

Конституционное ПРАВОСУДИЕ

Вестник

Конференции

органов конституционного контроля

стран молодой демократии

Выпуск 1(35) 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

Актуальные проблемы конституционного правосудия

- Бондарь Н.** Конституционное правосудие - универсальный институт разрешения социальных противоречий современного общества 5
- Тарадонов С., Петренко Д.** Некоторые аспекты международного и зарубежного влияния на конституционное правосудие Российской Федерации 32
- Арутюнян А.** Конституционализм как режим взаимоотношений государства и гражданского общества 64
- Погосян В.** Соотношение понятий «конституция» и «основной закон» 73

Из конституционной практики

- Уитц Р., Шайо А.** Конституционные ценности в практике конституционного права Венгрии 79

Из практики Европейского суда по правам человека

- Решение Европейского суда по правам человека по делу *Шварц и Кравник против Словении* 125

Обзор решений конституционных судов

- Обзор практики Конституционного Суда Республики Беларусь за 4-ый квартал 2006 года 142

Новые книги о конституционном правосудии

- О книге В. Зорькина «Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки» 145

Contents

Actual Problems of the Constitutional Jurisdiction

- Bondar N.** Constitutional Jurisdiction as universal institution of solution of social contradictions of the modern society 5
- Taradonov S., Petrenko .** Some aspects of international and foreign influence on the constitutional jurisdiction of Russian Federation 32
- Harutyunyan A.** Constitutionalism as the regime of interrelations of state and civil society 64
- Poghosyan V.** Correlation of the concepts of “Constitution” and “Fundamental Law” 73

From the Constitutional Practice

- Witz R., Shajo A.** Constitutional values in the practice of Constitutional Law of Hungary 79

From the practice of the European Court on Human Rights

- Judgements of the European Court on Human Rights on the case of “Schvarts and Kravnik v. Slovenia” 125

Review of the ecisions of the Constitutional Courts

- Review of the practice of the Constitutional Court of the Republic of Belarus on 4th quarter of 2006 142

New books on the Constitutional Justice

- On the book of V. Zorkin “Russia and Constitution in XXI century. View from Ilinka” 145

Н. Бондарь

судья Конституционного Суда Российской Федерации

Конституционное правосудие - универсальный институт разрешения социальных противоречий современного общества

В условиях, когда в странах молодых демократий с переходом к новому конституционному строю весьма остро и в обнаженном виде проявились многие кризисные явления, конфликты и противоречия, исследование соответствующих проблем приобретает повышенную актуальность. Очевидным является тот факт, что эффективность конституционного регулирования, степень реальности провозглашаемых современными конституциями демократических принципов во многом определяется глубиной их проникновения в природу социальных конфликтов и противоречий современного общества и государства.

Известно, что принятие каждой новой конституции, внесение в нее изменений и, более того, даже сама по себе политическая борьба за конституционные реформы неизбежно сопровождаются завышенными социальными ожиданиями и конституционными иллюзиями. В этих условиях важнейшая задача и не только для России и стран СНГ, но и для всех демократических государств - сформировать устойчивую, признаваемую всеми субъектами права в обществе и государстве систему координат *конституционного реализма* и, осмелюсь пометать, *здорового конституционного прагматизма*.

Важно учитывать, что конституция – при всей космополитичности данного понятия и самого по себе терми-

на *constitutio* – представляет собой явление конкретно-историческое, социокультурное и уже в этом смысле всегда национально-специфическое. В этом плане процесс исторических преобразований, сопровождавший Россию, другие страны СНГ, Восточной Европы на всем протяжении выработки, принятия и последующего действия их конституций, выдвигает на передний план исследование конституции как документа, впитавшего в себя все многообразие социальных противоречий в условиях политических и экономических преобразований и призванного конституционно-правовыми средствами способствовать как реально действующий, работающий акт разрешению этих противоречий при переходе к качественно новым направлениям социально-экономического и политического развития общества и государства. В наиболее полном, концентрированном виде соответствующие свойства Конституции в их соотношении с социальными противоречиями современного общества могут быть представлены в следующих триединых характеристиках основного закона:

а) конституция - порождение и, своего рода, *нормативно-правовой результат социальных противоречий* современного общества;

б) конституция - *юридизированная форма отражения социальных противоречий*, их зеркальное (адекватно-зеркальное или искаженное, находящееся в оптической системе «кривых зеркал») отражение;

в) конституция - институциональная *нормативно-правовая основа разрешения противоречий* современного общества.

1. Значение конституционного правосудия как института разрешения социальных противоречий кроется в самой сущности конституции.

Подход, характерный для современного конституционализма, основан на признании того факта, что сущность конституции демократического государства должна проявляться не в регистрации итогов политической борьбы, победы одной политической силы (части общества) над

другой, а в юридическом закреплении согласованных интересов и воли всех социальных групп, наций и народностей, составляющих государственно-организованное общество. Согласование, приведение к общему знаменателю интересов и воли различных групп общества происходят на основе объективно складывающегося соотношения социальных сил в обществе. Однако показателем этого соотношения и его результатом должна быть не классовая, национально-этническая, религиозная или иная борьба, а достижение гражданского мира и согласия в обществе, социальная солидарность.

Сущностная же характеристика конституции в этом случае проявляется в том, что она (конституция) является юридически узаконенным балансом интересов всех социальных групп общества, мерой достигнутого в обществе и государстве баланса между властью и свободой. Уже поэтому в юридическом плане конституция есть политико-правовое порождение наиболее значимых социальных противоречий, выражающих соотношение между основными политическими силами общества и составляющих в своей совокупности фактическую конституцию общества. Конституция как основной закон государства призвана отражать на правовом уровне соответствующие противоречия и, по мере возможности, способствовать их разрешению с помощью специфического, юридико-правового конституционного инструментария воздействия на различные сферы общественных отношений.

Не является исключением в этом плане и *Конституция России как юридизированная форма отражения социальных противоречий*. В этом качестве она имела триединое назначение: а) устранить несоответствие новым общественным отношениям сохранявшейся на момент принятия советской конституционно-правовой системы, преодолеть противоречие между старой юридической формой в лице многократно «латаной» Конституции РСФСР 1978 года и реальным (материально-политическим) наполнением вектора конституционного развития новой России; б) с помощью обновленных конституционных средств преодолеть сопротивление

экономическим и политическим преобразованиям в обществе; в) создать устойчивую систему конституционных противовесов неизбежным проявлениям негативных тенденций и противоречий в новых условиях зарождающейся рыночной экономики и плюралистической демократии.

Качественно новая для российского конституционализма сущностная характеристика вновь принятой Конституции как юридического средства социального компромисса, поддержания и обеспечения гражданского мира и согласия в обществе получила также институционально-правовое наполнение.

Всем своим содержанием Конституция 1993 года отражает тот факт, что с развитием рыночной экономики и плюралистической демократии действие социальных противоречий отнюдь не «отменяется». Более того, была подтверждена смена господствующих тенденций развития конституционных отношений: тенденция к их мнимой чистоте, «социалистической бесконфликтности» сменилась тенденцией к усложнению конституционных процессов, наполнению их внутренними противоречиями, развивающимися на своей собственной основе. При этом «созревание» внутренних противоречий новой демократической государственности, усложнение спектра социальной действительности происходит вместе с формированием нового конституционного строя как государственно-правового выражения гражданского общества.

Современный конституционализм исходит из того, что прочность, незыблемость основ конституционного строя определяется не его «монолитностью», недопустимостью столкновения и противоборства идей и интересов, а, напротив, наличием внутренних противоречий и конфликтов между несовпадающими конституционными ценностями институтов организации публичной власти, федерализма, правового положения личности и, соответственно, закреплением уже на уровне основ конституционного строя системы сдержек и противовесов как правовых механизмов разрешения соответствующих противоречий.

С учетом различной степени «зрелости» и особеннос-

тей форм проявления социальных противоречий в отдельных сферах общественных отношений в системе конституционного регулирования в той или иной мере находят свое отражение: а) *противоречия несовпадения* (отражающие многообразие несовпадающих личных и общественных, федеральных и региональных, государственных и муниципальных интересов и т.д.); б) *противоречия противоположности* (основанные на противоположных ролевых функциях и интересах субъектов конституционного права в отдельных сферах социальных отношений); в) *противоречия – конфликты*, возникающие, как правило, в результате развития, «вызревания» социальных противоречий и их трансформации в правовую, политическую, властно-управленческую, экономическую сферы, что проявляется, например, в виде коллизионно-правовых, управленческо-компетенционных конфликтов или национально-этнических, социально-экономических и иных конфликтов¹.

Наряду с указанными, имеющими внутригосударственный характер, можно, пожалуй, выделить в качестве относительно самостоятельной группы также глобальные противоречия современности, возникающие, как правило, на встречах путей современных цивилизаций: христианской и исламской, западной и восточной и т.п. – которые также имеют – непосредственно или опосредованно – конституционное значение. Соответственно, современное конституционное правосудие для них является тем универсальным правовым механизмом, который сдерживает всплеск всех видов радикализма на уровне проявления глобальных противоречий, исходя как из принципа соблюдения национального суверенитета, так и из принципа выполнения тех международных обязательств, которые стали составной частью правовой системы национальных государств².

¹ По состоянию на сегодняшний день в правовой науке наиболее глубоко исследованы проблемы юридических конфликтов и правовых коллизий в рамках формирующейся науки коллизионного права. (См., напр.: Юридическая конфликтология. – М., 1995; Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. – М., 2003). Этим, однако, правовые, в том числе конституционные, проблемы противоречий не ограничиваются.

² См.: Зорькин В.Д. Конституционные основы развития цивилизации в современном глобальном мире // Журнал российского права. 2007. № 4. – С.4.

Определяя стратегию конституционного регулирования новых явлений общественной жизни, порожденных как демократическими преобразованиями, так и глобальными противоречиями современности, следует исходить из того, что социальные противоречия, конфликты и различия во взглядах на их разрешение – дело нормальное. Конституция, текущее национальное законодательство и нормы международного права должны не нивелировать, а, официально, на нормативно-правовом уровне признавать сам факт существования несовпадающих интересов, конфликтов и социальных противоречий, предлагать эффективные правовые средства их разрешения.

В этом плане особая роль принадлежит национальным конституциям как нормативно-правовой основе разрешения противоречий современного общества. Данное назначение Конституции определяется уже тем, что она призвана раскрывать содержание важнейших принципов и закономерностей социально-экономического, политического развития общества, действие которых проявляется через развёртывание социальных противоречий в соответствующих сферах общественной и государственной жизни. Включением в сферу конституционного воздействия противоречивых явлений социальной действительности, несомненно, повышается не только реальность, но и эффективность всей системы конституционного регулирования.

Отдельным видам противоречий, как и уровням их развития, соответствуют свои, специфические способы правового воздействия на них. Во-первых, в условиях плюралистической демократии становится возможным и необходимым максимальное использование *позитивного регулирования социальных противоречий*, создание правовых условий для достижения оптимального сочетания, гармонизации противоречивых сторон конфликтной ситуации, которая имеет объективные предпосылки для своего существования. Яркий пример в этом плане – позитивное, многоуровневое регулирование социальных противоречий между государством и гражданским обществом, что, например в российской Конституции, на-

ходит свое отражение, прежде всего, в системе институтов конституционного строя России. Во-вторых, установление норм, ориентирующих на *постепенное преодоление различий* между сторонами социального противоречия, в том числе в подходе к решению конкретной конфликтной ситуации (здесь могут быть как поощрительные или обязывающие нормы, так и институты коллизионного права, судебного контроля и т.д.). В-третьих, *запретительное воздействие на социальные противоречия и конфликты*, которые обнаруживаются не только в виде антиобщественных действий, преступлений, терроризма и т.п., но и, например, захвата власти или присвоения властных полномочий (ч.4 ст.3 Конституции РФ), дискриминации (ч.2 ст.19 Конституции РФ), монополизации или недобросовестной конкуренции (ч.2 ст.34 Конституции РФ). Каждый из этих методов находит свое воплощение в конкретных правовых нормах и институтах различных отраслей права, имеющих, в конечном счете, конституционное обоснование.

Конституция призвана определять и *институционные средства разрешения социальных противоречий*, среди которых можно выделить две основные разновидности: а) *всеобщие, универсальные институты*, которые в каждом государстве могут быть использованы для разрешения любых социальных противоречий и конфликтов; б) *специальные институты*, имеющие конкретно-целевое назначение с точки зрения разрешения социальных противоречий и конфликтов в конкретных национальных государственных и правовых системах. К специальным, предусмотренным Конституцией РФ, относятся, например, институты роспуска Государственной Думы (ст.109), президентского вето (ст.107), недоверия Правительству (ст.117), петиций (ст.33), индивидуальных и коллективных трудовых споров, включая право на забастовку (ч.4 ст.37), судебного обжалования решений и действий органов государственной и муниципальной власти, общественных объединений и должностных лиц (ч.2 ст.46) и т.д.

К универсальным институтам разрешения социальных противоречий относятся конституционные институты:

разделения властей по горизонтали (ст.10) и вертикали (ст.ст.11,12), федерализма (ст.5), политического и идеологического многообразия, многопартийности (ст.13), экономического плюрализма, множественности форм собственности (ст.8), равно как и комплексные по своему характеру институты социального государства (ст.7), с одной стороны, и правового государства (ст.1) - с другой (с их несовпадающими конкурирующими конституционными ценностями) и т.д.

Особым универсальным институтом разрешения социальных противоречий и конфликтов является *судебно-конституционный контроль*, представленный в России деятельностью Конституционного Суда РФ, а также конституционных (уставных) судов субъектов РФ.

2. Нормативно-доктринальный характер актов Конституционного Суда по разрешению социальных противоречий.

По самой природе, сущностным характеристикам и своим результатам деятельность органов конституционного правосудия как универсального института разрешения социальных противоречий не исчерпывается правоприменением. Она имеет значительно более сложный характер: получая институционное оформление прежде всего как правоприменительный юрисдикционный процесс, конституционное правосудие - и это становится все более очевидным для отечественной юриспруденции - в своих итогово-правовых характеристиках сближается с нормативно-установительной юридической практикой, с правотворчеством.

В контексте общемировой конституционной практики должен оцениваться и характер воздействия конституционного правосудия на правотворческий процесс. Конечно, роль Конституционного Суда в правотворчестве довольно специфична, что объясняется его юрисдикционной природой, предполагающей прежде всего применение конституционных норм, их истолкование, в том числе в системных взаимосвязях с проверяемыми и иными нормами отраслевого законодательства.

Специфическими характеристиками конституционных полномочий по конституционно-судебному контролю, а не наличием или отсутствием у Конституционного Суда правотворческих функций в их классическом проявлении определяется его роль в нормативном правовом пространстве государства и, в конечном счете, в правотворческом процессе как средства разрешения социальных противоречий. Все это позволяет определить Конституционный Суд в качестве квазиправотворческого органа, имея в виду, что «квази» характеристикой подчеркивается не мнимый, а специфический, не классически-правотворческий статус данного органа.

Но он таков, что решения Конституционного Суда РФ, выраженные по итогам рассмотрения дела в постановлении или определении, обладают вполне конкретными свойствами нормативности, многие из которых, кстати, получили юридическое признание и в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде РФ», как-то: общеобязательность (ст.6); окончательность, вступление в силу после провозглашения и незамедлительное официальное опубликование, непосредственное действие (ст. 78,79); недопустимость преодоления правовой позиции Конституционного Суда законодателем (ст.79); пересмотр в установленных случаях решений судов и иных органов, основанных на актах, признанных неконституционными (ст.79, 100) и др. Это неоднократно подтверждалось и самим Конституционным Судом РФ. Так, в Постановлении от 16 июня 1998 года №19П Конституционный Суд РФ указал, что его Постановления являются окончательными, не могут быть пересмотрены другими органами или преодолены путем повторного принятия отвергнутого неконституционного акта, а также обязывают всех правоприменителей, включая другие суды, действовать в соответствии с правовыми позициями Конституционного Суда РФ³. А в Определении от 8 октября 1998 года №118О прямо говорится о том, что положения мотивировочной части постановления Консти-

³ См.: Постановление Конституционного Суда от 16 июня 1998 года №19П по делу о толковании отдельных положений статей 125,126 и 127 Конституции Российской Федерации // СЗ РФ. 1998. №25. - Ст.3004.

туционного Суда РФ, содержащие толкование конституционных норм либо выявляющие конституционный смысл закона, на котором основаны выводы Конституционного Суда РФ, сформулированные в резолютивной части этого же постановления, отражают правовую позицию Конституционного Суда РФ и также носят обязательный характер⁴.

Однако это лишь одна сторона юридической природы решений Конституционного Суда как источников права. Вторая заключена в том, что нормативность данных актов проявляется в единстве с их доктринальным значением, что значительно усиливает их потенциал как актов по выявлению, конституционной оценке и разрешению социальных противоречий.

Нормативность и доктринальность - это не две самостоятельные характеристики решений Суда. Они существуют в единстве, что дает некое новое, интегральное качество данного вида актов - их нормативно-доктринальную природу. Это означает, что, с одной стороны, *нормативные начала решений Конституционного Суда*, обладая высокой степенью информационно-правовой насыщенности и обобщенности, способностью отражать посредством своих конституционно-интерпретационных характеристик высшие конституционные ценности на основе выявленного в решении Суда баланса государственных (публичных) и частных интересов, воплощая в себе сплав концептуальных научно-теоретических подходов с реальной практикой современного конституционализма и международно-правовой регламентацией, во многом приобретают признаки *конституционной доктрины*. Поэтому не случайно, что в одном из своих решений Конституционный Суд РФ охарактеризовал значение выражаемых им правовых позиций как имеющих в том числе доктринальное значение⁵.

⁴ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 8 октября 1998 года №1180 по жалобе гражданки Головановой Людмилы Александровны о нарушении ее конституционных прав положением абзаца 1 части седьмой статьи 19 Закона РСФСР «О милиции» // Архив Конституционного Суда РФ. 1998.

⁵ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2006 года №2П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «О связи» в связи с запросом Думы Корякского автономного округа (абзац пятый пункта 5 мотивировочной части) // СЗ РФ. 2006. №11. - Ст.1230.

С другой стороны, заложенные в решениях Конституционного Суда аксиологические оценки, идеи и принципы, сформулированные на основе Конституции РФ и опосредующие отношение органа конституционного контроля к социально-экономическому, политическому, социокультурному содержанию и юридическому оформлению реальных общественных отношений, придают доктринальным началам решений Конституционного Суда качества их *общеобязательности, нормативной доктринальности*. В этом, кстати, кроются глубинные характеристики конституционного правосудия как фактора модернизации российской государственности, здесь находятся истоки *генерирования и развития посредством конституционного правосудия конституционной идеологии*, что не противоречит требованиям ч.2 ст.13 Конституции РФ о том, что «никакая идеология не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной».

Правовые позиции Конституционного Суда есть результат не только итогового вывода о конституционности проверяемого акта, но, прежде всего, истолкования конкретных положений законодательства, результат выявления конституционного смысла рассматриваемых положений в пределах компетенции Конституционного Суда. Тем самым обеспечивается своего рода «конституционная рихтовка» норм текущего законодательства в соответствии с требованиями наиболее высоких по уровню своего обобщения норм и институтов конституционного права без признания неконституционной той или иной отраслевой нормы. В конечном счете, это также есть специфическая форма правотворческой деятельности Конституционного Суда РФ, так как с помощью конституционного истолкования: а) уточняется нормативное содержание статьи проверяемого закона; б) преодолевается коллизия между несколькими нормами путем поиска баланса содержащихся в них конкурирующих конституционных ценностей; в) выявляются системные, иерархические связи и зависимости между отдельными нормами различных правовых институтов; г) придается

новое, современное содержание нормы «доконституционного» закона и так далее.

С учетом этих обстоятельств определяются сами возможности конституционного контроля, равно как и цели, задачи, на решение которых должен ориентироваться Конституционный Суд при разрешении социальных противоречий и конфликтов.

Анализ практики деятельности не только Конституционного Суда РФ, но и органов конституционного контроля других стран свидетельствует о весьма активном влиянии конституционных судов на разрешение социальных противоречий, в особенности - в переходные периоды политических и экономических реформ, выработки новой социальной политики.

3. Собственность, власть, свобода в их конституционно-правовом единстве и противоречиях.

Анализ закономерностей развития современного конституционализма свидетельствует, что экономические и социальные отношения все в большей степени вовлекаются в сферу конституционного воздействия – как путем их прямого конституционно-правового регулирования, так и посредством осуществления конституционного контроля в области рыночного и социального законодательства.

Модернизацию экономики и повышение жизненного уровня населения невозможно осуществить без уяснения того очевидного обстоятельства, что социально-экономическая сфера, как никакая другая, крайне остро реагирует на несоблюдение баланса интересов бизнеса и власти, труда и капитала, мелкого и крупного предпринимательства, наемных работников и работодателей, нуждающихся в социальной помощи и трудоспособного населения и т.д.

При всем многообразии средств и способов достижения сбалансированности соответствующих интересов, концентрированным выражением чего является соотношение частных и публичных интересов и, соответственно, гарантирование национальных интересов России,

важнейшее место занимают в этом ряду правовые, в особенности конституционно-правовые, средства гарантирования экономической свободы в ее оптимальном балансе с политической властью.

Расширение предмета конституционного права за счет экономических отношений находится в общем русле правовой глобализации, в основе которой лежит юридизация свободы, власти, собственности как основополагающих компонентов современных социально-политических и экономических систем⁶. При этом, будучи встроенной в систему конституционной регуляции, она подчиняется аксиологическим критериям современного конституционализма, базирующегося на всеобщем признании универсальных конституционных ценностей, таких как: свобода, права человека, социальная справедливость, равенство всех перед законом, правовое государство, разделение властей, рыночное социальное хозяйство, идеологический и экономический плюрализм.

Таким образом, именно конституционное право с присущей ему аксиологической системой призвано дать ответ на вопрос о надлежащем соотношении власти и свободы посредством урегулирования основ отношений собственности и установления такого порядка взаимоотношений политической и экономической власти, при котором публичная власть действовала бы в правовых рамках всеобщих интересов, а собственность, будучи обособленной от власти, обеспечивала бы эффективный рост экономического потенциала государства.

Сама природа конституционного права такова, что благодаря повышенной концентрации своей нормативности и, соответственно, способности быть общеобязательным мерилем свободы не только для отдельных индивидов, но для всех социальных субъектов в государственно-организованном обществе, данная отрасль права способна выражать согласованную волю различных социальных групп общества, устанавливая, поддерживать, охранять и защищать определенный баланс интересов.

⁶ См.: Бондарь Н.С. Конституционализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда РФ. – М.: «ВикорМедиа», 2006.

Уже поэтому экономические отношения представляют собой важную сферу конституционного регулирования, а экономическое развитие общества естественным образом становится конституционной проблемой. Поиск направлений ее решения предполагает выработку стратегии экономического развития в соответствии с основополагающими принципами и целями конституционного развития общества и государства и формирование на этой основе модели конституционной экономики.

Можно ли, однако, квалифицировать сформировавшуюся к настоящему времени в России экономику в полном смысле этого слова конституционной, если, например, как показывают социологические исследования, касающиеся оценки россиянами причин бедности и богатства, 77% опрошенных видят причину бедности в «плохой экономической системе» и, соответственно, 80% опрошенных считают, что причинами богатства является «экономическая система, позволяющая богатым наживаться за счет бедных»?⁷ Преодоление данных противоречий - задача чрезвычайно сложная, комплексная. В ее основе лежат имеющие конституционное значение процессы преобразования отношений собственности.

Многовековой исторический опыт свидетельствует, что условием и предпосылкой успешного развития этих процессов является «отпочкование» власти экономической от политической власти. Цивилизованный рынок, основанный на принципах конституционной экономики, предполагает отношения самостоятельного функционирования государственной (политической) власти и власти собственности (экономической). Дистанцирование экономической власти от политической стало в свое время величайшим достижением нового буржуазного строя, основанного на принципах конституционализма. В этой связи чрезвычайно актуальной для разрешения соответствующих противоречий является конституционная по своей природе проблема равноудаленности собственности и власти. Только в условиях, когда полити-

⁷ См.: «Лишь бы не было богатых». Новые данные о том, что думают россияне о социальной справедливости и неравенстве // Известия. 2004, 22 января.

ческая власть отделяется от экономической власти, появляется возможность для обособления политических и экономических отношений, что, в свою очередь, является основой для развития отраслей частного и публичного права, и, в конечном счете, для правового прогресса.

Нельзя, однако, не учитывать, что в современных условиях перехода к постиндустриальному обществу возникает новое глобальное конституционное противоречие в отношениях собственности, проявляющееся в очередном витке сближения и порой слияния политической и экономической власти, как бы возврате политической власти в свое исходное состояние. Интересны в этом плане исследования Г.Г. Арутюняна в рамках теории корпоративной демократии, которая является, по его мнению, «результатом слияния политической, экономической и административной сил», «своим характером искажена, игнорирует принцип верховенства права, основана на теневой экономике и реалиях абсолютизации власти» и по своей сути, будучи основана на искаженных конституционных ценностях, «более опасна для общественной системы, чем тоталитарная система»⁸.

В этой ситуации существенно возрастает потребность в государственно-правовом влиянии на соответствующие процессы с целью поддержания автономии и цивилизованного обособления соответствующих сил, которое - подчеркнем особо - должно проявляться не в наращивании нормативного массива, регулирующего экономические отношения и взаимоотношения бизнеса и власти, а через планомерное внедрение конституционных принципов публичной власти в ее организационном, функциональном и целевом воплощениях, с одной стороны, и основ экономической системы - с другой. В этом плане нельзя не отметить, что соответствующая проблематика - главным образом, в опосредованной форме, ввиду специфических характеристик и предназначения конституционного правосудия - получает свое отражение и в деятельности Конституционного Суда РФ. В ка-

⁸ См.: Арутюнян Г. Угрозы корпоративной демократии // Конституционное правосудие. №3 (33), 2006. - Ереван. - С.41,42.

честве наиболее яркого примера здесь можно привести сформулированную в одном из недавно принятых решений правовую позицию, согласно которой недопустимо распространение договорных отношений (и очевидно, в более широком плане, рыночных отношений – Н.Б.) и лежащих в их основе принципов на те области социальной жизнедеятельности, которые связаны с реализацией государственной власти; поскольку органы государственной власти и их должностные лица обеспечивают осуществление народом своей власти, их деятельность (как сама по себе, так и ее результаты) не может быть предметом частно-правового регулирования, так же как и реализация гражданских прав и обязанностей не может предопределять конкретные решения и действия органов государственной власти и должностных лиц⁹.

При этом следует принимать во внимание, что подчинение соответствующих отношений конституционным принципам и нормам, в том числе связанным с трансграничной и транссуверенной активностью общепризнанных принципов и норм международного права, международных правовых стандартов нормирования отношений рыночного хозяйствования, должно основываться также на учете закономерностей национального развития взаимоотношений власти и собственности. Игнорирование данных особенностей, пренебрежительное отношение к исторически присущим нашей стране формам организации производства и модернизации экономически создает реальную угрозу рецидива кризисных явлений в развитии политической и экономической систем.

В современных же условиях поиска наиболее эффективных путей социально-экономической модернизации общества, возможно, главным является поиск новых критериев регулирования социально-экономических отношений. Без решения этой проблемы мы можем в очередной раз оказаться в законодательной «квад-

⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 года №1П по делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В.Макеева // СЗ РФ. 2007. №6. - Ст.828.

ратуре круга», когда юридизация экономической системы, должна обеспечить снятие конфликтов в соответствующих сферах жизни, фактически проявляется не в повышении качества правового регулирования, в котором воплощались бы конституционные ценности и цели, но получает сугубо позитивистское (формально-юридическое), количественное воплощение во всевозрастающем снежном коме нормативных правовых актов, якобы «работающих» на рыночную экономику. Преодоление данного противоречия - задача чрезвычайно сложная, комплексная. В ее основе лежат процессы модернизации экономической системы, умноженные на правовую реформу.

В процессе осуществления правовой реформы экономические преобразования должны получать адекватное отражение в законодательстве, что имеет объективные предпосылки с точки зрения самих закономерностей становления нового конституционного строя, рыночной экономики, где и свобода, и собственность как элементы гражданского общества существуют и проявляют себя в нормативно-правовой форме.

Решающее значение имеет при этом конституционное регулирование отношений собственности. Юридическое содержание собственности предопределяет важнейшие характеристики институтов конституционного строя в их экономическом и социальном проявлении. Данный подход позволяет раскрыть глубинные основы экономических и политических отношений властвования в обществе, равно как и показать экономические корни свободы (либо несвободы), положения личности в системе ее реальных взаимоотношений с политической и экономической властью в обществе и государстве.

При этом своего рода связующим звеном между политической властью и экономической свободой в условиях рынка являются налоги как конституционный институт (ст. 57; 75, ч.3 Конституции РФ), воплощающий в себе единство финансово-экономического и правового содержания и раскрывающий истоки экономической основы функционирования всех уровней публичной власти и реализации свободы предпринимательства. Поэтому

социальная ответственность бизнеса в условиях рыночной экономики проявляется, прежде всего, в сфере налоговых отношений, а основанная на этом социально ориентированная конституционная экономика требует не очередного передела собственности, а строгого исполнения конституционной обязанности платить законно установленные налоги и сборы.

