issues were not appropriate for adjudication by courts. They were not “judges’ work”

The aim of this paper is to explore the ways in which the idea of what is and is not “judges’ work” - to be closely equated with what is and is not “justiciable” - is a useful concept in determining whether or not courts should exclude themselves entirely from the adjudication of some issues, or, in circumstances where their jurisdiction is not altogether excluded, their role should, in some appropriate measure, be restrained. Within the categories of the non-justiciable there may be room for the concept of the “political question” and this too will be touched on. Important, in any event, is the distinction well taken by the late Geoffrey Marshall in his essay “Justiciability” where he clarified the distinction between the assertion of non justiciability on the grounds of the “*absence in fact*” of a fixed procedure for judicial decision-making and, on the other hand, that something is “unsuitable” for resolution by a court³. There is a distinction, in other words, between those issues which are *contingently* non-justiciable because, whatever their other general qualities, they are formally declared, within the rules of a particular legal system, to be so. Marshall’s example was that of the Directive Principles of State Policy in the Indian Constitution. On the other hand, there are those issues which may be said to be *inherently* non-justiciable or inappropriate for decision by a court because of the politi-

² In AG Guest (ed), Oxford Essays in Jurisprudence (1st series, 1961) pp 265-287.

³ *Ibid* at 266.

cal (including inter-institutional) or social or economic context within which decisions must be made.

Total of justiciability is to focus on the work of judges done in the court room. This paper is, therefore, not really concerned with the other types of work which judges may also involve themselves in such as chairing, at the invitation of governments, commissions or tribunals of inquiry. Such work may be usefully illustrative of the sorts of qualities, whether deriving from their independent and apolitical stance or their fact-finding skills, which make them attractive in the filling of these positions. The same work may, therefore, be a useful secondary indicator of what may reasonably be regarded as failing within judicial competence in the court room and may indeed contradict some lists of assumed limitations on judicial abilities. Nor, in the UK tradition, has the extra-judicial deployment of judges to head high-level inquiries into matters of public concern been the only example of the use of judges outside the court room. At more routine levels of public administration, members of the judiciary have been drawn into decision-making, including decisions (on “merits”) on appeal from elected local authorities, which is quite distant from their normal processes of court room adjudication. The sheriff in Scotland continues to exercise many functions which derive from a role which was historically much more extensive as a position which combined local administration on behalf of the Crown with local adjudication and it remains a question in modern times whether a new form of administrative appeal should be directed towards a court or a tribunal or a minister. This all illustrates the difficulties that have been encountered in British practice in drawing bright lines between the administrative and judicial. Sir Ivor Jennings derived much fun, in an appendix to his text book on constitutional law, in pointing out the folly of attempting too formal a division between so called ‘administrative’ and ‘judicial’ functions⁵.

⁴ Recent examples are provided by the Scottish Executive Consultative documents on the implementation of environmental law: - *Strengthening and Streamlining: The Way Forward for the Enforcement of Environmental Law in Scotland* (November 2006) and *Environmental Liability Directive: A Consultation* (December 2006).

⁵ Sir Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed, 1959) pp 280-30.

The question of the classification of powers is one which will arise at a number of points in the discussion which follows. Fully explored by Professor Stanley de Smith, the classification of decision-making by public authorities - the division into the administrative, the judicial, and the ‘quasi-judicial’ - was, for many years, used by reviewing courts to determine the proper extent of their powers - whether, for instance, the principles of natural justice should be applied. It may be correct to state, as has been said more recently by de Smith’s editors, that a reliance on the classification of powers has given way to a test of justiciability as a determinant of the appropriateness of a decision for judicial review⁶. On the other hand, they also admit that ‘some of the qualities of the old classifications contribute to the identification of a decision’s justiciable features’⁷.

But it is certainly the case that any enquiry into the concept of justiciability will draw on ideas of the separation of powers - and in two distinguishable respects. In the first place, justiciability relies on the idea that there is a distinction between the legal or judicial style from the executive or administrative; that there is a difference between legal reasoning and policy-based decision-making. That such distinctions can be drawn has been strongly argued in recent times by Ronald Dworkin⁸ and Neil MacCormick⁹. On the other hand, there have been those who are much more sceptical about the basis of this distinction¹⁰ and this is a useful pointer to another dimension in the discussion of justiciability itself. We should remember that assertions made by judges that issues are either justiciable or non-justiciable may lack a certain objectivity. By definition, they are far from being merely legal decisions.

The second way in which the idea of the separation of powers frames that of justiciability is that it provides, through the notion of institutional respect, the second principal basis

⁶ Lord Woolf and J Jowell (eds), *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed, 1995) 1002.

⁷ *Ibid.*

⁸ R Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1997) 22-28.

⁹ See eg N MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) 132-133; *Rhetoric and the Rule of Law* (2005) 119.

¹⁰ See eg J A G Griffith, *The Politics of the Judiciary* (5th ed, 1997).

for judicial restraint. Judges are expected to hold back not because the type of reasoning or decision-making in which they are engaged but because it is more appropriate for either legislative or executive bodies to have a final or near-final say – usually because of the democratic base from which they derive their legitimacy. In talking of justiciability at all, we are here using the term as a means of discussing the limits of adjudication, whether these are reflected in the complete rejection by courts or some issues for decision or whether they produce an unwillingness on the part of courts to apply with their normal vigour the usual standards of review – those situations which attract a degree of restraint or ‘deference’ towards decisions made. Because this involves drawing a line (or several different lines) between those issues which may be described as fully susceptible to judicial scrutiny and those which are not, it is a project which, in that sense, draws a line between the legal and the political. What will not be attempted here, however, is a full examination of the theory of the law/politics divide such as has been undertaken in recent years by Martin Loughlin¹¹.

In this paper, section B will develop a little further a general consideration of the idea of justiciability and the criteria that identify which situations attract justiciability questions. Then, in section C, there is a listing of the most prominent such situations. Because this is very much a paper reflecting the clichéd ‘work in progress’, the listing (which is itself very uneven in its treatment of the different instances) stops short of a full map and even further short of a general theory of justiciability (if one were to be sought). In section D some threads are drawn together.

B. JUSTICIABILITY

Before moving into an examination of specific examples of circumstances where the concept of justiciability has been applied, it may be helpful to add a few more introductory comments to assist in defining the field. The focus of the paper is on those situations where ‘political’ considera-

¹¹ See, in particular, *The Idea of Public Law* (2003).

tions (whether defined by reference to respect for inter-institutional proprieties or to the nature of the issue to be decided or, in many cases, to both) intrude to the extent of excluding a court’s powers to adjudicate or to restrict their scope. For the purposes of further clarification, however:

1. It is clear that, for the purposes of this enquiry, we are not concerned with *all* the reasons why a court may be obliged to decline, or at least to narrow the power, to decide an issue placed before them. Thus it is clear that where a court declines to hear a case because, by statute, that case is placed exclusively within the jurisdiction of another type or level of court, such a rejection of the case is not done on grounds of justiciability. The case is appropriate for adjudication but not by that court. And the same applies to cases which, through the application of rules of international private law, belong in the courts of another country. The same might also be thought to be true of those circumstances in which Parliament has sought expressly to exclude the jurisdiction of any court to decide a particular issue, whether or not that exclusion is stated to take effect only after a time-limited opportunity for a legal resolution *has* been permitted? Or where case is rejected on grounds of its lack of ‘ripeness’? Or even where it is held that the pursuer lacks the necessary *locus standi*? However, although these are all circumstances (perhaps with the exception of the ‘ripeness’ case) where the language of ‘justiciability’ would not be invoked directly, they are indeed cases where the idea of justiciability is quite appropriate. Where Parliament has intervened to exclude jurisdiction this may be on grounds of non-justiciability. The issue is considered not appropriate for judicial determination on the grounds, for instance, that finite resources have to be shared¹² – a category to be treated below – or that another body has, in any event, been assigned the right of final determination. A lack of ‘ripeness’ may certainly indicate a lack of justiciability, at least for the time being and

¹² See, for example, in *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147. Another form of statutory exclusion is the narrowing of remedies against the Crown achieved by the Crown Proceedings Act 1947. Other aspects of public authority liability are considered below.

pending further developments. A lack of standing implies a lack of justiciability of an issue raised on the initiative of the particular party¹³. These examples will not be pursued further but they do serve to illustrate the flexible limits to be applied to the core concept of justiciability.

2. The case of the parliamentary intervention to exclude jurisdiction by statute¹⁴ may be used as an illustration of a more general characteristic of justiciability and as a restatement in different terms of the distinction drawn from Marshall between 'contingent' and 'inherent' non-justiciability. Whilst that distinction has value, the more important question is who has the power to decide the limits of justiciability. In some circumstances, this will be taken out of the hands of the courts and attributed to the constitution on the legislative. In other circumstances, those limits have to be determined by the courts themselves. Whilst the latter circumstances are those more commonly treated as raising issues of justiciability, the former shall not be forgotten.

3. This is, in turn, a reminder that, although a prime focus for justiciability questions is within the jurisprudence of judicial review, they extend more broadly. They are present at point where statute defines the jurisdiction of courts. They are present too in the work of the courts beyond that of judicial review. As we shall find, a particular fertile area is that of the liability in tort/delict of public authorities. And, as we shall also find, comparisons between cases raised in different legal contexts demonstrate that notions of justiciability vary from one to another. Degrees of justiciability are determined by reference to the nature of the legal issue to be decided. The 'political' quality of a decision may attract a different response in judicial review where the court's role, in any event, attracts a lighter touch, in comparison with decisions on tortious liability. Justiciability depends on the nature of the legal issue at stake.

4. Another example of the need to take a broad but flexible view of the justiciability is its application not only to the

¹³ In *MacCormick v Lord Advocate* 1953 SC 396, to be discussed further below, the question of standing was linked to broader issues of justiciability..

¹⁴ See *Anisminic* n 12. Also *Laws* n15 below at 75.

content of rules within the legal system but also to the processes whereby the sources of legal rules are identified; how they are to be distinguished from non-legal rules; and what status is to be accorded to different categories of legal rules within the legal system. The most significant intrusion of politics into a legal system is to define the authority of legal rules, their hierarchy, and the distinction between legal and political rules. The highest form of institutional respect shown by a court is the respect shown to the highest sources of law - whether constitution or Act of Parliament, challenges to the authority of which are non-justiciable¹⁵.

C. ASPECTS OF JUSTICIABILITY

To address the issues of 'justiciability;' and 'deference' in the context of contemporary judicial review in the United Kingdom¹⁶ is to take on almost all there is to say about the principles of judicial review. It is (or *would be*, for we have to be selective in this account) to discuss the constitutional basis of judicial review¹⁷; whether that underlying theory of judicial review confines the courts to a 'vires-based' form of review¹⁸; how that impacts upon judicial responses to the purported exclusion of judicial review by statute; how courts should approach the review of executive powers case in broad discretionary terms or even in such a way as to imply an 'absolute' discretion¹⁹; whether there are, or should

¹⁵ This is a point made with great clarity by Sir John Laws (subsequently *Laws LJ*) in his 'Law and Democracy' [1995] PL 72 (an article of great general relevance as well) at 75 where he writes of the reach of the judges' jurisdiction extending to render 'every public body... in principle subject to the supervision of the court as regards every decision it makes. The only true exception, in the present state of the law, is the Queen in Parliament, exercising the function of enacting primary legislation, and this exception is now constrained so as not to apply where the legislation on its face is credibly asserted to be inconsistent with the law of the European Union.'

¹⁶ There are important distinctions to be drawn between judicial review in Scotland and the other UK jurisdictions but, with the exception of the 'error of law' points mentioned below, they are not pursued in this paper.

¹⁷ See eg C Forsyth (ed), *Judicial Review and the Constitution* (2000).

¹⁸ See eg D Oliver, 'Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?' [1987] PL 5' 3.

¹⁹ As the title of the essays suggests, Professor D G T Williams focused on the question of discretion in his 'Justiciability and the Control of Discretionary Power' in M Taggart (ed), *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s* (1986) - a most illuminating contribution on this aspect and generally.

be, different degrees of intensity of review and, if so, on what grounds; whether, in particular, the exercise of powers apparently impinging on 'fundamental' human rights should attract an especially high level of scrutiny - or whether, on the other hand, alleged breaches of human rights should attract from the courts a higher degree of 'deference' to executive or legislative authority reflecting the 'margin of appreciation' afforded by the Strasbourg Court; and whether, in addition, there some other categories of executive decision-making should be dubbed 'non-justiciable' or at least afforded a high degree of deference. With a focus, in this last sector, on powers relating to foreign affairs and defence and then, in domestic areas, on executive powers exercised in circumstances of constrained financial resources, these questions will be addressed, in summary fashion, in the next section. In advance of that, we should take account of the backdrop of legal sources against which judicial review and other procedures are conducted.

Justiciability and sources of law

In the absence of a written constitution, the statute law of the Westminster Parliament underpinned by the doctrine of parliamentary supremacy is both the highest form of law for UK courts and, inevitably, the commonest source of reviewable powers. In three broad ways, however, this general statement has to be qualified. First, although on its face parliamentary supremacy leaves the status of Acts of Parliament unchallengeable and any purported challenge to the validity of a statute non-justiciable by a UK Court, there are certain respects in which small chinks in that cloak of non-justiciability may be breached. Secondly, there is the question of the justiciability of that less pervasive but still intriguing source of executive authority, the royal prerogative. And thirdly, and at a tangent, the non-justiciability of the non legal rules contained in constitutional convention. It should be recognised at this stage that, in addressing the question of what counts as the ultimate rules of law in a legal system beyond which no court in that system may enquire as to their binding author-

ity, we ask the most fundamental questions of justiciability. They have arisen most revealingly in those states which have undergone political (and often military) revolution which, through its disregard for the rules laid down by an earlier constitutional order, has also produced legally revolutionary conditions in which courts have had to face the question of whether the determination of the ultimate sources of legal authority are themselves justiciable and, if so, on what basis. In such conditions, can courts redefine the *grundnorm*? Are there justiciable criteria for doing so? Some may doubt, given the self-referential and 'political' character of the questions posed, whether they can be given a positive answer, although it is well-known that judges, perhaps with little practical option (short of resignation) but to do so, have produced answers in a wide range of circumstances including that of the Southern Rhodesian UDI of 1965.

