

Конституционное
ПРАВОСУДИЕ □

Вестник

Конференции

органов конституционного контроля

стран молодой демократии

Выпуск 4(34) 2006

ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ
ЕРЕВАН · 2006

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 1829-0125

© Центр конституционного права РА

Содержание

Актуальные проблемы конституционного правосудия

- Зорькин В.** Интеграция европейского правового пространства: вызовы и ответы 5
- Папир Х.-Ю.** Соотношение между национальным конституционным правом и Европейской конвенцией о защите прав человека с точки зрения Федерального Конституционного Суда Германии 28
- Розенфельд М., Шайо А.** Распространение либерального конституционализма: изучение развития прав свободы слова в новых демократиях..... 36
- Страшун Б.** Конституционная юстиция и судебная власть 89

Конституционная практика: актуальные проблемы, исторические аспекты

- Хачатурян А.** Актуальные проблемы борьбы с преступностью в контексте построения правового государства, провозглашенного Конституцией РА 99
- Сафарян Г.** Некоторые аспекты судебной системы и правосудия в средневековой Армении 109

Информации, факты, сообщения

- XI Ереванская международная конференция 124
- Международная конференция «Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия». Москва, 26-28 октября 2006 г. 126

Новые книги о конституционном праве

- О новом двухтомном учебном курсе
С. А. Авакьяна «Конституционное право России».. 128

Contents

Actual Problems of the Constitutional Jurisdiction

- Zorkin V.** Integration of the European legal space: challenges and responses 5
- Papir H.-J.** Correlation between national constitutional right and European Convention of the Human Rights from the point of view of the Federal Constitutional Court of Germany 28
- Rosenfield M., Shayo A.** Prevalence of the liberal constitutionalism; scrutiny of the development of the right of freedom of speech in the new democracies... 36
- Strashun B.** Constitutional jurisdiction and judicial power 89

Constitutional practice; actual problems, historic aspects

- Khachatryan A.** Actual problems of fight against crime in the context of the construction of legal state declared in the RA Constitution 99
- Safaryan G.** Some aspects of the judicial system and justice in the Medieval Armenia..... 109

Information, Facts, News

- XI Yerevan International Conference 124
- International Conference "Common judicial space of Europe and practice of constitutional justice" Moscow, 26-28 October, 2006 126

New Books on the Constitutional Law

- S. Avakyan's new textbook in two volumes "Constitutional Law of Russia" 128

В. Зорькин

Председатель Конституционного Суда
Российской Федерации

Интеграция европейского правового пространства: вызовы и ответы*

Формирование единого европейского правового пространства

Основа европейского правового пространства - общее культурное и историческое наследие, схожая эволюция подходов к фундаментальным ценностям в различных странах. Основанные на этих плодотворных факторах рецепция римского права, внедрение романского права во многих странах и взаимное (трансграничное) влияние национальных правовых систем - все это определяло контуры правового поля в Европе на протяжении столетий.

Наш форум проходит в период, когда мир и Европа осмысливают итоги пятилетия борьбы с терроризмом. Именно пять лет назад - 11 сентября 2001 года фактически начался отсчет XXI века.

Точка отсчета оказалась весьма тревожной. Итоги борьбы с терроризмом, по оценкам практически всех экспертов, государственных и негосударственных, нельзя воспринимать с оптимизмом.

Мир стал не только не безопаснее, но, наоборот, он окутан новыми вызовами и угрозами.

Терроризм, незаконную миграцию, транснациональную организованную преступность повседневно ощущают на себе все европейские страны.

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

Мы не успели оценить пятилетие со дня 11 сентября 2001 года, как грянуло 9 октября 2006 года - ядерное испытание в Северной Корее.

То, что это событие произошло на Дальнем Востоке, не означает меньшей обеспокоенности европейцев.

У ядерного оружия нет границ. А его нелегитимное распространение может повлечь спонтанную реакцию, «принцип домино» в расширении ядерного клуба, попадание ядерного оружия к террористам.

Здесь нельзя не вспомнить, что грандиозный проект, который называется «Европейская интеграция», начался после второй мировой войны.

Именно тогда ответственные политики и эксперты ряда европейских государств (среди них К. Аденауэр, Ж. Моннэ, Р. Шуман и ряд других) поставили перед собой принципиальную задачу - сделать так, чтобы феномен вражды, который сопровождал европейскую историю на протяжении столетий, являясь генератором войн, был, наконец, преодолен.

Основная цель этого проекта состояла в том, чтобы увязать экономики некогда враждующих государств и сделать их политику взаимодополняющей настолько, чтобы воевать друг с другом стало противоестественно для их национальных интересов, а возникающие разногласия оказалось возможно решать только политическими и экономическими средствами исключительно в рамках права.

Одним из последствий экономической глобализации в мире стало дальнейшее спонтанное сближение различных правовых систем через их взаимодействие и взаимопроникновение в ходе международного общения, а также создание единых правовых пространств в рамках глубокой интеграции, осуществляемой рядом международных объединений (Евросоюз, Евразэс, Меркосюр). Другой не менее важной, чем экономическая глобализация, причиной формирования сходных правовых стандартов является гуманизация и социализация права, претворение в жизнь универсальной концепции прав человека.

К началу XXI века сложилось единое европейское правовое пространство и единая правовая стратегия.

Формирование единого европейского правового пространства - сложный и порой противоречивый процесс.

Прежде всего необходимо было обеспечить единое понимание и применение норм интеграционного права всеми государствами - участниками этого процесса. Важно было также определить принципы, на которых должны строиться взаимоотношения интеграционного права и национального права государств - членов интеграционных объединений. Наконец, необходимо было выработать механизм, обеспечивающий принципиальное разграничение юрисдикции национального и интеграционного права.

Современное европейское право - это относительно самостоятельная и автономная правовая система. Она включает в себя европейское интеграционное право (как регулятор на уровне Евросоюза - применительно к различным отраслям права) и европейскую систему защиты прав человека, действующую применительно к более широкому кругу субъектов на уровне стран-членов Совета Европы, объединяющим фактором для которых является Конвенция о защите прав человека и основных свобод.

Конвенция, при небольшом количестве ее статей и относительно «узком» непосредственном предмете, через ее толкование Европейским судом по правам человека влияет на множество государственных институтов стран-участниц, таких, например, как судебная система и судебное разбирательство. В условиях повсеместного распространения гармонизации и унификации права именно влияние общеевропейского права на право национальных государств остается наиболее сильным.

Однако сложно было бы отрицать, что влияние национального и европейского права взаимно: европейское право не сформировалось бы в своем нынешнем зрелом виде без активного использования сравнительно-право-

вого метода, без заимствования и передачи правовых идей и институтов, без импорта и экспорта права из страны в страну.

Европейское право всегда развивалось на базе национальных законов. Поэтому для понимания европейского права необходимо глубоко вникать в суть правовых систем и первоначальный смысл норм, которые «выросли» до норм европейского уровня, а оттуда уже возвращались на национальный уровень. Кроме того, в ряде случаев интернационализация норм и их развитие на национальном уровне по схожему пути в различных государствах идут параллельно, как это происходило с правами и свободами человека.

В XXI веке упрочение единства правового пространства Европы вплотную подошло к необходимости практического решения задачи интеграции европейского конституционного пространства.