Для анализа же роли Конституционного Суда РФ в защите, реализации и развитии конституционных основ экономических отношений важное методологическое значение имеет уяснение глубинных многоуровневых взаимосвязей между общественными отношениями по поводу организации процессов производства и распределения социальных благ в их правовом, в том числе конституционном, оформлении, с одной стороны, и конституционным правосудием как важнейшим организационно-правовым механизмом поддержания баланса интересов, соответствия нормотворческой и правоприменительной практики в социальной и экономической сферах конституционным принципам и высшим правовым ценностям нашего общества и государства - с другой.

Конституционный Суд РФ в силу своих компетенционных особенностей разрешает исключительно вопросы права, что предполагает установление при принятии того или иного обращения к рассмотрению наличия конституционных оснований для решения соответствующего вопроса, а именно, имеет ли поставленная перед Конституционным Судом РФ проблема конституционно-правовой уровень измерения. В конечном же счете это означает, что Конституционный Суд РФ в рамках проверки допустимости обращения должен выяснить, охватываются ли (в той или иной мере) урегулированные оспариваемой нормой общественные отношения предметом регулирования Конституции. Отсюда ясно, что вытекающие из правовой природы судебных актов Конституционного Суда РФ нормативные параметры воздействия конституционного правосудия на социально-экономическое развитие общества имеют в своей основе объективные ограничители судебно-конституционного влияния на со-

ответствующую сферу отношений; в основе этих ограничений лежат прежде всего показатели охвата экономических отношений предметом конституционного регулирования и, соответственно, включенность этих отношений в предмет конституционного права.

4. Экономические возможности государства вих конституционной оценке как объективный предел вмешательства Конституционного Суда в социальную сферу.

Вопрос об экономических возможностях государства как объективном пределе судебной защиты социальных прав является одним из наиболее сложных в конституционной проблематике. Речь идет о том, в какой мере и каким образом Конституционный Суд РФ должен учитывать при разрешении конкретных дел о конституционности норм социального законодательства (с чем, пожалуй, в наибольшей степени связаны современные социальные противоречия) материально-финансовые возможности государства? Допустима ли квалификация материально-финансовых возможностей государства в качестве некой меры обязанностей государства перед своими гражданами по обеспечению социальных прав? Немаловажным является и аспект исполнения решений Конституционного Суда по социальным вопросам, имея в виду, что в основе реализации имеющих общеобязательное значение соответствующих судебных актов лежат не только правовые, но прежде всего финансово-экономические факторы.

Все это тем более важно учитывать, имея в виду, что Конституция РФ, закрепляя институты социальной защиты и социальные права граждан, содержит лишь общие, принципиальные установки в данной сфере, не предусматривая конкретных размеров заработной платы, пособий и других выплат, вытекающих, в частности, из конституционного права на социальное обеспечение, порядка их исчисления и индексации. Решение этих вопросов – как это вытекает из взаимосвязанных положений статей 39 (ч. 2), 71 (пункты «в», «е»), 72 (пункты «б», «ж» ч. 1) и 76 (ч. 1 и 2) Конституции и правовых позиций Конституци-

онного Суда РФ - относится к прерогативам федерального законодателя, обладающего при этом весьма широкой степенью усмотрения.

В то же время это ни в коей мере не предполагает освобождение государства от конституционной обязанности по обеспечению социальной защиты граждан, а, напротив, обуславливает выработку оптимальных механизмов урегулирования отношений в этой сфере, основанных на балансе между социальными потребностями населения и экономическими возможностями государства на конкретном этапе его развития.

В связи с этим принципиально важной является позиция Европейского суда по правам человека, которую в полной мере воспринял Конституционный Суд России, о том, что «не является допустимым для власти какого-либо Государства ссылаться на недостаток денежных средств как причину невыплаты долга по судебному решению»¹⁰.

Для конституционной оценки экономических возможностей государства важно также понимание недопустимости отмены или «замораживания» бюджетного финансирования социальных обязательств государства. Ситуация, когда существовала многолетняя практика бюджетного блокирования социальных прав с помощью законов о государственном бюджете на очередной год, подрывала сами основы социальной государственности. Ей была дана принципиальная оценка в Постановлении Конституционного Суда РФ от 23 апреля 2004 года по делу о проверке конституционности отдельных положений федеральных законов «О федеральном бюджете на 2002 год», «О федеральном бюджете на 2003 год», «О федеральном бюджете на 2004 год» и приложений к ним в связи с запросами группы членов Совета Федерации и жалобой гражданина А.В. Жмаковского, где было сказано: Федеральный закон о федеральном бюджете создает надлежащие финансовые условия для реализации норм, закрепленных в иных федеральных законах; как таковой он не порождает и не отменяет прав и обязательств и пото-

¹⁰ Решение Европейского суда по правам человека от 7 мая 2002 года «Дело Бурдов против России» // Российская газета. 2002, 4 июля.

му не может в качестве *lex posterior* (последующего закона) изменять положения других федеральных законов, затрагивающих расходы Российской Федерации, и тем более – лишать их юридической силы»¹¹.

В то же время, осуществляя социальную функцию, государство во всяком случае не только вправе, но и обязано предусмотреть *некие минимальные стандарты социальной защиты*, соотносенные с объективными показателями, характеризующими потребности гражданина в пользовании минимальным набором социальных благ. Соответствующие стандарты, обладая комплексной социально-экономической и правовой природой, выполняют *двойственную функцию*. Они представляют собой юридическую форму опосредования, с одной стороны, экономических возможностей государства в обеспечении социальных прав граждан, а с другой - меру признаваемых государством социально-экономических потребностей гражданина, неудовлетворение которых ставит под сомнение человеческое достоинство, возможность реализации всех иных конституционных прав и свобод, что ведет по существу к отрицанию конституционного статуса личности.

В этой связи роль Конституционного Суда РФ как одного из институтов социальной защиты граждан состоит в том, чтобы гарантировать правовое согласование и разграничение социально-политических интересов, формировать разумный правовой баланс между социальной защищенностью и личной свободой, поддержкой нуждающихся и экономической эффективностью, обеспечением социального мира и созданием условий для динамичного развития. Конституционный Суд РФ ограничен в своих возможностях по решению соответствующих задач: он интерпретирует Конституцию РФ, наполняет конституционным смыслом проверяемые нормативные акты, но не может устанавливать конкретные размеры пенсий, пособий, виды льгот и т.д., поскольку это означало бы оценку целесообразности и экономической обос-

¹⁰ Решение Европейского суда по правам человека от 7 мая 2002 года «Дело Бурдов против России» // Российская газета. 2002, 4 июля.

нованности решений законодателя, что не относится к полномочиям Конституционного Суда.

Важным аспектом конституционно-правового значения экономических возможностей государства является вопрос о допустимости использования их оценок при разрешении дел о конституционности положений законов, касающихся социального обеспечения. На этот счет Конституционный Суд РФ выработал предельно четкий подход, заключающийся в том, что *оценка целесообразности и экономической обоснованности решений законодателя по смыслу ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» не относится к его полномочиям*¹².

Но как быть, если принцип экономической обоснованности получает правовое закрепление и приобретает не только экономическое, но и правовое содержание? Примером является закрепленный в ст.3 (ч.3) Налогового кодекса РФ принцип *экономической обоснованности* налогов. Следует согласиться, что в данном случае следует различать, с одной стороны, вопрос об экономической целесообразности установления того или иного налога, что не входит в компетенцию Конституционного Суда. С другой стороны, оценка *экономической обоснованности* элементов налога должна быть предметом конституционного судебного контроля в силу нормативного закрепления принципа экономической обоснованности, его системных взаимосвязей с иными принципами налогового законодательства, непосредственно развивающимися на отраслевом уровне конституционные начала¹³.

¹² См., напр.: Определения Конституционного Суда РФ: от 7 февраля 2002 г. №370 по жалобе гражданина Кривихина С.В. на нарушение его конституционных прав положениями абзаца третьего ст. 143 и п. 2 ст. 145 НК РФ // СЗ РФ. 2002. - №20. - Ст.1913; от 5 ноября 2003 г. №4030 по запросу Правительства Москвы о проверке конституционности пунктов 2 и 3 ст. 2 Федерального закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации», пункта 3 статьи 11 и пункта 7 статьи 28 Федерального закона «О приватизации государственного и муниципального имущества» // ВКС РФ. 2004. - №1; от 22 января 2004 года №120 об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Авдюшкина В. Н., Андреевой Н.В. и Чесалиной Н. Д. на нарушение их конституционных прав положениями статьи 1 Федерального закона «О прожиточном минимуме в Российской Федерации» и ст. 1 Федерального закона «О потребительской корзине в целом по Российской Федерации» // Архив КС РФ. 2004.

¹³ См.: Крохина Ю.А. Принцип экономической обоснованности налога в правовых позициях Конституционного Суда РФ // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2003 года. По материалам Международной научно-практической конференции. Москва, 23-24 апреля 2004 года. - М., 2004. - С. 32-35.

5. Равенство и справедливость как конституционные критерии разрешения социальных противоречий современного общества.

Закрепляя инструментальный набор средств разрешения социальных противоречий, Конституция одновременно выступает и аксиологической основой снятия социальных противоречий, что в практико-прикладной деятельности органов публичной власти отражается посредством действия вытекающих из Основного закона критериев конституционности принимаемых ими решений. Особое место в системе конституционных критериев разрешения социальных противоречий принадлежит требованиям равенства и справедливости. Так, в частности, по смыслу Конституции РФ, требование равенства имеет многоплановое, универсальное содержание, которое имеет различные нормативно-правовые формы своего проявления: оно выступает и как институт правового положения человека и гражданина, и как принцип правового государства, и одна из основ Российского федерализма, и, более того, как некая политико-правовая основа гражданского общества, особая форма (режим) достижения юридического равновесия на основе достижения баланса интересов людей и групп населения, политической элиты и бизнеса и т.д.

На уровне требований равенства и справедливости особенно важным является поиск баланса интересов и несовпадающих, а порой, и противостоящих ценностей. Решение этих проблем - задача конституционного правосудия. Именно поэтому в целом ряде решений Конституционного Суда РФ применительно к принципам равенства и справедливости имеются положения и выводы, имеющие значение принципиально важной рациональной юридической аргументации с точки зрения обоснования правомерного решения конфликтных (противоречивых) социальных ситуаций.

В одном из своих постановлений Конституционный Суд РФ сделал вывод о том, что равенство должно быть не только формальным, но и фактическим¹⁴. При этом ра-

¹⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 24 февраля 1998 года - №7П // СЗ РФ. 1998. №10. - Ст.1242.

венство перед законом и судом не исключает фактических различий и необходимости их учета законодателем¹⁵. Одновременно нельзя рассматривать как нарушение конституционного принципа равенства граждан перед законом ситуацию, когда большинство граждан, в сравнении с меньшинством, имеющим общественно значимые заслуги, обладает меньшими возможностями; поэтому подход законодателя, согласно которому одни лица обязаны получать одну пенсию, а другие могут получать две в силу своих социально значимых заслуг, не нарушает конституционного принципа равенства¹⁶. Сообразно сказанному не противоречит принципу равенства и, в частности, такое нормативное регулирование, при котором законодатель выделяет в особую категорию лиц, имеющих право на досрочное пенсионное обеспечение по старости, отдельных работников, осуществляющих такую деятельность, если оно фактически основано на учете профиля выполняемой ими работы¹⁷.

С проблемой равенства в социальной сфере непосредственно связан и *вопрос о льготах*. В соответствии с выработанной Конституционным Судом РФ позицией льгота - это не право, а средство, институт их гарантирования в той или иной специфической ситуации (с особенностями социально-демографическими и физического состояния субъектов социальных прав, их территориальной принадлежностью, например, к районам Крайнего Севера, и т.д.). Данный вывод, по сути, следует из позиций Суда, согласно которым норма, определяющая условия получения лицом льгот, не нарушает права и свободы граждан¹⁸. Соответственно, нормы, направленные на обеспечение повышенной социальной защиты определенной группы граждан, не могут рассматривать-

¹⁵ См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 3 июня 2004 года №11П // СЗ РФ. 2004. №24. Ст.2476; Определение Конституционного Суда РФ от 8 июня 2004 года №228О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. №6.

¹⁶ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 4 декабря 1997 года № 1280 // Архив Конституционного Суда РФ. 1997.

¹⁷ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 20 октября 2005 года №392О // Архив Конституционного Суда РФ. 2005.

¹⁸ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 26 сентября 1996 года № 840 // Архив Конституционного Суда РФ. 1996.

ся как нарушающие конституционные права граждан¹⁹. Норма, содержащая дополнительную гарантию, также не может рассматриваться как нарушающая права человека²⁰. Например, установление транспортных льгот для лиц, которые в силу специфики своей деятельности пользуются общественным транспортом в служебных целях, носит компенсационный характер и потому не может рассматриваться как нарушение статьи 19 Конституции РФ²¹. И, с другой стороны, утрата, отмена льгот не означает отмены или умаления конституционных прав, поскольку данный статус обеспечивал лишь льготный порядок реализации прав²².

Таким образом, Конституционный Суд РФ является важным фактором совершенствования, прежде всего с точки зрения конституционализации, рыночного и социального законодательства и, стало быть, фактором разрешения социально-экономических противоречий современного развития общества. Решение комплекса возникающих в связи с этим проблем связано, в конечном счете, с формированием в РФ социально ориентированной конституционной экономики и правового государства, основанных на основополагающих принципах и ценностях современного российского конституционализма.

¹⁹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 1 октября 1997 года № 960 // Архив Конституционного Суда РФ. 1997.

²⁰ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 4 декабря 1997 года № 1270 // Архив Конституционного Суда РФ. 1997.

²¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1999 года № 2240 // Архив Конституционного Суда РФ. 1999.

²² См., например: Определение Конституционного Суда РФ от 15 июля 2004 года №298О // Архив Конституционного Суда РФ. 2004; Определение Конституционного Суда РФ от 20 октября 2005 года №361О // Архив Конституционного Суда РФ. 2005.

Constitutional Jurisdiction as Universal Institute of Solution of Social Contradictions of the Modern Society

N. Bondar

*Judge of the Constitutional Court
of Russian Federation*

Summary

The characteristics of the Constitution as a document which includes the variety of the social contradictions in the circumstances of the political and economical transitions, their correlation to the social contradictions of the modern society can be presented in the following three characteristics of the main law: a. the creation of the constitution and normative legal consequence of the social contradictions of the modern society, b. constitution as jurisdictional form of the reflection of the social contradictions, and their reflection, c. constitution as institutional normative legal basis for the solution of the contradictions of the contemporary society.

1. The value of the constitutional jurisdiction as the institution of solution of social contradictions is hidden in the essence of the constitution itself. The approach which is characteristic for the contemporary constitutionalism is based on the acknowledgement of the fact that the essence of the constitution of the democratic state must appear not in the registration of the results of the political fight, but in the judicial confirmation of the agreed interests and will of the all social groups. Among institutional means of the solution of the social contradictions the author mentions two main varieties: a. total, universal institutes (as judicial constitutional control); b. special institutes, etc.

2. Normative doctrinal characteristics of the acts of the Constitutional Court for the resolution of the social contradictions.

3. Property power freedom on their constitutional judicial unity and contradictions, The author states that social economic sphere reacts to the nonadherence of the balance of

interests, i.e. of business and power, labour and capital of small and big business undertaking, hired employees and employers, people needing social aid, etc. Widening of the subject of the constitutional law at the expense of the economic relations is in the common course of the legal globalization, the basis of which is the freedom of jurisdiction, power, and property as the principal components of the contemporary social political and economic systems.

4. Economic capacities of the state in the constitutional appreciation as objective boarder of intervention of the Constitutional Court in the social sphere. The role of the RF Constitutional Court as one of the institutes of the social protection of the citizens is to guarantee logical legal balance between social security and personal freedom, support of the poor and economic effectiveness, provision of social peace creation of conditions for the dynamic development. The RF Constitutional Court is limited in its capacities to solve these problems; it interprets the Constitution of the RF, adding the revised normative acts with constitutional meaning but it cannot establish specific sizes of pensions, allowances, types of privileges, etc. as it means evaluation of expediency and economic substantiality of the decision of the legislator which does not refer to the authority of the Constitutional Court. In the sense the position of the European Court of Human Rights becomes essential which the Constitutional Court of Russia has accepted fully, which states that "It is not possible for the authority of any state to cite on the lack of financial means as the reason for payment of the debt pursuant to the decision of the court".

5. Equality and justice as constitutional criteria for the solution of social contradictions in the modern society. The issue of the privileges is tightly connected with the problem of equality in the social sphere. In accordance with the position of the Constitutional Court of RF, privilege is not a right but means, institute for its guarantee in this or that situation.

6. The RF Constitutional Court appears as an important factor of improvement, first of all from the view of the constitutionality, market and social legislation and thus the factor of solution of social-economic contradictions of the contemporary development of the society.

С. Тарадонов

доцент Международного института экономики
и права, Военного университета

Д. Петренко

старший преподаватель Российского
государственного торгово-экономического
университета

Некоторые аспекты международного зарубежного влияния на конституционное правосудие Российской Федерации*

Не будет преувеличением сказать, что конституционное правосудие относится к тем стандартам демократии, которые признаны мировым сообществом. Поэтому неудивительно, что 15 лет назад Россия учредила у себя данный институт. Вместе с тем относительная молодость и пока еще наблюдающаяся незавершенность процесса создания системы конституционной юстиции в Российской Федерации требуют осмысления государственно-правовой практики, особенностей становления и развития механизмов конституционного правосудия в зарубежных федерациях, уяснения степени международного влияния на процессы, протекающие в российском конституционном правосудии. Ведь учет этих факторов применительно к практике совершенствования конституционной юстиции в Российской Федерации может помочь вскрыть отдельные ее противоречия, продемонстрировать возможные оптимальные пути дальнейшего развития данной сферы государственного строитель-

* Публикуется из журнала "Государство и право" (№ 3. 2007 г.) по согласованию с авторами.

ства, заранее избежать некоторых ошибок в организации и деятельности отечественных органов конституционного правосудия.

Состояние международно-правового регулирования применительно к деятельности Конституционного Суда РФ и зарубежного влияния на него исследовано достаточно обстоятельно и квалифицированно¹. В основной работы касаются деятельности Конституционного Суда РФ, что объяснимо, если учесть повышенное внимание общественности, в том числе научной, к деятельности этого Суда как наиболее значимого по своему положению общенационального органа конституционного правосудия.

Вместе с тем доктринальные разработки проблематики конституционных (уставных) судов субъектов РФ пока являются относительной редкостью. Поэтому, исследуя упомянутые проблемы, целесообразно в первую очередь сосредоточиться на различных аспектах их влияния на конституционное (уставное) правосудие субъектов РФ.

Важно отметить, что воздействие на российскую региональную конституционную юстицию извне проявляется в различных сферах, но, в первую очередь, это касается той области, где конституционное правосудие субъектов РФ соприкасается с *международным публичным правом* (международно-правовой аспект). Конституционное правосудие России испытывает также влияние зарубежного опыта в деле учреждения, организации и регулирования различных сторон деятельности региональных конституционно-судебных органов (зарубежный аспект), в чем

¹ См., например: *Витрук Н.В.* Конституционное правосудие в России (1991-2001): Очерки теории и практики. Гл. 5. - М., 2001; Решения Конституционного Суда Российской Федерации в контексте действия международного права; *Даниленко Г.М.* Применение международного права во внутренней правовой системе России: практика Конституционного Суда // Гос. и право. 1995. №11; *Чиркин В.Е.* Органы конституционного контроля: Россия и международный опыт // Журнал российского права. 1998. № 4/5; Международное право. Учебник для вузов. Гл. 11 / Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. - М., 2002; Международное право в деятельности судов, прокуратуры, правоохранительных органов исполнительной власти. § 2. Конституционный Суд Российской Федерации и международное право (автор параграфа О.И. Тиунов); Международное право. Учебник. Гл. 8 / Отв. ред. В.И. Кузнецов. - М., 2001; Международное право в национальной правовой системе. § 2. Международное право и практика Конституционного Суда Российской Федерации (автор параграфа В.И. Андрианов).

прослеживается его связь с конституционным правом зарубежных стран. При всех своих характерных различиях (международно-правовой аспект касается в основном процессуальных вопросов конституционного правосудия, а зарубежный - вопросов конституционного судоустройства) эти направления, взаимно дополняя друг друга, совместно воздействуют на российскую конституционную юстицию, существенно влияя на ее самобытность.

Строго говоря, в полномочия российских органов конституционного правосудия не входят дела, в которых речь идет о сопоставлении федеральных и региональных нормативных правовых актов с международными договорами РФ, но эти судебные органы используют нормы международного права в качестве аргументации своих постановлений и определений, вводя их в существо содержащихся в этих решениях правовых позиций конституционных (уставных) судов.

Эта практика соответствует п. 4 ст. 15 Конституции РФ, определяющей: «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 предусмотрены законом, то применяются правила международного договора». Исходя из этого, правоприменительные органы России, в том числе Конституционный Суд РФ и конституционные (уставные) суды субъектов Федерации, при принятии решений должны учитывать нормы международного права и ссылаться на них в своих постановлениях и иных актах.

Наиболее хорошо исследована и изучена деятельность в этом направлении Конституционного Суда РФ. По статистике этот суд только в период с 1990 по 2002 г.г. использовал общепризнанные международные принципы и нормы и международные договоры РФ в 82 постановлениях и 98 определениях². Причем потребность в

² См.: Игнатенко Г.В. Конституционное правосудие: применение международных договоров // Вестник уставного суда Свердловской области. 2003. № 1(6). - С. 21-55.

использовании норм международного права в последние годы у Конституционного Суда РФ возникает все чаще. Если в 1992-1996 гг. нормы международного права приводились только в каждом четвертом постановлении Суда, то в 2001 г. - более чем в каждом втором, а в 2002 г. в двух третях постановлений. Чаще всего Конституционный Суд РФ при формировании своих правовых позиций использовал нормы Международного пакта о гражданских и политических правах, принятого Генеральной Ассамблеей ООН 16 декабря 1966 г. (39 случаев); Конвенции о защите прав человека и основных свобод, принятой Советом Европы 4 ноября 1950 г. (26 случаев); Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г. (13 случаев); Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, принятого Генеральной Ассамблеей ООН 19 декабря 1966 г. (5 случаев). 6 раз Конституционный Суд ссылался на постановления Европейского суда по правам человека³.

Данные о деятельности региональных конституционных (уставных) судов в этой сфере, к сожалению, фрагментарны и не систематизированы. Но ценность здесь заключается не только и не столько в количественных показателях. Особо значимыми следует считать содержательные юридико-аналитические аспекты международно-правового потенциала, воплощенные в правовых позициях и итоговых решениях Конституционного Суда и конституционных (уставных) судов субъектов РФ.

Сказанное можно проиллюстрировать примерами из практики ряда региональных уставных и конституционных судов РФ, не претендуя при этом на широту охвата всех решений в исследуемой сфере.

Так, Уставный суд Свердловской области, вынося 2 июня 1999 г. решение по делу о проверке соответствия Уставу области ст. 30 областного Закона «О защите трудовых граждан на территории Свердловской области»,

³ См.: Гаврюсов Ю.В. Влияние норм международного права на формирование правовой позиции конституционного суда // В сб.: Конституционная юстиция в РФ. - Екатеринбург, 2003. - С. 137.

признал эту статью соответствующей Уставу Свердловской области, основываясь, среди прочего, на нормах Конвенции МОТ относительно защиты заработной платы № 95 от 1 июля 1949 г. При этом Уставный суд косвенно пояснил причины, по которым он применил эту Конвенцию, тем, что «федеральное законодательство о труде не содержит норм, регулирующих рассматриваемые трудовые отношения, хотя общепризнанными международными нормами предусматривается необходимость их введения в национальное законодательство. Имеющиеся в российском уголовном и административном законодательстве нормы, устанавливающие ответственность должностных лиц работодателя за нарушение сроков выплаты заработной платы, не обеспечивают предусмотренную ст. 6 Конвенции МОТ № 95 свободу трудящегося располагать своей заработной платой, так как представляют собой частные случаи ответственности должностных лиц, а не самого работодателя. Санкции этих норм носят штрафной характер и не восстанавливают нарушенных прав работника»⁴.

Этот же Суд обосновал свое решение от 20 сентября 2000 г., признающее Положение об охране и использовании памятников истории и культуры г. Екатеринбурга не соответствующим Уставу Свердловской области, используя в качестве доводов ст. 4, 5 Конвенции ЮНЕСКО «Об охране всемирного культурного и природного наследия» и ст. 3, 4 Европейской конвенции «Об охране архитектурного наследия в Европе»⁵.

Интенсивно использует нормы международного права и Конституционный Суд Республики Карелия. Это можно наблюдать в некоторых последних решениях этого Суда: постановлении от 13 августа 2003 г.⁶ (ссылка на Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г.), постановлении от 11 декабря 2003 г.⁷ (ссылка на Протокол № 1 от 20 мар-

⁴ См. подробнее: Уставный суд Свердловской области. Сборник официальных материалов (апрель 1998 г. - апрель 2003 г.) / Под общ. ред. В.И. Задоры. Екатеринбург.-2003. - С. 74-79

⁵ См.: Вестник уставного суда Свердловской области. 2001. № 2 (4). - С. 76.

⁶ См.: Карелия. 2003. 21 авг.

⁷ См.: Карелия, 2004. 15 янв.

та 1952 г. к Конвенции о защите прав человека и основных свобод), постановлении от 6 января 2004 г.⁸ (ссылка на Европейскую хартию о статусе судей).

Также довольно часто оперируют нормами международных договоров, в которых состоит Российская Федерация, конституционные суды республик Башкортостан, Бурятия, Коми, Саха (Якутия) и др.

Анализ региональными органами конституционного правосудия международно-правовых актов зачастую носит концептуальную направленность. Так, Уставный суд Санкт-Петербурга, вынося постановление от 5 апреля 2002 г. при оценке соотношения городского Закона «О местном самоуправлении» и Устава Санкт-Петербурга, подверг анализу понятие местного самоуправления, содержащееся в ч. 1 ст. 3 Европейской хартии местного самоуправления от 15 октября 1985 г.⁹

Признавая важность и перспективность описанной тенденции регионального конституционного правосудия, вместе с тем, необходимо отметить, что абсолютизация норм международного права, невнимание к особенностям российского права и права конкретного субъекта Федерации, наконец, неправильная интерпретация международных норм могут привести к несправедливым и неправосудным решениям. Существует проблема диспропорции, асимметрии универсальных норм международного права с особенностями национальных правовых систем, в частности в сфере защиты прав человека. Конституционный Суд РФ и конституционные (уставные) суды субъектов Федерации, применяя и интерпретируя нормы международного права, прежде всего должны учитывать их согласованность с национальной правовой системой, российской конституционной теорией, внутренним смыслом норм Конституции РФ и региональных конституций (уставов). У конституционных (уставных) судов в этой сфере имеются широкие возможности, которые, тем не менее, должны уместно использоваться.

⁸ См.: Карелия, 2004. 27 янв.

⁹ См. подробнее: Санкт-Петербургские ведомости. 2002. 20 апр.

Иностранное воздействие на российскую конституционную юстицию особенно сильно проявляется в вопросах материального конституционного судебного права (конституционного судоустройства). Большое значение зарубежного опыта для дела учреждения, организации и регулирования различных сторон деятельности региональных конституционно-судебных учреждений объяснимо. Ведь очевидно, что в условиях исключительного динамизма политико-государственных процессов и социально-экономических обстоятельств, с которыми столкнулась Россия в конце 80-х начале 90-х годов XX в., не имелось достаточно времени для разработки, поэтапного внедрения, «обкатки» и постепенного совершенствования принципиально новой отечественной организационной схемы построения конституционного правосудия, создать которое в тех обстоятельствах, тем не менее, требовалось незамедлительно. К тому же мировой 200-летней практикой конституционного правосудия фактически уже были разработаны и апробированы жизнеспособные и хорошо адаптируемые к различным условиям модели¹⁰ конституционной юстиции в федеративных государствах. Поэтому неудивительно, что на федеральном и региональном территориальном уровнях РФ законодательно, а также в реальной действительности в течение первых пяти-шести лет новейшей российской государственности практически все эти модели были так или иначе «протестированы».

В первую очередь, в российских регионах была апробирована французская модель специализированного конституционного контроля. Ей свойственно создание квазисудебных органов, осуществляющих конституционный контроль на постоянной основе, решения которых,

¹⁰ Модель (от лат. *modulus* - образец, схема, мера) судебного конституционного контроля - это система, схема организации конституционного контроля органами юстиции, воплощающая в себе наиболее существенные характеристики определенного типа конституционного правосудия. Модели отличаются друг от друга принципами построения, комплектования и функционирования органов конституционной юстиции, характером и широтой их полномочий, а также рядом других критериев. В отечественной научной литературе модели судебного конституционного контроля именуют также его типами или организационными формами (см., например: *Чиркин В.Е.* Конституционное право зарубежных стран. - М., 2000. - С. 50-53).

как правило, не являются окончательными, носят предварительный, консультативный характер. Их персональный состав может формироваться на основе нетрадиционных принципов (например, Конституционный Совет Франции включает в свой состав бывших президентов страны, а Законодательный Совет Швеции формируется из нескольких членов Верховного Суда и Высшего Административного Суда). К подобным квазисудебным органам можно отнести Совет конституционных расследований, предусмотренный Конституцией Эфиопии 1984 г., а также органы конституционного надзора в государствах, копирующих французскую модель государственного строя, Сенегале, Марокко, Тунисе. Квазисудебные органы конституционного контроля еще нередко называют органами конституционного надзора, ведь их решения носят практически всегда лишь рекомендательный характер, а этот признак является характерной чертой надзора (в отличие от контроля, предусматривающего обязательность решений контролирующего органа)¹¹.