Although the clear examples of courts being invited to resolve questions arising in the breaches of legal continuum following political revolution are relatively infrequent, such instances of legal revolution are not confined to conditions of overt political conflict. On all occasions when courts are called upon to define or to redefine ultimate rules of recognition in a system, the justiciability of the questions is bound to arise. This is true, whether it is the US Supreme Court defining the authority of the Constitution in its early days or whether it is the UK courts reinterpreting the status of the doctrine of parliamentary supremacy or of other sources of law under the UK constitution.

In relation to UK Acts of Parliament, the arguments about how far challenges to their validity are justiciable are familiar²⁰. Those who have proposed that Acts of the UK Parliament should be interpreted subject to the rules prescribed by its founding constitution contained in the Treaty of Union of 1707²¹ have relied heavily on the dicta of Lord

²⁰ See, in particular, AW Bradley, 'The Sovereignty of Parliament - Form or Substance?' in J Jowell and D Oliver (eds), *The Changing Constitution* (5th ed, 2000).

²¹ See *int al* N MacCormick 'Does the UK have a Constitution? Reflections on *MacCormick v Lord Advocate*' (1978) 29 NILQ1; T B Smith, *A Short Commentary on the Law of Scotland* (1962) ch 3; J D B Mitchell, *Constitutional Law* (2nd ed, 1968) ch 1.

President Cooper (of Culross) in *MacCormick v Lord Advocate*²² where he did indeed declare that the 'principle of the unlimited sovereignty of Parliament is a distinctively English principle which has no counterpart in Scottish constitutional law' and admitted the notion of 'fundamental and unalterable' laws from another source such as the Treaty²³. They have also had to acknowledge his confession in the same case, however, that, even though the Treaty may be fundamental law, 'the question remains whether such a question [of whether something has been done in breach of that fundamental law] is determinable as a justiciable issue in the Courts of Scotland or England, in the same fashion as an issue of constitutional *vires* would be cognisable by the Supreme Courts of the United States, or of South Africa or Australia'²⁴. He held that the action as laid before the court in that case was incompetent. And it was in *Gibson v Lord Advocate*²⁵ that Lord Keith, when invited to apply the test in Art 18 of the Treaty of whether a law was for 'the evident utility of the subjects within Scotland', rejected that invitation, in part, on the grounds that such a question was 'not a justiciable issue in this Court. The making of decisions upon what must essentially be a political matter is no part of the function of the Court and it is highly undesirable that it should be. The function of the Court is to adjudicate upon the particular rights and obligations of individual persons, natural or corporate, in relation to other persons or, in certain instances, to the State. A general inquiry into the utility of specific legislative measures as regards the population generally is quite outside its competence'²⁶. These cases nicely expose the paradox created by the acceptance of a source of law potentially higher than Acts of Parliament but the rejection of the justiciability of the criteria required to be applied to enforce that status.

Other prominent questions have arisen in the process of establishing the higher status of European Community law; the more tenuous suggestion that other high profile statutes

²² 1953 SC 396.

²³ *Ibid* at ' 11.

²⁴ *Ibid* at ' 12.

²⁵ 1975 SC 136.

should join the European Communities Act 1972 in being attributed 'constitutional' status, at least to the extent of their protection from subsequent 'implied repeal'²⁷; and the recent re-examination of the legal status of Acts of Parliament passed subject to the provisions of the Parliament Acts 1911 and 1949. In the case of *R (on the application of Jackson) v Attorney-General*²⁸.

Although some of the biggest questions about the status of sources of law and the justiciability of the criteria establishing their status have arisen in the United Kingdom in relation to Acts of Parliament, other important questions have surrounded the status to be accorded, on the one hand, to the prerogative²⁹ and to rules of international law³⁰.

An important dimension of non-justiciability in the Westminster model of parliamentary government (principally in the home-grown version but also, to an extent, in the 'exported' versions) is the reliance placed on non-legal rules or principles of the constitution and commonly referred to as 'constitutional conventions'. By definition, these are non-justiciable. Thus, while some core executive powers already considered are non-justiciable because of their subject-matter, other aspects of executive government are non-justiciable because not reduced to law at all. The rules which regulate government formation (the appointment and dismissal of ministers), the operation of the cabinet (including the doctrine of collective responsibility) and the relationship of political accountability of ministers to Parliament (individual responsibility) are, in the main, non-legal, although superimposed upon a foundation of (largely prerogative-based) legal rules. Although there have been suggestions to the contrary from overseas jurisdictions³¹, conventional rules are not recognised as enforceable in court of

²⁶ *Ibid* at ' 1 ' .

²⁷ *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151 (Laws, LJ).

²⁸ [2006] 1 AC 262. For a most helpful commentary, see the report of the House of Lords Select Committee on the Constitution, 'Constitutional aspects of the challenge to the Hunting Act 2004' (2005-06, 7th Report, HL Paper 1 ' 1) and, in particular, Appendices 2 and 3 by Professor A W Bradley.

²⁹ See below.

³⁰ See below.

³¹ See (in the Canadian Supreme Court) *Reference re Amendment of the Constitution of Canada* (1982) 125 DLR (3rd) 1.

law³². The courts may, however, take account of their existence and their bearing upon legal points of issue. The doctrine of the collective responsibility of ministers and its significance for cabinet government was famously given recognition in *A-G v Jonathan Cape Ltd*³³ and, more recently in the Northern Ireland case of *Re Morrow's Application (No 1)*³⁴. In the recent case from Scotland in the House of Lords, *Beggs v Scottish Ministers*³⁵ the answerability of Scottish Ministers to the Scottish Parliament (and also to the courts) was *acknowledged*³⁶.

The question of how far this regime of conventional rules is best adapted where the Westminster model is translated into the text of a written constitution³⁷ (as in domestic forms of devolution within the United Kingdom) raises interesting issues. In his *The New Commonwealth and its Constitutions* (1991) S A de Smith wrote about the styles of drafting technique adopted at the different stages of constitution-making. Early constitutions of the older Dominions confined themselves almost entirely to a statement of the formal legal rules, with the addition of only one or two codified conventions. De Smith commented: "To bring strict law into accord with political reality, to make it plain that the Governor General, like the Queen, has only a narrow range of limited discretions, to mention the Cabinet, the Prime Minister and other conventional institutions, would be unconventional, indecorous, unacceptable."³⁸ At a later stage, conventional rules were spelled out to a greater extent including, for instance, reference to the making of ministerial appointments on the advice of the Prime Minister and to the collective responsibility of ministers to parliament. De Smith himself

³² A point nicely illustrated in *R (Southall) v Foreign Secretary* [2003] 2 CMLR 18 where the Court of Appeal rejected outright an argument to the effect that constitutional convention required that the passing of an Act of Parliament which altered the constitution in a fundamental way should be preceded by a referendum and that the convention had the force of law.

³³ [1976] QB 752.

³⁴ [2001] NI 261.

³⁵ [2007] UKHL 3.

³⁶ *Ibid* para 8 (Lord Hope of Craighead).

³⁷ Working examples are to be found in the independence constitutions in the Commonwealth, but draftsmen have also sketched out potential models for the UK and for an independent Scotland.

³⁸ *Ibid* p 8.

saw many advantages in being explicit when drafting new constitutions. The rules which were intended to operate should be laid down. But he also acknowledged that it was questionable whether any useful purpose was served by advisedly making such rules justiciable³⁹.

The rules were often too open-textured and indeterminate for adjudication to be appropriate. He was also of the view that "the kind of judicial investigation needed to establish breach of some of the rules would derogate from the dignity of the titular head of government and would generally do more harm than good"⁴⁰. The problems of judicial intervention were well illustrated by the Nigerian cases of *Akintola v Governor of Western Nigeria and Adegbenro*⁴¹ and *Adegbenro v Akintola*⁴². Professor Geoffrey Sawer used the example of the Nigerian litigation to argue that in (formerly British) Commonwealth cases the involvement of the courts in actions concerning the making and unmaking of governments should not be excluded by a general 'political question' doctrine on the US model⁴³.

The way in which the equivalent issues have been handled legislatively in the transposition of the Westminster model to devolved areas within the United Kingdom are well illustrated by the Scotland Act 1998. Some rules which are conventional at the UK level are spelled out. The First Minister and other ministers must be appointed from the membership of the parliament and they cease to hold office if they cease to be an MSP, otherwise then by virtue of a dissolution. Ministers must tender their resignation if the Parliament resolves that the Scottish Executive no longer enjoys the confidence of the Parliament. Additional modifications are added to ensure, for instance, that recommendations to the Queen for the appointment of the First Minister are made by the Parliament's Presiding Officer on the nomination of the Parliament. On the other hand, nothing is said about whether the Queen is obliged to accept the recom-

³⁹ *Ibid* p 86.

⁴⁰ *Ibid*.

⁴¹ FSC 187/1962. The account of Geoffrey Sawer's own involvement in this case is contained in his 'Political Questions' (1963) XV U of Toronto LJ '9.

⁴² [1963] AC 61.

⁴³ Sawer, note '1' at 55.

mentation of the Presiding Officer - or of the First Minister in the case of the appointment of other ministers. Ministers are all stated to "hold office at Her Majesty's pleasure". It is presumed that the 'normal' conventions apply. And, although the Scotland Act creates the Scottish Executive, it was left to informal measures promulgated thereafter to create the Scottish Cabinet and to generate its rules on collective responsibility and confidentiality.

Nor is it stated explicitly whether the formerly conventional rules now incorporated into statute are justiciable. What if the First Minister did *not* tender his resignation after a vote of no confidence? What if a ministerial appointment were made *without* the prior agreement of the Parliament? Whilst it is unlikely that the courts jurisdiction could be invoked, the case of *Robinson v Secretary of State for Northern Ireland*⁵, involving an attempted challenge by judicial review of the Secretary of State's alleged failure to enforce statutory time-limits under the Northern Ireland Act 1998, indicates a willingness of the House of Lords (3:2) to engage with the issue, holding that, despite the time-limit laid down the constitutional arrangements retained scope for the exercise of political judgment and a flexible response by the minister.

The Scottish devolution settlement has provided a number of pointers to new areas of judicial intervention into the workings of the Scottish Parliament itself. There was no initial doubt about the reviewability of the Parliament's Acts but some uncertainty about the attitude that would be adopted by the courts in that review process. In the course of the period since 1999 there have been some glimpses. In *Whaley v Watson*⁴⁶ although not a case dealing with the validity of an Act, there was a difference of view between Lord Johnston in the Outer House (inclined to defer to the Parliament's authority to create its own internal rules) and Lord Rodger in the First Division (concerned more to compare the Parliament with other statutory created bodies which had to work within the defined

⁴⁴ On these, see, in particular, *A Guide to Collective Decision-Making* (Scottish Executive, 2003).

⁴⁵ [2002] UK HL 32; [2002] NI 390.

⁴⁶ 2000 SC 125, 3^o.

scope of their powers - a more narrowly *vires*-based model). In *Adams v Scottish Ministers*⁴⁷ it is clear that the 'common law grounds' of challenge by judicial review should not be applied by the courts (ie an Act could not be challenged on grounds of mere unreasonableness) but, on the other hand, the Inner House was criticised on the grounds of imposing too intrusive a scrutiny of the decision-making of the Parliament in the course of a review of an Act on human rights grounds⁴⁸. In the different circumstances of the relationships between the Scottish Executive and departments of the UK central government as regulated by their Memorandum of Understanding of 1999 and subsequent bilateral Concordats, the rules laid down in those documents are expressly stated, not to create legal obligations but to be 'binding in honour only'.

Judicial review

Turning to judicial review itself, it may be appropriate to capture judicial attitudes by reference to two principal starting propositions. One has become heavily contested in recent years but still retains some force. The other is more enduring.

The first idea which has underpinned traditional approaches to judicial review has been that of its "jurisdictional" base. Judicial review is not available for the general reconsideration of the correctness of administrative decisions. Mere errors of fact, misjudgements as to the exercise of discretion, or even errors of law will not, in themselves, render decisions challengeable. Rather, the decision must be claimed to have been made in a way that was beyond the powers of the decision-maker, and *ultra vires*. As Lord President Hope restated the principle in the Scottish case of *West v Secretary of State for Scotland*⁴⁹: 'The sole purpose for which the supervisory jurisdiction may be exercised is to ensure that the person does not exceed [his] jurisdiction, power or authority or fail to do what the jurisdiction, power or authority requires⁵⁰.'

⁴⁷ 2003 SC 171.

⁴⁸ 200¹ SC 665 and see B Winetrobe, 'The Judge in the Scottish Parliament Chamber' [2005] PL 3.

⁴⁹ 1992 SC 385.

⁵⁰ *Ibid* at '12.

This meant, in particular, that reviewing courts had to be prepared to draw a distinction between *intra vires* and *ultra vires* errors of law⁵¹. Only those errors held to be *ultra vires* could be struck down in judicial review⁵². Errors of law held to be within the jurisdiction of the decision-maker were a no go area for reviewing courts - as opposed to courts given wider powers under statutory forms of appeal. This sharply defined jurisdiction-based approach to judicial review has, however, come under pressure in recent years. On the one hand, the English courts, though apparently not those in Scotland⁵³, have taken the view that the jurisdictional distinction between different forms of error of law is not tenable⁵⁴. One area of uncertainty has arisen where definitional questions have been treated either as discretionary issues for the judgment of decision-makers and, therefore, subject to a light touch judicial review or as matters of law to be resolved by the reviewing court⁵⁵. More broadly, the entire basis of judicial review as a procedure deriving from the courts' obligations to police the limits of jurisdictionally bounded powers conferred by a supreme Parliament is challenged by a conception of judicial review which gives it a more independently grounded base unconfined by the restrictions of a *vires*-defined powers⁵⁶.