Конституциализация прав и свобод как объединяющий фактор современного европейского правопорядка

Конституциализация и интернационализация основных прав и свобод, наряду с их социализацией, - типичные проявления современного конституционализма.

В Европе конституциализация основных прав и свобод проходила в несколько этапов. На первом из них в послевоенный период во многих европейских государствах были приняты «жесткие» конституции, в которых конституционный статус получила целая группа прав и свобод - как классических, свойственных «естественному праву», так и социальных. Следующий этап - учреждение конституционных судов как специальных органов конституционного контроля - в Италии и Германии по сути - впервые в послевоенной Европе; в Австрии и Чехословакии подобные органы уже были созданы ранее.

Феномен конституциализации и интернационализации основных прав и свобод в последние несколько десятилетий практически универсален. Писанные конститу-

ции и органы, наделенные правом оценивать конституционность законов, сейчас существуют в подавляющем большинстве европейских стран, среди которых страны Восточной Европы представляют новую волну присоединения, а также во многих странах других континентов.

Характерной чертой европейской конституциализации является возрастание роли конституционных и национальных судов, осуществляющих судебный контроль законодательства. Судебный контроль в конкретных случаях нарушения субъективных прав и свобод примененным законом призван гарантировать таким образом их реальную защиту, эффективность и доступность для всех в соответствии с общепринятыми конституционными европейскими стандартами. При этом обеспечивается также их гибкое истолкование, отвечающее ожиданиям современного общества.

В основе современной модели «централизованного» конституционного правосудия в его современном понимании лежит модель, закрепленная в Австрийской Конституции 1920 г. и воспроизведенная во многих послевоенных конституциях европейских государств. Среди причин создания «централизованного» конституционного правосудия в европейских странах, которые относятся к системе континентального (*civil*) права, традиционно называют разделение властей, отсутствие принципа *stare decisis* в судебных системах стран континентального права в том виде, в каком он существовал в классическом *common law*, а также непригодность для осуществления судебного пересмотра законодательства обычного судейского корпуса, действующего строго в рамках существующего писаного права и имеющего небольшие возможности по нормативному толкованию правовых предписаний. При этом нельзя отрицать, что теория разделения властей претерпела определенные изменения в течение XX столетия; принцип *stare decisis* также рассматривается сегодня в разных подходах и значениях применительно к странам континентального права и в той или иной степени, но признается. Однако *stare decisis* в отношении решений по конституционным

вопросам менее строго соблюдается, в том числе в США, поскольку, как известно, вопросы конституционного толкования требуют более гибкого и творческого подхода и истолкования.

Судебная защита - один из наиболее эффективных инструментов, обеспечивающих реальное действие прав и свобод, их эффективность и доступность для всех. Один из главных уроков прошедшего столетия, столь богатого драматическими событиями, диктатурами и революциями, заключается в отказе от декларативных прав и свобод, которые остаются только на бумаге и не являются доступными и эффективными для всех. Механизмом же их обеспечения и защиты - среди прочих судебных механизмов, но наиболее эффективным из них всех, является конституционное правосудие и его аналоги.

Следующим шагом в развитии этого механизма являлся переход к транснациональному судебному контролю в деятельности наднациональных судебных органов, таких как Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) в Страсбурге и Европейский суд правосудия в Люксембурге. Национальные конституционные суды в этих условиях вынуждены соразмерять свою деятельность с деятельностью таких наднациональных органов.

Существуют разные уровни наднационального контроля - от собственно Европейского союза, в который Россия не входит, до Совета Европы, более широкого объединения, охватывающего 46 стран и более 800 миллионов европейских граждан.

Как уже отмечалось выше, наиболее важным документом Совета Европы является Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Верховенство Конвенции над национальным правом прямо не провозглашается ни в самой Конвенции, ни в практике ее контрольного органа - Европейского суда. Более того, общепризнанным является дополнительный (субсидиарный) характер решений последнего по отношению к решениям национальных судов.

Вместе с тем, особая - наднациональная, общеевропейская - юридическая сила Конвенции и пос-

тановлений Европейского суда, наделенного правом официального толкования Конвенции, так или иначе признается всеми странами Европы.

Доктринальная основа системы прав и свобод как важнейших гуманистических ценностей отличается от страны к стране.

Но, несмотря на все расхождения, а иногда даже контрасты, есть нечто, объединяющее все страны, в которых имеет место феномен конституционализации и интернационализации основных прав и свобод: все нации восприняли идеалы права, которые, даже не будучи неизменными, тем не менее, представляют собой совокупность идей и представлений, стоящих над фантазиями законодателей, и конституционное правосудие в этом пространстве остается одним из самых мощных способов сохранения *status quo*.

Причины феномена конституционализации и интернационализации основных прав и свобод были многократно проанализированы в европейских странах. Для России это явление относительно новое. Все более вовлекаясь в общемировые процессы во всех областях - будь то экономические связи, культурное взаимодействие или окружающая среда, мы оказываемся в водовороте различных явлений и процессов, которые не имеют национальных границ. **Следовательно, мы должны использовать адекватные правовые инструменты, которые не ограничиваются национальным правовым полем.**

Европейские стандарты прав и свобод человека меняют не только подход к конкретным правовым институтам - они меняют национальную правовую культуру. Это, конечно, требует длительного времени.

К великому сожалению, даже среди практикующих юристов не редки случаи проявления неприкрытого нигилизма по отношению к решениям Конституционного Суда и к связанности России Конвенцией и решениями Страсбургского суда. В качестве примера приведу лишь одно из положений недавно защищенной диссертации: «Вступление России в Совет Европы и ратификацию

Конвенции о защите прав человека и основных свобод можно оценить как шаги социально необоснованные, декларативные, преждевременные, т.е. как типичные проявления квазидемократической либеральной эйфории 90-х годов прошлого века».

Для преодоления таких явлений, очевидно, требуется коренная трансформация правосознания общества, в том числе практикующих юристов.

Сейчас Конституционный Суд России сталкивается с теми проблемами, с которыми конституционные суды европейских государств сталкивались лет 30 назад: прежде всего - это проблема «конституциализации» сознания не только рядовых граждан, но и юристов, должностных лиц государства и даже судей других судов.

Главный критерий демократии - это не только наличие демократических институтов, таких как парламент, свободные выборы, независимые суды и независимые СМИ, но и, в конечном счете, реальная степень свободы в рамках права. Здесь можно вспомнить знаменитое высказывание одного из судей Верховного Суда США (*Judge Hand*): «Я часто задумываюсь, не слишком ли большие надежды мы возлагаем на конституции, законы и суды. Поверьте, это тщетные надежды. Свобода живет в сердцах людских; если она умирает в них, никакая конституция, никакой закон и никакой суд не в силах ее спасти». Поэтому можно утверждать, что соблюдение фундаментальных прав и свобод едва ли не в большей степени зависит от уровня правосознания народа, от укоренившихся традиций, образования и воспитания людей, нежели от наличия писаной конституции и международных деклараций. Следует вспомнить при этом, что такие страны, как Великобритания или Израиль, не имеют писаных конституций. Даже при наличии необходимых потенциальных инструментов защиты прав человека и гражданина, - таких как закрепление этих прав непосредственно в конституциях, а также функционирование судебных органов, включая судебный контроль за действиями органов государственной власти и возможность судебной проверки конституционности законов, - все же

реальное воплощение такого рода актов в жизнь и адекватность правоприменительных, в том числе судебных, решений на их основе, зависит, в конечном счете, от правосознания законодателей и правоприменителей, их профессионализма и чувства ответственности, с одной стороны, и от правосознания рядовых граждан и их способности отстаивать свои права и бороться за них - с другой.