Об изначальной приверженности российских регионов французской модели конституционного контроля свидетельствуют законодательные и организационные шаги по созданию квазисудебных органов конституционного надзора (комитетов конституционного контроля) в Коми АССР, Северо-Осетинской АССР, Татарской АССР и в других республиках, которые были предприняты в 1990-1991 гг. Отдельные квазисудебные («как бы судебные») комитеты конституционного надзора просуществовали довольно длительное время в Татарстане (1990-1999 гг.), Северной Осетии-Алании (1990-2000 гг.), Адыгее (1997-2000 гг.). Аналогичную природу имела и Уставная палата Иркутской области (1997-1998 гг.). Этим органам были присущи такие типичные признаки конституционного надзора, как малый объем полномочий и рекомендательность большинства выносимых решений, что

¹¹ Иногда в нормативных актах своих стран или научной литературе квазисудебные органы могут именоваться конституционными судами или высшими конституционными судами. Это может ввести в заблуждение относительно их статуса. Поэтому для четкой идентификации необходимо анализировать их признаки применительно к упоминаемым здесь критериям. *Прим. авт.*

делало их менее эффективной формой специализированного конституционного контроля в сравнении с конституционными судами, которым присуща более широкая компетенция и решения которых отличаются большой юридической значимостью. Не случайно поэтому французский тип специализированного конституционного контроля в планетарном масштабе не снискал массового применения. Характерные для него органы (комитеты, советы, надзоры) в современных государствах встречаются относительно редко. Важно и то, что мировой практике практически неизвестны примеры удачной адаптации французской модели конституционного контроля к условиям федерации, чтобы в каком-либо государстве органы конституционного надзора были полноценно представлены как на федеральном, так и на субфедеральном уровнях государства одновременно.

Поэтому не удивительно, что и государственно-территориальные образования России довольно быстро стали переходить к *европейской (австрийской, кельзеновской)*¹² модели судебного конституционного контроля. Эта модель предусматривает, что конституционное правосудие выделяется из правосудия общего, а конституционные споры рассматриваются только специализированными органами (конституционными судами), не входящими в систему судов общей юрисдикции. Для этих органов деятельность по конституционному контролю является единственной функцией. Помимо этого, отличительным признаком европейской системы конституционной юстиции является то, что предусмотренные ею специализированные судебные органы обладают специальной компетенцией конституционной юрисдикцией, осуществляемой посредством самостоятельного вида судопроизводства (конституционного). Преимущественно европейская модель реализуется в практике построения конституционного контроля в странах с континентальной системой права или с правовыми системами, на-

¹² По имени выдающегося австрийского теоретика и практика Ганса (Ханса) Кельзена, предложившего и воплотившего в государственном механизме Австрии (в 1919 г.) идею специализированного конституционного суда.
Прим. авт.

ходящимися под ее влиянием (Австрия, Бельгия, Италия, Россия, Польша, Украина, ФРГ). Название «европейская» не должно вводить в заблуждение относительно распространенности этой модели на планете. Многие страны Азии (Кипр, Турция, Сирия, Южная Корея, среднеазиатские государства СНГ), Африки (Ангола, Египет, Мали, Эфиопия, Судан, Танзания) и Латинской Америки (Чили) также используют европейскую модель.

Переходу российских регионов к европейской модели способствовали стремительная демократизация российского общества, революционные изменения в государственном механизме России, острота социально-политических конфликтов на рубеже 80-90-х годов XX столетия, сделавшие в тех условиях неактуальным дальнейшее сохранение органов конституционного надзора, продемонстрировавших определенную неспособность соответствовать требованиям времени. Под влиянием этого повсеместно как на федеральном, так и на региональном уровнях комитеты конституционного надзора стали заменяться конституционными судами. Упомянутую смену видов органов конституционного контроля на уровне субъектов РФ можно также объяснить: масштабными изменениями в отечественном федерализме (например, заключением в марте 1992 г. Федеративного договора, предусматривающего принципиально новые подходы в государственном устройстве России по сравнению с предшествующими периодами); попытками регионов получить в лице конституционного суда дополнительный атрибут государственности, недаром институт конституционного суда в первую очередь учредили у себя субъекты, наиболее активно проявлявшие в начале 90-х годов сепаратистские устремления (Якутия, Башкирия, Свердловская область и др.); желанием руководства республик создать дополнительный механизм защиты от вторжений федерального центра в республиканскую компетенцию; воздействием демократической общественности, видящей в сильном судебном органе, осуществляющем конституционное правосудие, реальный механизм, способный обеспечить соблюдение режима конституци-

онности в своих субъектах; достаточно зрелым уровнем развития государственно-властных отношений в некоторых субъектах Федерации, что обеспечило их готовность к восприятию института конституционной юстиции как механизма, способствующего дальнейшему развитию политической и правовой культуры этих регионов.

По-видимому, в основном в силу первых трех причин европейская форма судебного конституционного контроля, в первую очередь, укоренилась в субъектах, основанных по национальному признаку (республиках). Так, к лету 1993 г., когда необходимость создания уставных¹³ судов в областях и краях еще только дискутировалась, своими конституционными судами уже успели обзавестись Республики Дагестан, Кабардино-Балкария, Мордовия и Саха (Якутия), а в Башкортостане и Тыве такие суды хотя не создавались, но были приняты законы о конституционных судах этих республик. Конституцией Чеченской Республики 1992 г. также предусматривалось создание Конституционного суда¹⁴.

В некоторых субъектах РФ конституционное правосудие до середины 90-х годов осуществлялось судами общей юрисдикции. В данном случае апробацию проходила американская модель конституционного контроля, предусматривающая, что специальные конституционные суды или конституционные надзоры в стране не создаются, а такой контроль поручается судам общей юрисдикции, осуществляющим его при рассмотрении конкретных уголовных и административных дел или гражданско-правовых споров. При этом возможны варианты: в таких странах, как США, Аргентина, Мексика, *любой суд общей юрисдикции может признать закон неконституционным*; а вот в Австралии и Малайзии конституционность закона вправе проверять только Верховный Суд, после того

¹³ Впервые идея создания в областях, краях и автономных округах своих органов конституционной юстиции (уставных судов) была выдвинута на Конституционном совещании в 1993 г. (см. подробнее: Конституционные и уставные суды субъектов Российской Федерации: Сравнительное исследование законодательства и судебной практики: Нормативные акты / Отв. ред. М.А. Митюков. - М., 1999. - С. 4).

¹⁴ См.: Конституции, уставы и договоры субъектов российской Федерации на Северном Кавказе. - Ростов-н/Д., 1998. - С. 376.

как дело поступит к нему, будучи рассмотрено нижестоящими судами, которые проверять законы на их соответствие Конституции не могут.

Аналогично указанной схеме в Республике Ингушетия Верховный Суд признавался высшим судебным органом республики не только в сфере гражданского, уголовного судопроизводства, но и конституционного (ст. 83 республиканской Конституции)¹⁵, в Москве на Московский городской суд возлагалось официальное толкование законов Москвы (ст. 121 Устава города)¹⁶. В Самарской области предусматривалось возложение в некоторых ситуациях на областной суд обязанности рассматривать споры между областным законодательным органом и главой администрации области по вопросам принятия законодательных актов¹⁷. В Республике Алтай допускалось осуществление конституционного контроля республиканским Верховным Судом (а по некоторым делам республиканским Арбитражным судом)¹⁸. По сути, таким образом, были сделаны попытки приспособления судов общей юрисдикции к функциям конституционного контроля, т.е. учреждения в отдельных субъектах РФ американской модели конституционного правосудия.

Реализация идеи осуществления конституционного контроля судами общей юрисдикции (американской модели конституционного правосудия) на уровне субъектов Федерации потенциально имеет для России ряд привлекательных положительных черт, способных благоприятно отразиться на урегулировании ряда проблем ее региональной конституционной юстиции: 1) решить вопросы кадрового обеспечения путем привлечения к осуществлению конституционного контроля в регионах на конкурентной основе опытных профессиональных су-

¹⁵ См.: Конституции республик в составе Российской Федерации. Сборник документов. - М., 1995. - С. 150, 280.

¹⁶ См.: Уставы краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов Российской Федерации. Вып. 2. - М., 1996. - С. 263.

¹⁷ См.: ст. 39 Закона Самарской области "О разработке, внесении и принятии нормативных правовых актов Самарской области" от 5 июля 1995 г. // Собрание законодательства Самарской области. Т. 1. - Самара, 1997. - С. 83.

¹⁸ См.: Конституция Республики Алтай (Основной Закон). - Горно-Алтайск, 1997. - С. 55-57.

дей; 2) избежать дублирования, конкуренции, конфликта компетенций между конституционными (уставными) судами и судами общей юрисдикции; 3) сделать конституционное правосудие материально доступным для субъектов, так как его финансирование будет осуществляться за федеральный счет и не потребует затрат из бюджетных средств регионов на деятельность дорогостоящей судебной подсистемы; 4) создать процессуальные механизмы пересмотра решений нижестоящих судов, осуществляющих конституционное (уставное) правосудие; 5) сделать конституционный контроль повсеместным и фактически обязательным для всех субъектов Федерации; 6) максимально отдалить деятельность конституционной юстиции от сферы политики; 7) обогатить осуществление конституционного (уставного) правосудия опытом практики всей судебной системы.

Важно также отметить, что опыт зарубежных стран показывает эффективность и приспособляемость этой модели к условиям крупных сложносоставных государств, в том числе многонациональных (Индия).

Однако, разрабатывая и принимая нормы ст. 27 Федерального конституционного закона "О судебной системе Российской Федерации" от 31 декабря 1996 г., устанавливающие основные параметры российской конституционной юстиции, законодатель решительно отказался от упомянутых преимуществ американской модели и наработанной практики ее внедрения в субъектах Федерации. С чем это связано?

Нетрудно заметить, что каждая из вышеописанных моделей конституционного контроля тяготеет к той или иной системе (семье) права. Страны, принадлежащие к англо-саксонской семье общего (прецедентного) права (common law), придерживаются в основном американской модели проверки конституционности законов судами общей юрисдикции, европейская модель используется как правило в странах, принадлежащих к романо-германской системе права (к ним относится и Россия), хотя в этой закономерности встречаются исключения, объясняемые субъективными факторами.

Американская модель может прижиться в стране, в которой теория и практика не отделяет нормы права от судебных решений (это выражается в господстве прецедентов, носящих казуистичный характер, как главного источника права), где судебной власти свойственна большая автономия по отношению к другим ветвям власти (например, в предоставлении ей правотворческих полномочий). Этим условиям нет в России и в ее субъектах, что ставит американскую модель в явное несоответствие условиям российского государства и права: господству нормативного правового акта как основного источника права, неоспоримости принципа "суд применяет, а не творит право", признанию за судебной практикой вспомогательной роли и т.д.

Стоит также согласиться с мнением, высказанным А.А. Клишасом¹⁹, что одной из основных причин непринятия в Западной Европе и государствах-членах СНГ (в том числе России) северо-американской модели конституционного контроля являются усиление в послевоенный период роли исполнительных органов государственной власти и уменьшение реальной значимости представительных и судебных институтов.

Но не только этими причинами объясняется отказ России от американской модели конституционной юстиции в пользу модели кельзеновской, в том числе и на региональном уровне. Политическая обстановка конца 80-х начала 90-х годов, выразившаяся в демократизации Российского государства и его судебной системы, обусловила высокие требования к стандартам отечественного федерального и субфедерального конституционного правосудия. Судебный конституционный контроль, осуществляемый автономными, специфическими по принципам и процедурам своего функционирования органами конституционного контроля (конституционными судами), являясь проверенной на практике эффективной гарантией верховенства права, как нельзя более соответствовал этим требованиям времени.

¹⁹ См.: Клишас А.А. Конституционная юстиция в зарубежных странах / Отв. ред. В.В. Еремян. - М., 2004. - С. 67.

Сыграли существенное значение для этого выбора рост национального самосознания многих российских этносов, а также политические амбиции руководств ряда республик в составе Российской Федерации, выраженные в сепаратистских лозунгах и идеях суверенизации, попытках региональных элит «повысить свой собственный статус и приобрести в лице таких судов исполнительской региональной законодательств, «обрасти» собственной юридической инфраструктурой»²⁰. Этим требованиям вряд ли соответствовало осуществление конституционного контроля в регионах общими судами второго звена, встроенными в единую иерархическую систему федеральных судов общей юрисдикции, зависящую не от регионов, а от федерального центра.

Сказанное приводит к выводу о том, что американская модель конституционного правосудия не имеет в Российской Федерации серьезных предпосылок и не может в настоящий момент всерьез рассматриваться в качестве долгосрочной перспективной альтернативы европейской модели конституционной юстиции на региональном уровне. Однако возврат к отдельным ее элементам может рассматриваться с практической точки зрения в качестве временного средства как один из возможных вариантов продвижения конституционного правосудия в регионы, где создание конституционных судов объективно затруднено.

Наблюдавшаяся в 90-х годах диверсификация российского регионального конституционного правосудия и дискуссии о возможности, легальности, целесообразности и допустимых вариантах создания органов конституционной (уставной) юстиции в субъектах Федерации были завершены после принятия Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» от 31 декабря 1996 г.²¹ - конституционные (уставные) суды согласно ст. 4 и 27 этого акта законодательно стали единственно возможной формой субфедеральной конституционной юстиции.

²⁰ Игнатенко Г.В., Яркое В.В. Рец. на кн.: Клеандров М.М. Очерки российского судопроизводства: проблемы настоящего и будущего // Российский юридический журнал. 1988.- №4(20). - С. 165.

²¹ См.: Собрание законодательства РФ. 1997. №1. Ст.1.

Таким образом, введение в субъектах РФ европейской модели конституционного правосудия, т.е. выделение конституционного правосудия из общего правосудия и его осуществление исключительно специализированными конституционными (уставными) судами, входящими в судебную систему России, было фактически инициировано федеральными властями «сверху» в качестве единственно возможного варианта. Наряду с мировыми судами эти суды были отнесены к категории судов субъектов Федерации (ст. 4 Закона). В итоге отечественная конституционная юстиция рассредоточилась по двум уровням государственной власти, и в настоящий момент она включает в свой состав: 1) общефедеральный Конституционный Суд РФ; 2) конституционные (уставные) суды отдельных субъектов РФ.

Необходимо признать, да это никем особо и не скрывается, что эта модель российского конституционного правосудия во многом повторяет аналогичную немецкую модель. Восприятие Россией именно немецкого опыта конституционного правосудия в качестве образца вытекает из ряда объективных и ситуативных обстоятельств. Россию и Германию единит географическая близость, общность исторических судеб, политическое и культурное родство (например, проводимое в России в XIX в. раскрепощение крестьян и ее первые избирательные законы 1906-1907 гг. копировали прусский опыт), экономическая взаимозависимость (ФРГ в 80-90х годах была главным кредитно-торговым партнером России). И, наконец, ФРГ - это единственное крупное федеративное государство, имеющее схожую с РФ континентальную правовую систему и сумевшее создать дееспособную модель двухуровневого (федерального и субфедерального) конституционного правосудия европейского типа. Взяв за основу немецкую схему построения конституционного правосудия (при этом российский законодатель не учел ряд его принципиальных сугубо национальных особенностей, что негативно отразилось на российской региональной конституционной юстиции), следует признать, что более близкого и подходящего России для ре-

цепции конституционной юстиции прототипа в мире, в сущности, нет. Но прежде чем делать более конкретные выводы из опыта внедрения в России немецкой модели, первоначально необходимо рассмотреть само земельное конституционное правосудие ФРГ.

Конституционные суды земель - в традициях Германии. В Германском Союзе после 1815 г. стали появляться зачатки государственной (конституционной) юстиции в королевствах Баварии, Вюртемберга, в герцогстве Гессен, где уже в ту эпоху начали действовать органы, осуществлявшие функции, подобные органам специализированного конституционного контроля. Например, § 195 Конституционной грамоты Вюртемберга предусматривал учреждение Государственной судебной палаты, задача которой заключалась в защите Основного Закона от попыток переворота, а также отдельных пунктов Конституционной грамоты - от посягательств²². В 1831 г. в Саксонии и Ольденбурге начали действовать органы конституционного правосудия, фактически явившиеся прообразом европейской модели конституционной юстиции²³. В период Веймарской республики появились первые органы земельного конституционного контроля с очевидными судебными признаками, во многом аналогичные ныне существующим органам конституционной юстиции. Прекратив свое существование в годы фашистского режима, эти органы стали возрождаться сразу после 1945 г., причем до 1949 г. эти процессы проходили в отсутствие единого государства, и их ход не был предопределен содержанием еще не существовавшей общегосударственной конституции. Ряд немецких земель (в первую очередь земли с мощными государственно-политическими традициями, такие как Бавария и Гессен) успели принять свои конституции и учредить собственные конституционные суды до принятия феде-

²² См.: Баев В.Г. Европейский конституционализм после Наполеона (на примере Германии) // Журнал российского права. 2005. № 7. - С. 122.

²³ Это позволяет ряду исследователей ставить под сомнение первенство Австрии и авторство Г. Кельзена в создании европейской модели конституционного правосудия (см. подробнее: Мироненко О. Світова конституційна юстиція у міжвоєнний період: спільні конституційні суди // Вісник Конституційного Суду України № 6. 2002. - С. 55-66).

рального основного закона²⁴. Это в немалой степени объясняет оригинальность современной организации и функционирования этих первых земельных судов, особенно баварского. Большинство остальных земельных органов конституционного правосудия были учреждены уже после вступления в силу Конституции ФРГ 1949 г. и Закона о Федеральном Конституционном Суде 1951 г., что предопределило взятие землями Федерального Конституционного Суда (ФКС) в качестве образца для подражания.

В настоящий момент органы конституционного правосудия созданы в 15 субъектах ФРГ из 16 (за исключением земли Шлезвиг-Гольштейн). Таким образом, немецкая конституционная юстиция отличается целостностью и завершенностью, чего нельзя сказать о России, где конституционные (уставные) суды функционируют только в шестой части всех субъектов Федерации (в 15 регионах из 89).

Появление земельных конституционных судов в современной Германии обусловлено не только предшествующим историческим опытом, но и федеративной природой этого государства, субъекты которого представляют собой государственные территориальные (государствозподобные) образования. В науке государственного права Германии получило распространение представление о том, что система немецкого федерализма основана на признании государственности земель, входящих в федерацию. Отталкиваясь от юридических особенностей договорного объединения в федеративный союз немецких земель в XIX в. и содержания Конституции ФРГ 1949 г., делается вывод, что государственность земель является производной от государственности федерации, она не дарована землям, а признается федеральным центром как существующая независимо от него²⁵. Вот почему земли ФРГ (и в этом у них немалое сходство с субъектами РФ) имеют свои Конституции, законодательство, собственные ор-

²⁴ См.: Брусин А.М. Двойное конституционное правосудие: ненужная роскошь или насущная необходимость? // Вестник уставного суда Санкт-Петербурга. №2. 2002. - С. 138.

²⁵ См.: Lerche P. Aktuelle federalistische Verfassungsfragen/München, 1968.

ганы власти и другие государственные атрибуты, важнейшими из которых являются структурные элементы и функциональные алгоритмы конституционной юстиции этих земель. По мнению немецких конституционалистов, собственные конституционные суды являются необходимым элементом государственности земель, и как следствие - немецкого федерализма как такового²⁶.

Говоря о характерных чертах германского земельного конституционного правосудия, целесообразно сгруппировать их в зависимости от степени близости, совпадения с признаками конституционной юстиции в субъектах РФ.

Больше всего в российском и немецком конституционном правосудии субфедерального уровня *общего, схожего* (практически идентичного). Охарактеризуем наиболее близкие конституционному правосудию современной России признаки земельных конституционных судов ФРГ.

Конституционные суды субъектов ФРГ признаются и являются судебными органами в подлинном смысле этого слова. Они осуществляют свою деятельность не по собственной инициативе, а по ходатайству иного управомоченного субъекта, принимают решения только по правовым вопросам, разрешают споры по существу путем издания юридического акта, обязательного к исполнению, функционируют как суды, "говорят" на языке права, опираются на судебные принципы и нормы судопроизводства. Но органы регионального конституционного правосудия Германии выступают и как *высшие конституционные органы* в пределах своих государственных территориальных образований (субъектов). Это может выражаться в закреплении наиболее важных элементов статуса конституционного суда в земельной конституции, причем в большинстве случаев с выделением в конституции специальной главы об этом суде (Бавария, Гессен, Северный Рейн-Вестфалия, Тюрингия, Саксония-Ангальт, Мекленбург-Передняя Померания) или посвященной защите конституции, в которой конституционному суду отводится особая роль (Рейнланд-Пфальц). Возможно прямое указание на

²⁶ См.: Franke . Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder-Grenzen und Möglichkeiten/Gegenrede. Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit. Baden-Baden, 1994. . S. 23ff.

то, что этот суд стоит в одном ряду с другими высшими конституционными органами (Бранденбург, Тюрингия).

Формирование, функционирование этих специализированных судебных органов, регулирование их деятельности всецело находятся под контролем субъектов Федерации. Федеральные власти ФРГ не имеют прямого, определяющего воздействия на эти процессы земельной конституционной юстиции.

Это самостоятельные и независимые судебные органы. Такое их автономное положение юридически защищено конституционным и специальным законодательным регулированием их организации и деятельности, обязательностью их решений для всех государственных органов, в том числе и судов, формированием составов этих органов при участии всех ветвей власти и т.д. Земли в большинстве случаев при определении автономного статуса своих конституционных судов в своих Основных Законах воспроизводят формулировку ст. 1 Закона "О Федеральном Конституционном Суде" ("самостоятельная и независимая по отношению ко всем остальным конституционным органам судебная инстанция"). Самостоятельность земельных конституционных судов проявляется, в первую очередь, в том, что они не образуют друг с другом и с ФКС единой системы и не находятся с последним в иерархических отношениях. ФКС не является вышестоящей инстанцией по отношению к конституционным судам земель и не может, как правило, пересматривать принятые ими решения.

Конституционные суды земель в организационных вопросах не подведомственны какому-либо определенному министерству, они имеют собственные аппараты научных сотрудников (помощников), формируемые, как правило, председателями (президентами) этих судов, и независимое финансирование из средств бюджетов земель. Бюджеты конституционных судов составляются самими судами и предусматриваются отдельной статьей в общем бюджете той или иной земли. Бюджетными средствами земельные конституционные суды распоряжаются по своему усмотрению.

Конституционные суды земель являются эффективными судебными структурами с реальными и сильными полномочиями, придающими этим органам существенный юридический и политический вес в государственном механизме. К важнейшим из этих полномочий относятся: абстрактный постановляющий нормоконтроль в отношении земельных законов и иных нормативных актов; споры о компетенции между органами власти земли в порядке толкования земельной конституции или устранения противоречий в ее толковании; проверка конституционности действий органов власти; рассмотрение индивидуальных конституционных жалоб на нарушения прав и свобод человека и гражданина, а также коммунальных конституционных жалоб и др.

В землях ФРГ нормативное регулирование деятельности регионального органа конституционного правосудия осуществляется земельной конституцией и специальным земельным законом о конституционном суде.

Конституционный статус органов земельного конституционного правосудия практически повсеместно одинаков, несмотря на то, что их наименования могут различаться (конституционный суд, государственная судебная палата (Бремен), конституционная судебная палата (Бавария, Берлин, Рейнланд-Пфальц, Саарланд).

Идентичность с российским региональным конституционным (уставным) правосудием проявляется также в том, что, как и любой субъект РФ, каждая земля ФРГ самостоятельно принимает решение о создании собственного конституционного суда, его структуре и полномочиях.

Между российским и немецким конституционным правосудием существуют и иные родственные признаки.

Вместе с тем адаптация ряда элементов немецкого опыта земельного конституционного правосудия к реалиям российской конституционной юстиции отличается *половинчатостью и непоследовательностью*. В первую очередь, это касается взаимоотношений между региональными органами конституционного правосудия и федеральным конституционным судом.

В Германии с ее полувекowym опытом такого взаимо-

действия выработаны взвешенные и проверенные практикой подходы к урегулированию (межуровневых взаимоотношений) органов конституционного правосудия. Так, между ФКС и земельными конституционными судами установлена юридическая взаимообусловленность возникающих связей, предопределяемая принципом “федеральное право имеет преимущество перед правом земель”. Это выражается, например, в том, что земельный конституционный суд не вправе отступить при толковании Конституции ФРГ от позиций ФКС или конституционного суда другой земли, не запросив заключение ФКС на этот счет.

Кроме этого, немецким законодательством предусмотрено право ФКС в исключительных случаях рассматривать жалобы на решения земельных конституционных судов²⁷. Перечисляя такие случаи, исследователь немецкого конституционного правосудия В.А. Кряжков отмечает, что в них “усматривается определенная подчиненность конституционных судов земель ФКС, но она обусловлена не институциональностью, а конституционно установленными функциями ФКС и, безусловно, не ставит под сомнение особый статус земельных конституционных судов как самостоятельных и независимых органов судебной власти²⁸. С этим тем более стоит согласиться, если учесть, что возникновение конфликта компетенций между органами немецкой конституционной юстиции разных уровней возможно лишь в связи с рассмотрением конституционных жалоб, поскольку в остальных случаях земельные конституционные споры по кругу участвующих в них лиц, характеру противоречий и, в первую очередь, с точки зрения правовой основы их разрешения могут быть последовательно отграничены от федеральных и не попадают в сферу контроля ФКС.

Хотя некоторые схожие принципы применительно к российскому конституционному правосудию фрагментарно нашли свое закрепление в решениях Конституци-

²⁷ Подробнее см.: Кряжков В.А. Конституционные суды земель Германии // Гос. и право. 1995. № 5. - С. 125.

²⁸ Там же.

онного Суда РФ²⁹ и обоснование в отечественной доктрине конституционного правосудия³⁰, но законодательно такие положения пока не легализованы, что создает неопределенность во взаимоотношениях между этим судом и конституционными (уставными) судами субъектов РФ.

В немецком и российском конституционном правосудии существуют и очевидные несовпадения. Например, в отличие от российской Конституции 1993 г., не содержащей норм о конституционных (уставных) судах субъектов РФ, Основной Закон ФРГ дважды упоминает о конституционных судах земель в контексте их связей с ФКС (ч. 2 п. 46 ст. 93 и ч. 3 ст. 100)³¹.

И хотя на федеральном уровне в ФРГ, помимо Конституции, нет никаких иных нормативных актов, регулирующих правовое положение земельных конституционных судов, тогда как в России статус и компетенция конституционных (уставных) судов определяются ст. 27 Федерального конституционного закона "О судебной системе Российской Федерации" от 31 декабря 1996 г. и рассматривается перспектива принятия специального федерального закона о конституционном правосудии в субъектах Российской Федерации, немецкий вариант правового регулирования региональной конституционной юстиции выглядит предпочтительнее. Ведь упоминание органов конституционного правосудия в тексте федеральной Конституции ввиду учредительного характера и доминирующего положения норм этого акта придает конституционным судам субъектов Федерации большой юридический и политический вес, высокую степень их легитимности.

В российской конституционной юстиции отсутствует еще одно, довольно интересное положение, изложенное в ст. 99 Конституции ФРГ, которой предусматривается взятие Федеральным конституционным судом земельно-

²⁹ См., например: постановления Конституционного Суда РФ от 21 марта 1997 г., от 4 апреля 2002 г., определение от 10 апреля 2002 г.

³⁰ См.: Кряжков В.А. Связанность правовых позиций конституционных судов // Вестник уставного суда Свердловской области. 2003. №1(6); Овсепян Ж.И. Становление конституционных и уставных судов в субъектах Российской Федерации (1990-2000 гг.). - М. 2001. - С. 109.

³¹ См.: Конституции зарубежных стран. Сборник. - М., 2000. - С. 132, 134.

го конституционного правосудия "на себя" в случае отказа от учреждения этого института в субъекте Федерации. Шлезвиг-Гольштейн - единственный субъект германской Федерации, воспользовавшийся этим правом, передал земельные конституционные споры на разрешение ФКС. Медленные темпы продвижения конституционного правосудия в российских регионах делают этот немецкий способ "замены" регионального конституционного суда в случае его отсутствия федеральным конституционным судом заслуживающим пристального исследования на предмет полного или частичного применения в российской действительности.

Копируя опыт ФРГ в сфере регионального конституционного правосудия применительно к России, не стоит, однако, забывать, что есть ряд обстоятельств, ставящих под сомнение быстроту и безболезненность приспособления немецкой модели конституционной юстиции (а низкие темпы ее адаптации в российских регионах, к сожалению, подтверждают эти опасения) к условиям субъектов РФ.

Во-первых, опыт учрежденного в субъектах РФ всего 15 лет назад регионального конституционного правосудия не может идти ни в какое сравнение с почти двухвековой эволюцией этого института в Германии. И дело здесь не столько в том, что столь длительный срок позволил более детально проработать и тщательно "подогнать" этот институт к реалиям немецкого государства и общества, сколько в укоренении на протяжении многих поколений естественной и неоспоримой потребности всех слоев общества и государственных функционеров Германии в существовании органов конституционной юстиции. Бесспорная очевидная важность регионального конституционного правосудия, будучи неоднократно подтвержденной на практике за десятилетия существования этого института, у населения современной Германии не вызывает сомнений, в отличие от жителей российских регионов, еще не приученных к полезности конституционных (уставных) судов субъектов РФ и их необходимому присутствию на субфедеральном уровне. Та-

кая разница в правовой культуре не позволяет рассчитывать на быстрый рост популярности и быструю адаптацию института судебного конституционного контроля в регионах России. По нашему мнению, это ставит под сомнение скачкообразное, прорывное развитие специализированного конституционного контроля в регионах России, малую перспективность его подстегивания (в том числе и путем принятия специального федерального закона) из “центра” и выдвигает необходимость временного привлечения (частичного возврата) в него элементов смешанной модели специализированного конституционного контроля с целью более “мягкого” внедрения его в повседневную политическую и общественную жизнь российских государственных территориальных образований.