The second, and not unrelated, general characteristic of judicial review is an accepted restraint on the part of the judges which conditions their approach to the public authorities under review (especially those that have a democratic mandate) and their application to those authorities of the acknowledged grounds of review - especially where it is the exercise of broad discretionary powers that are under

⁵¹ For a particularly polemical account, see H W Arthurs, 'Without the Law' (1985).

⁵² See *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 1' 7.

⁵³ For discussion, see Lord Clyde and D J Edwards, *Judicial Review* (2000) ch 22.

⁵⁴ For discussion, see eg H W R Wade and C F Forsyth, *Administrative Law* (9th ed, 2000) ch 8. It is worth noting, however, that, following discussion of the change and uncertainty, the author is described the chapter as 'top-heavy with obsolescent material' (p 279).

⁵⁵ See, in particular, cases on the application of the EC Directive on Environmental Assessment: *R v Swale BC, ex p RSBP* [1991] JPL 39 and *R (Goodman) v Lewisham LBC* [2003] EWCA Civ 1' 0 with comments by M Grant (1991) 3 JEL 150 and R Macrory (2001) 16 JEL 279.

⁵⁶ See eg P Craig, 'Ultra vires and the Foundations of Judicial Review' [1998] CLJ 63.

review⁵⁷. The dicta of Lord Greene MR in the *Wednesbury* case⁵⁸ have achieved iconic status. He wrote that, where Parliament entrusts a discretion to a body such as the local authority in that case, 'what appears to be an exercise of that discretion can only be challenged in the courts in a strictly limited class of case'⁵⁹.

This formulation derives from a restraint based in part on inter-institutional respect but also on a sense of restricted judicial abilities in the context of inherently difficult decision-making environments which run through the whole of the jurisprudence of judicial review. Even if the language of 'justiciability' is not evident at all points - very often it is explicitly deployed - it is always very close to the surface.

One sector in which ideas of justiciability have been expressly articulated has been where the courts have been invited to decide questions categorised by the need to make hard policy choices in circumstances of constrained financial resources, especially choices as to the availability of drugs or procedures in the provision of health services, they have sought to narrow their role on the grounds of the non-justiciability of the issues. Fullerian arguments on polycentricity⁶⁰ tend to be involved in support of a judicial reluctance to engage with decisions which are not only someone else's to take but also demanding an expertise and perspective not routinely available to judges. Despite the apparently rather special treatment that these 'hard choice' cases have been given, it is probably the case that, in the context of judicial review and with the exception of the occasional blip⁶¹, the courts have maintained a 'normal' stance on these issues⁶².

In circumstances of increased institutional sensitivity (but, once again, often in combination with issues of judicial com-

⁵⁷ See again DGT Williams, note 19 above.

⁵⁸ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corp'n* [19' 8] KB 223.

⁵⁹ *Ibid* at 000.

⁶⁰ L Fuller, 'The Forms and Limits of Adjudication' (1978-79) 92 Harv LR 395.

⁶¹ eg the decision at first instance of Laws J in *R v Cambridge Health Authority, ex p B* (for the Court of Appeal, see [1995] 2 All ER 129).

⁶² In addition to B, see eg *R (Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust* [2006] 1 WLR 26' 9 and, for commentary, R James and D Longley, 'Judicial Review and Tragic Choices: *ex parte B*' [1995] PL 367; K Syrett, 'Opening Eyes to the Reality of Scarce Health Care Resources' [2006] PL 66' ; J A King, 'The Justiciability of Resource Allocation' (2007) 70 MLR 197.

petence), the courts have been seen to exercise higher than normal levels of restraint:

- In both *R v Secretary of State for the Environment, ex p Nottinghamshire CC*⁶³ and *R v Secretary of State for the Environment, ex p Hammersmith and Fulham LBC*⁶⁴ account was taken (in the assessment of the reasonableness of a minister's decision) that the decision had been approved by resolution of one or both Houses of Parliament.

- A particular sector of governmental decision-making in which justiciability issues have been frequently encountered has been that of the conduct of foreign affairs, including the declaration of war or other hostilities. A substantial review of this area came in the recent decision of the English Court of Appeal in *R (Gentle) v Prime Minister*⁶⁵. The application for judicial review in this case came from the relatives of soldiers who had died in the Iraq conflict who were seeking to require the UK Government to set up an independent inquiry into the issue of whether, in light of an alleged violation of Art 2 of the ECHR (right to life), the Government's decision to use force against Iraq was lawful⁶⁶. The argument was that Art 2 imposed both substantive obligations on member states not to take life without justification and procedural obligations, including an obligation to initiate an effective public and independent investigation into any death occurring in circumstances where a state's substantive obligations under the Article may have been *violated*⁶⁷. The Government opposed the application on a number of grounds, including issues of causation and the inapplicability of both the Convention and the Human Rights Act 1998 to events occurring outside the United Kingdom. The principal focus in the case, however, was on the government's arguments as to the non-justiciability of the issue. It was common ground that, apart from the Convention, the applications for review had to fail. Issues relating to the conduct of international relations and military oper-

⁶³ [1986] AC 210.

⁶⁴ [1991] AC 521.

⁶⁵ [2007] 2 WLR 195.

⁶⁶ *Ibid* para 5. At an earlier stage, the issue had been expressed rather differently - as the question of whether the Government had taken reasonable steps to be satisfied that the Iraq invasion was lawful under international law.

⁶⁷ Paras 10-11. add cases.

ations outside the United Kingdom are not justiciable⁶⁸. That starting proposition is supported by two others: "The first is that constitutionally such matters be within the exclusive prerogative of the executive and the second is that they are governed by international law and not domestic law". Reliance was placed on speeches in the leading case of *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*⁶⁹ in which there had been extensive discussion of the review of the exercise of prerogative power⁷⁰. Lord Scarman had said that the controlling factor in considering whether a particular exercise of prerogative power was subject to review was "not its source but its subject matter"⁷¹. Lord Diplock too had discussed the reasons why certain categories of prerogative decision-making remained unsuitable for judicial review. They generally involved the application of government policy where the reasons for adopting one course rather than another did not involve questions to which the judicial profession was adapted to provide the right answer. The kind of evidence which was admissible and the way it was adduced excluded from a court's attention policy considerations which required "a balancing exercise which judges by their upbringing and experience are ill-qualified to perform"⁷². The general point taken by the court in *Abbasi v Foreign Secretary*⁷³, and one echoed later in the judgment in *Gentle*, is that "the issue of justiciability depends, not on general principle, but on subject matter and suitability in the particular case"⁷⁴.

On the second proposition - that, again absent the Convention, the matters at issue were governed by international law - the Court in *Gentle* accepted that, in certain circumstances it was necessary for courts to pronounce on an issue of international law in order to determine rights and obligations under domestic law⁷⁵. On the other hand, it was not otherwise

⁶⁸ *Ibid* para 26.

⁶⁹ [1985] 1 AC 371.

⁷⁰ The analysis had been further discussed by Lord Phillips, MR in *Abbasi* below.

⁷¹ [1985] 1 AC 371 at 407.

⁷² [1985] 1 AC 371 at 411, cited in *Gentle* at para 27. See further *R v Foreign Secretary, ex p Everett* [1989] 1 QB 811.

⁷³ [2003] UK HRR 76.

⁷⁴ *Ibid* para 85.

⁷⁵ Citing *R (CND) v Prime Minister* [2002] EWHC 2777; *Abbasi* above and *R v Lyons* [2003] 1 AC 976.

appropriate for courts to pronounce on international law. Substantial reliance was placed on the case of *R (CND) v Prime Minister*⁷⁶ in which Maurice Kay J, reverting to the subject of the first proposition, noted that there were “forbidden areas”⁷⁷ into which courts should not go. Many of the most important prerogative powers were concerned with control of the armed forces and with foreign policy with which other matters which are unsuitable for discussion or review in the law courts. Such matters were non-justiciable, a conclusion on which Richards J in the same case had agreed. These were, as the exclusive responsibility of the executive, “forbidden areas” and he had rejected the notion that, within those areas, one could isolate a purely judicial or legal issue as a “clinical point of law”⁷⁸. Taken together, and still setting aside the possible effect of the Human Rights Act and of the Convention, these arguments led the court in *Gentle* to conclude that the question of whether the United Kingdom acted unlawfully in sending its armed forces to Iraq was not justiciable for one or both of two reasons - it would involve the consideration of at least two international instruments (the relevant UN Resolutions) and it would involve detailed consideration of policy in the areas of foreign affairs and defence which are the exclusive responsibility of the executive government, in the exercise of what Lord Hoffmann had called⁷⁹ “the discretionary nature or non-justiciability of the power to make war” and thus a forbidden area. It was impossible sensibly to consider the legal questions of international law while respecting the principle of the non-justiciability of non-legal issues of policy⁸⁰.

Dealing more summarily with the claimed impact of the Convention and, in particular, Art 2, the court concluded that no obligation, justiciable in the English courts, was imposed on the government to take care to ensure that its servicemen and women will not be sent on an operation which was unlawful under international law. A principal reason for this was that no sensible distinction could be made between

⁷⁶ See above.

⁷⁷ See Lord Phillips in *Abbasi* at para 106.

⁷⁸ Paras 59-60.

⁷⁹ *R v Jones* [2006] 2 WLR 772 at para 67.

⁸⁰ Para 33.

questions of the lawfulness of operations and questions of whether they are military or politically desirable, when they were viewed by reference to Art 2. That Article did not confer rights on individual soldiers not to be sent on an operation unless reasonable steps had been taken to ensure it was militarily or politically desirable. Any complaints in this respect would have to be “aired at what is sometimes called the bar of public opinion and resolved at the ballot box”⁸¹. The issue of lawfulness under international law could not be isolated as “a clinical point of law”⁸².

Issues of a different kind were raised in the English High Court case of *R (Bradley) v Secretary of State for Work and Pensions*⁸³ which was a case of high interest in its own right because it raised new questions about the constitutional relationship between the Parliamentary Ombudsman, Parliament and the courts. Complainants who had been successful in persuading the Ombudsman that they had suffered injustice in consequence of maladministration⁸⁴ in that they had been misled by the government as to the security of their pension schemes and then lost substantially as the schemes folded faced rejection by the government of the Ombudsman’s findings and recommendations. The Department for Work and Pensions offered much less by way of compensation than the Ombudsman had recommended⁸⁵ and a group of complainants applied for judicial review of the rejection of the recommendations. Surprisingly they were, at least in part, successful in that the judge concluded, following scrutiny of the Ombudsman’s findings of fact and the basis for her findings of maladministration and injustice and for her recommendations, that the Department’s rejection of one set of findings was quashed whilst others were upheld.

There is no need here for a detailed analysis of the court’s decision or of its aftermath. Two points do, however, have to be extracted from the case. The first is that resort to judicial

⁸¹ Para ‘3.

⁸² Para ‘4.

⁸³ [2007] EWHC 2‘2 (Admin). The case is understood to be under appeal by both sides.

⁸⁴ ‘Trusting in the Pensions Promise’ HC 98‘, 2005-06.

⁸⁵ See Response to the Report by the Parliamentary Ombudsman ‘Trusting in the Pensions Promise’, June 2006.

review by the applicants and the response of the court conflicted with the views of the 'Ombudsman's Committee' in the House of Commons. They had published a report strongly upholding the Ombudsman's own report on the affair and sharply critical of the government's response⁸⁶. The Committee noted that the four complainants had already initiated judicial review proceedings but cautioned, on the other hand, against the use of judicial review by the Government. In language applicable to either situation the Committee concluded: "To ask a court to review the Ombudsman's findings would effectively make matters which are currently not justiciable subject to judicial decision. In these circumstances Parliament's role could be diminished to that of an interested bystander. We believe that when there are disputes between government and the Ombudsman, Parliament is the proper place for them to be debated"⁸⁷.

Secondly, and returning to the theme of parliamentary privilege, the case attracted an intervention by the Attorney-General on behalf of the Speaker of the House of Commons. The Speaker's concern was the use to which the report of the Public Administration Committee and evidence given to the Committee by the Ombudsman was apparently to be put in the case, which might infringe Art 9 of the Bill of Rights 1689. The court considered *Prebble v Television N Zealand Ltd*⁸⁸ to conclude that, on a true interpretation, the Bill of Rights was plainly not intended to exclude all reference by courts to parliamentary material. It was the 'questioning' of what was said in Parliament and thereby possibly inhibiting freedom of speech and debate that was prohibited. The court would not, however, permit reliance in this case on the Ombudsman's evidence to the Committee. It she had wished to do so, she could, as an interested party, submitted evidence directly to the court but had not done so. As to the

⁸⁶ 'The Ombudsman in Question: the Ombudsman's report on pensions and its constitutional implications' 6th Report of the HC Public Administration Committee 2005-06, HC 1081.

⁸⁷ *Ibid*, para 75.

⁸⁸ [1995] 1 AC 321. And also *R v Home Secretary, ex p Brind* [1991] 1 AC 696, *Pepper v Hart* [1993] AC 593, *Wilson v First County Trust Ltd (No 2)* [2001] 1 AC 816, *Hamilton v Al-Fayed* [1999] 1 WLR 1569, and the recent case of *R v F* [2007] EWCA Crim 2' 3.

Committee's report, Bean J did not consider that citation from it would infringe Art 9. On the other hand, he recognised, in the words of the Privy Council in *Prebble* that 'the courts and Parliament are both astute to recognise their respective constitutional roles'⁸⁹. It was for the courts and not the Select Committee, to decide whether the Secretary of State had acted unlawfully. He noted and respected the views of the Committee but in the end they were not of assistance on the questions of law to be determined⁹⁰.