В связи с этим необходимо подчеркнуть, что судьба свободы и демократии в сегодняшних условиях во многом зависит от способности Европы решить проблему обеспечения и защиты социальных прав. Конвенция по защите прав и основных свобод, как известно, не регулирует этот вопрос. Между тем, в ряде континентальных конституций, к ним относится и Конституция России, закреплен принцип социального государства и каталог этих прав. В настоящее время социальные права - вследствие разнообразных причин, в том числе в связи с обостряющейся проблемой миграции - все более оказываются в центре внимания не только в России и других странах Восточной Европы, но и на всем континенте в целом. Нищему народу, как известно, не нужна демократия. Мы говорим о вызовах свободе и демократии - о терроризме, транснациональной преступности, экологическом кризисе, опасности распространения ядерного оружия. К этим вызовам относится и проблема защиты социальных прав.

Разрешая дела о соответствии Конституции законов и иных нормативных правовых актов, споры о компетенции между органами государственной власти, **Конституционный Суд по существу является высшим органом судебной власти по вопросам конституционного права**, т.е. в сфере судебной защиты конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечения верховенства и прямого действия Конституции на всей территории России.

Чем чаще законодательная и исполнительная власть своим нормативным регулированием вмешиваются в осуществление прав граждан, тем более оправданным

является действие противовеса в виде судебной власти для защиты прав и свобод человека и гражданина в соответствии с общеевропейскими стандартами, выраженными в Конвенции.

Место и значение международных норм, в том числе Конвенции и основанных на ней решений Европейского суда по правам человека, в правовой системе России определяется положениями Конституции.

Конституция, в соответствии с частью 1 ее статьи 15 имеет высшую юридическую силу, ей не могут противоречить законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации. В то же время, согласно Конституции РФ основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения; права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации признаются и гарантируются согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией (части 1 и 2 статьи 17); эти принципы и нормы, а также международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы; при этом международный договор имеет приоритет перед законом в случае их коллизии (часть 4 статьи 15).

Отсюда следует, что положения Конституции, закрепляющие конкретные права и свободы человека и гражданина, должны в соответствии с Конституцией толковаться Конституционным Судом согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. В том числе, следовательно, - согласно общепризнанным стандартам в сфере основных прав и свобод, в том виде как они выражены в Конвенции в ее истолковании Страсбургским судом. По данному вопросу Конституционный Суд Российской Федерации в своих решениях выработал соответствующие правовые позиции и будет неуклонно придерживаться их в своей деятельности.

Российская Конституция (статьи 15, 17, 125) включает в себе механизм, позволяющий вводить в отечественную правовую систему новые принципы

и нормы, равно как и международные договоры по мере их возникновения, а также обновлять существующие - по мере их развития.

В настоящее время Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод инкорпорирована в правовую систему России. Конвенция вступила в силу для России 5 мая 1998 г.

В заявлении, сделанном при ратификации Конвенции, было сказано, что Россия «признает ipso facto и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации». Как одна из Высоких Договаривающихся Сторон, Россия связана обязательством, предусмотренным частью 1 статьи 46 Конвенции, исполнять окончательные постановления Европейского суда по правам человека по спорам, в которых она является Стороной (Федеральный закон №54-ФЗ от 30 марта 1998 г.).

Российское государство, подписавшее Конвенцию, признает взятые на себя ограничения и подчиняется правам человека, принципам правового государства и демократии - как это следует из Российской Конституции, которая была принята еще в 1993 г. Именно поэтому Конституционный Суд в своих решениях уже тогда ссылался на Конвенцию.

Следовательно, права и свободы, закрепленные ЕКПЧ, поскольку она является международным договором, и решения Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), - в той степени, в какой они выражают общепризнанные принципы и нормы международного права, - являются составной частью российской правовой системы.

Регулирование прав и свобод человека в России осуществляется прежде всего Конституцией, а кроме того - основанными на ней законами. Однако такое регулирование не должно противоречить Конвенции. Задача рос-

сийских судов и в том числе Конституционного Суда - гарантировать права человека, будь то свобода прессы, гарантии собственности, неприкосновенность личности, права человека в сфере уголовного процесса и т.д. Конституционный Суд защищает основные права, предусмотренные Конституцией, которые по существу такие же, как права человека в Конвенции, за соблюдением которой следит Страсбургский суд. И Конституция, и Конвенция исходят из того, что общепризнанные в современном правовом государстве основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения и не могут быть отменены.

Вследствие этого Конвенция занимает особое место по сравнению с традиционными нормами международного права и международными договорами. И Европейским судом, и господствующей среди юристов доктриной она характеризуется как **конституционно признаваемый на национальном уровне инструмент Европейского правового порядка**. Уникально место Конвенции и в России. На основании статьи 15 Конституции Конвенция включена в российскую правовую систему в качестве международного договора, имеющего приоритет над внутренним законодательством. В то же время можно утверждать, что **в России Конвенция - в силу статьи 17 Конституции - действует в качестве конституционного инструмента признания и защиты прав и свобод человека и гражданина, т.е. в качестве конституционного права**.

Обе оговорки, сделанные Россией при ратификации Конвенции, о временном сохранении внесудебного ареста, задержания и содержания под стражей согласно действовавшему в то время Уголовно-процессуальному кодексу и Дисциплинарному уставу Вооруженных Сил были *de facto* сняты решениями Конституционного Суда. Законодатель исполнил эти решения путем внесения соответствующих поправок в оба акта.

Кроме того, в соответствии с частью 2 статьи 20 Конституции «смертная казнь впредь до ее отмены может устанавливаться федеральным законом в качестве исклю-

чительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни при предоставлении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей». Подписывая Конвенцию, Россия подписала и Протокол № 6, соответствующие статьи которого об отмене смертной казни имеют силу дополнительных статей к Конвенции. Хотя Россия до сих пор не ратифицировала данный Протокол и не подписала Протокол № 13 к Конвенции, в то же время в силу решения Конституционного Суда от 2 февраля 1999 года суды не могут выносить приговоры, предусматривающие смертную казнь. **В результате этого в России после присоединения к Конвенции никто не может быть приговорен к смертной казни или казнен.**

Таким образом, в свете европейской конституциализации прав и свобод вопрос о соотношении Конвенции как наднационального правового акта и национальной Конституции намного глубже, многограннее и сложнее, нежели просто вопрос об их месте в формальной иерархии нормативных правовых актов. Конституция - в силу принципа господства права (правового государства) - предполагает необходимость признания и защиты фундаментальных прав и свобод, прирожденных и неотчуждаемых по своей природе, и недопустимость их нарушения и отмены. Каталог основных прав и свобод в своем ядре - как в Конвенции, так и в Конституции - по сути одинаков. Поэтому можно утверждать, что **в процессе интеграции европейского конституционного пространства Конвенция в то же время - в силу конституционного развития России на основе Конституции 1993 года становится по сути частью Конституции. Именно из этого исходит Конституционный Суд в своих решениях и правовых позициях. А в целом в рамках Большой Европы Конвенция *de facto* превращается в общую европейскую, договорную по своему происхождению, Конституцию основных прав и свобод человека.**

Интеграция европейского конституционного пространства и государственный суверенитет

Процесс интеграции европейского конституционного пространства весьма сложен и противоречив. Об этом говорят трудности принятия Европейской Конституции.