Во-вторых, важной и неповторимой в российских условиях особенностью опыта германского регионального конституционного правосудия можно считать установленную в 40-50-х годах XX в. “опеку” над немецкими земельными конституционными судами со стороны оккупационных сил, которые фактически обязали земли, конституции которых писались под контролем союзников, учредить эти органы как гарантии от рецидивов тоталитаризма в постфашистской Германии. Такая опека проявилась в политической, организационной, финансовой, правовой поддержке земельных органов конституционного правосудия со стороны оккупационных сил, что помогло им преодолеть наиболее сложный период становления относительно безболезненно.

В-третьих, финансовое благополучие территориальных субъектов ФРГ в последние десятилетия позволяет без ощутимого ущерба для земельных бюджетов на хорошем материальном уровне, обеспечивающем полноценное функционирование, содержать региональные органы конституционной юстиции. В ФРГ практически отсутствует серьезный разрыв в экономическом состоянии земель. К тому же германский Основной Закон предусмотрел в ст. 29 возможность и механизм переформирования федеральной территории с тем, чтобы обеспе-

чить такие размеры и производительные возможности земель, которые позволяли бы им эффективно выполнять свои задачи. Это решает проблему диспропорций между субъектами Федерации. Такие благоприятные экономические условия и эффективные механизмы их выравнивания по горизонтали отсутствуют в России, для большинства субъектов которой создание и функционирование конституционных (уставных) судов являются непосильной нагрузкой на бюджеты.

В-четвертых, ФРГ представляет собой парламентскую республику, парламентарная форма правления воспринята и ее землями. России же свойственна полупрезидентская смешанная форма правления с ее очевидными политическими преимуществами в пользу главы государства, исполнительной власти в ущерб законодательной ветви власти. Большинству государственных механизмов субъектов РФ тоже свойствен перекося в системе разделения властей в сторону исполнительных органов, власти, во многих из них существуют по сути авторитарные губернаторские (президентские) режимы. В рамках такой своеобразной разновидности разделения властей институту конституционного контроля в российских регионах не всегда находится место.

В-пятых, серьезные расхождения между нашими странами и в форме государственного устройства. ФРГ - однородная (все субъекты имеют равный статус - статус земель), основанная на территориальном принципе дифференциации своих субъектов и по большому счету (с некоторыми оговорками) симметричная федерация. Федерация же России, основанная на сочетании национального и территориального признаков, имеющая шесть (!) видов формально равноправных субъектов, на практике является выраженной асимметричной федерацией, субъекты которой различаются по своему фактическому положению. К тому же субъектный состав Российской Федерации очень многочислен - 89 субъектов Федерации. Обеспечить в таком огромном и разнообразном конгломерате политико-территориальных образований единый стандарт формы и содержания конституционного право-

судия, по-видимому, не представляется реальным. Это делает затруднительным, а иногда и просто невозможным восприятие многих элементов немецкой конструкции конституционной юстиции, которая функционирует в Федерации, состоящей всего лишь из 15 обладающих одинаковым статусом территориальных субъектов.

Подводя итог сказанному, мы можем заключить, что пример двойной конституционной юстиции федерации Германии во многом уникален. Строго говоря, немецкая модель еще не имела достаточно долговременного и удачного опыта усвоения иными государствами. Недолговечное существование немецкой модели в Югославии, падение темпов ее распространения в России³², на наш взгляд, подтверждают эти рассуждения. Немецкая модель в ее подлинном, неизменном виде, по-видимому, может существовать и эффективно функционировать только при наличии комплекса специфических оптимальных условий: экономического преуспевания субъектов федерации; развитости их политической системы; высокой политической культуры и национальной однородности населения, политической стабильности общества; продолжительного опыта применения института специализированного конституционного контроля в стране; среднедопустимого количества государственно-территориальных образований (субъектов федерации). И не спроста в большинстве крупнейших федераций утвердилась либо американская (США, Индия, Мексика, Аргентина), либо смешанная модель (Бразилия) конституционной юстиции.

Интересна еще одна историческая особенность. В федерациях, конструкции конституционного правосудия которых послужили базовыми прототипами основных моделей федеративного конституционного правосудия

³² Органы специализированного конституционного контроля функционируют в республиках: Адыгея (с 1997 г.), Башкортостан (с 1996 г.), Бурятия (с 1995), Дагестан (с 1991 г.), Кабардино-Балкария (с 1993), Карелия (с 1994 г.), Коми (с 1994 г.), Марий Эл (с 1998 г.), Саха (Якутия) (с 1992 г.), Северная Осетия-Алания (с 1990 г.), Татарстан (с 1990 г.), Тыва (с 2003 г.), а уставные суды - в Свердловской (с 1998 г.) и Калининградской (с 2003 г.) областях, в Санкт-Петербурге (с 2000 г.). После июля 2003 г., когда был сформирован состав Конституционного Суда Республики Тыва, и по настоящее время в субъектах Российской Федерации конституционные (уставные) суды не образовывались. - Прим. авт.

(США, ФРГ), органы конституционной юстиции сначала создавались в отдельных территориальных субъектах, а затем, спустя довольно большой промежуток времени, в центре. Субъекты федерации как бы выступали в роли проводников, инициаторов, "испытательных полигонов" различных форм конституционного правосудия, своим положительным примером побуждая федеральные власти учреждать конституционное правосудие на общегосударственном уровне. Сказанное, помимо уже приводившихся выше исторических примеров опережающего развития конституционного контроля в землях Германии, можно проиллюстрировать и другими фактами.

Так, в США еще до создания федерации суды штата Нью-Джерси практиковали проверку соответствия законов штата его Конституции. В 1780 г. Верховный Суд этого штата, вынося решение по делу, впервые признал недействующим закон штата на основании его неконституционности. С 1787 по 1803 г.г. в Нью-Джерси, а по его примеру и в ряде других штатов суды вынесли более 20 решений, касающихся неконституционности отдельных законов этих штатов³³. Лишь позднее, в 1803 г., разрешая судебный казус № 180 Мэрбери против Мэдисона³⁴, Верховный Суд США также присвоил себе полномочия судебного конституционного контроля.

В мексиканском штате Юкатан в период его временного выхода из состава Мексики выдающимся мексиканским государствоведом М.К. Рехоном была подготовлена и вступила в силу в 1840 г. Конституция, предусматривавшая учреждение процедуры ампаро специфического института специализированного судебного контроля, охраны конституционного правопорядка и режима законности, осуществляемой органами судебной власти в рамках самостоятельного производства в отношении любого нормативного акта, противоречащего Основному Закону. Конституционное правосудие Юкатана послужило прообразом для заимствования этой разновидности

³³ См.: Нудель М.А. Конституционный контроль в капиталистических странах. - М., 1968. - С. 16-17.

³⁴ См.: Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

судебного конституционного контроля (процедуры ампаро) Конституцией Мексики 1857 г. и внедрения ее в практику судов других мексиканских штатов³⁵.

Эти примеры демонстрируют, что двухуровневое конституционное правосудие наиболее прочно и основательно укореняется в тех федеративных государствах, где этот институт развивается эволюционно, от простого к сложному, методом проб и ошибок, когда импульс к учреждению конституционной юстиции не только в регионах, но и во всем государстве исходит от субъектов Федерации. В России же традиционно субъекты Федерации идут в кильватере федеральных новаций в сфере конституционного правосудия, зачастую слепо копируя их без поправок на масштаб и специфику своих регионов, а также своеобразие задач возложенных на субфедеральные органы конституционного правосудия. Это, а также попытки не критичного восприятия иностранного опыта, на наш взгляд, предопределяют определенную искусственность современного регионального конституционного контроля, его слабую связь с политико-социальными реалиями большинства субъектов РФ, порождают непрочность позиций регионального конституционного правосудия на современном этапе.

При обстоятельствах объективной сложности применения германской модели регионального конституционного правосудия в российских условиях необходимость сохранения и расширения присутствия в субъектах РФ конституционных (уставных) судов как наиболее совершенной и перспективной разновидности органов конституционной юстиции не вызывает сомнения. Однако, признавая потенциал этих судебных органов, необходимо считаться с их определенным несоответствием современным экономическим, политическим, социальным и культурным условиям многих субъектов РФ. Выход видится в создании продуманной смешанной системы: сохраняя в качестве «форпостов» регионального конституционного правосудия конституционные (уставные) су-

³⁵ См. подробнее: Клишас А.А. Указ. соч.

ды, временно привлечь к делу распространения конституционного правосудия в регионах и иные формы специализированного конституционного контроля, известные зарубежной практике конституционализма. Необходимо, однако, понимать, что, хотя институциональные преобразования содержат большой потенциал обновления, сами по себе они будут малоэффективными без поддержки этих мероприятий политическим, финансовым, кадровым ресурсами и в отрыве от иных действий, способных стимулировать региональное конституционное правосудие России.

В этой связи ряд авторов обращают внимание на *слабую заинтересованность федерального центра в развитии региональной конституционной юстиции*. Ведь конституционные суды республик создавались на волне суверенизации. Они возникали не только как механизмы защиты демократических завоеваний, закрепленных в конституциях республик, но и как носители идеи гарантий децентрализации власти «по вертикали», гаранты принципа разграничения полномочий и предметов ведения между РФ и ее субъектами. Таким образом, для Федерации поддержка института конституционного суда субъекта РФ частично сопряжена с фактическим ограничением собственной власти в регионах³⁶. Важно и то, что *политическая элита на местах часто не заинтересована* в изменении сложившегося баланса сил и в дополнительном контроле над собой со стороны сильной и независимой структуры, каковой является конституционный или уставный суд³⁷.

Высказываясь по этому поводу, ряд авторитетных специалистов предлагают рассматривать отказ многих субъектов РФ от конституционных (уставных) судов не только как ненадлежащее выполнение конституционных предписаний по обеспечению прав и свобод человека и гражданина, ибо возникают пробелы в механизме су-

³⁶ См. подробнее: Овсепян Ж.И. Становление конституционных и уставных судов в субъектах Российской Федерации (1990-2000 гг.). - М., 2001. - С. 42-44.

³⁷ См.: Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991-2001 гг.). Очерки теории и практики. - М., 2001. - С. 50.

дебной защиты, но и как неосуществление рекомендаций и требований в этой области международного сообщества³⁸.

Подобный подход к трактовке проблем регионально-конституционного правосудия через призму международно-правовых аспектов, к разрешению этих проблем с опорой на нормы и принципы международного права, а также с учетом зарубежного опыта государственного регулирования сферы специализированного конституционного контроля представляется достаточно перспективным.

Some aspects of international and foreign influence on the Constitutional Jurisdiction of Russian Federation

S. Taradonov

Assistant Professor
of the Institute of Economy and Law,
Military Institute

. Petrenko

Senior Professor of the Russian State
Trade-Economic University

Summary

The constitutional jurisdiction relates to such standards of the democracy which are recognized all over the world. That was the reason why 15 years ago Russia established such an institution. Relatively young age and non-accomplishment of the process of creation of the system of constitutional jurisdiction in Russian Federation requires com-

³⁸ См.: *Задиора В.И.* Роль судов конституционной юрисдикции субъектов Российской Федерации в защите прав и интересов граждан / Вестник Уставного суда Свердловской области. 2002. - № 1 (5). - С. 127.

prehension of state legal practice, particularly the establishment and development of the constitutional jurisdiction in the federations, clarification of the degree of international influence on the processes which occur in the Russian constitutional jurisdiction. The consideration of these factors can evaluate specific contradictions, demonstrate possible optimal ways of development in the sphere of state construction and thus to avoid the possible mistakes in the organization and activity of the local bodies of the constitutional jurisdiction.

The state of the international legal regulation of the activity of the Constitutional Court of Russian Federation and foreign influence on it is discussed rather thoroughly. Mainly it concerns the activity of the Constitutional Court of RF which is quite understandable.

The doctrinal researches of the problematic issues of the constitutional courts of subjects of RF are quite rare.



А. Арутюнян

*Защитник прав человека (омбудсмен)
Республики Армения*

Конституционализм как режим взаимоотношений государства и гражданского общества

Переход от феодального общества к буржуазному означал появление гражданина как самостоятельного социального и политического субъекта с неотъемлемыми правами и обязанностями. Конечно развитие горизонтальных невластных социальных связей между автономными общественными союзами граждан и в этот период наталкивалось на противодействие централизованного государства. Однако государство было вынуждено считаться с возникшими реалиями и встать на путь правового упорядочения своих отношений с обществом, реформировать институциональную и функциональную систему властей¹.

Уже в работах мыслителей Нового времени и философии Просвещения появляется термин «гражданское общество» и оформляется его идея.

Идея гражданского общества получает свое развитие в работах Т. Гоббса и Дж. Локка, Ж.-Ж. Руссо и Ш. Монтескье. Если в работах мыслителей философии французского Просвещения гражданское общество рассматривается в позитивном плане, то негативный оттенок оно обретает в немецкой классической философии, особенно у Г. Гегеля.

В последующее время интерес к проблеме гражданс-

¹ См.: «Общая и прикладная политология». / Под общей ред. Жукова В.И. и Краснова Б.И. - М., 1997. - С.447.

кого общества ослабевает. Отчасти это объясняется тем, что место парадигмы «панрационализма» замещает философский плюрализм с ориентиром на проблему человека, его индивидуальность, отчасти тем, что идея гражданского общества выполнила свое назначение как средство идеологического обеспечения буржуазных революций. И вероятно, еще и потому, что она обрела свое определенное состояние в странах Старого и Нового Света, хотя этот вывод не столь однозначен.

Спустя 150 лет идея гражданского общества получает «второе рождение» в связи с событиями 80-х годов в Восточной Европе, когда противостояние Востока и Запада завершилось крахом мировой системы социализма².

Гражданское общество есть та сфера, где напряженность между отдельной личностью и целым, противоречие политики между единичным и общим одновременно ставится и решается: интерес личности может здесь утвердиться, но одновременно общество интегрирует индивида в институты «классов» или «сословий» в рамках «общественного устройства», т.е. через включения его в систему государства.

Логически и хронологически государство предшествует гражданскому обществу. Исторически государство и семья предшествуют гражданскому обществу. При этом государство является условием возможности существования гражданского общества, поскольку без государства гражданское общество саморазрушается³.

Задачи, которые решает гражданское общество в современных условиях состоят в соблюдении безопасности, в обеспечении защиты частной собственности и личной свободы.

В гражданском обществе свободно развивается ассоциативная жизнь, сфера массовых движений, партий, группировок по убеждениям и любым другим признакам. Оно добивается децентрализации власти государства за счет передачи части ее самоуправления, осуществляет взаимодействие большинства и меньшинства на основе

² См.: «Гражданское общество: Истоки и современность» / Под. ред. И. И. Кального, И. Н. Лапушанского. - С.-Петербург, 2002. - С. 22

³ См.: Доминик Кола. «Политическая социология». - М., 2001. - С. 300.

согласования их позиций путем переговоров, без конфликтов, носящих открытый характер⁴.

Поскольку гражданское общество - это целый комплекс отношений внутри общества и по отношению к государству, к нему нельзя применить какую-либо одну характеристику, хотя невмешательство власти в частную жизнь и одновременно ее защита властью выглядят непременным показателем существования гражданского общества. Поэтому искать предпосылки, зародыш гражданского общества имеет смысл лишь на рубеже феодализма, перехода от аграрного к индустриальному обществу. Именно в этот период, переживаемый в разных обществах неодновременно и со своей спецификой, индивид обретает возможности горизонтальной и вертикальной мобильности. Этому способствуют крушение сословного покровительства, кризис феодальных экономических отношений, развитие торговли, предпринимательства, производства⁵.

Переход от абсолютистско-монархического правления к демократии начинался, как правило, с подчинения государства и гражданского общества правовым нормам, с введения принципа разделения властей, составивших единую систему конституционализма. Однако соотношение государства и гражданского общества, пределы вмешательства государства в жизнь граждан в разных странах имели конкретные исторические формы.

Англо-американская модель конституционализма акцентирует внимание на свободе как доминирующей ценности, не допускает вмешательства государства в жизнь гражданского общества, которое само определяет задачи государства. В Декларации независимости Соединенных Штатов Америки (1776 г.) такая определяющая роль гражданского общества была выражена следующим образом: все люди имеют равные прирожденные права на жизнь, свободу, независимость, собственность, на счастье и безопасность; народ - источник власти и

⁴ См.: "Общая и прикладная политология", под общей ред. Жукова В.И. и Краснова Б.И. - М., 1997. - С.448.

⁵ См.: "Гражданское общество: Истоки и современность"/Под ред. И. И. Кального, И. Н. Лапушанского. - С.-Петербург, 2002. - С. 54.

ему принадлежит суверенитет, а правительство является слугой народа; все государственные власти должны действовать в интересах народа, а если они нарушают эти интересы, то народ вправе свергнуть негодное ему правительство.

В Западной Европе отношения между государством и гражданским обществом складывались иначе и дали другую модель конституционализма - **евро-континентальную**.

Традиции сильного государства, которые отсутствовали в США и островной Великобритании, сформировали особый режим государства и гражданского общества, который нашел свое отражение в концепции правового государства. Наиболее активно она разрабатывалась в Германии. Акцент в ней был сделан на идее об особой роли государства в жизни общества. Свобода индивида ставилась в зависимость от мощи государства, поскольку, лишь будучи сильным, государство способно гарантировать защиту прав человека, его индивидуальную свободу, порядок в обществе. В этом случае идея государственного порядка, национального единства ставилась выше ценности свободы личности⁶.

Формально - правовая сторона конституционализма означает наличие в обществе основного закона государства (Конституции), определяющего разделение и объемы полномочий разных ветвей власти и гарантии прав граждан. При этом право признается обязательным и для правителей и для управляемых. Верховенство права над произвольными решениями правящих обеспечивается разделением властей, высоким положением законодательной власти, ее зависимостью (через механизм выборов) от народа, а также равным и доступным для всех граждан судом. Конституция как основной закон становится соглашением общества и государства о разграничении сфер их деятельности: гражданское общество является сферой индивидуальных свобод и частных интересов, государство - сферой публичной власти и общих интересов.

⁶ См.: Мухаев Р.Т. "Политология". - М., 2003. - С. 187-188.

Каковы же основные признаки гражданского общества? Прежде всего, это наличие в обществе свободных владельцев средств производства. То есть речь идет об экономическом плюрализме, когда власть не регулирует поведение собственников, распределение экономических ресурсов и, в итоге, не диктует ими.

Кроме этого, признаками гражданского общества выступают и другие виды плюрализма: идеологический, политический. Очевидно, что без этих признаков невозможно наличие гражданского общества.

При рассмотрении признаков гражданского общества нельзя пройти мимо вопроса: а каков механизм взаимодействия структур гражданского общества с системой политической власти, с государственными структурами? Чем они соединяются, чтобы образовать единое целое - долговечное и жизнеспособное? На наш взгляд, таким механизмом, объединяющим политическое и неполитическое в обществе, выступает право.

Поэтому наиболее значимым признаком гражданского общества следует назвать наличие правового государства.

Становление правового государства позволит обществу преодолеть большое количество прежних стереотипов, мешающих складыванию гражданского общества.

Правовое государство изменит представления о том, что государственное всегда выше личного, что гражданин перед государством ответственен, а государство перед гражданином - нет.

Правовое государство коренным образом изменит своеобразие - мягко говоря - отношение значительной части граждан к законам. За десятилетия пренебрежения правом, точным исполнением законов - это происходило на всех уровнях - правовая культура населения достигла ныне своего минимального уровня: социально ценным было не знание прав и связанной с ними ответственности, а знание того, что разрешает или запрещает начальство; было ценным не знание законов, а знание того, как закон обойти; стало традиционной надежда советских людей на справедливое, правильное решение хорошего

начальника, но невозможность сослаться на закон и защищать свои законные права через суд. Другими словами, везде и всюду господствовал, властвовал человек, а не законность. И именно эти власть держащие должны искоренять, а не пользоваться и стараться "увековечить" свою власть через формализацию институтов демократии.

Преодоление правового нигилизма во всех звеньях общественного организма, укоренение основных характеристик правового государства, повышение законообеспеченности самым благоприятным способом скажутся на совершенствовании всех структур гражданского общества. Свободный собственник, производитель и владелец материальных и духовных ценностей, опираясь на широкую и разветвленную систему демократии, плюрализма, гласности, сможет организовать и наладить благоприятные для себя и для общества в целом отношения с политической сферой, перевести эти отношения в режим наиболее благоприятный для общественного прогресса⁷.

Конституционализм как система, устанавливающая правовые рамки взаимоотношения общества и личности с властью, может быть действительным и мнимым. Конституционализм был способом цивилизованного разрешения противоречий между набравшим силу гражданским обществом и абсолютистским государством. В тех странах, где гражданское общество было зрелым, система конституционализма инициировала процесс постепенного перехода к демократии, начав его с действительного ограничения функций главы государства и расширения полномочий народного представительства (парламента). Конституционализм был мнимым в тех обществах, где было слабым гражданское общество⁸.

В постсоветских странах переход от тоталитаризма к демократии имел целью формирование предпосылок гражданского общества. Перераспределение собственности через приватизацию создала возможность для возникновения частного капитала. Вместе с тем в ряде

⁷ См.: "Общая и прикладная политология" / Под общей ред. Жукова В.И. и Краснова Б.И. - М., 1997. - С.449-457.

⁸ См.: Мухаев Р.Т. "Политология". - М., 2003. - С. 189.

постсоветских стран, собственность хотя и перестала быть государственной, однако осталось в основном в руках новой бюрократии уже как частная. Номенклатурная бюрократия, подчинив себе государство и овладев собственностью, переместила реальные центры разработки и принятия политических решений в президентские структуры и тем самым в значительной мере оградила их от общественного контроля.

Отношения между государством и обществом развиваются на основе не действенного, а формального конституционализма, который является следствием несформированности устойчивых групп, интересов граждан с одной стороны, а с другой - неспособностью или нежеланием правящей элиты создать новые правила игры в качестве обязательных для всех групп, включая самих себя. При сегодняшних геополитических реалиях постсоветские элиты не могут позволить себе бросить вызов демократии, поэтому некоторые из них идут по пути формализации демократических институтов, выхолащивания их сути, когда они формально существуют, но не функционируют.

Пока государство в лице бюрократии не стремится к самоограничению и поощрению самостоятельности граждан. Это проявляется в проводимой экономической, социальной, культурной политике.

Только сильное государство могло бы стать инициатором и гарантом поступательности процесса формирования гражданского общества, создавая правовые, экономические, политические и культурные предпосылки для самореализации индивидов и групп, удовлетворения их повседневных потребностей. Само же государство должно на практике все больше приобретать признаки правового, конституционного.

Очевидно, что процесс формирования гражданского общества имеет естественный темп, который нельзя ускорить каким-либо подталкиванием. Ведь зрелый гражданин начинается с развитого самосознания, возникающего из индивидуальных начал личности. Развивать их можно, в первую очередь, усилиями самой личности, ее устремленностью к постоянному самосовершенствованию.

Постсоветские общества оказались перед дилеммой: либо найти согласованную модель взаимодействия индивидуальной свободы, активности и инициативы личности с принципом ограниченного правления государства, либо пойти по пути авторитарной модели сильной власти при отчуждении от нее народа. Пока же не редки случаи использования власти номенклатурной бюрократии в своих корпоративных интересах, что все больше отчуждает общество от власти, не служит гарантией неприкосновенности гражданских прав индивидов.

В плане вышеизложенного основной проблемой постсоветских стран остается то, что они не научились обеспечивать стабильность общества при системе противовесов властных структур, когда конституционализм становится реальным режимом взаимоотношений государства и гражданского общества. До сих пор в большинстве постсоветских стран стабильность обеспечивается за счет перевеса в системе властных структур. И не имеет значения, в пользу какого из институтов обеспечивается перевес.

Constitutionalism as the regime of interrelations of the state and civil society

A. Harutyunyan

mbudsman of the Republic of Armenia

Summary

Only a carrier powerful state could become an initiator and guarantee of primary process of formation of civil society, creating legal, economic, political and cultural pre-conditions for self-realization of individuals and groups, and for satisfaction of their everyday needs. The state itself should gain in practice all the features of legal, constitutional system.

bviously the process of formation of civil society has natural rate, which cannot be somehow accelerated. In fact a mature citizen originates from the developed consciousness, arising out of the individual basis of personality. Developing them is possible only with the efforts of the individual itself, his aspiration for permanent self-perfection.

Post-soviet societies turned out to face a dilemma: either to find the concerted model of interaction of individual freedom, activity and initiative of individual with principle of the limited rule of the state or to go on the way of authoritarian model of strong power with alienation of people from it. Still the cases of the usage of power by nomenclature bureaucracy in its corporate interests are not rare, and it more deeply alienates society from authority without guaranteeing the inviolability of civil rights of individuals.

As evidenced by the foregoing the basic problem of post-soviet countries remains the fact that they did not learn to provide stability of society at the system of counterbalances of authoritative structures, when constitutionalism becomes the real mode of mutual relations of the state and civil society. Until now in most post-soviet countries stability is provided due to preponderance in the system of authoritative structures. And it does not matter, in favor of which of the institutes the preponderance is provided.



V. Poghosyan

*Member of the RA Constitutional Court,
Head of UNESCO chair on Human Rights and
democracy at YSLU*

Relationship between the Concepts of “Constitution” and “Fundamental Law”

Very often the concepts “constitution” and “fundamental law” are equally and, as a rule, interchangeably used in social science and, more specifically, legal texts. This kind of assimilation of the two concepts is seen everywhere; predominantly while defining *constitution* it would surely be also identified as *fundamental law*. This is not a coincidence though. It is explained by the fact that historically, after the concept of constitution was introduced and, especially, in the Roman-Germanic tradition, it was comprehended as the most important law carrying a supreme meaning, i.e. fundamental law. From this point of view one may say that fundamental law is just one of the features of constitution. While constitution can truly be defined as fundamental law, still the opposite statement that “fundamental law is constitution” would not be accepted.

To answer to this question it is necessary to clarify the content and main features of *constitution*. It is worth mentioning that the concept of *constitution* originated and was put into use in ancient and medieval times, however the contemporary meaning of the concept was developed and absorbed only in the 17-18th centuries. Of course the usage of the word “constitution” in ancient times and New Age demonstrates that there are certain generalities from the point of view of the actual essence but they cannot be

regarded as completely equivalent concepts. In New Age the concept of constitution gained a new content and meaning, which has persisted to our days and, generally speaking, that is how we understand and use it today.

Originally, constitution was regarded as a restrictive measure to a feudal absolute monarchy. The ideological basis of constitution was developed under the influence of the progressive English and French intellectuals' ideas. Later on constitution came to be regarded as a restrictive measure to any regime and government. Step by step the concept of constitutionalism is created, which is an organic embodiment of a series of principles. From a formal and structural perspective constitution is perceived as an embodiment of a minimal number of principles. This approach is based on the ancient Greek philosophical tradition (e.g. Euclidean geometry) according to which the perfection and accuracy of a theoretical system is dependent on the nature of the principles (axioms, i.e. statements that need no proving) that lay in the basis of the theory. Thus, we can assume that they [principles] should be in small numbers, consistent, and as generalized as possible.

The supremacy of constitution in respect to legislation, as well as the immediate operation of constitutional norms, is the other fundamental point in the concept of constitutionalism. As regards the contents, in democratic states the constitutions are based on the primary principle of people's sovereignty (state sovereignty derives from it). A number of general principles, like recognition of human rights and freedoms, the guarantee of their protection, limitation of power through rights (in strict terms, the last two principles are interrelated, however, they are considered separately with the purpose of emphasizing their significance), separation of powers (aimed at the limitation of the power of government), constitutional control (the main purpose is to protect the rule of law, i.e. to protect human rights and to limit power of the executive by the rule of law), and others, serve for the operation of the principle of

people's sovereignty. It is worth noting that in case of this perception of constitutions, the principle of law supremacy first of all means supremacy of judicial law and endorsement of judicial legality.

These perceptions of constitution, formed as a response to challenges of the time, were reflected in the first constitutions (USA, France, Poland in 18th c.) and in constitutions of democratic states in the 19-20th cc. In respect to the bicentennial history of constitutional development one could claim that constitution is the most important document of state and society providing for protection of people from power usurpation. Therefore, any other document that lacks this fundamental principle and does not reflect on human rights and freedoms cannot be defined as constitution. In other words, constitution can exist only in democratic societies, where the aforementioned principles are formulated and protected, and serve as the basis and tool for regulation of social relations. As regards other constitutional provisions, they are aimed at specification and implementation of the aforementioned general principles and their provisions are the generalization of experience accumulated in the process of the development of state and society. For instance, in presidential states, with the purpose of balancing democratic traditions and overcoming power usurpation, constitutions contain certain provisions like one according to which the same person cannot be a president for more than two terms, or another one related to the terms of president and parliament (the Houses) in power.