' . Where the vexed question of the adoption of a test of 'disproportionality' into the canon of judicial review, perhaps in substitution for that of 'irrationality', has been raised, it has been opposed, successfully so far, by the courts across the general range of judicial review⁹¹, on grounds which combine institutional respect and limited judicial ability. In *R v Home Secretary, ex p Brind*⁹² the House of Lords rejected arguments that the minister had behaved disproportionately in imposing broadcasting bans on representatives of prescribed organisations. Such a ground of review was not available in the English courts and, in the speech, for instance, of Lord Lowry, for good reason. Judges should not abuse their supervisory jurisdiction by interfering with the discretion of decision-makers as hitherto defined, and judges are not 'generally speaking, equipped by training or experience, or furnished with the requisite knowledge and advice, to decide the answer to an administrative problem where the scales are evenly balanced'⁹³ - although, as in Lord Diplock's earlier speech in *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*⁹⁴, the possibility of the future development of the doctrine was not excluded by some members of the court - see especially the speeches of Lord Bridge of Harwich and Lord Roskill. In the meantime, on grounds of both institutional deference and restricted judicial expertise, a general extension in the territory of proportionality has been excluded.

⁸⁹ [1995] 1 AC 321 at 332.

⁹⁰ *Bradley*, para 35

⁹¹ ie acknowledging the utility of proportionality in the decision of EC-related issues and of proportionality-based reasoning in rights-related cases (see below).

⁹² [1991] 1 AC 696.

⁹³ *Ibid* at 000.

⁹⁴ [1985] AC 37' at ' 10.

5. Developments which have brought about very substantial extensions of the role of the courts have been (a) the creative expansion by the English courts in the pre-Human Rights Act 1998 period of their powers to adjudicate on alleged breaches of 'fundamental rights' in the application of what some called the 'principle of legality'⁹⁵ and (b) the even greater expansion of their jurisdiction following the implementation⁹⁶ of the Act itself. In a substantial volume of case-law, the senior judiciary have performed the new task of balancing the extent of the individual right asserted under the European Convention on Human Rights against other 'public interest' considerations. In so doing, they have developed a new range of approaches to the degree of 'deference' (if that remains the appropriate terminology) to be accorded to the legislative and executive decisions under review which have, in turn, attracted substantial commentary⁹⁷.

The civil liability of public authorities

Straying a little from judicial review properly so called, the language of non-justiciability on similar grounds has also been invoked in the debate which has surrounded the fraught question of the limits of the civil liability of public authorities for decisions which may, on the one hand, be categorised as negligent at common law and, on the other hand, as an abuse of statutory powers or duties. Broadly, the courts have sought either to disaggregate the two issues - perceiving the civil liability issues and the judicial review issues as separable and requiring independent resolution⁹⁸ - or to combine the two. In the latter case, the courts have sought a test which will permit them to engage in the consideration of some issues in the assessment of civil liability but to reject others. One distinction has been between 'policy' decisions (not reasonably capable of consideration by courts) and, on the other hand, 'operational' decisions (taken in conse-

⁹⁵ That terminology derived from the speech of Lord Steyn in *R v Home Secretary, ex p Simms* [2000] 2 AC 115. For the most substantial coverage of these developments see M Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts* (1997).

⁹⁶ In the main, from 2 October 2000.

⁹⁷ See TRS Allen, 'Human Rights and Judicial Review' [2006] CLJ 671 which includes a review of much of the recent literature.

quence of prior policy decisions and capable of judicial resolution)⁹⁹. That distinction has, however, been rejected by some as untenable in favour of a rather blunter distinction between the justiciability or non-justiciability of the issues at stake¹⁰⁰. In turn, though, it has been urged that a test of justiciability can be abandoned altogether in favour of the application instead of ordinary principles of negligence¹⁰¹. In another recent review, the usefulness of the concept of justiciability in this area is retained but only when coupled with a clear recognition that a test of justiciability, a test of 'suitability' for judicial consideration will vary according to the *kind* of judicial scrutiny undertaken: 'The same case may be non-justiciable if brought as a negligence claim, but not if brought by way of judicial review proceedings'¹⁰².

D. THE LAW AND POLITICS OF JUSTICIABILITY

To reflect briefly on the general conclusions which may be drawn from this survey, two principal comments may be made - one on the utility of the concept of justiciability at all and the other on its continuing function within the legal system.

In a recent provocative essay, Chris Finn has argued that in relation to administrative decision the concept of justiciability is redundant¹⁰³. His argument, in a nutshell, is that justiciability lacks clarity; it creates a 'new formalism' - a retrograde step in the light of the valuable abandonment of the blanket protection given to the exercise of prerogative powers; and unhelpfully shifts attention away from discussion of the 'proper role' of the courts in resolving the issues raised by the exercise of administrative powers¹⁰⁴. It is true that in relation to judicial review, the issue at stake, for instance and most prominently in the cases involving 'hard choices' in circumstances of constrained financial resources, is not whether a role for courts is to be entirely excluded by dubbing the question at stake 'non-justiciable' but instead the manner in which the courts should deploy their powers, and in particular with what degree of restraint. For the most part the normal restrictions

¹⁰³ C Finn, 'The Justiciability of Administrative Decisions: A Redundant Concept?' [2002] Fed LR 239.

¹⁰⁴ *Ibid* pp 262-3. 16

on the scope of judicial review have a sufficiently restraining function but, in the more sensitive areas, special rules have to be fashioned. This is an approach which can be extended beyond the area of judicial review itself only with some difficulty - as we have seen in the case of the application of the rules of the tortious liability of public authorities where the route to a variable intensity of judicial response is more problematic - but the general force of the argument is well taken. It is, however, an argument circumvented by the adoption of a stance, as in this paper, that recognises a spectrum of judicial response from total rejection for decision of some issues through the subtler forms of restraint in the combination of a justiciability/deference approach. Far from being redundant, this broader notion of justiciability remains alive and well.

In his earlier review of 'political questions'¹⁰⁵ Geoffrey Sawyer observed that "most of the problems of judicial function, technique, and relation with other branches of government dealt with other branches of government dealt with in the United States under the rubric of "political questions" are dealt with in the British Commonwealth in more pigeon-hole fashion. Some common policy considerations and attitudes are discernible, but they have not been subsumed under an explicit doctrine. On the whole it is better that they should not be so subsumed. The rule of law is better served if such exclusions from judicial competence are regarded as closed categories, not to be extended"¹⁰⁶. Whilst the question of whether the categories of exclusion or of deference should best be regarded as closed is perhaps more problematic than Sawyer conceded. On the other hand, his point about the general absence of a single explicit doctrine surely remains correct and his image of "pigeon-hole" treatment continues to be helpful.

In relation to the separate "pigeon-holed" instances identified in this paper, however, the record appears to show that they arise where two circumstances combine. It is, in the first place, in those areas where clear doctrinal rules fail - in part because explicit directive guidance from the relevant legis-

¹⁰⁵ See note '1 above.

¹⁰⁶ *Ibid* at 60.

lature is absent, that the courts are searching out principles to guide them through the uncertainties which arise by the use of ideas of fairness or reasonableness or proportionality and, in the application of these flexible concepts need to adopt an 'appropriate stance' - to be expressed in terms of the correct degree of 'deference' to decision-makers and the decisions they have made.

But - and it is surely no coincidence and perhaps simply another way of identifying the same phenomenon - the questions are also seen to arise at those points where real issues are indeed raised (whether for resolution by Parliament or the courts) at the interface, different in detail from one legal system to another, between the political and judicial decision-making domains.

Apart from varying from one system to another, of course, the point of intersection between the political and the judicial varies over time within a single system. Certainly this has been the case within the United Kingdom. The issues raised in the *Pryde* case of 18' 3 are still recognisable today but they would now be viewed from the perspective of a political and constitutional context which has greatly changed. There have been conflicting pressures. On the one hand, as we have seen, there has been movement, especially during and since the final quarter of the 20th century, towards a great expansion of the legitimate scope of judicial decision-making, reflected, for instance, in the greater susceptibility of the prerogative and Acts of subordinate Parliaments to review, the extension of the human rights jurisdiction of the courts and a general broadening of the bounds of judicial review at the expense of remedies sought within the political system. The 'political constitution'¹⁰⁷ is withering, for good or for ill, in favour of the judicialised constitution. Questions about the resulting new boundaries of justiciability fall to be answered by our Parliaments and by the courts¹⁰⁸.

¹⁰⁷ J A G Griffith, 'The Political Constitution' (1979) '9 MLR 1.

¹⁰⁸ The area which demonstrates this most poignantly (but also scarcely touched on in this paper) is that of recent national security legislation and judicial responses to it. See, in particular, D Feldman, 'Human Rights. Terrorism and Risk: The Roles of Politicians and Judges' [2006] PL 36'.

Решения Конституционного Суда Украины

Решение Конституционного Суда Украины от 9 июля 2007 года № 6-рп/2007 по делу о соответствии Конституции Украины (конституционности) положений статей 29, 36, части второй статьи 56, части второй статьи 62, части первой статьи 66, пунктов 7, 9, 12, 13, 14, 23, 29, 30, 39, 41, 43, 44, 45, 46 статьи 71, статей 98, 101, 103, 111 Закона Украины «О Государственном бюджете Украины на 2007 год» по конституционному представлению 46 народных депутатов Украины (дело о социальных гарантиях граждан)

Выводы:

1. Признать не соответствующими Конституции Украины (неконституционными) следующие положения Закона Украины «О Государственном бюджете Украины на 2007 год»:

- статьи 29, по которой в 2007 году выплата ежегодного единовременного пособия в соответствии с законами Украины «О статусе ветеранов войны, гарантиях их социальной защиты» и «О жертвах нацистских преследований» осуществляется в следующих размерах: инвалидам I группы – 450 гривень, инвалидам II группы – 360 гривень, инвалидам III группы – 300 гривень; участникам боевых действий и бывшим несовершеннолетним узникам концентрационных лагерей, гетто, других мест принудительного содержания, а также детям, родившимся в указанных местах принудительного содержания их родителей, – 280 гривень; лицам, имеющим особые заслуги перед Родиной, – 450 гривень; членам семей погибших и женам (мужьям) умерших инвалидов войны и женам (мужьям) умерших участников боевых действий, участников войны и жертв нацистских преследований, признанных при жизни инвалидами, – 150 гривень;

Обзор решений конституционных судов

участникам войны и бывшим узникам концентрационных лагерей, гетто, других мест принудительного содержания, лицам, которые были насильственно вывезены на принудительные работы, детям партизан, подпольщиков, других участников борьбы с национал-социалистским режимом в тылу врага – 55 гривень;

- статьи 36, по которой «льготы, компенсации и гарантии, на которые согласно законам Украины имеют право отдельные категории работников бюджетных учреждений, военнослужащие и лица рядового и начальствующего состава, по скидке платы за пользование жильем (квартирной платы), топливом, телефоном и платы за коммунальные услуги (водоснабжение, водоотведение, газ, электрическая и тепловая энергия), бесплатный проезд всеми видами городского пассажирского транспорта (за исключением такси) и автомобильным транспортом общего пользования в сельской местности, а также железнодорожным и водным транспортом пригородного сообщения и автобусами пригородных маршрутов предоставляются в случае, если указанные работники имеют право на налоговую социальную льготу. Размер предоставленных льгот в денежном эквиваленте вместе с денежными доходами указанных работников не должен превышать величины дохода, дающего право на налоговую социальную льготу»;

- абзаца третьего части второй статьи 56 относительно установления пособия по уходу за ребенком до достижения им трехлетнего возраста, определяемого как разница между 50 процентами прожиточного минимума, установленного для трудоспособных лиц, и среднемесячным совокупным доходом семьи в расчете на одно лицо человека за предыдущие шесть месяцев, но не менее 90 гривень для незастрахованных лиц и не менее 23 процентов прожиточного минимума, установленного для трудоспособных лиц, для застрахованных лиц, в порядке, установленном Кабинетом Министров Украины;

- части первой статьи 66, которым приостановлено на 2007 год действие положений и норм, предусмотренных пунктом «ж» части первой статьи 77 Основ законодатель-

ства Украины о здравоохранении, статьей 28 Основ законодательства Украины о культуре, абзацами двенадцатым и тринадцатым части первой, абзацем вторым части второй статьи 57 Закона Украины «Об образовании», и установлено, что оплата труда указанных работников осуществляется в пределах бюджетных назначений на оплату труда и в порядке, определенном Кабинетом Министров Украины;

– пункта 7 статьи 71 в части приостановления на 2007 год действия

статей 41, 43 Закона Украины «Об общеобязательном государственном социальном страховании в связи с временной потерей трудоспособности и расходами, обусловленными рождением и погребением» относительно установления размера пособия по уходу за ребенком до достижения им трехлетнего возраста;

– пункта 9 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие части второй статьи 43 Закона Украины «Об общем среднем образовании»;

– пункта 12 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие статьи 6 Закона Украины «О социальной защите детей войны», с учетом статьи 111 Закона;

– пункта 13 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие части пятой статей 12, 13, 14 и 15 Закона Украины «О статусе ветеранов войны, гарантиях их социальной защиты», части третьей статей 61, 62, 63, 64 Закона Украины «О жертвах нацистских преследований» в части определения размера выплат ежегодного единовременного денежного пособия;

– пункта 14 статьи 71 в части приостановления на 2007 год действия статьи 12, части первой статьи 15 и пункта 3 раздела VIII «Заключительные положения» Закона Украины «О государственной помощи семьям с детьми» относительно установления размера пособия по уходу за ребенком до достижения им трехлетнего возраста;

– пункта 23 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие части пятой статьи 1 Закона Украины «О прожиточном минимуме» в части увеличения прожиточного минимума, определенного для лиц, которые в соответствии с законодательством подлежат обязательному госу-

дарственному социальному страхованию, на размер ставки налога с доходов физических лиц;

– пункта 29 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие статьи 27 Закона Украины «О реабилитации инвалидов в Украине»;