Поиск оптимальных вариантов интеграции конституционного пространства в Европе обусловил переосмысление фундаментальных концепций, которые на протяжении последних двух столетий доминировали в политической и правовой философии. В первую очередь, это касается концепции государственного суверенитета, которая лежит в основе верховенства национальных конституций, является краеугольным камнем миропорядка, сложившегося именно в результате однонаправленного волеизъявления суверенных государств.

Вопрос о содержании современного суверенитета, его соотношении с принципами демократии и верховенства права, с наднациональными инструментами - являлись центром дискуссии среди юристов и политологов во многих европейских странах.

Не обошли они и Россию. Произошло это в ходе активного обсуждения пути дальнейшего развития страны, выбора системы ценностей, которая ляжет в основу такого пути, и в этой связи - вопроса о том, в какой степени этот путь предполагает вовлечение в процессы глобализации и не означает ли такое вовлечение отказ от одного из главных проявлений демократического, правового государства - его суверенности?

Несмотря на глубокие и многочисленные изменения, происходящие в мире в конце XX - начале XXI века, государственный суверенитет остается основой конституционного строя большинства государств. Принципы государственного суверенитета, положенные в основу Вестфальских мирных договоров, остаются незыблемыми, в том числе и в конституционном строе Российской Федерации. Это - верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти на территории государства, независимость в международном общении, обеспечение цело-

стности и неприкосновенности территории. **Новотличие от ситуации, сложившейся после заключения Вестфальского мира в 1648 году, сегодня реальный объем суверенитета, осуществляемого непосредственно самим государством, меняется. В целях решения глобальных и трансконтинентальных проблем европейские государства добровольно передают осуществление части своих полномочий на уровень наднациональных структур и реализуют идею объединенных наций (United Nations) и объединенных суверенитетов (Joint Sovereinties, «pooling» Sovereinties).**

Сейчас много говорят о необходимости пересмотра ряда международно-правовых норм и принципов. В первую очередь, это касается пункта 7 статьи 2 главы I Устава Организации Объединенных Наций, в котором провозглашается принцип невмешательства «во внутреннюю компетенцию любого государства».

При этом, однако, нельзя забывать, что сама ООН возникла и существует только благодаря воле суверенных государств, которые поставили цель не допускать впредь всемирных катастроф, подобных второй мировой войне.

ООН является наследницей Вестфальской политической системы, в рамках которой сформировались и начали активно действовать первые межправительственные и международные неправительственные организации.

Две мировые войны XX века не смогли поколебать эту систему, существенно окрепшую после создания ООН.

Поэтому ООН по своей природе не может быть использована как инструмент, вытесняющий принципы Вестфальской системы из международных отношений, так как это мгновенно приведет к кризису организации и ее разрушению.

Даже трудно представить себе, какие последствия ожидают человечество при смене существующих механизмов обеспечения глобальной безопасности в условиях расширения террористической угрозы и распространения ядерного оружия.

В начале XXI века, и особенно после событий 11 сентября 2001 года, возникла самая серьезная и самая ве-

роятная угроза существованию Вестфальской системы, а значит, и самих основ конституционного устройства суверенных государств. Вестфальскую систему атакуют, ссылаясь прежде всего на неспособность национальных государств гарантировать права человека и обеспечить эффективное управление в условиях глобализации.

Жизнь показывает, что отказ от суверенитета одних на практике лишь укрепляет суверенитет кого-то другого, кто присваивает себе право действовать во имя «всеобщих» интересов.

Но если бы эти односторонние действия приносили положительные результаты!

Но, к сожалению, мы этого не видим ни в Афганистане, ни в Ираке, ни в ряде других «горячих точек». Народ в этих странах не только не стал более свободен, наоборот, с каждым днем ситуация опускается там ниже всех планок цивилизационного существования.

Конституция России с ее базовыми ценностями, с одной стороны, признает верховенство, приоритет международного права над национальными законами. И это прежде всего признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. А с другой стороны, **Конституция закрепляет суверенитет Российской Федерации, т.е. суверенитет России как государства, как Нации, соединенной с другими суверенными и равноправными Нациями в рамках ООН. На этом принципе основано участие России в интегративных структурах Европы.**

При этом Конституция провозглашает суверенитет России как демократического и правового государства. Вне такого конституционного контекста демократии и господства права суверенитет России, равно как и других европейских государств, не может быть интерпретирован. **Конституция не допускает, чтобы суверенитет государственной власти использовался вопреки принципам демократии и господства права.**

Конечно, в жизни бывает всякое, есть и дурная практика, но этим не умаляется ценность самих принципов.

Мы говорим о демократии и суверенитете как о юридически должном - как общепризнанных принципах современного миропорядка и одновременно как основополагающих принципах конституционного строя России.

Разумеется, суверенитет не помещен в «политический холодильник». Он эволюционирует вместе с развитием государства и общества. Что такое Ялтинская система? Что такое ООН? Это не что иное, как модификация Вестфальской системы в новых условиях.

Лишь суверенитет дает формально-юридически одинаковую, равную возможность всем государствам быть и развиваться в нынешнем мире. А как сами государства фактически реализуют этот принцип на практике - это вопрос практической политики, политического искусства. Здесь может быть по-разному, в том числе и в России - в рамках нашей Конституции. Де-факто сейчас уровень суверенности Соединенных Штатов и других стран, в том числе и России, видимо, разный.

Обеспечение суверенитета требует наличия сильного государства. Нельзя не согласиться с Фрэнсисом Фукуямой, который в своей последней книге «Сильное государство» особо подчеркнул, что ослабление роли государства во многих странах, либерализующих экономику, «привело экономику к худшему состоянию, чем она была бы без этих реформ».

Но, одновременно, демократическое и правовое государство в современном мире не может быть полностью, абсолютно суверенным в первозданном понимании этого слова.

Должно ли государство - Россия быть «государством-крепостью»?

В плане защиты государственных границ, обеспечения национальной безопасности в столь нестабильном мире - безусловно, да!

Но быть государством-крепостью в современных условиях интернационализации прав и свобод человека, интернационализации современной экономики, финансовых потоков, в системе современных международных отношений в целом, конечно же, нельзя.

Отгороженное от внешнего мира рвами, частоколом и новым «железным занавесом», государство - это путь к стагнации, загниванию. Это выброс на периферию. Это маргинализация государства.

Гипертрофированное понимание суверенитета способно привести к отрицанию международно-правовых обязательств России, прежде всего в сфере прав и свобод человека. Согласно Конституции (статья 2) человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Причем это положение относится к основам конституционного строя и не может быть пересмотрено законодателем. Значение Конституции заключается прежде всего в том, что она не допускает растворения суверенитета в интересах, чуждых демократии, справедливости и праву. Не допускает, чтобы суверенитет использовался в ущерб человеку, его правам и свободам, которые - согласно Конституции - являются высшей ценностью. Напомним, что это положение относится к основам конституционного строя Российской Федерации.