The following joke is a vivid example of fundamental law, but not constitution:

Article 1: The boss is always right (Principle 1);

Article 2: In case the boss is not right in an issue, see Article 1 (Principle 2).

As a matter of fact any dictatorship (absolute monarchy, autocracy, totalitarianism) is guided by such "constitution."

It is not a principle or a law that lays in the basis of such a system but a political will which arbitrary principles and laws are derived from. Whereas in accordance with the views formed within a constitutional framework, the political will should be abided by natural law and power should be limited by law.

Jokes as a joke, but the constitutions of the socialist states including the Constitution of the USSR created in the recent past were actually based on the principle of the above-mentioned joke. Particularly, the Constitution of the USSR which we believe, was also called Fundamental law not by a mere chance (of course the historical tradition had a role to play in this but we assume that it was not the main reason) was developed on the basis of Marxism-Leninism and juridical principles formed on its methodological basis and served a particular goal. Particularly, despite the fact that several human rights were consolidated in the constitution (including social and labor rights), they were subordinated to the state and society - the rights of the common and the collective, because such were the fundamental principles of the Marxist theory. The same refers to the issues of property and others. In this sense it was natural that the Constitution of the USSR had a provision, which basically supported the First principle of the joke, which is "The leading and guiding force of the Soviet society and the nucleus of its political system, of all state organizations and public organizations, is the Communist Party of the Soviet Union.... The Communist Party, armed with Marxism-Leninism, determines the general perspectives of the development of society and the course of the home and foreign policy of the USSR, directs the great constructive work of the Soviet people, and imparts a planned, systematic and theoretically substantiated character to their struggle for the victory of communism" (Article 6).

Likewise, the concept of democratic centralism totally corresponds to the Second principle of the joke, accord-

ing to which "The Soviet state is organized and functions on the principle of democratic centralism, namely the effectiveness of all bodies of state authority from the lowest to the highest, their accountability to the people, and the obligation of lower bodies to observe the decisions of higher ones" (Article 3). If we add the same principle highlighted in the Communist party charter to this provision the outcome is completely clear.

As for the constitution, as the ideology of fundamental law, the whole legal system of USSR ideally corresponded with and was built on the concept of this fundamental law. Thus, no matter how much we emphasize that the Constitution of the USSR did not work because it did not provide for human rights, it actually did provide for the supremacy of fundamental law.

As a result of such perception of the constitution, it became an institute of democracy and historically an impression was developed that the existence of constitution equals to the existence of a democratic state. This is the reason why authoritarian and totalitarian states adopt constitutions, which in fact are called to conceal the undemocratic nature of those states. Such constitutions, as a matter of fact, are not constitutions in their real meaning, because their goal is not to restrict powers, but vice versa to make them absolute. The principles that lay the basis of such constitutions are democratic but rather populist (for example, Marxist-Leninist, Maoist and etc.) and they perform a single function - that of fundamental law. Besides, it should be recognized that such constitutions can be constitutions in its real meaning, i.e. created on democratic principles, which, however, might fail to function under current political system due to a variety of reasons. These constitutions are referred to as the so-called "made-up" constitution, which is particularly typical of states in transition, where required and satisfactory conditions for their implementation have not yet been in place.

It should be recognized that fundamental laws corresponding to the real meaning of the constitution can exist, e.g. Fundamental Law of the Federal Republic of Germany. However, generally speaking, we can state that while each constitution is also a fundamental law, still every fundamental law is not a constitution.

Соотношение понятий «конституция» и «основной закон»

В. Погосян

*судья Конституционного Суда
Республики Армения*

Резюме

Часто понятия «конституция» и «основной закон» употребляются как равнозначные и, как правило, чаще всего в социальных науках и, особенно, в юридических текстах. Но если конституция определяется как основной закон, то заявление о том, что конституция является основным законом неприемлемо. С формальной и структурной точек зрения конституция воспринимается как минимальный набор принципов. Такой подход представлен античной греческой философской традицией, например геометрией Эвклида, согласно которой совершенство теоретической системы зависит от характера этих понятий. Верховенство конституции над законами, как и прямое действие конституционных норм, является одним из основных пунктов конституционной концепции. Такие общие понятия, как признание прав и свобод человека, гарантия их защиты, ограничение власти законом, разделение властей, конституционный контроль и т.д., служат действительности принципа независимости человека.

Конституционные ценности в практике конституционного права Венгрии*

Р. Уитц

*доцент Центрально-Европейского университета,
Будапешт*

А. Шайо

*профессор Центрально-Европейского
университета, Будапешт*

В Венгрии первичным источником конституционного права является писаная конституция. С формальной точки зрения действующая Конституция представляет собой измененную версию коммунистической Конституции (Закона XX:1949). Но на самом деле действующие положения Конституции - это результат полного пересмотра первоначального текста в свете компромисса, достигнутого между реформаторами и оппозицией в 1989 году. Принятие в 1989 году поправки к Конституции стало важным этапом перехода к демократии путем свободных выборов, свидетельствующим о принятии и закреплении европейских (западных) ценностей демократического общества. Измененная Конституция Венгерской Республики была обнародована 23 октября 1989 года старым Парламентом, в составе которого преобладали коммунисты¹. В то же время в ходе конституционной реформы, позволившей установить демократический режим, на переговорах

* Доклад на Международной конференции «Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия». Москва, 26-28 октября 2006 года

¹ Для принятия новой Конституции потребовался бы референдум, а политическая элита хотела избежать нарастания политической напряженности.

за круглым столом были согласованы и приняты другие законы: закон о Конституционном Суде, о финансировании партий, о свободе собраний и свободе объединений, о роспуске рабочей дружины (парламентской группы коммунистов) и т.д. Более того, тот же коммунистический парламент принял основные законы об избирательной системе и свободе вероисповедания еще до того, как состоялись первые свободные выборы.

Первые свободные парламентские выборы, состоявшиеся в 1990 году, привели к полной победе оппозиции. В результате были пересмотрены многие поправки 1989 года и исключены некоторые упоминания о социалистических ценностях. Но остались нетронутыми те ценности, которые были закреплены в 1989 году в результате достигнутого компромисса. В последующие годы до вступления Венгрии в ЕС 1-го мая 2004 года было принято еще 20 поправок. В период с 1989 по 2001 г. были внесены изменения в 163 статьи, которые не затрагивали систему конституционных ценностей, но способствовали открытию новых процедурных возможностей для европеизации. В той мере, в какой действует система ценностей ЕС, измененная Конституция предусматривает ряд механизмов для ее инкорпорирования.

Большинство положений Конституции о правах содержится в отдельной главе (Глава 12), но некоторые правила, касающиеся судебной практики в отношении прав, закреплены в общих положениях. При разработке положений о конституционных правах составители полагались - и зачастую во многом - на основные положения о правах Основного Закона Германии, а также международно-правовые документы по правам человека. Помимо конкретных, материально-правовых положений о конституционных правах Конституция также содержит общую ограничительную оговорку (статья 8(2)), согласно которой только закон, принятый Государственным Собранием (парламентом) может ограничивать конституционные права, однако он не может ограничивать существенное содержание прав. Материально-правовые положения о правах часто включают перечень задач, которые

должны быть регламентированы по отношению к конституционному праву.

Помимо положений о защите классических гражданских и политических прав, Конституция включает многие положения о социально-экономических правах. Например, одно из этих положений довольно смело закрепляет «право на максимально возможный высокий уровень физического и духовного здоровья» (статья 70/ (1))². В следующей статье Конституция провозглашает «право на социальное обеспечение» (статья 70/E(1)). Сюда же относятся многие другие права, такие как право на образование (статьи 67, 70/F, 70/J), право на защиту семьи и детей (статьи 14 и 67), право на труд (статьи 4, 70/B, 70/C(2)). Хотя некоторые положения носят декларативный характер, формулировки многих из них предусматривают гарантии осуществления прав на социальное обеспечение, или, по крайней мере, могут быть соответствующим образом истолкованы.

В своей практике Конституционный Суд стремился обозначить пределы действия конституционной защиты, необходимой для осуществления гражданских, политических прав и прав на социальное обеспечение. В случае с правами человека первого поколения конституционные суды часто прибегали к определению права или свободы, защищаемой от государственного вмешательства, ссылаясь на зарубежную и международную судебную практику. Однако определение пределов защиты прав в практике венгерского Конституционного Суда означает больше, нежели установление границ для государственного вмешательства в личную свободу. В общих положениях венгерской Конституции также предусмотрено, что «соблюдение и защита (конституционных) прав является первоочередной обязанностью государства» (статья 8(1)). Используя возможность, предоставленную этим положением, Конституционный Суд часто разъясняет, какие

² Перевод Конституции Венгерской Республики на английский язык см. в <http://www.mkab.hu/content/en/encont5.htm>. Если не указано иное, перевод с венгерского на английский сделан авторами. Все веб-сайты, упомянутые в этом тексте, последний раз просматривались 20 июня 2006 г.

меры государство обязано принимать с целью содействия реализации конституционных прав. Конституция почти не содержит указаний в отношении мер, которые должен использовать Конституционный Суд при определении позитивной стороны прав (как это называется в судебной практике германских судов). По утверждению Конституционного Суда, право давать определение конституционному праву наилучшим образом гарантируется или поддерживается в свете конституционной (и в конечном счете судебной) концепции основных прав.

Несмотря на то, что за первые годы своей практики Конституционный Суд был признан одним из наиболее приверженных защите прав конституционных судов бывших коммунистических стран Центральной и Восточной Европы, в обоснованиях решений Суда довольно трудно уловить риторику, основанную на ценностях. Разумеется, в некоторых решениях Конституционного Суда все же упоминаются такие общие ценности, которые можно и не встретить в писаной Конституции. Но венгерские конституционные судьи равнодушны к ценностным аргументам, а Конституционный Суд до сих пор с осторожностью относится к открытому использованию таких аргументов. Для лучшего понимания венгерской ситуации необходимо сразу отметить, что решениям Конституционного Суда, принимаемым в порядке конституционного надзора присущи, по меньшей мере, два основных способа ценностного обоснования. Суды, осуществляющие судебный пересмотр, довольно часто открыто, непосредственно и сознательно используют ценностные аргументы. Эти случаи отличаются от тех, когда исследователи выделяют ряд доводов, используемых в качестве ценностных аргументов, в обосновании суда в конституционном деле. В данной работе будет показано, что несмотря на то, что Конституционный Суд Венгрии редко говорит о конституционных ценностях открыто и последовательно, многие решения Конституционного Суда содержат подобные аргументы, которые исследователи верно называют выражением ценностных предпочтений или ценностными аргументами.

I. Бывший Председатель Конституционного Суда об обосновании, опирающемся на ценности

Всесторонний анализ роли конституционных ценностей в практике венгерского Конституционного Суда следует начать с известного отрывка из одного из первых решений Суда. В рассматриваемом деле судьи не допустили ретроактивного применения нормы уголовного права в отношении лиц, нарушивших закон во время коммунистического режима³. Во вступлении Конституционный Суд решительно заявил:

То, что Венгрия является правовым государством, - это и констатация факта и заявление о политическом курсе. Правовое государство становится реальностью только тогда, когда действие Конституции является полноценным и безоговорочным. Для правовой системы переход к демократии означает, и это неперемное условие изменения правовой системы, что весь свод законов должен быть приведен в соответствие - и новое законодательство должно поддерживаться в соответствии - с новой Конституцией. Не только правовые нормы и работа органов государственной власти должны в точности соответствовать предписаниям Конституции, но и *общество в целом должно быть пропитано ценностями и концептуальной культурой Конституции*. Это и есть верховенство закона, и именно так Конституция становится реальностью [курсив наш - А.Ш. и Р.У.]⁴.

Позднее, в одном из своих выступлений бывший Председатель Конституционного Суда Ласло Шольом назвал этот отрывок центральным элементом практики Конституционного Суда Венгрии в области конституци-

³ Решение 11/1992 (III. 5.) AB. Переведено на английский в László Sólyom & Georg Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court* (Ann Arbor: Univ. of Michigan Press, 2000) 214-228. Более глубокий анализ данного решения см. в Ruti Teitel, *Transitional Justice* (Oxford Univ. Press, 2000) 15-16.

⁴ Sólyom & Brunner, там же, стр. 219.

онных ценностей⁵. По его словам, Конституционный Суд не полагается на систему ценностей Конституции в общих чертах - прием, известный по ранним решениям Конституционного Суда Германии. Вместо этого, венгерские конституционные судьи изучают ценности, стоящие за отдельными правами⁶. В понимании Председателя Суда Конституция имеет собственный набор ценностей, несмотря на то, что в тексте самой Конституции об этом прямо не говорится.

Конституционные ценности сопоставляются с быстро-изменяющимися идеологиями, прослеживаемыми в разных толкованиях Конституции, и противопоставляются формальному применению конституционных предписаний. В качестве примера попытки навязать Конституции определенные взгляды Председатель Суда привел ситуацию, когда заявители в делах, связанных с дискриминацией, требовали материального равенства на основе идей, вытекающих из идеологии коммунизма⁷.

В том же выступлении бывший Председатель Конституционного Суда установил тесную связь между конституционными ценностями и верховенством закона. Для него приверженность конституционным ценностям - хотя эта обязанность и не прописана в Конституции - является сущностью правового государства⁸. По словам Шольома, в практике Конституционного Суда есть место и для формализма, и для позитивизма и для подхода, основанного на ценностях. Конституционный Суд должен эти подходы уравновешивать. Он полагал, что если в начале революционного этапа Конституционный Суд должен был делать акцент на формализме и процессуальных гарантиях, то в эпоху развития консти-

⁵ László Sólyom, *Alkotmányosság Magyarországon: Értékek és tények*, [Конституционализм в Венгрии: Ценности и факты], в Sólyom, *Az Alkotmánybíróság kezdetei Magyarországon*, [Начало конституционного пересмотра в Венгрии], (Budapest: sirus, 2001), 141-156, стр. 141. Вышеприведенная цитата довольно редко появлялась в последующих решениях Конституционного суда. Например, см. Решение 44/1998 (X. 14.) АВ о пропуске прилагательного «социалистический» в тексте Закона о нормотворчестве; и Решение 14/2000 (V. 12.) АВ об уголовном запрете тоталитарной символики.

⁶ Sólyom, там же, стр. 144.

⁷ Там же, стр. 155.

⁸ Там же, стр. 142.

туционализма Конституционный Суд должен показывать и применять набор ценностей самой Конституции⁹.

В конце своего выступления Председатель Суда Ласло Шольом привел в подтверждение сильных сторон своей позиции свои собственные слова, совпадающие с мнением большинства состава суда, из решения о смертной казни:

Конституционный суд должен продолжать свою работу по разъяснению теоретических основ Конституции и закрепленных в ней прав и по формированию из своих решений некой согласованной системы, которая как «невидимая Конституция» обеспечивает надежный стандарт конституционности, не зависящий от Конституции, которая в наши дни часто изменяется под влиянием текущих политических интересов; [...]. Конституционный суд будет обладать свободой в этом процессе до тех пор, пока будет действовать в рамках концепции конституциональное¹⁰.

Следует отметить, что с самого начала данный подход к толкованию конституции подвергался острой критике. В своей дальнейшей практике Конституционный Суд Венгрии больше ни разу открыто не говорил о «невидимой конституции», и судьи при чтении текста Конституции больше не упоминают о директивах невидимого основного закона. Тем не менее, как покажет дальнейший анализ, Суд не всегда воздерживался от упоминания о конституционных ценностях в своих решениях, касающихся прав. Остается выяснить, действительно ли данный способ толкования Конституции является результатом продвижения верховенства закона и конституционализма, как предполагалось в программном выступлении первого влиятельного Председателя Конституционного Суда.

II. Пустая раковина: защита конституционных ценностей как оправдание ограничению конституционных прав

Венгерские конституционные судьи открыто говорят о

⁹ Там же, стр. 156.

¹⁰ Решение 23/1990 (X. 31.) АВ. Переведено на английский в Шольом & Брунер, см. выше, сноска 3, стр. 125-126.

защите конституционных ценностей только в том случае, когда они определяют условия для допустимых с точки зрения Конституции ограничений конституционных прав. Несмотря на то, что Конституционный Суд уже много лет заявляет, что защита конституционных ценностей является веской причиной для ограничения прав, тщательный анализ судебной практики показывает, что при упоминании о конституционных ценностях как таковых судьи редко дают определение этим ценностям. Напротив, в случае ограничений упоминание о конституционных ценностях, по-видимому, равноценно упоминанию о продвижении правительственных целей. Взаимозаменяемость туманных и неопределенных терминов свидетельствует о том, что в таких случаях открытое упоминание о конституционных ценностях скорее является вопросом эстетики, нежели существа в обоснованиях решений венгерских конституционных судов.

Хотя Конституция Венгрии и содержит общую ограничительную оговорку, она является довольно неопределенной¹¹. И хотя отдельные положения Конституции уточняют условия введения допустимых ограничений, эти положения, как правило, тоже не являются подробными¹². В Конституции Венгрии говорится только о том, что «нормы, относящиеся к основным правам и обязанностям, устанавливаются законом; однако он не может ограничивать существенного содержания основного права» (статья 8(2))¹³. Специальные положения о конституционных правах, как правило, не содержат подробного перечня условий введения допустимых ограничений. Самым распространенным является ограничительное условие, согласно которому несколько конституционных прав могут быть ограничены актом парламента, для принятия которого необходимы две трети голосов присутствующих депутатов.

Суд разработал стандарты для обоснования конституционно допустимых ограничений конституционных прав. В ходе своей деятельности Конституционный Суд приз-

¹¹ Например, см. Конституцию Южной Африки.

¹² Например см. статьи 8 и 10 Европейской конвенции о защите прав человека.

¹³ Следует отметить, что статья 8(3) Конституции содержит специальные нормы, применимые к ограничению прав во время чрезвычайного положения.

нал общественное спокойствие, общественную безопасность и общественный порядок конституционными ценностями, защита которых могла бы, по крайней мере, в принципе, оправдать ограничение основных прав. Сначала Конституционный Суд не придавал большого значения ограничению основных прав (в особенности, свободы выражения мнения) с целью защиты таких ценностей, как общественный порядок (общественная безопасность). Эту позицию нетрудно было занять, учитывая, что за исключением положения о том, что «основная задача полиции - защита общественной безопасности и внутреннего порядка» (статья 40/A(2)), в тексте Конституции Венгрии не акцентируется защита общественного порядка или общественной безопасности.

Со временем Конституционный Суд начал спокойнее относиться к идее ограничения конституционных прав ради осуществления важных конституционных (т.е. правительственных) целей или обязанностей. В решениях Конституционного Суда стали появляться заявления о защите общественного спокойствия (общественного порядка или общественной безопасности) как конституционной цели или, в том же значении, конституционной ценности. Практика Конституционного Суда явно говорит о том, что последний не делает никакого различия между конституционными целями и конституционными ценностями. К тому же хотя Суд и начал придавать больше значения соображениям общественной безопасности, оправдывающим ограничение конституционных прав, олицетворение общественного порядка с конституционной ценностью, похоже, не дает право на ограничение основных прав.

Конституционный Суд Венгрии изложил данную позицию в 1992 году с указанием причин, которые могут оправдать ограничение конституционных прав, в своем переломном решении по делу о разжигании ненависти¹⁴:

Государство может ограничить основное право только в целях обеспечения осуществления другого

¹⁴ Решение 30/1992 (V. 26.) АВ. Выдержки из решения переведены на английский язык в Шольом & Бруннер, см. выше, сноска 3, стр. 229-238.

основного права или свободы или в целях защиты другой конституционной ценности. Следовательно, указание на защиту другого основного права, свободы или конституциональной цели является недостаточным для обоснования конституционности ограничения основного права, но также должно соблюдаться и требование о пропорциональности: важность намеченной цели должна быть соразмерна с ограничением соответствующего основного права. При введении ограничения законодатель обязан использовать наиболее приемлемые способы достижения поставленной цели. Произвольное ограничение содержания права без веской причины является таким же неконституционным, как и ограничение права, несоразмерное с намеченной целью¹⁵.

В отношении допустимых ограничений свободы выражения мнения Суд постановил:

Законам, ограничивающим свободу выражения мнения, необходимо придавать больше веса, если они непосредственно направлены на реализацию или защиту другого основного права индивида, меньше веса - если они защищают такие права только косвенно, при посредничестве какого-то учреждения, и почти не придавать веса, если они просто-напросто служат некой абстрактной ценности, являющейся самоцелью (общественное спокойствие, например)¹⁶.

Из этих выдержек становится ясно, что хотя Конституционный Суд и был готов принять относительно широкий спектр причин, оправдывающих правительственные ограничения конституционных прав и свободы выражения мнения, конституционные судьи не придавали особого значения оправданию, вытекающему из соображений общественного спокойствия. Также примечательно то, что в своем решении Конституционный Суд использует не какое-то конкретное понятие «конституционной ценности», а неопределенные ссылки. Кроме того, в решении Суда

¹⁵ Там же, Раздел III. 2.2. Перевод на английский язык взят с сайта <http://www.rnkab.hu/en/enpage3.htm>.

¹⁶ Там же, Раздел V. Переведено на английский язык в Solyom & Brunner, см. выше, сноска 3, стр. 235.

говорилось, что не только общественное спокойствие представляло собой конституционную ценность, но и в разных местах отмечалось, что свобода выражения мнения также является конституционной ценностью¹⁷.

В своих первых решениях, касающихся допустимых оправданий ограничению прав, Конституционный Суд неоднократно упоминал о защите других основных прав или интересов, наряду с защитой конституционных ценностей¹⁸. Со временем, однако, по мере того, как Конституционный Суд постоянно приводил защиту других прав или конституционных ценностей в качестве возможного обоснования ограничений основных прав, при решении некоторых дел судьи стали указывать как обоснование ограничений и достижение важных целей. Хотя такого рода довод прозвучал еще в 1992 году в решении по делу о разжигании ненависти (см. выше)¹⁹, случаи использования такого варианта обоснования ограничения прав заметно участились с 1998 года²⁰.

Для изучения конституционных ценностей признание реализации конституционных (т.е. правительственных) целей допустимым оправданием ограничения конституционных прав имеет большое значение, поскольку в своей практике Конституционный Суд Венгрии, по-видимому, относится к конституционным целям и конституционным ценностям как к равноценным вещам. Отсутствие

¹⁷ Объективный, институциональный аспект права на свободу выражения мнения связан не только со свободой прессы, свободой образования и т.д., но и с тем аспектом институциональной системы, который включает свободу выражения мнения, как общей ценности, в число других защищаемых ценностей». Там же, Раздел III. 2.2.; переведено на английский язык в Solyom & Brunner, стр. 233.

¹⁸ Например, см. Решение 39/2002 (IX. 25.) AB; Решение 22/2003 (IV. 28.) AB о праве отказа от процедур по сохранению и поддержанию жизни; Решение 8/2004 (III. 25.) AB; Решение 12/2004 (IV. 7.) AB; Решение 26/2004 (VII. 7.) AB; Решение 34/2004 (IX. 28.) AB о защите достоинства членов парламента; Решение 29/2005 (VII. 14.) AB; Решение 36/2005 (X. 5.) AB об электронном наблюдении, ведущимся частными детективами.

¹⁹ См. цитату в особом мнении судьи Арпада Эрдея (Arpad Erdei) в Решении 43/2004 (XI. 17.) AB об официальном свидетеле.

²⁰ См. Решение 6/1998 (III. 11.) AB в АВН 1998, 91, 98-99, цитирующее Решение 1234/B/1995 АВ, АВН 524, 530. Также подтверждается позиция в отношении роли конституционных целей, например, Решение 22/2004 (VI. 19.) AB; Решение 43/2004 (XI. 17.) AB; Решение 44/2004 (XI. 24.) AB о различных положениях, касающихся закона о полиции (Закона No. 34 1994г.); Решение 17/2005 (IV. 28.) AB; Решение 20/2005 (V. 26.) AB; Решение 23/2005 (VI. 17.) AB.

дифференциации между конституционными целями воспринимается как призыв к действиям правительства, а конституционные ценности вызывают все большее беспокойство, когда цель/ценность сама по себе является неопределенной, неприметной, изолированной интеллектуальной конструкцией, упоминания о которой в решениях Конституционного Суда не привлекают к себе большого внимания.

В одном из недавно рассмотренных дел в Конституционный суд Венгрии было подано ходатайство об оценке ограничений, наложенных на конституционные права ради общественной безопасности. В своих более ранних решениях Конституционный Суд неоднократно подчеркивал, что защита общественного спокойствия вообще не оправдывает уголовные санкции, подавляющие свободу выражения мнения²¹. В Венгрии до сих пор принимаются попытки защитить общественную безопасность за счет ограничения конституционных прав.

В 2001 году Президент Республики обратился в Конституционный Суд с просьбой оценить конституционность ограничения доступа СМИ к содержащимся под стражей лицам в интересах «национальной безопасности, общественной безопасности, защиты доброго имени или личных прав других людей, предупреждения преступности, охраны государственной тайны, официально и иной конфиденциальной информации»²². Заметим, что данный список оснований для ограничения доступа СМИ к задержанным сильно напоминает допустимые ограничения свободы выражения мнения, которые в соответствии со статьей 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, могут быть связаны с формальностями, условиями, ограничениями или санкциями, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе в интересах национальной безопасности, территориальной целостности или общественной безопасности, в целях предотвращения беспорядков или

²¹ Например, см. Решение 18/2000 (VI. 6.) AB; Решение 18/2004 (VI. 25.) AB.

²² Ст. 37/B законопроекта поправок к Декрету-закону No. 11 1979г. о применении уголовных санкций. Президент захотел провести предварительное рассмотрение перед промьюльгацией законопроекта.

преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия.

В ответ на требование Президента Конституционный Суд постановил следующее:

Охрана общественной безопасности - это прежде всего задача органов государственной власти, определенная обязанностью, обозначенной в [статье 40/A] или вытекающей из [статей 35, 50, 51] Конституции [...]. Поскольку общественная безопасность является необходимой предпосылкой для развития институциональной системы правового государства и функционирования демократического общества, то в общем она представляет собой одну из конституционных ценностей и целей.

С целью оценки необходимости и соразмерности ограничения основного права, Конституционный Суд попытался применить концептуальный подход к общественной безопасности. Понятие общественной безопасности, ее соотношение с общественным и внутренним порядком, а также концептуальное определение последнего являются предметом научных дебатов. Конституционный Суд не должен занимать никакой позиции в подобных дебатах. [...]

Общественная безопасность, несомненно, представляет собой понятие конституционной ценности. Однако структура этого понятия, явления и целей настолько сложна и многообразна, что может вызвать большую неопределенность и произвольность в толковании. Поэтому в большинстве случаев общественная безопасность не может использоваться в качестве предлога для ограничения свободы прессы и свободы выражения мнения лиц, находящихся под стражей²³.

В этом деле Конституционный Суд признал не соответствующим Конституции ограничение прав задержан-

²³ Решение 13/2001 (V. 14.) AB, Раздел IV. 1.6.1. Перевод на английский язык см. на сайте <http://www.mkab.hu/en/enpage3.htm>.

ных в интересах охраны общественного порядка и общественной безопасности. Неопределенность понятия общественной безопасности была одним из основных факторов, вызывающих беспокойство Конституционного Суда. К тому же судьи не одобряли абстрактное и поверхностное обращение к соображениям общественной безопасности. Конституционный Суд понимал, что положение об ограничении доступа к СМИ могло применяться произвольно.

Тем не менее, при рассмотрении обоснования для введения ограничений, в вышеприведенной выдержке из судебного решения можно заметить, что конституционные судьи не делают различия между конституционной целью охраны общественной безопасности и конституционной ценностью общественной безопасности. Хотя в 2004 году Конституционному Суду представилась еще одна возможность провести такое различие, судьи пошли по привычному пути, проложенному в 2001 году²⁴. Тем не менее, Конституционный Суд снова обратился к общественной безопасности как конституционной цели и одной из конституционных ценностей (подразумевая, что эти понятия взаимозаменяемы) только для того, чтобы признать не соответствующим Конституции ограничение, которое было наложено законом на право на личную информацию.

Таким образом, исходя из вышеназванных дел, можно сделать вывод о том, что со временем Конституционный Суд решил расширить круг причин, которые могут служить основанием для ограничения основных прав (включив в их число конституционные ценности и обязанности). Однако гибкий подход Конституционного Суда к заявлению о том, что охрана общественного порядка (общественной безопасности) представляет собой одну из конституционных целей или ценностей, в зависимости от обстоятельств, не делает соображения общественной безопасности мощным козырем, которым можно «побить» конституционные права. Более того, Конституционный Суд не использовал указание на конституционные

²⁴ Решение 44/2004 (XI. 24.) АВ о разных положениях, касающихся Закона о полиции (Закон No. 341994г.).

ценности для развития судебского творчества, которое привело бы к неконтролируемой риторике, превращающей туманные указания на конституционные ценности в мощное средство подавления конституционных прав.

III. Конституционные ценности, скрывающиеся затекстом

Тщательное рассмотрение решений Конституционного Суда позволяет исследователю выявить те случаи из судебной практики, когда судьи указывали на такие ценности, которые могли и не быть зафиксированы в писаной Конституции. Некоторые из этих указаний содержатся в обосновании судебного решения, объясняющего причины, по которым некоторым свободам или видам деятельности была предоставлена конституционная защита.