– пункта 30 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие в части предоставления беспроцентных и льготных займов – пунктов 21 и 29 части первой статьи 20, пунктов 1 и 7 части первой статьи 21, пунктов 5 и 12 части первой статьи 22, пункта 1 части первой статьи 23, пункта 5 части первой статьи 36; в части выплаты компенсаций и помощи в размерах в соответствии с минимальной заработной платой – пунктов 6 и 8 части первой статьи 30, пункта 1 части первой статьи 36, абзацев второго, третьего и четвертого части первой статьи 37, абзацев второго, третьего, четвертого части первой и части второй статьи 39, статей 40, 41, 44, абзацев второго, третьего, четвертого, пятого, шестого и седьмого части первой, части третьей, абзацев второго, третьего, четвертого, пятого, шестого, седьмого части четвертой и части седьмой статьи 48 Закона Украины «О статусе и социальной защите граждан, пострадавших в результате Чернобыльской катастрофы»;

– пункта 39 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие статьи 21 Закона Украины «Об основных принципах социальной защиты ветеранов труда и других граждан преклонного возраста в Украине»;

– пункта 41 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие части третьей (относительно исчисления максимального размера пенсии) и двадцать седьмой (относительно размера пенсии, причитающейся к выплате) статьи 24 Закона Украины «О научной и научно-технической деятельности»;

– пункта 43 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие части второй статьи 37 Закона Украины «О Центральной избирательной комиссии»;

– пункта 44 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие части второй статьи 27 Закона Украины «Об Антимонопольном комитете Украины»;

– пункта 45 статьи 71, которым приостановлено на 2007

год действие статьи 30 Закона Украины «О Службе безопасности Украины»;

– пункта 46 статьи 71, которым приостановлено на 2007 год действие второго предложения части четвертой статьи 44, части четвертой статьи 47 Закона Украины «О местных государственных администрациях»;

– статьи 98, в соответствии с которой «в 2007 году работающим пенсионерам, на которых распространяется действие Закона Украины «Об общеобязательном государственном пенсионном страховании», Таможенного кодекса Украины, законов Украины «О государственной службе», «О Национальном банке Украины», «О дипломатической службе», «О службе в органах местного самоуправления», «О прокуратуре», «О статусе судей», «О судебной экспертизе», «О статусе и социальной защите граждан, пострадавших в результате Чернобыльской катастрофы», «О государственной поддержке средств массовой информации и социальной защите журналистов», «О научной и научно-технической деятельности» и Постановления Верховной Рады Украины от 13 октября 1995 год № 379/95–ВР «Об утверждении Положения о помощнике-консультанте народного депутата Украины», досрочно назначенная пенсия по возрасту (с учетом подпункта «г» пункта 1 статьи 26 Закона Украины «О занятости населения», пункта «в» части второй статьи 12 Закона Украины «Об общих принципах дальнейшей эксплуатации и снятия с эксплуатации Чернобыльской АЭС и превращения разрушенного четвертого энергоблока этой АЭС в экологически безопасную систему» и статьи 21 Закона Украины «Об основных принципах социальной защиты ветеранов труда и других граждан преклонного возраста в Украине») в период до достижения пенсионного возраста, предусмотренного законодательством для соответствующей категории лиц, не выплачивается. Досрочно назначенная пенсия лицам, указанным в абзаце пятом части двенадцатой статьи 20 Закона Украины «О статусе народного депутата Украины», в случае если такие лица продолжают работать, в период до достижения ими пенсионного возраста не выплачивается»;

– статьи 103, по которой «в 2007 году пенсия по возрасту в соответствии с Таможенным кодексом Украины, законами Украины «О государственной службе», «О службе в органах местного самоуправления», «О Национальном банке Украины», «О дипломатической службе», «О судебной экспертизе», «О государственной поддержке средств массовой информации и социальной защите журналистов», «О научной и научно-технической деятельности», Постановлением Верховной Рады Украины от 13 октября 1995 года № 379/95–ВР «Об утверждении Положения о помощнике-консультанте народного депутата Украины» назначается только при достижении пенсионного возраста, предусмотренного статьей 26 Закона Украины «Об общеобязательном государственном пенсионном страховании»;

– статьи 111, по которой повышение к пенсии или ежемесячному пожизненному денежному содержанию или государственному социальному пособию, выплачиваемому вместо пенсии, в соответствии со статьей 6 Закона Украины «О социальной защите детей войны» выплачивается лицам, являющимся инвалидами (кроме тех, на которых распространяется действие Закона Украины «О статусе ветеранов войны, гарантиях их социальной защиты»), в размере 50 процентов от размера надбавки, установленной для участников войны.

2. Прекратить конституционное производство по делу о соответствии Конституции Украины (конституционности) части второй статьи 62, статьи 101 Закона Украины «О Государственном бюджете Украины на 2007 год» на основании пункта 2 статьи 45 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» – несоответствие конституционного представления требованиям, предусмотренным Конституцией Украины, Законом Украины «О Конституционном Суде Украины».

3. Положения статей 29, 36, абзаца третьего части второй статьи 56, части первой статьи 66, пунктов 7, 9, 12, 13, 14, 23, 29, 30, 39, 41, 43, 44, 45, 46 статьи 71, статей 98, 103, 111 Закона Украины «О Государственном бюджете Украины на 2007 год», признанные неконституционными, те-

ряют силу со дня принятия Конституционным Судом Украины настоящего Решения.

4. Обратить внимание Верховной Рады Украины, Президента Украины, Кабинета Министров Украины на необходимость соблюдения положений статей 1, 3, 6, 8, 19, 22, 95, 96 Конституции Украины, статей 4, 27, части второй статьи 38 Бюджетного кодекса Украины при подготовке, принятии и введении в действие закона о Государственном бюджете Украины.

5. Решение Конституционного Суда Украины в настоящем деле имеет преюдициальное значение для судов общей юрисдикции при рассмотрении ими исков в связи с правоотношениями, возникшими вследствие действия положений статей указанных законов, которые признаны неконституционными.

Краткое изложение:

Субъект права на конституционное представление – 46 народных депутатов Украины – обратился в Конституционный Суд Украины с ходатайством рассмотреть вопрос о соответствии Конституции Украины (конституционности) положений статей 29, 36, части второй статьи 56, части второй статьи 62, части первой статьи 66, пунктов 7, 9, 12, 13, 14, 23, 29, 30, 39, 41, 43, 44, 45, 46 статьи 71, статей 98, 101, 103, 111 Закона Украины «О Государственном бюджете Украины на 2007 год» от 19 декабря 2006 года № 489–V со следующими изменениями (далее – Закон).

Указанными положениями Закона приостановлено действие положений других законов Украины о предоставлении льгот, компенсаций и гарантий отдельным категориям граждан и изменены или установлены новые основания и условия их предоставления.

В Конституции Украины Украина провозглашена демократическим, социальным, правовым государством (статья 1), признано, что наивысшей социальной ценностью в Украине является человек, его права и свободы и их гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства, а их утверждение и обеспечение являются

главной обязанностью государства (статья 3), права и свободы человека неотчуждаемы и нерушимы (статья 21), их содержание и объем при принятии новых законов или внесении изменений в действующие законы не могут быть сужены (статья 22).

Анализ законодательной деятельности Верховной Рады Украины свидетельствует о том, что при принятии законов о Государственном бюджете Украины систематически приостанавливается действие других законов Украины относительно предоставления льгот, компенсаций и гарантий, являющихся составной конституционного права граждан на социальную защиту и достаточный уровень жизни каждого (статьи 46, 48 Конституции Украины).

Утверждая и обеспечивая права и свободы граждан, государство отдельными законами Украины установило определенные социальные льготы, компенсации и гарантии, являющиеся составной конституционного права на социальную защиту и юридическими средствами осуществления этого права, а потому в соответствии с частью второй статьи 6, частью второй статьи 19, частью первой статьи 68 Конституции Украины они являются общеобязательными, в одинаковой мере должны соблюдаться органами государственной власти, местного самоуправления, их должностными лицами. Невыполнение государством своих социальных обязательств в отношении отдельных лиц ставит граждан в неравные условия, подрывает принцип доверия человека к государству, что закономерно влечет нарушение принципов социального, правового государства.

Принципы социального государства воплощены также в ратифицированных Украиной международных актах: Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 года, Европейской социальной хартии (пересмотренной) 1996 года, Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года и решениях Европейского суда по правам человека. В частности, согласно статье 12 Европейской социальной хартии (пересмотренной) 1996 года государство обязано поддерживать функционирование системы социального обеспечения, ее удов-

летворительный уровень, прилагать усилия к ее постепенному увеличению и т.д.

В части второй статьи 8 Конституции Украины установлено требование относительно законов Украины – все они принимаются исключительно на основе Конституции Украины и должны соответствовать ей.

К полномочиям Верховной Рады Украины как единого органа законодательной власти в Украине относится принятие законов (пункт 3 части первой статьи 85, статья 91 Конституции Украины). Исключительно законами Украины устанавливаются, в частности, Государственный бюджет Украины и бюджетная система Украины (пункт 1 части второй статьи 92 Конституции Украины). Государственный бюджет Украины утверждается ежегодно Верховной Радой Украины на период с 1 января по 31 декабря, а при особых обстоятельствах – на иной период (часть первая статьи 96 Конституции Украины), путем принятия соответствующего закона.

Вопрос составления, рассмотрения, утверждения, отчета и контроля за использованием средств Государственного бюджета Украины регламентированы положениями статей 95, 96, 97, 98 Конституции Украины и Бюджетным кодексом Украины (далее – Кодекс).

Требования относительно содержания закона о Государственном бюджете Украины заключены в части второй статьи 95 Конституции Украины, положение которой конкретизировано в статье 38 Кодекса.

Установленный частью второй статьи 95 Конституции Украины, частью второй статьи 38 Кодекса перечень правоотношений, регулируемых законом о Государственном бюджете Украины, является исчерпывающим.

Из содержания приведенных положений Конституции Украины и Кодекса усматривается, что закон о Государственном бюджете Украины как правовой акт, четко обусловленный понятием бюджета как плана формирования и использования финансовых ресурсов, имеет особый предмет регулирования, отличный от других законов Украины – он касается исключительно установления доходов и расходов госуда-

рства на общественные нужды, в частности и расходов на социальную защиту и социальное обеспечение, поэтому этим законом не могут вноситься изменения, приостанавливаться действие действующих законов Украины, а также устанавливаться иное (дополнительное) правовое регулирование отношений, являющихся предметом других законов Украины. Такое положение закреплено и в части третьей статьи 27 Кодекса.

Целью и особенностью закона о Государственном бюджете Украины является обеспечение надлежащих условий для реализации положений других законов Украины, предусматривающих финансовые обязательства государства перед гражданами, направленные на их социальную защиту, в том числе и предоставление льгот, компенсаций и гарантий. Следовательно, при принятии закона о Государственном бюджете Украины должны быть соблюдены принципы социального, правового государства, верховенства права, обеспечена социальная стабильность, а также сохранены льготы, компенсации и гарантии, заработная плата и пенсии для обеспечения права каждого на достаточный жизненный уровень (статья 48 Конституции Украины).

Поскольку предмет закона о Государственном бюджете Украины четко определен в Конституции Украины, Кодексе, то этот закон не может отменять или изменять объем прав и обязанностей, льгот, компенсаций и гарантий, предусмотренных другими законами Украины.

Проанализировав указанные положения Конституции Украины, Кодекса, практику приостановления законом о Государственном бюджете Украины действия других законов Украины, Конституционный Суд Украины пришел к выводу, что приостановление законом о Государственном бюджете Украины действия других законов Украины о предоставлении льгот, компенсаций и гарантий, внесение изменений в другие законы Украины, установление иного (дополнительного) правового регулирования отношений, чем предусмотрено законами Украины, не соответствует статьям 1, 3, части второй статьи 6, части второй статьи 8, части второй статьи 19, статьям 21, 22, пункту 1 части вто-

рой статьи 92, частям первой, второй, третьей статьи 95 Конституции Украины.

Таким образом, Верховная Рада Украины не полномочна при принятии закона о Государственном бюджете Украины включать в него положения о внесении изменений в действующие законы Украины, приостанавливать действие отдельных законов Украины и/или каким-либо образом изменять определенное другими законами Украины правовое регулирование общественных отношений.

Субъект права на конституционное представление поднимает также вопрос о неконституционности части второй статьи 62, которой предусмотрено, что размеры государственных социальных гарантий на 2007 год, определяемые в зависимости от прожиточного минимума, устанавливаются соответствующими законами, Законом и нормативно-правовыми актами Кабинета Министров Украины и статьи 101 Закона, которой дано право Кабинету Министров Украины устанавливать размеры социальных выплат.

Анализ конституционного представления свидетельствует о том, что народные депутаты Украины, оспаривая положения статей 62, 101 Закона, не привели правового обоснования утверждений об их неконституционности. При таких обстоятельствах конституционное производство по делу в этой части подлежит прекращению на основании пункта 2 статьи 45 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» – несоответствие конституционного представления требованиям, предусмотренным Конституцией Украины, Законом Украины «О Конституционном Суде Украины».

**Решение Конституционного Суда Украины
от 9 октября 2007 года № 7-рп/2007 по делу
об официальном толковании положений части
четвертой статьи 94 Конституции Украины по конституционному представлению 51 народного депутата
Украины**

Выводы:

В контексте конституционного представления положения второго предложения части четвертой статьи 94 Конституции Украины необходимо понимать так, что действующий Председатель Верховной Рады Украины безотлагательно официально обнародует и публикует закон, принятый Верховной Радой Украины не менее чем двумя третями от ее конституционного состава при повторном рассмотрении и не подписанный и не обнародованный Президентом Украины в течение десяти дней, если предшествующий Председатель Верховной Рады Украины не совершил таких действий.

Положение части четвертой статьи 94 Конституции Украины относительно безотлагательности официального обнародования и опубликования Председателем Верховной Рады Украины закона в случае, если Президент Украины не подписал и не обнародовал его в течение десяти дней, надо понимать так, что Председатель Верховной Рады Украины обязан официально обнародовать и опубликовать такой закон в приоритетном порядке – прежде других актов.