В этой непростой системе координат в соответствии с Конституцией Россия, отстаивая свой суверенитет и связанные с ним национальные интересы и безопасность. Вместе с тем должна гибко участвовать в процессе глобализации. Обеспечить достаточный уровень открытости миру. Брать на вооружение эффективные зарубежные системы управления и правовые механизмы, их обеспечивающие. Адекватная степень открытости в современном мире является необходимым средством развиваться, модернизировать экономику на основе новейших научно-технических достижений, развивать информационные и биотехнологии, осуществлять международную торговлю. Но не только. Самое главное - открытость, участие в наднациональных структурах в эпоху интернационализации прав и свобод человека служит лучшей и необходимой формой их защиты и обеспечения.

Но от этого не утрачивается значение суверенитета. Каждый раз, на каждом новом историческом этапе этот принцип приходит в новом облике. **В глобализирующемся мире для решения вставших перед Европой и**

насеменяющими ее народами задач требуется не разрушение суверенитетов, а их объединение. Именно на основе объединенных суверенитетов наращивается интеграция европейского конституционного пространства.

Конституционные суды распространяют свои полномочия далеко за пределы Европейского союза. Задача российского и европейского конституционного правосудия - стать инструментом и стержнем этой интеграции перед лицом вызовов и угроз XXI века.

V. Zorkin

*President of the Constitutional Court
of the Russian Federation*

Integration of the European legal space: challenges and responses

First of all it was necessary to ensure the monosemantic interpretation and application of legal norms by all the participating states. It was also highly important to set out principles which the relationships between integration law and national laws of Member States should be based on. Finally, it was necessary to create a mechanism ensuring the division of jurisdiction areas between national and integration laws. Present-day European law is a relatively independent and autonomous legal system; it includes European integration law and European system of protecting human rights.

The European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms despite of a small number of its articles and relatively narrow subject dealt with, through its interpretation given by the European court of Human Rights, impacts a big number of state institutes of Member States, e.g. judicial organization and justice. In the era of harmo-

nization and unification of law, which is common, European law influences national law in a most effective way.

But we could not deny that this influence and this impact is a two-way street: European law would not have developed to its modern state without active use of comparative legal methods, without transmission and reception of legal ideas and institutes, without import and export of law from country to country.

Constitutionalization and internationalization of human rights and freedoms, together with their socialization, are typical dimensions of modern constitutionalism.

In Europe the development of the constitutionalization of fundamental rights and freedoms occur in 3 main stages. The first was marked by the adoption in the after World-War II period in many European countries of "rigid" constitutions, setting out a catalogue of rights and freedoms getting constitutional status. These rights and freedoms included both classical ones, intrinsic to the "natural law" and those of a new generation called social. In the next stage the constitutional courts were established as special bodies of constitutional control - in Italy and Germany for the first time in after-war Europe; in Austria and Czechoslovakia a kind of these bodies were previously created.

The phenomenon of constitutionalization and internationalization of fundamental rights and freedoms has almost universal during been the last decades. Written constitutions are adopted and special bodies exercising judicial review of legislation exist in most European countries, including Eastern-European countries of a "new wave", as well as many other countries on other continents.

An intrinsic feature of European constitutionalization is the increasing role of constitutional and supranational courts, exercising judicial review of legislation. Judicial review intervenes in specific cases of a person's rights and freedoms violated by a law applied, and its goal is to guarantee their real protection, effectiveness and accessibility for everyone in accordance with the generally recognized constitutional European standards.

European standards of human rights and freedoms not

only impact a national approach to the understanding of particular legal institutes - they change the European legal culture. It certainly requires rather a long period of time.

The main criteria of democracy are not only the existence of traditional democratic institutions like parliament, free elections, independent courts and independent press, but a real degree of freedom within the legal framework.

It should be underlined in this connection that the fate of freedom and democracy at present depends on the Europe's ability to resolve the problem of ensuring and protection of social rights. As it is well known, the European Convention does not regulate this issue. Meanwhile, in some continental constitutions, the Russian Constitution among them, the principle of social state and the catalogue of these rights are fixed. At present for different reasons, including the aggravating problem of migration, social rights gain more and more attention not only in Russia and other countries of the Eastern Europe, but in the continent as a whole. Institute people do not need democracy. We speak today about challenges to freedom and democracy - such as terrorism, transnational crime, ecological crisis, danger of proliferation of the nuclear weapons. The problem of protection of social rights also belongs to these challenges.

When deciding cases on compatibility of laws and other statutes with the Constitution, competence disputes between state bodies, the Constitutional Court acts as the highest judicial body on the matters of constitutional law, i.e. in the area of judicial protection of constitutional regime, fundamental human and citizen's rights and freedoms, ensuring the supremacy and direct action of the Constitution on the whole territory of Russia. The more legislative and executive powers by means of their normative regulation interfere in human and citizen's rights realization the more justified is the reaction of judicial power to protect these constitutional rights and freedoms in compliance with general European standards ensured in the Convention.

Therefore, the Constitution provisions envisaging specific human and citizen's rights and freedoms, in accordance with its norms, must be interpreted by the Constitutional

Court according to generally recognized principles and norms of international law. This is true as well as for the general standards in the field of protecting fundamental rights and freedoms, as they are set out in the European Convention and in its interpretation by the European Court of Human Rights. The Constitutional Court of Russia has worked out its respective legal positions which are to be followed in its further activities.

The Russian Constitution (articles 15, 17, 125) embodies a mechanism permitting to introduce new principles and norms, as well as international treaties, as they arise, into domestic legal system, as well as to update the existing ones as they develop.

As a Party to the Convention, Russia adheres to self-imposed restrictions and abides by human rights, and by principles of the rule-of-law state and of democracy, as it is set out in the Constitution of the Russian Federation adopted in 1993. That is why the Constitutional Court in its judgments has been referring to the Convention from the very adoption of the Constitution.

Integration of European constitutional space is a complex and ambivalent process. One of the proofs of it are difficulties with adoption of the Euroconstitution.

Seeking for optimum ways of integration of European constitutional space caused a different assessment of prevailing views reigning for about two centuries on political and legal philosophies. First of all, it concerns the concept of State sovereignty, which is a foundation of national constitutions supremacy and has always remained a cornerstone of world order, as a result of unanimous wills of sovereign states.

The core of the discussion held by numerous European legal and political scientists was a question of present-day sovereignty content and its correlation and interaction with democracy and supremacy of law principles as well as with supranational regulations.

The Russian Constitution with its basic values, on the one hand, enshrines the supremacy and priority of international law over the national legislation. First of all, it concerns

recognition, realization and protection of human rights and freedoms in accordance with the generally recognized principles and norms of international law. On the other hand, the Constitution ensures the sovereignty of the Russian Federation as a State and as a Nation united with other sovereign and equal nations within the UN. This principle determines Russia's membership in integrated European organizations.

The sovereignty of Russia as a democracy and Rule of Law State is enshrined by the Constitution. Out of these constitutional principles of democracy and Rule of Law the sovereignty of Russia as well as other European states, may not be construed. The Constitution does not allow the use of State powers sovereignty in violation of these principles of democracy and Rule of Law.