Во многих других случаях эти ценностные предпочтения прослеживаются в таком контексте, когда Конституционный Суд определяет позитивную сторону конституционного права, - этот способ обоснования известен в практике венгерских судов как «институциональная защита конституционных прав». Например, в области судебной практики по делам, связанным с правами на социальное обеспечение, судьи, похоже, придают большое ценностное значение праву на здоровье, которому почти не уделялось никакого внимания в первые десять лет деятельности Конституционного Суда. В дальнейшем решения Конституционного Суда по делам, связанным с правами на материальное обеспечение, медленно, но верно начали приобретать необычайно большое ценностное значение, в то время как речь шла о принятии необходимых институциональных мер в области соцобеспечения. Поэтому прежде чем перейти к рассмотрению различных ценностей, прослеживающихся в практике венгерского Конституционного Суда, необходимо коротко остановиться на институциональной защите конституционных прав, поскольку многие из ценностных предпочтений, обсуждаемых ниже, были замечены в подобном обосновании судебных решений²⁵.

²⁵ Здесь мы разделяем взгляды, изложенные в Renata Uitz, *Grand promises in the face of high expectations, Welfare rights in Hungarian constitutional jurisprudence*, in: Nsonngurua Udombana - Violeta Besirevic (ed.), *Rethinking Socio-economic Rights in an Insecure World* (CEU Center for Human Rights, 2006), 49-80.

III.1. Институциональная защита конституционных прав как средство передачи ценностных предпочтений судей

Как отмечалось выше, понятие «институциональной защиты конституционных прав» основано на различии между негативными/субъективными и позитивными/объективными правами²⁶. В двух словах: негативное право - это свобода или субъективное право на свободу. Негативное или субъективное право относится к наделению индивида правом на уважительное отношение государства к осуществлению личных свобод и на участие в политическом процессе. Позитивное или объективное право, однако, подразумевает предъявляемое индивидом требование к государству касательно эффективной реализации личных свобод, закрепленных негативными правами. Таким образом, позитивные или объективные права описывают взаимоотношения между государством и гражданами²⁷.

Требования об институциональной защите конституционного права были впервые определены Конституционным Судом в полном объеме в первом решении по делу об аборте²⁸:

С одной стороны, статья 54(1) Конституции гарантирует «каждому человеку» право на жизнь, в то же время - согласно статье 8(1) - защита человеческой жизни является «первоочередной обязанностью государства». Когда речь идет о субъективных конститу-

²⁶ См. краткий обзор основ в Ronald P. Kommers, *German Constitutionalism*, A Prolegomenon, 40 Emory L.J. 837, 861-863 (1991). Также см. Bernhard Schlink, *German Constitutional Culture in Transition*, in Michel Rosenfeld (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy, Theoretical Perspectives* (Ithaca-London: Cornell University Press, 1994) 197-211, стр. 199, 205-208.

²⁷ Отметим, что в современной литературе, где приводится аргументация в пользу обеспечения правовой санкции в отношении прав на социальное обеспечение, утверждается, что данные права не могут быть отделены от прав человека первого поколения на том основании, что последние не имеют объективной или позитивной стороны, или что институциональный размах прав первого поколения на так велик. Например, см. Mark Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, 82 Texas L. Rev. 1895-1919, стр. 1896-1897 (2004). Что касается цены, то этот аргумент не убедителен. Величина расходов на права на социальное обеспечение превращает их в самостоятельную категорию, а права в деле о свободах - это издержки, связанные с государственной деятельностью и вызванные государственными действиями, вместе с тем большая часть прав на социальное обеспечение создает особые права на получение дорогостоящих услуг.

²⁸ Решение 64/1991 (XII. 17.) АВ о правилах прекращения беременности.

ционных правах, обязанность государства «соблюдать и защищать основополагающие права человека» не может быть выполнена лишь путем воздержания от нарушения этих прав; [эта обязанность] также предусматривает то, что государство должно обеспечить средства для осуществления этих прав²⁹.

В общем, Конституционный Суд постановил, что:

[с] точки зрения государства защита основных прав является только одним из аспектов защиты и функционирования конституционной системы в целом. Поскольку интересы и обязанности государства и обладателей личных прав различны, то субъективные и объективные стороны основных прав могут не совпадать друг с другом. Государство, исходя из его общих и объективных взглядов, может устанавливать объективные, институциональные пределы защиты основного права, выходящие за рамки защиты, предлагаемой основным субъективным правом³⁰.

В связи с весьма абстрактным характером пунктов обоснования Конституционный Суд мог легко обращаться к этому решению в своей дальнейшей практике в отношении, среди прочих прав, свободы слова, свободы религии и права на здоровую окружающую среду.

Иногда Конституционный Суд довольно подробно описывал институциональные гарантии, предусмотренные Конституцией. Во втором решении по делу об аборте Конституционный Суд описал свои ожидания в отношении содержания и заключения консультации, которая в обязательном порядке должна быть предоставлена беременной женщине, добровольно решившей сделать аборт:

Нейтральная информация для достижения этой цели недостаточна. Конституция обязывает государство рассказать будущей матери о перспективах рождения и воспитания ребенка. [...]

²⁹ Там же, АВН 1991, 262. Сравните с обоснованием германского Конституционного суда в первом деле *Numerus Clausus*, связанном с правом на образование (33 BVerfGE 303 (1972)) в Ronald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Ithaca: Cornell Univ. Press, 1997) 284-285.

³⁰ Решение 64/1991 (XII. 17.), АВН 1991, 262-263.

В принципе, такая консультация не ограничивает право матери на личную жизнь и не нарушает ее свободу совести. [...] Эта консультация может помочь будущей матери принять ответственное решение о рождении ребенка или совершении аборта. Вся информация, касающаяся аборта, должна быть также доступна. Государство не может никого заставить смириться с ситуацией, которая противоречит или несовместима с внутренними убеждениям, формирующими личность индивида. [...]

Поскольку консультационные услуги - поддерживающие беременную женщину в принятии ответственного решения, помогая ей справиться с трудной дилеммой - не должны оказывать никакого давления, женщина должна быть также защищена от противоположного давления со стороны ее знакомых и близких. Поскольку их влияние может свести на нет положительное воздействие консультационной поддержки и нейтрализовать государственные средства защиты плода, что является конституционным условием правового регулирования [...]. Из обязанности государства охранять жизнь человека следует, что уголовные санкции должны применяться к каждому, кто заставляет беременную женщину идти на аборт угрозами путем нарушения обязательства по оказанию поддержки или любыми другими способами³¹.

Следует отметить, что институциональная защита конституционных прав - это явление проблематичное. Как показывают решения по делам об абортах, институциональная защита конституционных прав предоставляет Конституционному Суду отличную возможность прибегать в своей практике к соображениям, которые не содержатся или не предусматриваются в тексте Конституции. При таком подходе основанные на ценностях доводы с большой вероятностью будут включены в обоснование решений Конституционного Суда. Помимо замечательных возможностей для вольного судебного творче-

³¹ Решение 48/1998 (XI. 23.) AB. Перевод на английский см. на сайте <http://mkab.hu/en/enpage3.htm>.

ства из примера решений об аборте можно также заметить, что институциональная защита, предоставляемая определенным предметам, отождествляемым с конституционными ценностями, может служить средством для легитимации или даже поощрения, ограничения характерных конституционных прав (т.е. конституционных прав, указанных в тексте Конституции). Более того, институциональная защита прав, в особенности прав на социальное обеспечение, может быть особо проблематична в связи с решением о перераспределении, вытекающим из предписания суда по принятию таких мер³². К тому же нет консенсуса в отношении легитимности предоставления институциональной защиты правам на социальное обеспечение³³.

III.2. Свобода /автономия

Личная свобода, безусловно, поддерживается венгерской Конституцией и решениями венгерских судов, но при этом она редко представляется как ценность как таковая³⁴. Хотя Конституция Венгрии открыто защищает

³² Об этом вопросе в венгерском контексте см. András Sajó, *How the Rule of Law Killed Welfare Reform*, 5(1) EECR (1996/97) 44-49; András Sajó, *Social Welfare Schemes and Constitutional Adjudication in Hungary*, in J. Priban & J. Young (eds.), *The Rule of Law in Central Europe* (Ashgate: Ardmouth Publ., 1999) 160-178; and Renata Uitz & András Sajó, *A Case for Enforceable Constitutional Rights? Welfare Rights in Hungarian Constitutional Jurisprudence*, готовится к публикации в издательстве «Intersentia Publishing», под редакцией Fons Coomans.

³³ Подробнее, например, см. Christian Starck, *Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms*, в Christian Starck (ed.), *Rights, Institutions and the Impact of International Law according to the German Basic Law*, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987) 20-63, стр. 40-44 (сравнение позитивного аспекта свобод и общественных прав). Венгерский Конституционный Суд, похоже, внимательно относится к этой проблеме. В одном из первых решений о праве на жилье (Решение 731/B/1995 AB) Конституционный Суд ясно дал понять, что жилищный аспект права на социальную защиту все же имеет институциональный аспект. Однако из этого институционального аспекта не вытекает конституционное право на государственную помощь в получении жилья, и не следует обязанность государства по созданию фонда жилищной помощи. В понимании Конституционного Суда право на социальную защиту в том виде, в каком оно сформулировано в Конституции, определяет основные цели политики.

³⁴ Примечательно то, что в комментарии об истоках конституционного надзора в Венгрии длиной приблизительно в 800 страниц, который был написан Председателем Конституционного Суда, проблеме общей свободы даже не была отведена специальная глава, она рассматривается всего на трех страницах. См. Solyom выше сноска 5, стр. 147, 452, 518.

«право на свободу и личную безопасность» (статья 55(1)), Конституционный Суд истолковывает это положение в рамках уголовного процесса и других контекстов, в которых государство (зачастую насильно) ограничивает свободу индивида против его воли. В наиболее общем понимании свобода возникает в связи с правом на жизнь и человеческое достоинство³⁵, которые с первых дней деятельности венгерского Конституционного Суда считается неделимым и нерушимым единством. Именно это единство Суд рассматривал как некое «материнское право» по отношению к другим правам, связанным с автономией, включая право на самоопределение³⁶.

В практике Конституционного Суда право на человеческое достоинство должно было выполнять функцию «материнского права», охватывающего всех заслуживающих конституционной защиты субъектов, которые не были четко указаны в положениях Конституции о правах граждан³⁷. Это понимание отражает практику Конституционного Суда Германии по применению статьи 2(1) Основного Закона в качестве положения об общем личном праве или общей свободе действия, которые было подробно изложено в деле Эльфе (Elfes)³⁸. Обратившись к примерам из практики Конституционного Суда США, можно заметить, что рассматриваемый подход в чем-то схож со слегка туманным обоснованием, известным по делу «Грисвольд против штата Коннектикут» (Griswold v. Connecticut)³⁹.

За годы своей деятельности Конституционный Суд Венгрии не раз использовал общее личное право в различных делах. Конституционный Суд в своей практике обращался к праву на самоопределение для того, чтобы граждане могли в большей степени контролировать судьбу своего судебного процесса⁴⁰.

³⁵ Следует отметить, что два этих права упоминаются вместе в статье 54(1) Конституции Венгрии.

³⁶ Решение 8/1990 (IV. 23.) АВ.

³⁷ Там же.

³⁸ См. на английском языке в Коммерс, выше сноска 29, стр. 315-319.

³⁹ Дело «Грисвольд против штата Коннектикут» (Griswold v. Connecticut), 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁰ В одном из первых решений 8/1990 (IV. 23.) АВ, например, Конституционный Суд запретил профсоюзам подавать жалобы в трудовых спорах от лица индивида, но независимо от требования индивида.

Указывая на право на самоопределение, Конституционный Суд признал неконституционным требование о том, что военнослужащие должны получить разрешение на брак у командира их подразделения или части. Конституция не содержит положения о свободе брака, но Суд сделал это конституционным заявлением, согласно которому Венгерская Республика защищает институт брака (статья 15). Суд также исходил из статьи 23(2) Международного пакта о гражданских и политических правах, в которой право на брак признается основным правом человека⁴¹.

В контексте свободы слова Конституционный Суд, похоже, возводит свободу в ранг ценности, являющейся источником личных прав:

Люди осуществляют свои основные права в интересах своих личных свобод и желаний. Однако государство для выполнения своей функции по обеспечению этих прав помимо обеспечения личных субъективных прав должно также защищать ценности и жизненные ситуации с тем, чтобы эта защита была связана не просто с определенными желаниями индивида, но и с другими основными правами⁴².

Следует отметить, что данная позиция четко отражает германские опасения по поводу правоохранительной функции государства, что вряд ли можно назвать традиционным опасением либералов. Из этого следует, что правительство обязано обеспечить условия для создания и поддержания демократического общественного мнения.

По этой причине конституционные границы свободы выражения мнения должны быть установлены таким образом, чтобы помимо субъект[ивного] права индивида (свободы выражения мнения), учитывались также формирование общественного мнения и свобода его формирования, которые являются необходимыми для демократии ценностями⁴³.

⁴¹ Решение 22/1992 (IV. 10.) АВ. Отметим, что венгерская Конституция в ст. 7 (1) признает общеприменимые нормы международного права.

⁴² Решение 30/1992, см. выше, сноска 14, Раздел III.2.2.

⁴³ Там же.

Действительно, судя по ряду дел, рассмотренных недавно, Конституционный Суд, по-видимому, пытается дать личной независимости более ограничительное определение по сравнению с тем, которое использовалось до сих пор. Интересен тот факт, что в решениях по всем этим делам ограничения свободы обоснованы необходимостью обеспечить институциональную защиту конституционных прав, вызванную опасениями за надлежащую защиту конституционных ценностей. Возможность использования такого подхода наметилась еще в решениях по делам об аборте. Этот ход рассуждений является более убедительным в последних делах, многие из которых касаются права граждан принимать самостоятельные решения о своем здоровье.

В делах об аборте Конституционный Суд Венгрии исходил из того, что плод не обладает правом на жизнь. Однако при ограничении свободы беременной женщины или ее независимости в принятии решения о добровольном аборте, судьи наложили на право женщины институциональные ограничения с целью защиты жизни плода. При чтении решений по делам об аборте кому-то может показаться, что Конституционный Суд считает жизнь плода конституционной ценностью.

В 2000 году Конституционный Суд отклонил жалобу на то, что частичный (и неполный) запрет на рекламу табачных изделий нарушал право на здоровье и право на здоровую окружающую среду⁴⁴. Конституционный Суд подчеркнул, что право на здоровую окружающую среду не является правом, но представляет собой институциональную защиту *suí generis* (как она есть). Суд также добавил, что право на здоровье и здоровую окружающую среду не устанавливает стандартов, в свете которых Суд мог бы выделить особые обязанности государства в отношении рекламы табачных изделий. Помимо этого стандартного дифференцированного подхода к обоснованию, известного по предыдущим решениям в делах о правах на социальное обеспечение, Конституционный Суд также обосновал потенциальные обязанности государства по соз-

⁴⁴ Решение 37/2000 (X. 31.) AB.

данию институциональных гарантий защиты права на жизнь⁴⁵. Наряду с тем, что Конституционный Суд постановил, что полный запрет на рекламу табачных изделий не может вытекать из сложных обязанностей государства по обеспечению институциональной защиты права на жизнь, Суд также подчеркнул, что запрет на рекламу табачных изделий - лишь одно из многих подобных средств, находящихся в распоряжении государства.

Данное решение о рекламе табачных изделий сильно напоминает предыдущие решения о праве на здоровье, поскольку в нем прослеживается уважительное отношение к государственной политике. Тем не менее, обращает на себя внимание то, что Конституционный Суд очень уважительно относится к праву на здоровье и использует более интервенционистский подход к аргументации, требуя обеспечения средств защиты права на жизнь. Это было продемонстрировано в рассмотренном в 2000 году деле, связанном с правом людей с ограниченными возможностями на согласие на проведение медицинских процедур⁴⁶. В этом деле Конституционный Суд постановил, что статья 54(1), защищающая право на человеческое достоинство, дает основание для введения гарантий защиты независимости пациентов, проходящих лечение в медицинских учреждениях, включая право на принятие взвешенного решения о согласии на проведение процедур и право на отказ от их проведения⁴⁷. Эта осторожная позиция судей по-прежнему лежит в основе подхода институциональной защиты, известного по делам об абортах и защите окружающей среды.

По-видимому, Конституционный Суд осознал, что обоснование, построенное на институциональной защите, в тех делах, где право на жизнь тесно связано с доступом к услугам здравоохранения, может критически выявлять ценностные предпочтения лица, принимающего решения. И неслучайно, что когда Конституционный Суд

⁴⁵ Здесь Конституционный Суд сослался на второе решение по делу об аборте - Решение 48/1998, см. выше сноска 31.

⁴⁶ Решение 36/2000 (X 27.) AB. См. на английском языке на сайте <http://www.mkab.hu/en/enpage3.htm>.

⁴⁷ Важно заметить, что делая такой вывод, конституционные судьи не ссылались на право на здоровье (статья 70/).

вынес решение по делу о враче, который помогал совершить самоубийство неизлечимо больным пациентам⁴⁸, во мнении большинства судей подчеркивалось, что

[п]равовая система, базирующаяся на идеологически нейтральных конституционных основах, может не отражать ни одобряющих, ни осуждающих взглядов на решение человека расстаться с жизнью; это та сфера, в которой государство должно, как правило, воздерживаться от вмешательства. Роль государства в этом отношении должна ограничиваться принятием абсолютно необходимых мер, вытекающих из его обязанности обеспечить институциональную защиту праву на жизнь⁴⁹.

Хотя в этом деле Конституционный Суд и не признал не соответствующей Конституции эвтаназию как таковую, судьи единогласно отклонили требование об активной эвтаназии,

В решении об эвтаназии при определении государственных обязанностей, касающихся институциональной защиты, Конституционный Суд не отталкивался от своего толкования права на здоровье; судьи отнеслись к этому делу как к делу, связанному с правом на жизнь и человеческое достоинство. В этом деле Суд объяснил взаимосвязь между правом на жизнь и человеческое достоинство и допустимыми ограничениями этого права. По поводу единства права на жизнь и достоинство, Конституционный Суд сказал, что такое единство применяется в тех случаях, когда жизни или достоинству одного лица угрожают действия другого лица. Требование об активной эвтаназии не является требованием о лишении жизни одного человека другим. По сути, это решение о самоубийстве, даже если для его претворения в жизнь требуется помощь другого человека (в данном случае, врача). В этом случае право на жизнь сталкивается с человеческим достоинством, и поэтому право на жизнь и человеческое достоинство не могут рассматриваться как

⁴⁸ Решение 22/2003 (IV. 28.) АВ. В дальнейшем именуемое как «решение об эвтаназии».

⁴⁹ Там же, Раздел IV.6.1. См. перевод на английский сайте <http://www.mkab.hu/en/enpage3.htm>.

образующие единое целое. Конституционный Суд выделяет решение по делу о смертной казни⁵⁰ и решения по двум делам об аборте, которые исходили из неприкосновенного (абсолютного) характера единства права на жизнь и человеческое достоинство. Соответственно, Суд постановил, что в случае с эвтаназией право на самоопределение (автономию) не является неприкосновенным и подлежит таким же ограничениям, как и любое другое конституционное право.

В случае самоубийства, совершенного с помощью другого человека, ограничения, налагаемые на право на самоопределение (автономию), вытекают из обязанности государства защищать жизнь человека (статья 8(1)):

в случае с неизлечимыми больными на выполнении обязанности государства защищать жизнь должен быть сделан особый акцент, должным образом учитывая положение (состояние здоровья) таких больных. Это оправдано тем фактом, что находящиеся в тяжелом состоянии люди с неизлечимой болезнью, как правило, настолько измучены страданиями, вызванными болезнью, что почти не в состоянии отстаивать свои интересы, и поэтому особо подвержены влиянию своего окружения при принятии решения о жизни или смерти. Семья, родственники, друзья, знакомые, медицинский персонал и соседи по больничной палате могут повлиять на решение пациента попросить врача помочь расстаться с жизнью⁵¹.

Конституционный Суд отметил, что целесообразность установленного законом порядка зависит от текущей ситуации с лекарственными препаратами для людей, общего качества инфраструктуры здравоохранения и наличия хорошо подготовленных специалистов для рассмотрения решения пациента и его выполнения. В основе этой концепции лежит представление о человеке, который нуждается в защите от последствий своих решений с помощью государства, действующего в наилучших интересах этого человека. На самом деле, в свете этих одоб-

⁵⁰ Решение 23/1990 (X. 31.) АВ о неконституционности смертной казни.

⁵¹ Решение 22/2003, см. выше, сноска 48, Раздел VIII.2.

ренных судом гарантий может возникнуть вопрос о том, может ли какое-либо понимание государственного нейтралитета укрыть такое представление о личной автономии, которое является оплотом данной позиции Суда.

Патерналистская тенденция прослеживается в недавно принятых решениях по делам о медицинском вмешательстве в целостность и качество жизни человека. В отличие от решения об эвтаназии, в решении 2005 года по делу о добровольной стерилизации Конституционный Суд указал не только на право на жизнь и человеческое достоинство (статья 54(1)), но и на конституционную защиту детей и молодежи (статьи 16, 67(1), (3)), и обязанности государства по предоставлению услуг здравоохранения и медицинского обслуживания населению (статья 70/)⁵². Согласно положению закона, которое, в конечном счете, признали не соответствующим Конституции, добровольную стерилизацию могли делать люди, которые были старше 35 лет или имели более трех биологических детей. Здесь представляют интерес постановления Конституционного Суда в отношении толкования статьи 70/. Удивительно, что вместо того, чтобы использовать это положение в качестве указания на право на здоровье, Конституционный Суд выделил его институциональный аспект - обязанности государства, касающиеся здравоохранения. Ввиду изменения позиции стало ясно, что Конституционный Суд отождествляет цель законодательства с защитой физической и умственной целостности, т.е. защитой личности⁵³.

Хотя в этом деле Конституционный Суд и признал оспариваемую норму неконституционной, высказывания конституционных судей, содержащиеся в обосновании, показывают с какой неохотой они рассматривали эту жалобу. Судьи подчеркнули, что Конституция допускает запрет законодателем необоснованных медицинских процедур, которые могут привести к необратимым последствиям и ухудшению состояния больного. Также при

⁵² Решение 43/2005 (XI. 14.) АВ.

⁵³ Как ни странно, текст постановления привел к возникновению такой ситуации, в которой добровольная стерилизация стала общепринятой, что, согласно неофициальному заявлению, противоречило намерениям Суда.

рассмотрении положения о стерилизации в отношении людей, имеющих более трех биологических детей, судьи предложили, что в качестве исключения, обязанности государства по защите здоровья населения могут доминировать над автономией индивида в принятии решения, хотя, по мнению Конституционного Суда, добровольная стерилизация таким решением не являлась. Здесь возникает вопрос о том, насколько широки могут быть пределы личной автономии (самоопределения) в условиях, когда положения о том, что согласие должно быть дано на основе имеющейся информации, превращаются в препятствия, направленные на укрепление доверия широкой общественности к медицинским работникам.

Институциональные соображения по поводу права на здоровье могут легко превратиться в судебскую риторику о выполняемых по указанию Конституции задачах в области политики здравоохранения, как это произошло в случае решения, принятого Конституционным Судом в 2004 году в отношении конституционности содержащегося в Уголовном кодексе запрета на употребление и продажу наркотиков⁵⁴. И снова беспокойство по поводу институциональной защиты прав подрывает риторически провозглашенную личную свободу как самоопределение. Согласно основным предпосылкам данного решения, статья 70/ Конституции о праве на здоровье накладывает на государство общую обязанность по принятию активных мер в области институциональной защиты в целях обеспечения личной целостности индивидов. По словам Конституционного Суда, использование наркотиков не является актом самоопределения; скорее, наоборот, индивид утрачивает свою автономию именно в результате употребления наркотиков. В этой ситуации государство принимает меры по борьбе с употреблением наркотиков, выступая в качестве защитника человеческого достоинства. Нарушение человеческого достоинства обусловлено тем, что под влиянием наркотиков человек может навредить здоровью и физической целостности

⁵⁴ Решение 54/2004 (XII. 13.) АВ. В дальнейшем именуемое как «дело о наркотиках».

как себя самого, так и других. Согласно Конституционному Суду, поскольку в Венгрии «отсутствует культура или традиция употребления наркотиков» общественное мнение ничего не знает о влиянии и воздействии наркотиков, следовательно, отдельно взятый гражданин не может принять взвешенного решения⁵⁵.

В деле о наркотиках Конституционный Суд, по-видимому, положил в своей судебной практике начало ограничению конституционных прав путем обеспечения институциональной защиты с целью охраны здоровья населения. Кроме того, отказ от единства человеческой жизни и человеческого достоинства и открытие допустимых конституционных ограничений права на самоопределение получили дальнейшее развитие в этом деле. Важно подчеркнуть, что рассматриваемое решение было вынесено за год до появления дела о добровольной стерилизации. При этом предпосылки этого решения показывают обобщенные выше высказывания судей в таком ракурсе, который демонстрирует гибкость обоснования, опирающегося на здоровье населения, в условиях, когда Конституционный Суд его использует для ограничения автономии личности.

Этот краткий обзор основных предпосылок обоснования решения Конституционного Суда по делу о наркотиках ясно свидетельствует о том, что Суд свел воедино технический язык институциональной защиты права на здоровье и более комплексный доктринальный подход к институциональной защите с акцентом на человеческое достоинство и самоопределение. Решение Конституционного Суда о принципах, лежащих в основе государственного вмешательства в частные действия путем установления институциональных гарантий защиты личной автономии отражает ценностные решения, которые проводят различие между осуществлением свобод, заслуживающим уважения, и осуществлением свобод, являющимся нежелательным в силу не прослеживающихся в Конституции причин. При придании законной силы этим ценностным предпочтениям, язык институциональной за-

⁵⁵ Там же.

Из конституционной практики

щиты здоровья становится активной составляющей волшебной микстуры, ослабляющей конституционную защиту личной автономии.

III. 3. Толерантность

Толерантность зависит от контекста. Исторически сложилось так, что толерантность вытекает из свободы религии (или, возможно, наоборот), и именно в этом контексте становятся очевидными последствия этой концепции. В Венгрии толерантность в вопросах отношений между церковью и государством и отношений между представителями различных вероисповеданий воспринимается в контексте нейтралитета. «Государство должно сохранять нейтралитета в вопросах совести и религии. От права до свободы религии государство обязано обеспечить возможность свободного выражения личных убеждений»⁵⁶. Негативная обязанность соблюдения нейтралитета в качестве проявления толерантности означает, что «[г]осударство не может никого заставить вступить в противоречие с самим собой, то есть, заставить кого-то оказаться в такой ситуации, которая несовместима с основными убеждениями человека, определяющими его личность»⁵⁷.

Определенная обязанность невмешательства в личные дела также вытекает из толерантности, выраженной негативным государственным нейтралитетом, хотя это обусловлено свободой религии: «Согласно концепции права на свободу совести и религии как таковой - если мы не берем во внимание право на свободу отправления религиозных культов - в обязанности государства не входит оценка правильности религиозных верований и убеждений»⁵⁸.

⁵⁶ Решение 4/1993 (II. 12) AB, Раздел A.1. В данном деле Конституционный Суд должен был вынести решение о возвращении церковной собственности, и поэтому он воспользовался этой возможностью, чтобы высказать свое мнение о государственном финансировании религиозной деятельности. Это решение имело серьезные последствия, поскольку оно возродило традиционные различия в материальном положении церквей. Результатом чего, похоже, стало довольно запутанное применение принципа толерантности как нейтральности. Это дело вновь демонстрирует неопределенный характер ценностных предпочтений.

⁵⁷ Там же.

⁵⁸ Решение 4/1993 (II. 12) AB.

Второй аспект толерантности как нейтральности включает позитивные обязанности. Указывая на свою концепцию «государственной обязанности по защите прав» (т.е. институциональной защиты), Конституционный Суд подчеркнул, что государство защищает конституционное право на «свободу выбора и принятие религии или духовного убеждения» путем «обеспечения свободного потока идей».

Нейтралитет государства четко установлен и гарантирован статьей 60(3) Конституции, в которой говорится, что в Венгерской Республике церковь действует отдельно от государства. Из принципа разделения следует: что государство не должно быть институционально привязано ко всем церквям или какой-то одной церкви; что государство не должно отождествлять себя с учениями какой-либо церкви; и что государство не должно вмешиваться во внутренние дела церкви, и особенно не должно занимать какую-либо позицию по вопросам религиозной истины. Из этого (а также из ст. 70/А Конституции) следует, что государство должно одинаково относиться ко всем церквям. Поскольку государство не должно занимать какой-либо позиции по тем вопросам, которые делают религию религией; в отношении церквей и религии государство может только создать абстрактную правовую базу, одинаково действующую в отношении каждой церкви или религии и позволяющую им приспособиться к нейтральному правопорядку; в вопросах существа государству следует руководствоваться исключительно толкованиями церквей и самих религий⁵⁹.

Толерантность как государственный нейтралитет стоит ближе к продвижению плюрализма: «Нейтралитет требует от государства составления планов для сферы обучения, деятельности учреждений и осуществления контроля над процессом обучения с тем, чтобы знания преподносились объективно, ответственно, в плюралистичной форме»⁶⁰. Тем не менее, как показывает еще один

⁵⁹ Там же, переведено на английский язык в Solyom - Brunner, см. выше, сноска 3, стр. 252-253.

⁶⁰ Там же. Переведено авторами.

пример из практики Конституционного Суда Венгрии по делу о свободе религии, судебская риторика о толерантности, плюрализме и государственном нейтралитете довольно скоротечна.