Прекратить конституционное производство по делу в части официального толкования положения части четвертой статьи 94 Конституции Украины относительно нормативного регулирования законодательной процедуры до официального обнародования законов на основании пункта 3 статьи 45 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» – неподведомственность Конституционному Суду Украины вопроса, поднятого в конституционном представлении.

Краткое изложение:

Субъект права на конституционное представление – 51 народный депутат Украины – обратился в Конституционный Суд Украины с ходатайством дать официальное толкование положений части четвертой статьи 94 Конституции Украины.

Практическую необходимость в официальном толковании указанных положений Основного Закона Украины авторы конституционного представления обосновывают неоднозначным их пониманием при подписании и официальном обнародовании законов, принятых Верховной Радой Украины при повторном рассмотрении.

При этом народные депутаты Украины подчеркивают следующее:

Верховная Рада Украины 16 марта 2006 года повторно рассмотрела Закон Украины «О временных следственных комиссиях, специальной временной следственной комиссии и временных специальных комиссиях Верховной Рады Украины», возвращенный Президентом Украины, и приняла его в целом в новой редакции, полностью учтя предложения Президента Украины по этому Закону от 14 марта 2006 года.

Также Верховная Рада Украины 4 апреля 2006 года повторно рассмотрела Закон Украины «О внесении изменений в статью 20 Закона Украины «О статусе народного депутата Украины», возвращенный главой государства, и преодолела вето Президента Украины. Председатель Верховной Рады Украины IV созыва подписал эти законы и направил их Президенту Украины на подпись.

По информации субъекта права на конституционное представление, Президент Украины в десятидневный срок законы не подписал, а направил письмо в Верховную Раду Украины с обоснованием своей позиции относительно неконституционности их отдельных положений.

Авторы ходатайства ссылаются на статью 132 Регламента Верховной Рады Украины (Ведомости Верховной Рады Украины, 2006 г. №№ 23–25, ст. 202), которой установлено, что «в случае если Президент Украины не подписал закон,

принятый Верховной Радой при повторном рассмотрении не менее чем двумя третями голосов народных депутатов от ее конституционного состава, Председатель Верховной Рады Украины безотлагательно официально обнародует такой закон и публикует за своей подписью», и утверждают, что такой закон должен был бы обнародоваться и опубликовываться за подписью одного и того же должностного лица.

Конституционный Суд Украины, разрешая вопросы, поднятые в конституционном представлении, исходит из следующего:

Часть четвертая статьи 94 Конституции Украины предусматривает, что «если при повторном рассмотрении закон будет вновь принят Верховной Радой Украины не менее чем двумя третями от ее конституционного состава, Президент Украины обязан его подписать и официально обнародовать в течение десяти дней. В случае, если Президент Украины не подписал такой закон, он безотлагательно официально обнародуется Председателем Верховной Рады Украины и публикуется за его подписью».

В законодательной процедуре обеспечивается непрерывность и преемственность прохождения законопроекта путем нормированных последовательных действий субъектов права на законодательную инициативу, органов Верховной Рады Украины, ее Председателя, Президента Украины, завершающихся только после обнародования и опубликования закона.

Одним из субъектов законодательной процедуры является Председатель Верховной Рады Украины. Его полномочия определены, в частности, в статьях 88, 94 Конституции Украины. Особенность правоотношений, связанных с законодательством, состоит в том, что указанный субъект в соответствии с действующим законодательством в обязательном порядке должен иметь статус Председателя Верховной Рады Украины. В случае, если лицо утратило такую должность, оно перестает быть субъектом законодательной процедуры в указанном статусе, однако сами правоотношения в связи с этим не прекращаются. Субъект – Пред-

седатель Верховной Рады Украины – продолжает в конституционных рамках участвовать в правоотношениях, связанных с законодательной процедурой, объем его полномочий остается прежним. Поэтому все действия, совершенные предшествующим Председателем Верховной Рады Украины, являются юридически значимыми и в необходимых случаях требуют своего продолжения.

Таким образом, есть основания считать, что в контексте части четвертой статьи 94 Основного Закона Украины подписание предыдущим Председателем Верховной Рады Украины закона при его отсылке Президенту Украины является юридическим фактом, обязательным для определенных законом дальнейших действий действующего Председателя Верховной Рады Украины.

Конституция Украины закрепила в части четвертой статьи 94 обязанность Председателя Верховной Рады Украины безотлагательно официально обнародовать и опубликовать закон, принятый Верховной Радой Украины не менее чем двумя третями от ее конституционного состава.

Законодательная процедура предусматривает последовательные взаимосвязанные действия всех ее субъектов, что обеспечивает поступательное развитие и совершенствование действующего законодательства. Установление на определенных ее этапах требований относительно неотложности, обусловленных или оценочным представлением субъекта о важности акта (признание законопроекта безотлагательным), или особой ситуацией, связанной с возвращением процедуры к нормированным пределам, обязывает уполномоченных субъектов совершать действия по этому акту в приоритетном порядке. Следовательно, употребление законодателем термина “безотлагательно” имеет целью обеспечить непрерывность и поступательность законодательной процедуры.

Поэтому часть четвертая статьи 94 Конституции Украины устанавливает обязанность Председателя Верховной Рады Украины завершить законодательную процедуру в связи с неподписанием Президентом Украины законодательного акта в течение десяти дней. Официальное обна-

родование и опубликование при таких обстоятельствах не может быть растянуто во времени, а должно осуществляться прежде других актов, вне очереди.

В конституционном представлении поднимается вопрос о том, должны ли до официального обнародования и опубликования законов указанные вопросы регулироваться Регламентом Верховной Рады Украины или другим законодательным актом в контексте требований части второй статьи 19 и части четвертой статьи 94 Конституции Украины. Конституционный Суд Украины считает, что, по сути, в представлении идет речь не об официальном толковании нормы Конституции Украины, а о предоставлении правовой консультации, что не относится к полномочиям Конституционного Суда Украины.

Решение Конституционного Суда Украины от 16 октября 2007 года № 8-рп/2007 по делу о соответствии Конституции Украины (конституционности) положений статьи 23 Закона Украины «О государственной службе», статьи 18 Закона Украины «О службе в органах местного самоуправления», статьи 42 Закона Украины «О дипломатической службе» по конституционному представлению 47 народных депутатов Украины (дело о предельном возрасте пребывания на государственной службе и на службе в органах местного самоуправления)

Выводы:

Признать соответствующими Конституции Украины (конституционными) положения статьи 23 Закона Украины «О государственной службе», статьи 18 Закона Украины «О службе в органах местного самоуправления», статьи 42 Закона Украины «О дипломатической службе», которыми установлен предельный возраст пребывания на государственной службе, на службе в органах местного самоуправления и на дипломатической службе.

Краткое изложение:

Субъект права на конституционное представление - 47 народных депутатов Украины - обратился в Конституционный Суд Украины с ходатайством рассмотреть вопрос о соответствии Конституции Украины (конституционности) положений статьи 23 Закона Украины «О государственной службе», статьи 18 Закона Украины «О службе в органах местного самоуправления», статьи 42 Закона Украины «О дипломатической службе», в соответствии с которыми предельный возраст пребывания на государственной службе, на службе в органах местного самоуправления, а также на дипломатической службе составляет 60 лет для мужчин и 55 лет для женщин.

В соответствии с частями первой, второй статьи 43 Конституции Украины каждый имеет право на труд, включающее возможность зарабатывать себе на жизнь трудом, который он свободно избирает или на который свободно соглашается. Государство создает условия для полного осуществления гражданами права на труд, гарантирует равные возможности в выборе профессии и рода трудовой деятельности.

Конституционное право граждан на труд означает возможность каждого зарабатывать себе на жизнь трудом, свободно выбирать профессию или специальность в соответствии со своими способностями и желаниями, реализовать свои желания относительно занятия трудом по трудовому договору (контракту) на предприятии, в учреждении, организации независимо от форм собственности или самостоятельно обеспечивать себя работой.

Право на труд означает не гарантирование государством трудоустройства каждому лицу, а обеспечение именно равных возможностей для реализации этого права.

Государственная служба и служба в органах местного самоуправления является одним из видов трудовой деятельности граждан.

Согласно части второй статьи 38 Конституции Украины граждане пользуются равным правом доступа к государственной службе, а также к службе в органах местного са-

моуправления. Указанная норма Основного Закона Украины не предусматривает деления государственной службы на службу в органах законодательной, исполнительной и судебной власти. Из части второй статьи 38 и пункта 12 части первой статьи 92 Конституции Украины, по которым исключительно законами Украины определяются основы государственной службы, следует, что государственная служба – едина в своей основе. Институт государственной службы урегулирован Законом Украины «О государственной службе», а ее особенности в аппаратах отдельных органов, в частности дипломатической службы, государственной налоговой службы и т.д., определяются законами об этих органах.

Служба в органах местного самоуправления, которые по Конституции Украины не являются органами государственной власти, в соответствии с частью второй статьи 38 и пунктом 15 статьи 92 Конституции Украины регулируется Законом Украины «О службе в органах местного самоуправления».

Право равного доступа к государственной службе, а также к службе в органах местного самоуправления является юридической возможностью и не означает его немедленную и безоговорочную реализацию.

Целесообразность законодательного установления предельного возраста пребывания на государственной службе, в том числе на дипломатической службе и на службе в органах местного самоуправления, обусловлена задачами и функциями этих органов, особым характером их деятельности.

Достижение предельного возраста отнесено к основаниям для прекращения государственной службы (пункт 3 части первой статьи 30 Закона Украины «О государственной службе»), службы в органах местного самоуправления (абзац шестой части первой статьи 20 Закона Украины «О службе в органах местного самоуправления») и дипломатической службы (пункт 3 части второй статьи 41 Закона Украины «О дипломатической службе»).

Нужно отметить, что отдельные положения указанных

законов предусматривают возможность продления срока пребывания на государственной службе, на службе в органах местного самоуправления, что дает возможность учитывать индивидуальные профессиональные качества, творческий потенциал лиц, достигших предельного возраста пребывания на соответствующей службе.

Следовательно, установление законодателем предельных возрастных ограничений на занятие должностей государственными служащими и работниками органов местного самоуправления в пределах реализации своих полномочий не может расцениваться как нарушение принципа равенства.

Содержание закрепленного частью второй статьи 38 Конституции Украины права доступа к государственной службе, а также к службе в органах местного самоуправления базируется на конституционном принципе равенства граждан.

Гарантированное частью первой статьи 24 Конституции Украины равенство граждан перед законом означает равную для всех обязательность конкретного закона со всеми отличиями в правах или обязанностях, привилегиях или ограничениях, установленных законом по разным категориям индивидов, не могут быть связаны с признаками, предусмотренными частью второй статьи 24 Конституции Украины. Указанный принцип определяет общее правило недопустимости установления по социальным или личным признакам привилегий или ограничений и не является абсолютным. Так, органам государственной власти в сфере проведения соответствующей политики экономического или социального характера предоставляется возможность по собственному усмотрению устанавливать ограничения в связи с особыми требованиями, условиями или правилами для некоторых видов работы.

Гарантированные частью первой статьи 24 Конституции Украины равенство прав и свобод граждан и их равенство перед законом, а также недопустимость привилегий или ограничений по признакам, определенным частью второй этой статьи, не препятствуют устанавливать отличия в правовом регулировании труда в отношении лиц, относящихся к разным по роду и условиям деятельности категориям.

По поднятому в конституционном представлении вопросу об отнесении возраста к «иным признакам», по которым не может быть привилегий или ограничений, нужно отметить следующее:

В части второй статьи 24 Конституции Украины возраст отсутствует в перечне признаков, по которым не может быть привилегий или ограничений. Нельзя отнести возраст и к «другим признакам», которые упоминаются в указанном положении.

Возраст как продолжительность жизни человека, период времени, выделяющийся по определенным признакам, является изменяющейся категорией. Граждане последовательно переходят из одной возрастной категории в другую, теряя установленные для лица данного возраста определенные права и привилегии, лишаясь соответствующих ограничений в правах и приобретая другие права, установленные для соответствующей возрастной категории. В этом все люди равны и отличаются только возрастом. Поэтому установление возрастных ограничений не может считаться нарушением принципа правового равенства граждан.

Предельный возраст пребывания на государственной службе и на службе в органах местного самоуправления фактически является пенсионным возрастом для этой категории работников.

Установление законодателем предельного возраста пребывания на соответствующей службе является вопросом социальной или экономической целесообразности. Особые правила и условия, основанные на специфических требованиях к труду, не ограничивают право на труд и гарантию равных возможностей в выборе профессии и рода трудовой деятельности.

В соответствии с Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах 1966 года государство может устанавливать только такие ограничения этих прав, которые определяются законом, и только постольку, поскольку это совместимо с природой указанных прав, и исключительно с целью способствовать общему благосостоянию в демократическом обществе (статья 4).

В пункте 2 статьи 1 Конвенции Международной организации труда о дискриминации в сфере труда и занятий 1958 года № 111 установлено, что “любое различие, недопущение или преимущество относительно определенной работы, основанное на ее специфических требованиях, дискриминацией не считается”.

Согласно пункту 5 раздела II Рекомендации Международной организации труда в отношении пожилых работников 1980 года № 162 в исключительных случаях могут устанавливаться возрастные ограничения в связи с особыми требованиями, условиями или правилами для некоторых видов работы.

Такой же подход был применен и Советом Европейского Союза в статье 6 Директивы Совета 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 года, которая устанавливает общие рамки равного отношения при трудоустройстве и предусматривает, что государства-члены в трудовой деятельности могут определять, что различие в отношении по признаку возраста не является дискриминацией, если в контексте национального права оно объективно и рационально обосновано правомерной целью, включая легитимную политику в сфере трудоустройства, рынка труда и задач профессионального обучения, и если средства достижения такой цели являются надлежащими и необходимыми.

Таким образом, международно-правовые акты допускают возможность устанавливать в национальном законодательстве определенные возрастные ограничения на занятия отдельными видами трудовой деятельности.