Х. -Ю. Папир
Председатель Федерального
Конституционного Суда Германии

**Соотношение между национальным
конституционным правом и Европейской
конвенцией о защите прав человека с
точки зрения Федерального
Конституционного Суда Германии***

I. Введение

Позвольте мне сначала от всего сердца поблагодарить за возможность быть сегодня здесь в Москве. Общее европейское правовое пространство и практика конституционного судопроизводства - это главные темы данной Международной конференции, проводимой Конституционным Судом Российской Федерации. Мой доклад находится в известной степени в точке пересечения этих тематических областей: он касается вопросов соотношения национального конституционного права, с одной стороны, и Европейской конвенции о защите прав человека, с другой стороны, основываясь при этом на точке зрения Конституционного Суда Федеративной Республики Германия, т. е. на практике Федерального Конституционного Суда.

Суды вырабатывают правовые воззрения не «сами по себе» или абстрактно, а рассматривая конкретные дела. Поэтому, высказывая свои соображения, я буду опираться на два судебных разбирательства, которые привели к решениям как Федерального Конституционного Суда, так и Европейского суда по правам человека. В одном случае речь идет о деле *Каролины фон Ганновер (Caroline*

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

von Hannover), предметом разбирательства которого являлись вопросы разграничения права на защиту личной и семейной жизни и свободы печати. Второе дело касалось права отца на общение со своим внебрачным ребенком, живущим у приемных родителей. В качестве условного обозначения данного дела получила распространение известная из решения Суда по правам человека фамилия заявителя - *Гёргюлю (Görgülü)*. Для отношений между Карлсруэ - местонахождение Федерального Конституционного Суда - и Страсбургом важным является, прежде всего, Определение Второго сената Федерального Конституционного Суда от 14 октября 2004 года по делу *Гёргюлю (BVerfGE 111, 307)*¹.

II. Соотношение Европейской конвенции о защите прав человека и Основного Закона ФРГ

В Определении по делу *Гёргюлю* говорится сначала о том, что связанность законом и правом, как она предписывается пунктом 3 статьи 20 немецкой Конституции - Основным Законом - всем представителям государственной власти Германии, включает в себя также гарантии Конвенции о защите прав человека и основных свобод и решения Суда по правам человека. В рамках этой связанности нарушение последних может тем самым посягать на основные права Основного Закона в сочетании с принципом правового государства. В этом простом предложении заключен существенный шаг вперед по сравнению с прежней практикой Федерального Конституционного Суда. Так как Европейская конвенция о защите прав человека обладает внутри правовой системы Германии «всего лишь» статусом простого федерального закона. Поэтому предусмотренные Конвенцией гарантии не образуют непосредственно действующий критерий конституционно-судебной проверки. Хотя уже согласно более ранней практике Федерального Конституционного Суда текст Конвенции и решения Суда по пра-

¹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - Решения Федерального Конституционного Суда, первое число - номер тома, второе - первая страница соответствующего решения (прим. перев.).

вам человека использовались при установлении содержания и пределов действия основных прав Основного Закона. Новым же является то, что заявители могут теперь жаловаться в Федеральный Конституционный Суд, ссылаясь при этом на основные права Основного Закона в сочетании с принципом правового государства и на нарушение Европейской конвенции о защите прав человека или на неисполнение решений Суда по правам человека со стороны публичной власти Германии. Федеральный Конституционный Суд сделал тем самым Конвенцию, несмотря на ее статус простого федерального закона, критерием конституционно-судебной проверки, поскольку государственные органы, несмотря на их связанность действующим правом, не соблюдали ее как закон, имеющий конституционно-правовое значение.

Я считаю, что внутригосударственное действие Конвенции в Германии таким образом оказывается сильнее, чем в некоторых других государствах, в которых за Конвенцией о защите прав человека хотя и признается конституционный статус или приоритет перед простыми законами, но в которых граждане не имеют возможности подать индивидуальную жалобу в национальный конституционный суд.

Во-вторых, в Определении по делу *Гёргюлю* говорится о том, что к связанности законом и правом «[относится] также принятие во внимание предусмотренных Европейской конвенцией о защите прав человека гарантий и решений Европейского суда в рамках методически приемлемого толкования закона. Как оставление без должного внимания решения Суда, так и его (*решения*) схематическое «исполнение», нарушающее пользующееся приоритетом право, могут поэтому нарушать основные права в сочетании с принципом правового государства». Федеральный Конституционный Суд - и это то положение, которое привлекло к себе определенное внимание юридической общественности - требует не строгого соблюдения решений Европейского суда, а «принятие во внимание». Данную судебную практику я хотел бы Вам немного прокомментировать.

В достаточно абстрактной форме этот комментарий звучит так - я цитирую из решения по делу *Гёргюлю*: «Основной Закон стремится приобщить Германию к правовому сообществу миролюбивых и свободомыслящих государств, не отказываясь, однако, от суверенитета, зафиксированного в немецкой Конституции, имеющей право последнего слова. В этом отношении нет противоречия цели приверженности нормам международного права, если законодатель в виде исключения» - и это словосочетание «в виде исключения» является здесь ключевым - «не соблюдает международное договорное право, поскольку только таким образом можно предотвратить нарушение основополагающих конституционных принципов» (BVerfGE 111, 307, 319). В отношении же Европейской конвенции о защите прав человека при этой конституционно-правовой оговорке о суверенитете речь идет - позвольте мне это особенно подчеркнуть - скорее о теоретической оговорке, так как такого толкования и применения Конвенции о защите прав человека, которое было бы несовместимо с основополагающими принципами немецкой Конституции, до сих пор не было; и я даже не могу представить себе такой случай.

Следующий аспект касается правовых последствий решений Европейского суда по правам человека согласно пункту 1 статьи 46 ЕКПЧ. Так как пункт 1 статьи 46 ЕКПЧ говорит - в полном соответствии с общепризнанными принципами международного публичного права - только об обязательности для государства-участника Конвенции окончательного постановления по делу, в котором оно является стороной, касательно конкретного предмета спора, ЕКПЧ ведет себя, стало быть, в принципе индифферентно по отношению к внутригосударственному правопорядку. Как решения Суда по правам человека будут осуществляться на практике - это является, в первую очередь, делом соответствующего государства-участника Конвенции.

Оба названных аспекта Определения Федерального Конституционного Суда по делу *Гёргюлю* связывает друг с другом в ряде общих принципов и максим, которыми

должны руководствоваться немецкие суды, «принимая во внимание» решения Суда по правам человека. «Принимать во внимание», как говорится (в *Определении*), «значит принимать к сведению и применять в конкретном деле соответствующее положение Конвенции в толковании Европейского суда в той степени, в какой такое применение не нарушает вышестоящее по юридической силе право, в частности, конституционное право» (BVerfGE 111, 307, 329). Кроме того, действует правило: «До тех пор пока в рамках действующих методических стандартов открыты просторы для толкования и всесторонней оценки, немецкие суды обязаны отдавать предпочтение толкованию в соответствии с Конвенцией» (BVerfGE 111, 307, 329).

Если речь идет о двухполюсных правоотношениях между государством и гражданином, будет - я бы хотел это также особенно подчеркнуть, - как правило, существовать или являться достижимым созвучие между правом Конвенции и немецким конституционным правом, в частности, основными правами. В подобных случаях «обязанность принимать во внимание» сводится в рамках практического правоприменения к внутрисударственному «соблюдению» Европейской конвенции о защите прав человека или, соответственно, к «соблюдению» решений Европейского суда по правам человека.