Когда заявители обратились с жалобой на положение о регистрации церквей, согласно которому требовалось не менее 100 верующих для создания церкви⁶¹, конституционные судьи заявили, что это вопрос исторической практичности, и более старым церквям будет проще взаимодействовать с государством. Однако, по мнению Конституционного Суда, этот жизненный факт не влечет за собой конституционную проблему. В слегка эвфемистическом выражении требование о минимальном количестве верующих в сто человек может быть истолковано как показатель «минимального общественного признания»⁶². При этом доказательство минимального общественного признания может стать одной из пороговых функций. Нужно заметить, что в своем решении по делу о регистрации церквей Верховный Суд Венгрии четко постановил, что сто подписей должны быть собраны за один день во время проведения собрания, на котором принимается решение об учреждении церкви⁶³.

В деле, связанном с необходимым для регистрации минимальным количеством верующих, Конституционный Суд хотел подчеркнуть, что отсутствие регистрации не запрещает сообществам верующих исповедовать свою религию. Однако ранее отмечалось, что в Венгрии разграничение между церквями и религиозными организациями - это не просто юридическая тонкость. По закону церкви пользуются рядом преимуществ, включая статус юридического лица и освобождение от налогов, которые не доступны религиозным организациям, не зарегистрированным как церкви. По-видимому, Конституционный Суд не особо волновала практическая сторона повседневной деятельности религиозной организации.

⁶¹ Решение 8/1993 (II. 27.)AB.

⁶² Balázs Schanda, *The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in Hungary*, 19 Emory Int. L. R. 889, стр. 899 (2005).

⁶³ В этом деле Верховный Суд отказался принять списки сторонников, чьи подписи собирались в течение двух дней. См. ВН 1994.696.

Влияние подхода Конституционного Суда, который отказался признать конституционный вопрос, поставленный законным разграничением между организациями верующих и даже между церквями, стало более заметным в последующем деле по обжалованию Указа правительства о военных священниках, согласно которому священники должны представлять конкретные религиозные группы (римскую католическую, реформаторскую, евангелистскую, еврейскую)⁶⁴. В преамбуле правительственного Указа объясняется, что должность военного священника была введена соответствующим образом с учетом договоренностей, заключенных государством с этими «историческими церквями»⁶⁵. В этом деле Конституционный Суд поддержал схему, введенную правительством⁶⁶. Судьи были удовлетворены тем, что введению должности военного священника предшествовал добровольный опрос общественного мнения, который был проведен в вооруженных силах по вопросу религиозной принадлежности. Конституционный Суд также не особо беспокоился по поводу указания на «исторические церкви», подчеркнув, что это фраза является данью определенным историческим событиям. По словам Конституционного Суда, выделение конкретных религиозных групп не является дискриминацией, противоречащей Конституции, или любым другим нарушением свободы религии.

После принятия этого решения аналогичным образом был введен институт военных священников для тюрем⁶⁷. Не особенно, если вообще, утешает тот факт, что в исправительных колониях несовершеннолетние должны иметь доступ к поддержке и наставлениям со стороны представителя любой предпочитаемой ими религии, и общение с таким религиозным наставником не должно контролироваться⁶⁸.

⁶⁴ Указ правительства 61/1994 (IV. 20.), Ст. 2(2).

⁶⁵ Термин цитируется в преамбуле указа.

⁶⁶ Решение 970/B/1994 АВ от 20 февраля 1995 года.

⁶⁷ Указ IM 13/2000 (VII. 14.).

⁶⁸ Указ NM 30/1997 (X. 11.), ст. 24(1). В указе предусмотрено, что несовершеннолетние могут исповедовать свою религию в соответствии с правилами внутреннего распорядка учреждения. Учреждение не должно фиксировать информацию о религиозных верованиях несовершеннолетних и передавать ее другим лицам. Ст. 24(2).

Оставив в стороне проблему явной дискриминации⁶⁹, следует отметить, что разграничение между историческими церквями и малыми церквями или сектами является не просто символическим: в разгар смутного времени к новым религиозным организациям относились с подозрением даже в высоких политических кругах. Например, в 1993 году Комитет Государственного Собрания по вопросам прав человека, меньшинств и религии отказал в финансировании четырех церквей (Общество сознания Кришны, Свидетели Иеговы, Церковь Объединения, Церковь сайентологии), поскольку они считались разрушительными (или губительными) сектами⁷⁰. Церкви попытались прибегнуть к средствам судебной защиты против такой меры и клеветы, как в судах общей юрисдикции, так и в Конституционном Суде, но все было безрезультатно. Конституционный Суд издал краткое распоряжение об отказе рассмотрения жалобы в силу формальных причин. Конституционные судьи заявили, что Конституционный Суд не имеет юрисдикции над отдельным решением, не являющимся правовой нормой, и не может пересматривать официальные причины, положенные в основу решения парламента⁷¹. Более того, одна церковь подала в суд общей юрисдикции иск против парламентского комитета о нематериальном ущербе в рамках гражданского процесса. Верховный Суд иск отклонил, постановив, что жалоба была подана на парламентский комитет, в то время как в роли ответчика должен был выступать сам парламент⁷². Сделав такой вывод, Верховный Суд не стал рассматривать по существу решение нижестоящего суда, согласно которому парламентский комитет, называя заявителя «губительной сектой», конституционным образом реализовывал свою свободу на

⁶⁹ См. Andras Sajo, *A 'kisegyhaz' mint alkotmányjogi keptelenség*, [«Малая церковь» как конституционный абсурд], 2 *Fundamentum* (1999) 87-98, где показаны дискриминационные последствия различия между историческими церквями и малыми церквями.

⁷⁰ Об этом см. Zsolt Enyedi, *The Contested Politics of Positive State Neutrality in Hungary*, in John T.S. Madley & Zsolt Enyedi (eds.), *Church and State in Contemporary Europe* (London: Frank Cass, 2003) 157, стр. 162.

⁷¹ Распоряжение 439/B/1993 АВ, от 14 декабря 1993г. Данный термин использовался в обосновании, приложенном к решению парламента.

⁷² БН 1997. 276

выражение мнения, и данное высказывание тоже попало под парламентский иммунитет.

Конституционный Суд рискнул объяснить конституционное значение истории религии на первый взгляд в нейтральной форме в деле, в котором придерживающиеся еврейской веры заявители оспаривали положения Трудового кодекса, устанавливающие официальные выходные дни⁷³. Они заявляли, что в число венгерских официальных праздников входили такие христианские праздники, как Рождество, Пасха, Троица, но при этом даже самые важные из еврейских праздников не являлись национальными праздниками. По утверждению заявителей, данное положение является дискриминационным и не дает им должным образом реализовывать свободу религии. Конституционный Суд отклонил эту жалобу, постановив, что календарь государственных праздников совпадает с традиционными днями отдыха и уже не имеет никакого религиозного подтекста. А такие еврейские праздники, как Еврейский новый год или День искупления грехов, не входят в число национальных праздников потому, что они не являются частью широкой национальной традиции.

В венгерской литературе это решение обычно объясняют, проводя аналогию с решением Верховного Суда США о воскресных законах в деле «МакГоуэн против штата Мэриленд» (*McGowan v. Maryland*)⁷⁴. Хотя законы о закрытии коммерческих организаций в воскресенье имели негативные экономические последствия для владельцев бизнеса, следует отметить, что календарь национальных праздников, совпадающих с «традиционными» праздникам может иметь еще более серьезные негативные последствия в многонациональных и многоэтнических обществах. Представьте себе, с какой проблемой может столкнуться суд при установлении прав на посещение ребенка для родителей, придерживающихся мусульманской и христианской вер, говоря последнему, что Пасха или Троица - это всего лишь длинные выходные,

⁷³ Решение 10/1993 (II. 27.) AB.

⁷⁴ 366 U.S. 420 (1961).

Из конституционной практики

которые ребенок также может провести со своим отцом в соответствии с привычным для него двухнедельным графиком⁷⁵.

Обращает на себя внимание тот факт, что в данных случаях указания на показатели минимального общественного признания или аргументы, опирающиеся на историю и традицию, по существу, превосходят такие конституционные ценности как толерантность и государственный нейтралитет. Несколько самых последних решений четко показывают второстепенный характер ценностных аргументов (в данных случаях - ценность толерантности) в разрешении дел Конституционным Судом Венгрии⁷⁶.

Аргументация в пользу толерантности как конституционной ценности является более прямолинейной и убедительной в судебной практике, касающейся свободы выражения мнения. Конституционный Суд Венгрии пошел по пути практики Европейского суда по правам человека в области защиты оскорбительных высказываний и всегда настаивал на том, что «дело вовсе не в том содержании, к которому относится право на свободу выражения мнения. Каждое мнение, хорошее или плохое, приятное или оскорбительное, имеет какое-то место в процессе общения людей»⁷⁷.

Там, где существует много разных мнений, общественное мнение становится терпимым, равно как в закрытом обществе необычное мнение может сильно нарушить общественное спокойствие. Более того, ненужное и несоразмерное ограничение свободы слова уменьшает открытость общества.

Конституционный Суд принимает во внимание исторические обстоятельства особых ситуаций. Смена политической системы неизбежно сопровождается социальной напряженностью. Эта напряженность од-

⁷⁵ Проблема встала перед Верховным судом Венгрии в ВН 2004.184.

⁷⁶ О проблеме государственного нейтралитета в вопросах религии в Венгрии подробнее см. Renata Uitz, *Aiming for State Neutrality in Matters of Religion: The Hungarian Record*, University of Detroit-Mercy Law Review (готовится к публикации).

⁷⁷ Решение 30/1992, см. выше, сноска 6.

нозначно усиливается, если люди могут безнаказанно на глазах у всех давать выход своей ненависти, враждебности и презрению к определенным группам⁷⁸.

Для сторонников последовательной судебной позиции, поддерживающей терпимое отношение к большому количеству мнений, включая высказывания, которые могут шокировать или оскорбить других людей, практика венгерского Конституционного Суда будет обнадеживающей⁷⁹.

III. 4. Сообщество

Мало оснований думать, что в венгерской конституционной системе большое внимание уделялось бы особым правам или ценностям сообществ. По-видимому, Конституция, ее толкования судами и научное сообщество находятся под влиянием глубоко укоренившегося приоритета личных прав по отношению к остальным правам.

Некая обеспокоенность по поводу сообществ озвучена в контексте национальных меньшинств. Статья 68 Конституции предусматривает, что «живущие в Венгерской Республике национальные и этнические меньшинства есть участники народной власти: они представляют собой государствообразующие факторы». В статье 68 четко определено, что конституционной обязанностью государства является «защита национальных и этнических меньшинств и обеспечение их коллективного участия в общественной жизни, сохранения и развития их культуры, использования их родного языка, преподавания на родном языке и использование названий на своем языке» и «обеспечение представительства национальных и этнических меньшинств, проживающих на территории страны». Самым важным решением Конституционного Суда в отношении прав национальных меньшинств было постановление 1992 года о том, что парла-

⁷⁸ Переработанный перевод на основе Шольм & Бруннер, см. выше сноска 6, стр. 236-237.

⁷⁹ Однако последовательность в конституционном праве имеет свою цену. В Венгрии эту цену платит политическая элита, которая безуспешно пытается ввести законодательные меры с целью ограничения высказываний, разжигающих ненависть.

мент допустил не соответствующую Конституции ошибку, не обеспечив надлежащего представительства национальных меньшинств в парламенте⁸⁰. До сих пор венгерский парламент не принял соответствующего закона и не исправил самую многолетнюю не соответствующую Конституции ошибку⁸¹.

Ценности сообщества могут, однако, играть ограниченную и скрытую роль. При рассмотрении дела о конституционности положений Уголовного кодекса, предусматривающих наказание за оскорбление государственной символики, Конституционный Суд признал уголовный запрет соответствующим Конституции. Единственным аргументом, который судьи могли привести в обоснование своего решения, было то, что государственная символика чрезвычайно важна, поскольку она непосредственно упоминается в Конституции и «позволяет индивиду выражать свою принадлежность к венгерской нации или венгерскому государству. Эта символика является символом страны, которой лишь недавно смогла вновь обрести свою независимость»⁸².

Интересно, что отказ от подавления в этом деле приводит к возникновению нелиберального аргумента. Альтернативой либерализму, однако, является не авторитаризм, а главным образом коммунитаризм.

Плюрализм - это только один из основных критериев демократии. Демократические государства характеризуются наличием институтов и символов, представляющих единство страны; они могут стать объектом критики, но в определенных отношениях⁸³ они стоят выше плюрализма мнений, который должен защищаться в соответствии с Конституцией⁸⁴.

⁸⁰ Решение 35/1992. (VI. 10.) AB. Конституционный Суд вновь подчеркнул это в Решении 24/1994 (V. 6.) AB.

⁸¹ В мае 2006г. Конституционный Суд воспрепятствовал инициативе проведения референдума с целью введения некой формы парламентского представительства для национальных меньшинств, т.к. это нарушало конституционный запрет на проведение референдумов, которые приводили к конституционной поправке. См. Решение 327/H/2006 AB.

⁸² Решение 13/2000 (V. 12.) AB.

⁸³ Следует отметить, что эти «отношения» не уточняются.

⁸⁴ Решение 13/2000, см. выше, сноска 82, Раздел IV.4.

III. 5. Образование

Конституция устанавливает право граждан на обучение и образование. Более того, в соответствии со статьей 70/F Конституции государство «претворяет это право в жизнь путем распространения народного образования и превращения его во всеобщее путем установления бесплатного и обязательного общего школьного обучения, среднего и высшего образования, доступного для каждого на основе его способностей, а также посредством оказания материальной помощи обучающимся».

В тексте Конституции говорится о том, что это первоочередные институциональные обязательства государства; т.е. государство имеет позитивную обязанность обеспечить институциональные условия, позволяющие гражданам осуществлять свое право на образование и получать соответствующие пособия. Такой подход, определенный статьей 70/F и принятый в качестве конституционной поправки в 1989 году, не случаен, учитывая, что образование было одной из бесплатных социальных услуг при социалистическом строе. Поэтому не было особой необходимости оправдывать включение таких пособий, а важность образования не была обусловлена человеческой целостностью или потребностью в осведомленном гражданском населении. Тем не менее, в совокупности с другими конституционными правами и принципами Конституционный Суд постановил, что некоторые законы и положения об образовании нарушали свободы граждан, и поэтому превратил обязательство государства по оказанию услуг в конкретное право граждан на образование.

В одном деле Конституционный Суд заявил, что право на образование влечет за собой обязательство государства по обеспечению материальных условий, позволяющих гражданам с соответствующими способностями получать высшее образование⁸⁵. Еще одно конституционное последствие введения права на образования включает процессуальные гарантии. Не так давно Конституцион-

⁸⁵ Решение 1310/ /1990AB.

Из конституционной практики

ный Суд постановил, что отсутствие сроков для исправления ошибки, допущенной вузом, нарушает требование правовой определенности, поскольку создает неопределенность в правоотношениях между студентом и вузом⁸⁶. Следовательно, вузы, несмотря на то, что они обладают автономией и не могут быть приравнены к государственным учреждениям (хотя и те, и другие финансируются из государственного бюджета), подчиняются требованиям верховенства закона, которые Конституция налагает на государство. Аналогичным образом в другом деле Конституционный Суд постановил, что преобразования (реформы) в структуре государственного образования попадают под концепцию Суда о правовой безопасности, и поэтому необходимо заблаговременно сообщать об их проведении. Конституционный Суд постановил, что структурные преобразования в системе приема в вузы требуют определенного времени для адаптации, и в данном деле Суд счел, что два года было недостаточным сроком для адаптации населения⁸⁷. К тому же Конституционный Суд постановил, что стандарты равенства должны применяться в контексте системы приема в вузы⁸⁸.

В соответствии со своим общим подходом к формированию ценностей Конституционный Суд Венгрии опирался на основное право формирования принципа, отражающего ценность. Суд постановил, что на основании статьи 70/G, свобода научной и художественной жизни и свобода обучения и преподавания являются одним из аспектов свободы слова⁸⁹. При рассмотрении этой свободы Суд пришел к выводу об особой конституционной защите научной автономии. Кроме того, Суд привел историческое обоснование в поддержку принципа автономии, заявив, что «как показывает [и]стория, научная свобода является основополагающей гарантией прогресса и она тесно связана с автономией личности»⁹⁰.

⁸⁶ Решение 27/2005 (VI. 29.) AB.

⁸⁷ Решение 28/2005 (VII.14.) AB.

⁸⁸ Там же.

⁸⁹ Решение 41/2005 (X. 27.) AB.

⁹⁰ Ссылаясь на Решение 34/1994 (VI. 24.) AB, Раздел 111.1.

Конституционное право на научную свободу влечет за собой обязанность государства уважать и обеспечивать полную независимость научной жизни, целостности, нейтралитета и беспристрастности науки. Для научной свободы нужно больше, чем обеспечение личных прав школьников или защита от вмешательства государства; Конституция также предусматривает принятие позитивных действий со стороны государства. Таким образом, государство должно обеспечить законные решения для предоставления надлежащих гарантий осуществлению научной деятельности, свободной от внешнего влияния. Автономия вуза не только распространяется на научную, образовательную и исследовательскую деятельности, но и требует, чтобы учебное заведение было независимо в своей организации, функционировании и управлении. Поэтому учебное заведение должно быть в состоянии независимо определять свой бюджет и управлять своими финансами. Распределение государственной помощи в сфере высшего образования должно осуществляться без ущерба для автономии учебных заведений и с учетом научных требований, а не только исходя из рыночных соображений. Согласно принципу автономии только законы могут определять вопросы, касающиеся существования учебного заведения. В рамках закона внутренняя жизнь, организация и деятельность учебного заведения регулируются его собственной институциональной политикой. И ни один другой орган или организация не вправе принимать решения в данных областях, за исключением парламента и самого вуза.

По словам Конституционного Суда, научная автономия практикуется и реализуется через право самоуправления каждого вуза, которое должно быть обеспечено государством. Следовательно, каждый вуз должен иметь представительный управляющий совет. Суд заявил, что автономия находит свое проявление в институте, т.е. университете. Точнее, автономия находит свое проявление в преподавателях, научных сотрудниках и студентах вуза. Поэтому необходимо обеспечить участие педагогов, ученых и студентов в представительных органах са-

моуправления. Другие лица могут также войти в состав этих органов, но только при условии сохранения основной автономии вуза.

Следуя своей практике в области прав органов местного самоуправления (городских советов)⁹¹, Суд не установил абсолютного права на автономию для высших учебных заведений. Автономия вузов является конституционной ценностью; но не исключает введения ограничений в соответствии с законом. Например, министр образования имеет право следить за деятельностью учебных заведений и устанавливать рекомендации и требования для управления их работой и распоряжения финансами. Помимо выделяемого объема финансирования, необходимого для ведения основных видов научной деятельности, критерии оценки результативности работы могут быть использованы для выявления тех учебных заведений, которым будет предоставлена дополнительная государственная помощь. Суд пояснил, что сама по себе попытка ведения хозяйственной деятельности вуза или проведения оценки на основе результатов его деятельности не противоречит Конституции. Но внешний орган не вправе осуществлять право вуза на самоуправление⁹². Более того, оценка результативности работы не может проводиться только лишь с точки зрения полезности и эффективности, на основе непонятных и неизвестных критериев, поскольку это также означало бы нарушение автономии вуза.

III. 6. Справедливость и правосудие

Справедливость и правосудие в качестве конституционных ценностей прослеживаются в практике Конституционного Суда по делам о конституционном запрете дискриминации. Статья 70/A Конституции гласит:

⁹¹ См. Решение 1/1993(1. 13.) АВ.

⁹² Закон 2005 года о высшем образовании предусматривал создание для вузов руководящего органа, состоящего в основном из внешних специалистов, не связанных с вузом. Министр образования имел бы обширные полномочия по назначению членов руководящего органа. Этот орган был бы вправе принимать наиболее важные решения, касающиеся работы вуза. Судя по составу членов руководящего органа и порядку их назначения, такой орган не был бы настоящим органом самоуправления вуза.

Венгерская Республика гарантирует всем находящимся на ее территории лицам права человека и гражданина, без какого-либо различия, а именно расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественных, по рождению и иных характеризующих их положение различий.

Именно из-за этих дел, связанных с запретом дискриминации, бывший Председатель Суда Шольом заявил, что Конституционный Суд стремился не допустить того, чтобы соображения материальной справедливости (как пережитки коммунистической идеологии) взяли верх над толкованием равенства и недискриминации в соответствии с Конституцией Венгрии. С целью подавления такого подхода, построенного на материальной справедливости, Конституционный Суд разработал собственную практику, акцентируя внимание на процессуальном аспекте запрета дискриминации, т.е. равенстве обращения⁹³. В одном из своих первых решений, поддерживаемых председателем Суда, Конституционный Суд подчеркнул, что запрет дискриминации не означает, что все различия, даже те, которые, в конечном счете, ведут к росту социальной несправедливости, являются неконституционными. Запрет дискриминации означает, что закон должен одинаково обращаться со всеми (как с людьми с равным достоинством), т.е. право на человеческое достоинство не должно нарушаться, а распределение прав и привилегий должно происходить в соответствии с оценкой, основанной на одинаковом уважении и почете, в равной степени учитывающей точки зрения отдельных граждан⁹⁴.

Акцент на защите человеческого достоинства в качестве центрального элемента практики по делам о недискриминации позволил Конституционному Суду расширить пределы действия конституционного положения о недискриминации и выйти за рамки текста статьи 70/А. В одном из последующих решений Конституционный Суд распространил на всю правовую систему действие требования о

⁹³ Шольом, см. выше, сноска 3, стр. 151.

⁹⁴ Решение 9/1990 (IV. 25.) АВ. АВН 1990, 46, 48.

равном обращении, которое применялось в отношении основных прав и свобод⁹⁵. В этой связи Конституционный Суд подчеркнул, что конституционные требования о равном обращении не применяются к неравенству и различиям, которые не охвачены сферой применения права. По словам судей, государство вправе и обязано учитывать фактические различия между людьми, помня о том, что различия, посягающие на человеческое достоинство, нарушают Конституцию. Однако менее существенным различиям или различиям иного рода конституционный запрет дискриминации не грозит⁹⁶.

В свете расширения сферы применения конституционного требования о равном обращении, Конституционный Суд приступает к пересмотру предположительно дискриминационного воздействия всех видов правовых норм, от сложностей налогового регулирования⁹⁷ и различий в правовых нормах, действующих в отношении адвокатов и нотариусов⁹⁸ до подсчета баллов при принятии решения о приеме абитуриентов в вуз⁹⁹. В последнем случае, следуя логике Суда в разрешении дел о равенстве, судьи пришли к тому выводу, что в данном контексте равенство означает не только равенство перед законом, но и равные возможности¹⁰⁰.

Конституционный Суд расширил пределы действия конституционного требования о равном обращении еще в одном отношении, определив «прочие основания» для запрета дискриминации в целях применения статьи 70/А. В эти «прочие основания» для запрета дискриминации

⁹⁵ Решение 61/1992 (XI. 20.) АВ.

⁹⁶ Там же.

⁹⁷ Правила налогового регулирования были пересмотрены Конституционным Судом в Решении 61/1992, там же, в котором конституционное требование о равном обращении было впервые определено Судом.

⁹⁸ Решение 108/В/1992 АВ.

⁹⁹ Решение 28/2005, выше сноска 87. Дело возникло в связи с реформой, затрагивающей структуру и оценку выпускных экзаменов средней школы, результаты которой зачитываются при приеме в вуз. Заявители жаловались на то, что те выпускники, которые сдавали выпускные экзамены по новой системе, при поступлении в вуз имели преимущество над абитуриентами, сдавшими выпускные экзамены в предыдущие годы. Это дело не имело аспекта позитивного действия.

¹⁰⁰ Там же.

конституционные судьи включили возраст¹⁰¹ и половую ориентацию¹⁰². В своей практике Конституционный Суд подчеркивал, что стандарт пересмотра, применимый к делам, в которых классификация затрагивает конституционные права, отличается от того, который используется для дел, где классификация сделана на «ином основании». В тех делах, где различие проводится в отношении конституционных прав, Конституционный Суд использует критерий необходимости/соразмерности при пересмотре конституционности предположительного ограничения. Однако в тех делах, где классификация сделана на «ином основании», Суд использует более низкий стандарт пересмотра, пытаясь найти объективное и разумное обоснование, и проверить, не была ли классификация сделана произвольно¹⁰³. Согласно решению Конституционному Суду, Конституция запрещает произвольно проводить различия между людьми, поскольку в этом случае равенство достоинства людей явно игнорируется¹⁰⁴.

IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Несмотря на упоминание о «невидимой конституции», о котором венгерский Суд сильно пожалел, Суд не опирается на нетекстовые ценности, особенно в отношении неправовых ценностей. Правовая определенность как одна из ценностей правовой системы имеет огромное значение для Суда. Поскольку правовая определенность, возможно, наиболее часто служит основанием для признания конституционности или неконституционности. Однако это вовсе не значит, что конституционная система ценностей не может быть с некоторой точностью воспроизведена на основании решений Конституционного Суда. Эту систему ценностей формируют понимаемые в широком смысле (либеральные и социальные) права личности. В отдельных случаях, например, в кон-

¹⁰¹ Решение 857/B/1994 AB.

¹⁰² Подробнее об этой проблеме см. Renata Uitz, *Hungary: Mixed prospects for the constitutionalization of gay rights*, 2 (4) International Journal of Constitutional Law 705-715 (2004).

¹⁰³ Например, Решение 30/1997 (IV. 29.) AB, 35/1994 (VI. 24.) AB, 37/2002 (IX. 4.) AB.

¹⁰⁴ Решение 857/B/1994 AB.

тексте защиты окружающей среды¹⁰⁵, конституционные ценности, признаваемые в Конституции, служат, по меньшей мере, основанием для ограничения прав, и такие ценности идут дальше простого заявления о государственной цели. Но в полном содержательном тексте Конституции ценности четко и ясно закреплены в особых правах: специфика ценностей, прежде всего, вытекает из патерналистской государственной концепции социального обеспечения, согласно которой права должны обеспечиваться государством.

Constitutional values in the practice of the Constitutional Law of Hungary

R. Witz

Professor at Central-European University of Budapest

A. Shajo

Professor at Central-European University of Budapest

Summary

The Constitution of Hungary formally appears to be the revised version of the former communist version of the Constitution. But the provisions in force are the results of the complete revision of the original text which is a compromise achieved between the reformats and opposition in 1989. The amendments of the Constitution were published by the former parliament on 23 October, 1989 when the majority of the deputies were communists. After the first free elections in 1990 the new parliament revised many provisions of the former constitution and 163 articles were amended.

The article emphasizes that the Constitutional Court of Hungary though rarely speaks about the constitutional val-

¹⁰⁵ Решение 28/1994 (V. 20.) AB.

ues; consequently many decisions of the Constitutional Court contain such agreements which the researchers define as the expression of the valuable preference or valuable agreement.

The concise analysis of the role of the constitutional values in the practice of the Hungarian Constitutional Court must start from the famous quotation of the Court when the judges did not permit retroactive applications of the norms of the criminal law during the communist regime.

The judges of the Constitutional Court of Hungary speak about the protection of the constitutional values only when they define the permitted limitations of the constitutional rights from the point of the view of the Constitution. The Court has worked out the standards for the background of the constitutionally permitted limitations by the constitutional rights. During its activity the Court recognized public welfare, public security and order as constitutional values, the protection of which can justify the limitation of the main rights. In many cases the value preferences are followed in such a context when the Constitutional Court defines the positive sides of the constitutional rights. This is known in the practice of the courts of Hungary as “constitutional protection of the constitutional rights”. The concept of “the institutional protection of the constitutional right” is based on the deference between the negative subjective and positive objective rights. Negative or subjective right provides a person the right of respective attitude of the state to the fulfillment of the freedoms and participation in the political life. Positive or objective right means requirements presented state to the by the person concerning the effective realization of private freedoms bind by the negative rights. So the positive and negative rights describe the correlation between the state and citizens.

It should be mentioned that the institutional protection of the constitutional rights is a problematic issue. As shows the decisions on the issue of abortions institutional protection of the constitutional rights provides the Constitutional Court with an exceptional possibility to deal with the considerations which are contained in the Constitution.

CASE OF ŠVARC AND KAVNIK v. SLOVENIA

JUDGMENT
STRASBOURG
8 February 2007

This judgment will become final in the circumstances set out in Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Švarc and Kavnik v. Slovenia,

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting as a Chamber composed of:

Mr J. Hedigan, *President*,

Mr B.M. Zupanèè,

Mr V. Zagrebelsky,

Mrs A. Gyulumyan,

Mr E. Myjer,

Mrs I. Ziemele,

Mrs I. Berro-Lefèvre, *judges*,

and Mr V. Berger, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 18 January 2007,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 75617/01) against the Republic of Slovenia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Slovenian nationals, Mrs Anita Švarc and Mr Ivan Kavnik (“the applicants”), on 26 July 2000.

2. The applicants were represented by the Verstovšek lawyers, members of the Slovenian Bar. The Slovenian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr L. Bembè, State Attorney-General.

3. The applicants alleged under Article 6 § 1 of the Convention that they did not have a fair trial by an impartial tribunal because their constitutional complaint was decided by a panel of judges that included a judge who had issued an expert opinion in the proceedings before the first-instance court. They further alleged that the length of the proceedings to which they were a party before the domestic courts had been excessive. In substance, they also complained about the lack of an effective domestic remedy in respect of the excessive length of the proceedings (Article 13 of the Convention).