Решение Конституционного Суда Украины от 16 октября 2007 года № 9-рп/2007 по делу об официальном толковании положений части шестой статьи 11 Закона Украины «О политических партиях в Украине» по конституционному представлению Министерства юстиции Украины (дело о создании и регистрации партийных организаций)

Выводы:

Положения части шестой статьи 11 Закона Украины «О политических партиях в Украине», которыми предусматривается, что политическая партия в течение шести месяцев со дня регистрации обеспечивает образование и регистрацию своих областных, городских организаций в большинстве областей Украины, городах Киеве, Севастополе и в Автономной Республике Крым, надо понимать как обязанность каждой политической партии обеспечить образование и регистрацию своих областных и приравненных к ним партийных организаций не менее чем в четырнадцати административно-территориальных единицах Украины из перечисленных в части второй статьи 133 Конституции Украины.

Прекратить конституционное производство по делу об официальном толковании положений части шестой статьи 11 Закона Украины «О политических партиях в Украине» относительно определения количества партийных организаций районного уровня, которые необходимо создать политическим партиям.

Краткое изложение:

Конституционный Суд Украины руководствуется тем, что согласно части второй статьи 133 Конституции Украины в состав Украины входят двадцать семь административно-территориальных единиц областного и приравненного к ним уровня: Автономная Республика Крым, двадцать четыре области, города Киев, Севастополь.

Решением Конституционного Суда Украины от 12 июня 2007 года № 2-рп/2007 в деле о создании политических

партий в Украине все перечисленные административно-территориальные единицы признаны имеющими равный статус и права в вопросах, связанных с созданием политических партий, поэтому положение части шестой статьи 11 Закона Украины «О политических партиях в Украине» (далее – Закон) относительно требования к каждой политической партии об обязательности образования партийных организаций в Автономной Республике Крым признано неконституционным.

Исходя из этого положения части шестой статьи 11 Закона, согласно которому политическая партия обеспечивает образование и регистрацию в порядке, установленном Законом, своих областных организаций в большинстве областей Украины, городах Киеве, Севастополе, Автономной Республике Крым следует понимать как обязанность политической партии создать и зарегистрировать областные и приравненные к ним партийные организации не менее чем в четырнадцати из двадцати семи административно-территориальных единиц Украины, перечисленных в части второй статьи 133 Конституции Украины.

Законом также предусмотрено, что регистрация областных и приравненных к ним партийных организаций осуществляется соответствующими органами юстиции только после регистрации политической партии Министерством юстиции Украины (часть седьмая статьи 11). Перечень уставных органов политической партии и порядок их образования определяются уставами политических партий с соблюдением основных принципов, установленных Законом (статья 8).

Таким образом, в Украине каждая политическая партия может создать двадцать четыре областные партийные организации и приравненные к ним республиканскую партийную организацию Автономной Республики Крым и городские партийные организации Киева и Севастополя. Наличие областных и приравненных к ним партийных организаций меньше чем в четырнадцати из перечисленных административно-территориальных единиц Украины в соответствии со статьей 24 Закона является основанием для решения воп-

роса об аннулировании регистрационного свидетельства политической партии.

Конституционный Суд Украины, исследовав приведенные положения части шестой статьи 11 Закона в системной связи с другими ее нормами, пришел к выводу, что вопрос о количестве партийных организаций районного уровня, которые должна создать каждая зарегистрированная политическая партия в шестимесячный срок, не урегулирован надлежащим образом ни частью шестой статьи 11 Закона, ни другими его положениями.

Создание структуры партийных организаций политических партий относится к основополагающим принципам их деятельности. Согласно пункту 11 части первой статьи 92 Конституции Украины основы создания и деятельности политических партий определяются исключительно законами Украины. Поэтому вопрос об определении количества партийных организаций районного уровня, которые необходимо создать политическим партиям, является компетенцией Верховной Рады Украины. В связи с этим конституционное производство по делу об официальном толковании в этой части приведенных положений части шестой статьи 11 Закона подлежит прекращению на основании пункта 3 статьи 45 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» - неподведомственность Конституционному Суду Украины вопроса, поднятого в конституционном представлении.

Решение Конституционного Суда Украины от 25 октября 2007 года № 10-рп/2007 по делу об официальном толковании положений части четвертой статьи 50 Закона Украины «О прокуратуре» по конституционному обращению гражданина Мнищенко Сергея Константиновича

Выводы:

В аспекте конституционного обращения положения части четвертой статьи 50 Закона Украины «О прокуратуре» в

системной связи с частью пятой этой статьи следует понимать таким образом, что государство гарантирует обязательное государственное страхование прокурорам независимо от особенностей статуса их определенных категорий.

Краткое изложение:

Гражданин Мнищенко С.К. обратился в Конституционный Суд Украины с ходатайством дать официальное толкование положений части четвертой статьи 50 Закона Украины «О прокуратуре» (далее - Закон) в части распространения их действия на работников военных прокуратур. В указанных положениях Закона предусмотрено, что жизнь и здоровье работников прокуратуры подлежат обязательно государственному страхованию за счет средств соответствующих бюджетов на сумму десятилетнего денежного содержания по последней должности, порядок и условия страхования устанавливаются Кабинетом Министров Украины.

Статья 46 Конституции Украины предусматривает право граждан на социальную защиту, которое включает, в частности, право на обеспечение их в случае полной, частичной или временной потери трудоспособности. Это право гарантировано общеобязательным государственным социальным страхованием за счет определенных страховых взносов, а также страховыми выплатами по обязательному страхованию в соответствии со статьей 999 Гражданского кодекса Украины.

Обязательное государственное страхование жизни и здоровья работников прокуратуры является одним из направлений их социальной защиты (часть четвертая статьи 50 Закона). Порядок и условия такого страхования установлены Постановлением Кабинета Министров Украины «Об утверждении Порядка и условий государственного обязательного личного страхования работников прокуратуры» от 19 августа 1992 года № 486 (далее - Постановление № 486).

Согласно положениям статьи 121 Конституции Украины, статей 6, 13 Закона прокуратура Украины составляет единую систему органов, к которой относятся военные прокуратуры.

Системный анализ статей 15, 16, 46, 461, 50, 501 Закона дает основания считать, что кадры органов прокуратуры также составляют единую систему, то есть военнослужащие военных прокуратур, занимающие должности прокуроров (статья 56 Закона) и следователей прокуратуры, являются работниками прокуратуры Украины.

Проанализировав положение статьи 50 Закона, Конституционный Суд Украины отмечает, что государство установило одинаковое страховое гарантирование жизни и здоровья для всех лиц, занимающих должности прокуроров и следователей прокуратуры (прокуроров), включая военнослужащих. Вероятность страхового случая и возможный ущерб от него и объем ответственности страхователя также непосредственно связаны с нахождением гражданина Украины на должности прокурора. Страхователем при наступлении страховых событий, согласно пункту 3 Постановления № 486, является Генеральная прокуратура Украины. Нормы Закона и подзаконные нормативные акты не содержат исключений по указанным обязательствам Генеральной прокуратуры Украины относительно любой категории прокуроров.

Ссылка в части второй статьи 46-1 Закона на то, что военнослужащие военных прокуратур проходят службу в соответствии с Законом «О социальной и правовой защите военнослужащих и членов их семей» от 20 декабря 1991 года № 2011-XII (далее - Закон № 2011-XII) и другими законодательными актами Украины, которыми установлены правовые и социальные гарантии, пенсионное, медицинское и иные виды обеспечения, предусмотренные законодательством для лиц офицерского состава Вооруженных Сил Украины, касается лишь тех особенностей, которые не могут быть присущи прохождению службы другими работниками прокуратуры, в частности отличий, связанных с наличием офицерского звания и порядком его присвоения, порядком получения продовольственного и вещевого обеспечения, обмундирования, предоставлением определенных льгот и компенсаций, предусмотренных именно для военнослужащих, и т.д..

В контексте вопроса, поднятого субъектом права на конституционное обращение, Конституционный Суд Украины отмечает, что в соответствии с частью пятой статьи 17 Конституции Украины статья 16 Закона № 2011–XII и пункт 1 Условий, утвержденных Постановлением Кабинета Министров Украины «Об условиях государственного обязательного личного страхования военнослужащих и военнообязанных, призванных на сборы, и порядок выплат им и членам их семей страховых сумм» от 19 августа 1992 года № 488, предусматривают обязательство Министерства обороны Украины как страхователя военнослужащих, проходящих службу на должностях прокуроров, лишь в случаях, когда страховые события произошли при выполнении ими функций военной службы. Такие случаи подпадают под иную категорию страховых выплат, не связанных с исполнением прокурорских полномочий, что дает основания к применению соответствующего закона, в зависимости от обстоятельств наступления страховых событий.

Исходя из указанного, Конституционный Суд Украины считает, что положения части четвертой статьи 50 Закона распространяются на всех прокуроров, в частности находящихся на службе в военной прокуратуре как военнослужащие.

Решение Конституционного Суда Украины от 11 декабря 2007 года № 11-рп/2007 по делу об официальном толковании положений пункта 8 части третьей статьи 129 Конституции Украины, части второй статьи 383 Уголовно-процессуального кодекса Украины по конституционному обращению гражданина Касьяненко Бориса Павловича

Выводы:

В аспекте конституционного обращения положение пункта 8 части третьей статьи 129 Конституции Украины «обеспечение апелляционного и кассационного обжалования решения суда, кроме случаев, установленных законом» в системной связи с положениями части второй статьи 383

Уголовно-процессуального кодекса Украины необходимо понимать как такое, которое предоставляет право проверять в кассационном порядке решения местных и апелляционных судов по постановлениям об отказе в возбуждении уголовного дела, за исключением случаев, установленных законом.

Рекомендовать Верховной Раде Украины в законодательном порядке привести положение статьи 384 Уголовно-процессуального кодекса Украины в соответствие с этим Решением.

Краткое изложение:

Гражданин Касьяненко Б.П. обратился в Конституционный Суд Украины с ходатайством дать официальное толкование положений пункта 8 части третьей

статьи 129 Конституции Украины, части второй статьи 383 Уголовно-процессуального кодекса Украины (далее - Кодекс).

Необходимость в официальном толковании указанных норм автор ходатайства обосновывает тем, что Верховный Суд Украины по-разному применяет их при рассмотрении кассационных жалоб на решение местных и апелляционных судов по делам относительно обжалования постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела.

Положение пункта 8 части третьей статьи 129 Конституции Украины, закрепляющее один из основных принципов судопроизводства - обеспечение апелляционного и кассационного обжалования решения суда, кроме случаев, установленных законом, необходимо понимать как такое, которое предоставляет право проверять в кассационном порядке решения местных и апелляционных судов по постановлениям об отказе в возбуждении уголовного дела, за исключением случаев, определенных законом.

Анализ статей Кодекса свидетельствует о том, что законодатель прямо не предусмотрел в них норм, устанавливающих случаи, когда запрещена проверка в кассационном порядке постановлений местных судов, которыми оставлены без удовлетворения жалобы на постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, и аналогичных по сути оп-

ределений апелляционного суда, вынесенных относительно этих постановлений. В Кодексе также не определен перечень постановлений (определений), препятствующих дальнейшему производству по делам.

Конституционный Суд Украины пришёл к выводу, что решения местных и апелляционных судов по делам публично-го и частного обвинения, которыми оставлены без удовлетворения жалобы на постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, являются препятствующими дальнейшему производству по делу, поскольку исключают возможность возбуждения уголовного дела, проведения досудебного следствия (дознания), его судебного разбирательства по существу, постановления приговора и проведения других процессуальных действий, а поэтому они должны проверяться в кассационном порядке.

Положения части второй статьи 383 Кодекса относительно проверки в кассационном порядке судебных решений в аспекте поднятых в конституционном обращении вопросов необходимо понимать как такое, что предоставляют право проверять в кассационном порядке решения местных и апелляционных судов, принятые по делам относительно обжалования постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела, поскольку эти решения препятствуют дальнейшему производству по делу, за исключением случаев, когда апелляционный суд отменил решение местного суда и возвратил дело на новое судебное разбирательство.

Пункт 8 части третьей статьи 129 Конституции Украины, определяющий один из основных принципов судопроизводства - обеспечение апелляционного и кассационного обжалования решения суда, часть вторая статьи 383 Кодекса, предусматривающая возможность проверки в кассационном порядке постановлений, препятствующих дальнейшему производству по делу, и определений апелляционного суда, вынесенных по этим постановлениям, и статья 384 Кодекса, где закреплён перечень лиц, имеющих право на кассационное обжалование или внесение кассационного представления на указанные судебные решения, находятся в системной связи. Это дает основания для вывода, что кроме лиц, в соответствии с частью четвертой статьи 384

Кодекса имеющих право внести кассационное представление на указанные судебные решения, кассационную жалобу на эти решения также вправе подать лица, в судебном порядке обжаловавшие постановления об отказе в возбуждении уголовного дела.

Решение Конституционного Суда Украины от 11 декабря 2007 года № 12-рп/2007 по делу об официальном толковании положений пункта 12 части первой статьи 85 Конституции Украины в контексте положений части четвертой статьи 114, частей второй, третьей статьи 115 Конституции Украины по конституционному представлению 46 народных депутатов Украины (дело о порядке прекращения полномочий членов Кабинета Министров Украины)

Выводы:

Под положением «освобождение указанных лиц от должностей» в пункте 12 части первой статьи 85 Конституции Украины в контексте положений части четвертой статьи 114, частей второй, третьей статьи 115 Конституции Украины следует понимать освобождение от должностей как членов Кабинета Министров Украины, включая Премьер-министра Украины, Министра обороны Украины, Министра иностранных дел Украины, так и Председателя Антимонопольного комитета Украины, Председателя Государственного комитета телевидения и радиовещания Украины, Председателя Фонда государственного имущества Украины.

Верховная Рада Украины может реализовать свое полномочие по освобождению от должностей Премьер-министра Украины, Министра обороны Украины, Министра иностранных дел Украины и без представления Президента Украины.