Что-то иное может между тем иметь в виде исключения место тогда - как это и было в деле *Гёргюлю* так же, как и в деле *Каролины фон Ганновер*, - когда решение Суда по правам человека наталкивается на сбалансированную подсистему внутрисударственного права, которая стремится создать равновесие между противоречивыми конституционно-правовыми позициями в отношениях граждан друг с другом, как это происходит, например, в семейном праве или в праве, направленном на защиту личности.

Решения Европейского суда по правам человека касаются только двусторонних отношений между заявителем и государством-участником Конвенции. Третьи заинтересованные лица - например, как в деле *Гёргюлю*,

приемные родители или ребенок - не являются, напротив, участниками процесса, так что их правовые позиции и интересы не всегда могут полностью отображаться и доводиться до сведения при разбирательстве дела в Суде по правам человека. Именно в подобных случаях является тогда задачей компетентного национального суда приспособить решение Суда по правам человека к дифференцированной систематике соответствующей правовой подсистемы. Однако и в этих случаях многополюсных правоотношений, затрагивающих основные права, должна в полной мере учитываться правовая оценка, данная Страсбургским судом. Однако она должна быть дополнена с учетом прав не участвовавших в судебном производстве в Страсбурге лиц и приспособлена таким образом к максимально взвешенному (*учитывающему интересы всех заинтересованных лиц*) решению. Поступать таким образом выглядит из внутрисударственной перспективы вполне естественным; также и Федеральный Конституционный Суд принимает в сопоставимых случаях окончательное решение не сам, а направляет дело в суды нижестоящих инстанций для повторного рассмотрения с учетом высказанной Федеральным Конституционным Судом правовой позиции.

II. Перспективы улучшения разграничения полномочий между Европейским судом по правам человека и национальными конституционными судами

Тем самым, я перехожу к выводам, которые я бы хотел сделать с позиции Федерального Конституционного Суда применительно к соотношению Европейской конвенции о защите прав человека и конституций государств-участников и, соответственно, к соотношению Европейского суда по правам человека и национальных конституционных судов.

Я считаю, это является равным образом задачей как национальных конституционных судов, так и Европейского суда по правам человека - противостоять искушению чересчур сильно вмешиваться в решения по конкретным делам, выступая тем самым в роли вышестоя-

щей судебной инстанции по отношению к соответствующим специализированным судам и напрямую проникая в компетенцию специализированных судей. Объем проверки при осуществлении контроля за решениями специализированных судов, в частности, в сфере многополюсных частно-правовых правоотношений, должен быть сдержанным, не должна, в частности, подвергаться проверке правильность решения специализированного суда на предмет его соответствия простому праву, а контроль должен ограничиваться заявленными возражениями по поводу нарушений специфического конституционного права или, соответственно, специфических гарантий прав человека. Конституционные суды должны вмешиваться, если при толковании и применении простого права специализированными судами обнаруживаются ошибки, основывающиеся на принципиально неправильном понимании значения какого-либо основного права или какого-либо права человека и имеющие также в своем материальном смысле большое значение для конкретного судебного дела. Это правило касается, прежде всего, дел с противоречивыми позициями, затрагивающими права человека.

Я бы хотел видеть роль Страсбургского суда в этом смысле прежде всего в том, что он принимает указывающие направление принципиальные решения, гарантирует общеевропейский стандарт защиты прав человека и обеспечивает соблюдение этого стандарта во всех государствах-участниках Конвенции - даже и особенно в тех государствах, в которых это до сих пор еще не всегда так. Благодаря такому пониманию (*роли Суда*), которое не в последнюю очередь также позволило бы сильно загруженному Суду по правам человека сконцентрироваться на особенно важных и чрезвычайно актуальных делах, из большого количества гарантий прав человека и большого количества возможностей судебной защиты в общеевропейском правовом пространстве граждане извлекли бы в области защиты основных прав реальную и существенную выгоду.

V. Заключение

Принятие и действие Европейской конвенции о защите прав человека - это достижение, которым мы в Европе можем по праву гордиться. То же самое можно сказать и по отношению к учреждению Европейского суда по правам человека в Страсбурге. При всем этом согласование европейского и национальных правовых порядков и конституционных строев - прежде всего, в области защиты основных прав и прав человека - надо улучшать и далее. Это относится как к материально-правовым гарантиям, так и к вопросам компетенции и производства в соответствующих судах. Не максимально возможное расширение компетенции, а функционально правильная и эффективная - и вместе с тем не в последнюю очередь также в соразмерный срок завершенная - судебная защита граждан должна быть при этом мерой вещей.



М. Розенфельд
профессор Школы права
Бенджамина Кардозо (Нью-Йорк)

А. Шайо
профессор Центрально-Европейского
университета (Будапешт)

Распространение либерального конституционализма: изучение развития прав свободы слова в новых демократиях*

1. Введение

Во второй половине двадцатого века мир стал свидетелем нарастающего процесса перехода от авторитарных режимов и колониального правления к конституционным демократиям практически во всех его уголках. Этот процесс начался в конце 1940-х годов в Германии, Японии, Индии, Пакистане и Израиле и продолжился спустя десятилетия в Греции, Португалии и Испании. В конце 1980-х гг. он получил распространение в Центральной и Восточной Европе, за этим последовало падение ряда диктаторских режимов в странах Латинской Америки. Возникновение этих различных форм перехода было вызвано, а также наложилось на различные конституционные традиции, как-то американские, британские, французские, и позднее немецкие. На протяжении всего процесса имел место «экспорт» конституциональных норм устоявшимися конституционными демократиями и их «импорт» в новые демократии. Некоторые из таких норм несомненно были либеральными, другие не очень.

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

В данной главе мы производим оценку фактора пересадки либеральных конституциональных норм для распространения и укрепления либерального конституционализма. Достаточно ли простого импортирования таких норм для того, чтобы проложить дорогу для либерального конституционализма? Или же для их успешного переноса должны преобладать или позднее развиваться определенные предпосылки? Может ли импортирование либеральных конституциональных норм оказать значительное воздействие, независимо от одновременного импортирования таких нелиберальных конституциональных норм, основанных на ценностях коммуны, целях общественного благополучия или этноцентрических концепциях гражданства?

Полная оценка экспортного потенциала либерального конституционализма сопряжена с трудностями. Основная проблема заключается в отсутствии согласия в отношении значения либерализма, еще меньше его применительно к тому, какие права или ценности являются либеральными, или что принимается в качестве либеральной интерпретации или применения фундаментальных конституциональных прав. Ярлык «либерала» приклеился к философам, придерживающимся различных взглядов, среди которых Джон Локк, Бенджамин Констант, Джон Стюарт Милл и Джон Роулз. Более того, даже в странах с наиболее либеральными демократиями, таких как Франция или Соединенные Штаты Америки, поддерживали нелиберальные конституциональные нормы, либо же интерпретировали либеральные нормы нелиберальным образом. И, наконец, в значительной степени либерализм определяется больше его борьбой с нелиберализмом, чем набором устоявшихся характерных свойств.