4. On 11 October 2005 the Court decided to communicate the complaints concerning the length of the proceedings and the lack of remedies in that respect to the Government. Applying Article 29 § 3 of the Convention, it decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. Mrs Anita Švarc was born in 1968 and lives in Vuzenica. Ivan Kavnik was born in 1956 and lives in Topolšèica.

6. On 30 October 1989 the applicants were injured in a car accident in Austria. The accident resulted in the premature birth of their son, who sustained *in utero* injuries in the accident. The son died in hospital in Slovenj Gradec (Slovenia) on 28 December 1989. The perpetrator of the accident had taken out insurance with the insurance company Wiener Allianz Versicherungs Aktiengesellschaft ("WA").

7. On 27 October 1992 the applicants instituted civil proceedings against WA in the then Celje Basic Court, Velenje Branch (*Temeljno sodišèe v Celju, Enota v Velenju*), seeking damages of 3,237,900 Slovenian tolar for the injuries sustained in the car accident and the non-pecuniary damage sustained following the death of their son.

On 4 January 1993 Mr Lojze Ude, a professor at the Faculty of Law in Ljubljana, delivered an expert opinion in the case at the request of WA. He stated that the Slovenian courts had no jurisdiction to examine the applicants' claims. At the time, Mrs Dragica Wedam-Lukia was a work colleague of Mr Ude.

On 6 January 1993 WA lodged preliminary written submissions arguing that the case was not within the court's jurisdiction. They attached the opinion prepared by Mr Ude to the submissions, which were included in the file and served on the applicants.

On 25 May 1993 Mr Ude was appointed as a justice at the Constitutional Court (*Ustavno sodišèe*).

On 22 February 1994 the Celje Basic Court, Velenje Branch, held a hearing.

On 18 and 25 February 1994 the applicants lodged preliminary written submissions contesting Mr Ude's opinion and WA's arguments.

On 22 April 1994 a decision dated 22 February 1994, the date on which the hearing was held, was served on the applicants. The court decided that the case was not within its jurisdiction, but made no explicit reference to Mr Ude's opinion.

8. On 4 May 1994 the applicants lodged an appeal with the Celje Higher Court (*Višje sodišèe v Celju*).

On 28 June 1994 the Convention took effect with respect to Slovenia.

On 23 August 1994, on a request by the Celje Higher Court, the first-instance court delivered a supplementary decision concerning the costs of the proceedings.

On 1 September 1994 the applicants appealed against the decision concerning costs.

On 14 December 1994 the Celje Higher Court dismissed both applicants' appeals.

9. On 14 February 1995 the applicants lodged an appeal on points of law with the Supreme Court (*Vrhovno sodišèe*) against the decision of 14 December 1994.

On 27 February 1997 the Supreme Court dismissed the appeal on points of law against the judgment of 22 February 1994 and rejected the appeal against the decision of 23 August 1994 as inadmissible.

10. On 22 May 1997 the applicants lodged a constitutional appeal with the Constitutional Court (*Ustavno sodišèe*). In their appeal, they made no reference to Mr Ude's opinion.

On 1 April 1998 Mrs Wedam-Lukiæ was appointed as a justice at the Constitutional Court.

On 24 March 2000 the Constitutional Court declared the appeal inadmissible as manifestly ill-founded. Mr Ude was the president of the three-judge bench which examined the admissibility of the case and Mrs Wedam-Lukiæ was also a member of that bench. The applicants learned of the composition of the panel on 20 April 2000, the date on which the decision was served on them.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The 1991 Constitution

11. The relevant provision of the Constitution of the Republic of Slovenia (*Ustava Republike Slovenije*) reads as follows:

Article 23

“Everyone has the right to have any decision regarding his or her rights, obligations and any charges brought against him or her made without undue delay by an independent, impartial court constituted by law.

Only a judge appointed pursuant to rules pre-established by law and in accordance with normal judicial practices shall try such a person.”

B. The Constitutional Court Act 1994

12. The relevant provisions of the Constitutional Court Act (*Zakon o ustavnem sodišču*) read as follows:

Section 31

“In deciding on a particular case, the Constitutional Court may disqualify a judge of the Constitutional Court by applying, *mutatis mutandis*, the applicable reasons for disqualification in court proceedings.

The following shall not serve as reasons for disqualification from the proceedings:

- participation in legislative procedures or in adoption of other general acts (including those issued for exercise of public powers) that have been challenged prior to election as a judge of the Constitutional Court,

- expressing a scientific opinion on a legal matter which may be relevant for the proceedings.”

Section 32

“Immediately after a judge of the Constitutional Court learns of any reasons for his or her disqualification in accordance with the preceding section, he or she must cease ... work on the case and notify the president of the Constitutional Court.”

Section 33

“A request for disqualification may be submitted by the parties to the proceedings up until the start of a public hearing, if such hearing is due to be held, or until the beginning of the in camera session of the Constitutional Court at which the matter is to be decided. The request must be substantiated.

The judge of the Constitutional Court whose disqualification is sought shall have the right to comment on the statements in the request, but may not participate in the decision on his or her disqualification. The Constitutional Court shall decide in camera upon the disqualification of a judge. If the number of votes for and against is equal, the president shall have the casting vote.”

Section 50

“Anyone who believes that his or her human rights and basic freedoms have been infringed by a particular act of a state body, local body or statutory authority may lodge a constitutional appeal with the Constitutional Court, subject to compliance with the conditions laid down by this Act. ...”

Section 51

“A constitutional appeal may be lodged only after all legal remedies have been exhausted.

Before all special legal remedies have been exhausted, the Constitutional Court may exceptionally hear a constitutional appeal if a violation is probable and the appellant will suffer irreparable consequences as a result of a particular act.”

Section 54

“A decision on whether to accept a constitutional complaint and

begin proceedings shall be taken by the Constitutional Court, sitting in a three-judge bench, at an in camera session...”

C. The Civil Procedure Act 1999

13. The relevant provisions of the Civil Procedure Act (*Zakon o pravdnem postopku*) read as follows:

Section 70

“A judge or a lay judge shall be prohibited from exercising judicial functions:

(1) if he or she is a party to the civil proceedings, is a representative or an advocate of a party... or was heard as a witness or an expert in the same proceedings...

(5) if he or she participated in the same proceedings before a lower court...

(6) if other circumstances raise doubt about his or her impartiality.”

Section 72

“The parties to the proceedings may also seek the disqualification of a judge.

A party must seek the disqualification of a judge or a lay judge as soon as he or she learns of the reason for disqualification, but no later than by the end of the hearing in the competent court or, when no hearing was held, by the time the decision is rendered.

In the disqualification request, the party must state the circumstances on which his or her request for disqualification is based.”

Section 74

“As soon as a judge or a lay judge learns of the request for his or her disqualification, he or she must cease any activity in the proceedings concerned; if the challenged is lodged under point 6 of section 70, he or she may continue examination of the case.

If a judge is disqualified in accordance with point 6 of section 70 of this Act, the procedural activities he or she performed after the request for disqualification was lodged shall have no legal effect. “

THE LAW

I. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTION

14. The Government claimed that the application had been lodged out of the prescribed six months time-limit. They submitted that the impugned proceedings had actually ended on 20 March 1997, the date on which the Supreme Court's decision had been served on the applicants. In their view, that had been the last ordinary legal remedy available to the applicants. The present application was lodged after 20 September 1997, the date on which the deadline for submitting the application had expired.

15. The Court points out that, in several cases against Slovenia, the Government have argued that a constitutional appeal to the Constitutional Court is an effective legal remedy. In the present case also, the Government argued that the applicants should have availed themselves of this remedy with regard to their complaints concerning the excessive length of proceedings (see paragraph 19 below). It further recalls that it has dismissed complaints which applicants failed to raise in due form and substance in proceedings before the Constitutional Court. (see, for example, *Trièkovià v. Slovenia*, no. 39914/98, Commission decision of 27 May 1998). In addition, the constitutional appeal was considered an ineffective remedy only in the context of length-of-proceedings complaints (see *Belinger v. Slovenia* (dec.), no. 42320/98, 2 October 2001; and *Lukenda v. Slovenia*, no. 23032/02, 6 October 2005).

16. The Court does not see any reason to depart from its established case-law. In the present case, the applicants lodged a constitutional appeal challenging the constitutionality of the lower courts' decisions, which was declared inadmissible on 24 March 2000 and served on the applicants on 20 April 2000. They lodged their application with the Court on 20 July 2000, which is well within the prescribed six-month time-limit.

The Court therefore dismisses the Government's preliminary objection.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 6 § 1 AND 13 OF THE CONVENTION

17. The applicants complained that the bench of the Constitutional Court which decided on the admissibility of their constitutional appeal was biased because Mr Ude and Mrs Dragica Wedam-Lukiæ were sitting on it. They further alleged that the proceedings to which they were a party were excessively long. They relied on Article 6 § 1 of the Convention, which provides:

“In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a ... hearing within a reasonable time by [an] ... impartial tribunal...”

18. In substance, the applicants further complained that the remedies available in respect of excessive legal proceedings in Slovenia were ineffective. Article 13 of the Convention reads as follows:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

A. Admissibility

1. As to the length of the proceedings

19. The Government maintained that the domestic remedies had not been exhausted. They submitted, *inter alia*, that, under the Constitutional Court Act 1994, any person may lodge a constitutional complaint alleging a breach of his or her human rights.

20. The applicants contested that argument, claiming that the remedies available were not effective.

21. The Court notes that the present application is similar to the cases of *Belinger* and *Lukenda* (see *Belinger v. Slovenia* (dec.), cited above; and *Lukenda v. Slovenia*, cited above). In those cases the Court dismissed the Government’s objection of non-exhaustion of domestic remedies, finding that the legal remedies at the applicants’ disposal were ineffective.

22. The Court finds that the Government have not submitted any convincing arguments in the instant case which would require the Court to distinguish it from its established case-law.

23. The Court further notes that this part of the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. Nor is it inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

2. As to the impartiality

24. The Government maintained that the domestic remedies had not been exhausted. They claimed that the applicants neither referred in their constitutional appeal to the fact that Mr Ude’s expert opinion was submitted to the first-instance court, nor did they attach that opinion to their appeal. Although the composition of the Constitutional Court had been known to the public, and therefore also to the applicants, they had never sought Mr Ude’s withdrawal. Their concern about possible bias on the part of the said justice was raised for the first time in their application to the Court. Since they had failed to challenge Mr Ude in accordance with the applicable domestic provisions, this complaint should be declared inadmissible.

Further on in their observations, however, the Government argued that Mr Ude’s opinion was merely a scientific opinion in the case. They alleged that, according to section 31 of the Constitutional Court Act 1994, such an opinion was not a reason for a judge to step down.

25. The applicants made no reply.

26. The Court recalls that, in accordance with Article 35 of the Convention, it is not required to decide whether or not the facts alleged by the applicant disclose any appearance of a violation, unless all domestic remedies have been exhausted according to the generally recognised rules of international law (see, for example, *Trièkoviæ* cited above). It falls to a Government pleading non-exhaustion to prove that the remedy in question was available to the applicant in theory and in practice at the material time. Once this burden of proof has been discharged, it is incumbent on the applicant to establish that the remedy relied on by the Government was in fact exhausted or was inadequate and ineffective in the particular circumstances of the case, or that there existed special circumstances absolving him or her from the requirement (see *Lukenda*, cited above, §§ 43 and 44).

Furthermore, the applicant is generally required to raise in substance and in due form in the domestic proceedings the complaints addressed to the Court, including the procedural means that might have prevented a breach of the Convention (see *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain*, judgment of 6 December 1988, Series A no. 146, § 59).

27. In the present case, the Court notes that the applicants neither challenged the impugned judge in their constitutional appeal nor called the Constitutional Court's attention to Mr Ude's prior role in the proceedings. Even though the applicants did not know which of the Constitutional Court's judges would examine the admissibility of their complaints, they could have sought in their constitutional appeal that Mr Ude be excluded from reviewing their appeal, in accordance with the relevant domestic legislation. In this much, the Court allows the Government's arguments.

However, the Court observes that the Government have also submitted that, in application of section 31 § 2 of the Constitutional Court Act 1994, it would have been futile to seek Mr Ude's withdrawal on the ground that he had delivered an opinion in this particular case when it was pending before the first-instance court. In the absence of any argument or case-law that would prove the opposite, the Court accepts this line of reasoning. In such circumstances, it is the Court's opinion that the Government have not shown that, in the circumstances of this case, seeking Mr Ude's withdrawal, was a remedy which the applicants were requested to exhaust for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention.

The Government did not allege that the applicants should have availed themselves of any other remedies.

Consequently, the objection of non-exhaustion must be rejected.

28. The Court further notes that this part of the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. Nor is it inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. As to the length of the proceedings

(a) Article 6 § 1

29. In determining the relevant period to be taken into consideration, the Court notes that the proceedings in issue began prior to 28 June 1994, the date on which the Convention took effect with respect to Slovenia. Given its jurisdiction *ratione temporis*, the Court can only consider the period which have elapsed since that date, although it will have regard to the stage reached in the proceedings in the domestic courts on it (see, for instance, *Belinger*, cited above, and *Kudta v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 123, ECHR 2000-XI). The period to be taken into consideration thus began on 28 June 1994, the date on which the Convention entered into force with respect to Slovenia, and ended on 20 April 2000, the day the Constitutional Court's decision was served on the applicants. It therefore lasted nearly five years and ten months for three levels of jurisdiction.

30. The Court reiterates that the reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conduct of the applicant and the relevant authorities and what was at stake for the applicant in the dispute (see, among many other authorities, *Frydlender v. France* [GC], no. 30979/96, § 43, ECHR 2000-VII).

31. The Court considers that the impugned proceedings were of importance to the applicants and were of no particular complexity. No hearings were held during the relevant period, no additional facts sought, no experts appointed, and no additional evidence taken. The applicants did not contribute to the length of the proceedings. The fact that they availed themselves of domestic legal remedies was not tantamount to a breach of their procedural rights and did not make the proceedings more intricate. In the present case, the entire relevant period is imputable to the State.

32. Having examined all the material submitted to it, and having regard to its case-law on the subject, the Court considers that in

the instant case the length of the proceedings was excessive and failed to meet the “reasonable-time” requirement.

There has accordingly been a breach of Article 6 § 1.

(b) Article 13

33. The Court reiterates that Article 13 guarantees an effective remedy before a national authority for an alleged breach of the requirement under Article 6 § 1 to hear a case within a reasonable time (see *Kudta*, cited above, § 156). It notes that the objections and arguments put forward by the Government have been rejected in earlier cases (see *Lukenda*, cited above) and sees no reason to reach a different conclusion in the present case.

34. Accordingly, the Court considers that in the present case there has been a violation of Article 13 on account of the lack of a remedy under domestic law whereby the applicants could have obtained a ruling upholding their right to have their case heard within a reasonable time, as enshrined in Article 6 § 1.

2. As to the impartiality

35. The applicants alleged that the panel of three judges of the Constitutional Court which declared their constitutional appeal inadmissible was biased, in that it had been presided over by Mr Ude and Mrs Wedam-Lukia was a member of it.

36. The Government first emphasised the distinction of the two roles played by Mr Ude in the impugned proceedings. Before the first-instance court, he delivered a scientific opinion, widely accepted in legal theory, on the jurisdiction of the Slovenian courts. As a justice of the Constitutional Court, he was deciding on the admissibility of the applicants’ complaints under Article 22 of the Constitution, which guarantees equal protection of rights. The relevant Constitutional Court decision did not concern the merits of the applicants’ complaints, nor did it refer to Mr Ude’s scientific opinion. In any event, the applicants did not submit the said opinion with their constitutional appeal, nor did any of the decisions by the lower courts refer to it. Moreover, Mr Ude’s expert opinion concerned questions that were not the focus of the domestic courts.

The Government have referred to the Court’s findings in the case of *Delange and Magistrello v. France* and claimed that the mere fact that a judge actively participated in the preliminary proceedings to which the applicant was a party and had detailed knowledge of the facts of the case was not sufficient to raise any doubts as to his impartiality when he was presiding over the case later on in the proceedings (see *Delange and Magistrello v. France* (dec.), no. 40028/98, ECHR 2002 III). They further emphasised the distinction between the present case and that of *Pescador Valero v. Spain*, because Mr Ude had not been in a close relationship with the applicants’ adversary (see *Pescador Valero v. Spain*, no. 62435/00, ECHR 2003 VII).

37. According to the Court’s constant case-law, when the impartiality of a tribunal for the purposes of Article 6 § 1 is being determined, regard must be had to the personal conviction and behaviour of a particular judge in a given case – the subjective approach – as well as to whether it afforded sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect – the objective approach (see *Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, § 18, ECHR 2005 ...; *Thomann v. Switzerland*, judgment of 10 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, p. 815, § 30; and *Predojevič, Prokopovič, Prijovič and Martinovič v. Slovenia* (dec.), nos. 43445/98, 49740/99, 49747/99, 54217/00, 9 December 2004).

38. Firstly, as to the subjective test, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. In this respect, the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (see, among other authorities, *Padovani v. Italy*, judgment of 26 February 1993, Series A no. 257-B, p. 20, § 26, and *Morel v. France*, no. 34130/96, § 41, ECHR 2000-VI).

In the present case, in the absence of any evidence to the contrary, there is no reason to doubt Mr Ude’s personal impartiality.

39. Secondly, under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge’s personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality, since “justice must not only be done; it must also be seen to be done”. In this respect even appearances may be of a certain impor-

tance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public (see *Morris v. the United Kingdom*, no. 38784/97, § 58, ECHR 2002-I). Accordingly, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. This implies that in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the party concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified (see, among many other authorities, *Pescador Valero v. Spain*, cited above, § 23).

40. When determining the objective justification of the applicant's fear, such factors as the judge's dual role in the proceedings, the time which elapsed between the two participations, and the extent to which the judge was involved in the proceedings may be taken into consideration (see, for example, *Walston v. Norway*, no. 37372/97, 3 June 2003; *Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, ECHR 2000 XII; and *McGonnell v. the United Kingdom*, no. 28488/95, ECHR 2000 II).

41. In this regard, the Court notes that the applicants did not challenge any member of the Constitutional Court at the time they lodged a constitutional appeal, nor did they attach Mr Ude's opinion to the said appeal or refer to it therein. The Court acknowledges that well over four years and four months elapsed between the date on which Mr Ude delivered the opinion and the date on which the applicants lodged a constitutional appeal. An additional two years and ten months passed before the Constitutional Court delivered a decision on the admissibility of the applicants' appeal. There is no indication in the observations made by the parties that Mr Ude was either reminded of his prior involvement in this particular case or that his opinion was included in the case file before the Constitutional Court.

The Court observes, in general, that there is a risk of problems arising in a system which lacks safeguards to ensure that judges are reminded of their prior involvement in particular cases, above all where such matters rely on the judges' own assessment, which may,

inevitably, suffer from a lack of recollection of a particular instance of prior involvement (see *Puolitaival and Pirttiaho v. Finland*, no. 54857/00, § 44, 23 November 2004). However, the Court refers to its findings with regard to the Government's preliminary objections (see paragraph 27 above) and will not expand further on this subject, because its role in the proceedings at hand is confined to the question of whether the applicant's fears about Mr Ude's and Mrs Wedam-Lukiæ's impartiality were legitimate, given the relations between the two judges and the other party to the proceedings, and whether these relations cast doubt on the judges' objective impartiality.

42. To this end, the Court observes that, at WA's request, Mr Ude delivered an opinion on whether the Slovenian courts had jurisdiction to examine the applicants' claims in the impugned proceedings. This opinion was served on the applicants, who objected to it in their submissions to the first-instance court, and was included in the case file. The outcome of the proceedings was in line with Mr Ude's opinion, although the court's decision made no reference to it. When the applicants received the decision of the Constitutional Court, they were informed that Mr Ude had been the president of the bench and that Mrs Wedam-Lukiæ also sat on the bench.

43. As to Mrs Wedam-Lukiæ's alleged partiality, the Court considers that the applicants' fear has no legitimate ground. She had been a colleague of Mr Ude at the Faculty of Law in Ljubljana when the latter delivered his opinion in the applicants' case. She was not directly involved in the impugned proceedings prior to sitting on the Constitutional Court's bench, and the applicants' assertions that she might have had previous knowledge of the case solely by virtue of working in close proximity to Mr Ude at the material time is too vague to procure any objective doubt of her impartiality.

44. On the contrary, Mr Ude did have a detailed knowledge of the facts of the case and had been retained by the applicant's adversaries in the proceedings before the first-instance court, essentially as a professional expert. His role as a justice of the Constitutional Court was, admittedly, quite different, and was limited to determination of the admissibility of the applicants' complaints made under

the Constitution. Nonetheless, the Court finds that due to his previous involvement in the proceedings, the impartiality of the “tribunal” was open to doubt, not only in the eyes of the applicants but also objectively.

There has accordingly been a violation of Article 6 § 1.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

45. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. *Damage*

46. Mrs Švarc claimed 43,500 euros (EUR) and Mr Kavnik EUR 16,000 in respect of the non-pecuniary damage sustained on account of the unduly long proceedings. They made no claim with regard to their complaints concerning the partiality of the Constitutional Court.

47. The Government contested the claim.

48. The Court considers that the applicants must have sustained non-pecuniary damage. Ruling on an equitable basis, it awards each of the applicants EUR 1,000 under that head.

B. *Costs and expenses*

49. The applicants also claimed approximately EUR 2,200 for the costs and expenses incurred before the Court.

50. The Government argued that the claim was too high.

51. According to the Court’s case-law, an applicant is entitled to reimbursement of his costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and were reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the information in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the applicants the sum of EUR 1,000 for the proceedings before the Court.

C. *Default interest*

52. The Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the application admissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the impartiality of the Constitutional Court;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in respect of the length of proceedings;
4. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention;
5. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 1,000 (one thousand euros) each in respect of non-pecuniary damage and EUR 1,000 (one thousand euros) jointly in respect of costs and expenses, plus any tax that may be chargeable;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

6. Dismisses the remainder of the applicants’ claims for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 8 February 2007, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Vincent Berger Registrar

John Hedigan President



Обзор практики Конституционного Суда Республики Беларусь за 4-ый квартал 2006 года

Решение Конституционного Суда Республики Беларусь 4 октября 2006 г., г. Минск № Р-196/2006

О технических нормативных правовых актах

Конституционным Судом Республики Беларусь в связи с обращениями по вопросу необходимости своевременного и полного доведения до сведения граждан и юридических лиц технических нормативных правовых актов, принимаемых (издаваемых) республиканскими государственными органами и должностными лицами, и о сроках введения их в действие, на основании статьи 40 и части первой статьи 116 Конституции 4 октября 2006 г. было принято решение «О технических нормативных правовых актах».

Проведенный Конституционным Судом анализ статей 1, 7, 34, 52 и других статей Конституции свидетельствует о том, что провозглашение Республики Беларусь правовым государством предполагает обязанность государственных органов и должностных лиц действовать на основании Конституции и принятых в соответствии с ней актов законодательства, публиковать или доводить до всеобщего сведения иным предусмотренным законом способом нормативные акты государственных органов. В целях соблюдения Конституции и законов граждане должны иметь возможность своевременно знакомиться с содержанием принятых нормативных правовых актов. Исследование законодательства, регулирующего приня-

тие технических нормативных правовых актов, показало, что в Республике Беларусь не обеспечен комплексный подход к порядку их принятия, опубликования и доведения до сведения граждан и юридических лиц. В то же время такие правовые акты обязательны для исполнения и в ряде случаев влекут юридическую ответственность, в том числе уголовную и административную.

С учетом изложенного Конституционный Суд предложил обеспечить гражданам возможность заблаговременного ознакомления с содержанием принимаемых технических нормативных правовых актов. Администрации Президента Республики Беларусь и Совету Министров Республики Беларусь также предложено на период до законодательного урегулирования этого вопроса определить временный порядок их подготовки, принятия, вступления в силу и доведения до всеобщего сведения.

Решение Конституционного Суда Республики Беларусь 28 декабря 2006 г., г. Минск № Р-197/2006

О совершенствовании положений Примерного устава жилищно-строительного кооператива

В решении от 28 декабря 2006 г. «О совершенствовании положений Примерного устава жилищно-строительного кооператива» отмечено несовершенство норм жилищного законодательства, касающихся образования и деятельности ЖСК, а также осуществления контроля за деятельностью ЖСК местными исполнительными и распорядительными органами, наличие в нем противоречий, что затрудняет его применение на практике. Это в ряде случаев исключает возможность надлежащего осуществления ЖСК своих функций и, следовательно, не обеспечивает в полной мере защиту жилищных прав и законных

интересов членов ЖСК, собственников жилых помещений в домах ЖСК, а также государственных интересов.

Поскольку положения Примерного устава ЖСК были приняты на основании Жилищного кодекса 1983 г. и во многом устарели и не согласуются с действующим Жилищного кодекса и другими нормами жилищного законодательства, Конституционный Суд предложил Совету Министров Республики Беларусь до принятия нового Жилищного кодекса внести соответствующие изменения и дополнения в Примерный устав жилищно-строительного кооператива с учетом норм действующего жилищного законодательства, Гражданского кодекса Республики Беларусь, Закона Республики Беларусь «О совместном домовладении» и других актов законодательства, с целью устранения правовых препятствий для надлежащего осуществления деятельности ЖСК, в частности, позволяющие ЖСК при необходимости принимать решения не только на общем собрании, но и другим способом, например путем учета поступивших в письменной форме заявлений его членов, как это предусмотрено частью пятой статьи 17 Закона «О совместном домовладении».



О книге В. Зорькина «Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки»

В современной действительности, когда повсеместно доминируют посредственность и искажение ценностей, воистину можно поздравить приверженцев правовой мысли, и не только их, но и любого поборника академических традиций в науке, в связи с выходом в свет книги Председателя Конституционного Суда РФ, доктора юридических наук, профессора, заслуженного юриста РФ В. Зорькина «Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки».

Книга является концентрированным сочетанием плодотворного трудового опыта, навыков и теоретической гносеологии. В ней обобщены опубликованные автором за последние годы статьи, выступления, интервью, доклады. Исследование содержания книги и затронутых в ней тем уже достаточно, чтобы понять, что мы имеем дело с работой, выделяющейся острыми постановками вопросов, их глубиной, своеобразием и актуальностью, где самый сложный научный анализ сочетается с общедоступностью; частью общего становятся классическая юриспруденция и яркие эмоционально-чувственные творческие представления автора. Умение автора представлять старые и нерешенные задачи придают новый оттенок и силу императива их регулирования.

Наряду со всем этим, автор не только не отдалился от своей основной цели, которая посвящена поиску путей развития российского права и конституционного правосудия, но именно благодаря выбранным им своеобразным подходам, не только он сам преподносит целостный и глубокий аналитический материал, вникает в суть освещаемых им проблем, выявляет их реальные причины, выдвигает собственные подходы, направленные на их

преодоление, но и поневоле заставляет стать участником этого также и читателя.

В книгу включены своеобразные и смелые темы. Несмотря на то, что они были составлены автором в разное время и для разных мероприятий, тем не менее в данной работе они подобраны так, чтобы были обеспечены их предметная общность, системная целостность и логическая взаимосвязанность, гарантирована тематико-смысловая связь человека и государства, права и нравственности, законности и правосознания, цели и действительности, теории и практики и, наконец, старого и нового.

Существующие проблемы и поднятые в книге постановки вопросов относительно них представляют особый интерес с точки зрения транзитологии. Не будет оригинально, если скажем, что все государства, находящиеся на переходном этапе, соприкасаются почти с одинаковыми задачами, в деле преодоления которых исключительную роль и значение приобретает Конституция как правовая гарантия стабильности политического и общественного порядка общности, а конституционное правосудие - как главная гарантия обеспечения устойчивости Конституции и ее верховенства. Это уже аксиома, но даже эта аксиома приобретает другое значение и новый оттенок в данной работе.

Не секрет, что присущая переходному периоду кризисная ситуация создает не только общественные стрессы, требующие специальных способов преодоления, но и диктует своеобразный подход к сохранению динамического равновесия общества и обеспечению верховенства Конституции. В таких условиях конституционный контроль как важнейшая составляющая иммунной системы общества должен сформироваться и действовать, учитывая присущие этой ситуации особенности. И в этом плане данная работа существенно отличается от себеподобных, базирующихся на глубоких и разносторонних анализах, оценками реальности и прогнозами будущего.

У автора Конституция – это Слово в его изначальном Библейском понимании, т.е. Слово действующее и тво-

рящее, краеугольный камень права и правды, это свод правил, в пределах которых возможна политическая борьба, главное правовое описание реальности, бесспорная и единственная в своем роде правовая гарантия стабильности политического и общественного строя. Это и цель, и, вместе с тем, реальность, обязательное условие существования и функционирования правового государства, в деле обеспечения которого огромная роль отведена конституционному правосудию как высшей форме конституционного контроля.

Не только концептуальные взгляды автора по самым актуальным проблемам конституционного права и конституционализма, но и его искренняя гражданская позиция по многим острым вопросам современности, представляют не только большую научную ценность, но также имеют системообразующее значение для нового правового мышления.

СОВЕТ ЦЕНТРА КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ



Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник Конференции
органов конституционного контроля
стран молодой демократии

Выпуск 1 (35) 2007



Адресредакции:

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 01. 03. 2007 г.
Подписано к печати 15. 03. 2007 г.

Печ. л. 9,25

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 публикаций результатов
докторских диссертаций

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