Прекратить конституционное производство по делу об официальном толковании положений пункта 12 части первой статьи 85 Конституции Украины в контексте положений

части четвертой статьи 114, частей второй, третьей статьи 115 Конституции Украины относительно затронутых в конституционном представлении вопросов.

Краткое изложение:

Субъект права на конституционное представление - 46 народных депутатов Украины - обратился в Конституционный Суд Украины с ходатайством об официальном толковании положений пункта 12 части первой статьи 85 Конституции Украины в контексте положений части четвертой статьи 114, частей второй, третьей статьи 115 Конституции Украины.

Конституционный Суд Украины исходит из необходимости применения в совокупности различных способов толкования положений пункта 12 части первой статьи 85 Конституции Украины для ответа на вопрос о необходимости представления Президента Украины в Верховную Раду Украины для освобождения от должностей Премьер-министра Украины, Министра обороны Украины и Министра иностранных дел Украины.

Логико-грамматическое толкование пункта 12 части первой статьи 85 Конституции Украины не свидетельствует о необходимости представления Президента Украины для осуществления Верховной Радой Украины своего конституционного полномочия по освобождению от должностей Премьер-министра Украины, Министра обороны Украины и Министра иностранных дел Украины, поскольку словосочетание «по представлению Президента Украины» не имеет синтаксической связи со словосочетанием «освобождение указанных лиц от должностей, решение вопроса об отставке Премьер-министра Украины, членов Кабинета Министров Украины».

Выяснение содержания пункта 12 части первой статьи 85 Конституции Украины в системной связи с другими конституционными нормами дает основание для такого же вывода. В соответствии с пунктом 10 части первой статьи 106 Конституции Украины Президент Украины вносит в Верховную Раду Украины представление о назначении Министра обороны Украины, Министра иностранных дел Укра-

ины. В этих и других статьях Основного Закона Украины в числе полномочий Президента Украины не предусмотрено внесения им представления в Верховную Раду Украины об освобождении от должности или отставке членов Кабинета Министров Украины. В своих предыдущих решениях Конституционный Суд Украины неоднократно отмечал, что лишь Конституцией Украины определяется круг полномочий Президента Украины. В Решении Конституционного Суда Украины от 10 апреля 2003 года № 7-рп/2003 (дело о гарантиях деятельности народного депутата Украины) Конституционный Суд Украины констатировал, что согласно Конституции Украины полномочия Президента Украины исчерпывающе определены Конституцией Украины, а это делает невозможным принятие законов, устанавливающих иные его полномочия. В Решении Конституционного Суда Украины от 7 апреля 2004 года № 9-рп/2004 (дело о Координационном комитете) Конституционный Суд Украины подчеркивал, что полномочия Верховной Рады Украины, как и полномочия Президента Украины, определяются Конституцией Украины (статьи 85, 106).

В рамках системного толкования пункта 12 части первой статьи 85 Конституции Украины необходимо сопоставить его предписание с предписаниями пунктов 12№, 18, 21 части первой этой статьи. Результаты этого сравнения свидетельствуют, что согласно содержанию приведенных норм не требуется представление Президента Украины для осуществления Верховной Радой Украины своего конституционного полномочия освобождать Премьер-министра Украины, Министра обороны Украины, Министра иностранных дел Украины от должностей или решать вопрос об их отставке. Нормами пунктов 12№, 18, 21 части первой статьи 85 Конституции Украины в отличие от норм пункта 12 указанной статьи четко определены полномочия Верховной Рады Украины назначать на должности и освобождать от должностей по представлению Президента Украины Председателя Службы безопасности Украины, Председателя Национального банка Украины, членов Центральной избирательной комиссии.

Осуществление Верховной Радой Украины своего конституционного полномочия освобождать Премьер-министра Украины, Министра обороны Украины, Министра иностранных дел Украины от должностей без соответствующего представления Президента Украины не противоречит конституционно-правовому принципу деления государственной власти в Украине, установленному в части первой статьи 6 Конституции Украины, поскольку при таком распределении полномочий между Президентом Украины и Верховной Радой Украины не нарушается равновесие в системе сдерживаний и противовесов, от чего зависит стабильность конституционного строя.

Конституционный Суд Украины пришёл к выводу, что Верховная Рада Украины может реализовать свое полномочие по освобождению от должностей Премьер-министра Украины, Министра обороны Украины, Министра иностранных дел Украины и без представления Президента Украины.

После внесения народными депутатами Украины конституционного представления в Конституционный Суд Украины вступил в действие Закон Украины «О Кабинете Министров Украины», в котором урегулированы поднятые авторами ходатайства вопросы:

- является ли необходимым представлением Премьер-министра Украины при освобождении от должностей других членов Кабинета Министров Украины;
- влечет ли освобождение от должности Премьер-министра Украины отставку всего состава Кабинета Министров Украины;
- какова процедура освобождения от должностей членов Кабинета Министров Украины.

В связи с этим конституционное производство по делу об официальном толковании положений пункта 12 части первой статьи 85 Конституции Украины в контексте положений части четвертой статьи 114, частей второй, третьей статьи 115 Конституции Украины относительно поднятых в конституционном представлении вопросов подлежит прекращению.

Решение Конституционного Суда Украины от 20 декабря 2007 года № 13-рп/2007 по делу об официальном толковании положений части второй статьи 14 Закона Украины «О кинематографии» по конституционному представлению 60 народных депутатов Украины (дело о распространении иностранных фильмов)

Выводы:

В аспекте конституционного представления положение части второй статьи 14 Закона Украины «О кинематографии» «иностранные фильмы перед распространением в Украине в обязательном порядке должны быть дублированы или озвучены либо субтитрованы на государственном языке...» следует понимать таким образом, что иностранные фильмы не подлежат распространению и демонстрации в Украине, если они не дублированы или не озвучены либо не субтитрованы на государственном языке, а центральный орган исполнительной власти в области кинематографии не имеет права предоставлять субъектам кинематографии право на распространение и демонстрацию таких фильмов и выдавать соответствующее государственное свидетельство.

Краткое изложение:

Согласно Конституции Украина есть суверенное и независимое, демократическое, социальное, правовое государство (статья 1); права и свободы человека и их гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства (часть вторая статьи 3); государственным языком в Украине является украинский язык, государство обеспечивает его всестороннее развитие и функционирование во всех сферах общественной жизни на всей территории Украины (часть первая и вторая статьи 10); в Украине гарантируется свободное развитие, использование и защита русского, других языков национальных меньшинств Украины (часть третья статьи 10). Государство содействует консолидации и развитию украинской нации, ее исторического создания, традиций и культуры, а также развитию этнической,

культурной, языковой и религиозной самобытности всех коренных народов и национальных меньшинств Украины (статья 11).

Согласно статье 6 Закона Украины «О кинематографии» (далее - Закон) применение языков в области кинематографии осуществляется в соответствии со статьей 10 Конституции Украины.

В Решении Конституционного Суда Украины от 14 декабря 1999 года № 10-рп/99 (дело о применении украинского языка), в котором дано толкование статьи 10 Основного Закона Украины, указано, что публичными сферами, в которых применяется государственный язык, охватываются прежде всего сферы осуществления полномочий органами законодательной, исполнительной и судебной власти, другими государственными органами и органами местного самоуправления (язык работы, актов, делопроизводства и документации, язык взаимоотношений этих органов и т.п.). К сферам применения государственного языка могут быть отнесены также иные сферы, которые согласно части пятой статьи 10, пункту 14 части первой статьи 92 Конституции Украины определяются законами Украины.

В соответствии со статьей 6 Закона Украины «Об основах национальной безопасности Украины» приоритетами национальных интересов Украины является, в частности, обеспечение развития и функционирования украинского языка в качестве государственного во всех сферах общественной жизни на всей территории Украины, гарантирование свободного развития, использования и защиты русского, других языков национальных меньшинств Украины. Законом Украины «О языках в Украинской ССР» от 28 октября 1989 года (действующий согласно пункту 1 раздела XV «Переходные положения» Конституции Украины в части, не противоречащей Основному Закону Украины) государство гарантирует функционирование украинского языка, а также других национальных языков в сфере культурной жизни; с целью широкого ознакомления своих граждан с достижениями мировой культуры обеспечивает переводы на украинский язык и другие национальные языки и издание художественной, политической, научной и другой литературы, а

также переводы на украинский язык и публичную демонстрацию фильмов и других аудиовизуальных произведений.

Правовые основы деятельности в области кинематографии и регулирования общественных отношений, связанных с производством, распространением, хранением и демонстрацией фильмов, определяются Законом.

Таким образом, в соответствии со статьей 10, пунктом 14 части первой статьи 92 Конституции Украины, с учетом правовых позиций Конституционного Суда Украины, высказанных в указанном Решении, статьями 6, 14 Закона установлен порядок применения государственного языка и языков национальных меньшинств в области кинематографии. Согласно статье 2 Закона этот порядок распространяется на юридических лиц независимо от их форм собственности и физических лиц, занимающихся профессиональной деятельностью в области кинематографии в Украине.

Согласно части второй статьи 14 Закона иностранные фильмы перед распространением в Украине в обязательном порядке должны быть дублированы или озвучены либо субтитрированы на государственном языке, они также могут быть дублированы или озвучены либо субтитрированы на языках национальных меньшинств.

Логический и грамматический анализ содержания этой нормы дает основания сделать вывод, что законодатель обязал всех субъектов кинематографии обязательно осуществлять дублирование или озвучивание либо субтитрирование на украинском языке иностранных фильмов перед их распространением в Украине. На это указывает словосочетание «в обязательном порядке», употребленное законодателем рядом со словами «они также».

Без обязательного исполнения предписаний, предусмотренных частью второй статьи 14 Закона, субъект кинематографии не имеет права получить разрешение на распространение и демонстрацию иностранных фильмов в Украине. Иностранные фильмы могут быть также дублированы или озвучены либо субтитрированы на языках национальных меньшинств.

В статье 3 Закона содержится понятие распростране-

ния (проката) фильма, означающее изготовление фильмокопий (тиражирование), продажу и передачу их в прокат юридическим и физическим лицам, и понятие демонстрирования (публичный показ, публичное оповещение и публичная демонстрация) фильма, означающее профессиональную кинематографическую деятельность, заключающуюся в показе фильма зрителям в предназначенных для этого помещениях (кинотеатрах, других кинозрелищных заведениях), на видеоустановках, а также по каналам вещания телевидения. Документом, удостоверяющим право на распространение и демонстрирование национальных и иностранных фильмов на всех видах носителей изображения и определяющим условия распространения и демонстрирования, является государственное свидетельство на право распространения и демонстрирования фильмов, предоставляемое субъектам кинематографии центральным органом исполнительной власти в области кинематографии (статья 15 Закона).

Анализ этих положений дает основания для вывода, что распространение фильма является первичным относительно демонстрирования. Положения статьи 14 Закона относительно обязательного дублирования или озвучения либо субтитрирования на государственном языке иностранных фильмов перед их распространением в Украине должны применяться ко всем фильмокопиям, которые распространяются в Украине, в том числе и к тем, которые используются для демонстрирования таких фильмов. Центральный орган исполнительной власти в области кинематографии в случае несоблюдения субъектом кинематографии требований части второй статьи 14 Закона не имеет права выдавать таким субъектам государственное свидетельство на право распространения и демонстрирования иностранных фильмов.

В Украине гарантируется свободное развитие, использование и защита русского, других языков национальных меньшинств Украины (часть третья статьи 10 Конституции Украины).

Украина 9 декабря 1997 года ратифицировала Рамочную конвенцию Совета Европы о защите национальных мень-

шинств от 1 февраля 1995 года, согласно которой государство взяло на себя обязательства создать у себя необходимые условия для того, чтобы лица, принадлежащие к национальным меньшинствам, имели возможность сохранять и развивать свой язык (пункт 1 статьи 5).

Законом Украины от 15 мая 2003 года ратифицирована Европейская хартия региональных языков или языков меньшинств. Этим Законом предусмотрено, что «положения Хартии применяются к языкам следующих национальных меньшинств Украины: белорусскому, болгарскому, гагаузскому, греческому, еврейскому, крымско-татарскому, молдавскому, немецкому, польскому, русскому, румынскому, словацкому и венгерскому» (статья 2). Согласно статье 12 указанной Хартии Украина взяла на себя обязательства, в пределах территории, на которой такие языки используются, и если органы государственной власти имеют компетенцию, полномочия или играют определенную роль в этой области, содействовать доступу на региональных языках или языках меньшинств к произведениям, создаваемым на других языках, поддерживая и развивая деятельность в области перевода, дублирования, озвучивания и субтитрирования (подпункт «с» пункта 1).

Проведенный Конституционным Судом Украины анализ статьи 10 Конституции Украины, законов Украины, в том числе международных правовых актов, ратифицированных Украиной, которые регулируют вопрос применения государственного языка и языков национальных меньшинств, дает основания сделать вывод, что обязанность придерживаться положений части второй статьи 14 Закона относительно обязательного дублирования или озвучивания либо субтитрирования на государственном языке иностранных фильмов перед их распространением в Украине не нарушает прав национальных меньшинств на использование своего языка в области кинематографии.

Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник Конференции
органов конституционного контроля
стран молодой демократии

Выпуск 4 (38) 2007



Адрес редакции:

375019, Ереван, пр. Баграмяна 10

Тел.: 529991, 588189

Факс: 529991

Email: armlaw@concourt.am

arthur@concourt.am

URL: <http://www.concourt.am>

Сдано в набор 15.11.2007 г.

Подписано к печати 15.12.2007 г.

Печ. л. 8

Бумага офсетная

Печать офсетная

Формат 60x84 1/16

Тираж 750 экз.

Статьи вестника "Конституционное
правосудие" публикуются
в авторской редакции

Вестник включен в список принятых Высшей
аттестационной комиссией журналов для
публикации результатов докторских
диссертаций

Зарегистрирован коллегией
N 8/22 Министерства юстиции РА
27 февраля 1998г.