Принимая во внимание данные трудности, в нашем исследовании мы ограничимся рассмотрением прав на свободу слова, которые являются базисными правами во всех толкованиях либерализма. Более того, во всех своих проявлениях нелиберализм, в конечном итоге, направлен на подавление или значительное свертывание данных прав. Мы проводим оценку развития заимствованных прав на

свободу слова в Венгрии, рассматривая ее на примере тех стран, которые в недавнем прошлом совершили переход от авторитаризма к конституционной демократии. Во втором разделе предлагается краткий набросок общих черт либерализма, место свободы слова в системе либерализма, динамики либерализма и нелиберализма. В третьем разделе рассматриваются ключевые аспекты теорий о свободе слова в США и Германии - двух стран, хотя последняя из них является менее либеральной, чем предыдущая, которые оказали значительное воздействие на посткоммунистическую Венгрию. В четвертом разделе приводится критическая оценка судебной практики в Венгрии с 1989 г. применительно к свободе слова с упором на высказывания на почве нетерпимости, диффамацию государственных чиновников и пренебрежительное отношение к государственной символике. Наконец, в пятом разделе проводится оценка того, какие можно сделать общие выводы применительно к идее заимствования Венгрией прав на свободу слова. Вопрос заключается в том, зависят ли результаты их пересадки более от природы прав и/или от подхода к данным заимствованным правам, или же от контекстуально обусловленных факторов, связанных с условиями в импортирующей стране.

2. Базисный либерализм, права на свободу слова, динамика либерализма и нелиберализма

Как с методологической, так и с идеологической точек зрения основу либерализма представляет индивидуализм. С методологической точки зрения это заключается в том, что индивидуум является мерой всех социальных и политических явлений. С идеологической точки зрения - в том, что в конечном итоге справедливость и блага оцениваются с точки зрения индивидуума. Например, если религиозное учение требует отправления коллективных ритуалов и молитв, то потребности такого культа могут быть удовлетворены либо посредством коллективных прав, распространяемых на соответствующую религиозную общину, или же на основе индивидуальных прав на свободу вероисповедания, отправления

религиозных обрядов и собраний. Человек либеральных убеждений представляет свободу вероисповедания именно согласно последней интерпретации и всегда интерпретирует данные права как индивидуалистичные по природе, а не как коллективные.

В рамках либерализма нет согласия по поводу законно обоснованных контуров основополагающих индивидуальных прав. Например, либералы-либертарианцы считают, что формального равенства достаточно для обеспечения индивидуальной автономии для всех, тогда как либералы-сторонники эгалитаризма доказывают, что для обеспечения существенной автономии необходима гарантия минимальных прав на социальное обеспечение. Для всех либеральных теорий общим является взгляд на базовые императивы свободы слова, единственное же различие касается вопросов допустимых пределов. Помимо всего прочего, данный фокус на проблеме прав на свободу слова значительно повышает ее значение, когда разговор идет об оценке импортирования либеральных конституциональных прав в ранее авторитарные формы правления. Тогда как рассмотрению других либеральных прав могут помешать внутрилиберальные противоречия, сосредоточенность на свободе слова существенно снижает такую опасность.

Джон Стюарт Милл защищал расширенные права на свободу слова, исходя из своего убеждения в том, что свободный обмен идеями приводит к выявлению истины, а истина нацелена на привнесение наибольшего блага наибольшему количеству людей. Раскрытие истины - постепенный эмпирический процесс, основывающийся на любых идеях, включая и те, которые в конечном итоге могут оказаться неверными. В соответствии с данным оптимистическим и прогрессивным взглядом слово в чистом виде никогда не является самоцелью и всегда приносит больше добра, чем зла: даже доказанная ложь заставляет защитников истины оттачивать и улучшать ее формулировку и избегать расплывчатости при условии, что оно не подстрекает к насилию. До тех пор, пока слово ведет к продолжению диалога, а не при-

зывает к насильственным действиям, например, «слова, призывающие к боевым действиям» или прямые призывы к насилию, оно будет приносить пользу, а не вред. Таким образом, миллианский либерализм призывал к тому, что позднее станет известно как «свободный рынок идей».

Судья Оливер Уэнделл Хоулмс разделял взгляд Милла на то, что подавление свободы слова скорее всего принесет больше вреда, чем пользы, при этом руководствуясь совершенно другим аргументом. Тогда как Милл был уверен в ходе прогресса, Хоулмс скептически относился к постепенному проявлению истины. Тем не менее, Хоулмс был непоколебимым адвокатом концепции свободного рынка идей, потому что он опасался, что регулирование правительствами свободы слова неизбежно принесет больше вреда, чем пользы. Вкратце, миллианские оптимисты и хоулмианские пессимисты твердо убеждены, что необходимо обеспечить защиту расширенных прав на свободу слова в целях наибольшей пользы наибольшему количеству людей.

Согласно либерализму базовое представление о надлежащем объеме прав на свободу слова заключается в следующем: правительства должны воздерживаться от регулирования или наказания любых форм словоизъявления, за исключением тех, что призывают к насилию. Причины для поддержания этой базовой концепции могут быть различными в зависимости от разновидностей толкования либерализма, и для некоторых из них, как то эгалитарных направлений либерализма, возможно, потребуется дополнительная защита для уравнивания соперничающих голосов, которые борются за то, чтобы быть представленными на рынке идей. Тем не менее, концепции прав свободы слова находят поддержку во всех вариантах либерализма, составляя его сердцевину, несмотря на возможные маргинальные различия.

Наконец либерализм является не только философией и идеологией, но и движением. В качестве движения либерализм находится в состоянии борьбы с нелиберализмом, а именно, против всех разновидностей философий,

идеологий, традиций и институтов, принципы которых несовместимы с либерализмом. Очевидно, что тоталитарные и авторитарные режимы нелиберальны, и что для борьбы либерализма с ними потребуются даже революции. Нелиберализм, однако, не является свойством исключительно таких режимов. На самом деле даже либеральные демократии склонны быть до некоторой степени нелиберальными. Например, во многих либеральных демократиях не предоставляются равные права женщинам или же определенные права гомосексуалистам. К тому же, в некоторых либеральных демократиях придерживаются определенных республиканских, патерналистских или же коммунистических норм, которые по своей сути нелиберальны.

При многих формах правления, включая либеральные демократии, идет непрекращающаяся борьба между либерализмом и определенными проявлениями нелиберализма. Эта борьба порождает динамику, в соответствии с которой либерализм в качестве движения отстает нечто, но он также выступает против определенных нелиберальных ограничений, которые препятствуют полному раскрытию либерализма. Хотя либерализм часто преодолевает эти нелиберальные ограничения, стоящие у него на пути, но может случиться и так, что нелиберальные ограничения становятся настолько существенными, что заставляют либерализм отступить. Имеется множество примеров прогресса в отношении либеральных взглядов и расширения сферы их применения, когда государства, в которых первоначально либеральные права были приняты исключительно для гетеросексуальных мужчин, распространили их на женщин и гомосексуалистов. Но даже в таких либеральных демократиях, как США, произошел некоторый отход назад в отношении определенных либеральных прав, таких как, например, права на аборт, которые были конституционно закреплены в 1973 г., но вполне возможно, что они еще будут свернуты или даже полностью отменены в будущем.

Динамика между либерализмом и нелиберализмом важна для оценки импорта и экспорта либеральных

конституциональных норм. С точки зрения импортирования успех или неуспех пересадки или адаптации необязательно объяснять тем, насколько широка база либерализма в импортирующих или экспортирующих странах. В особенности, когда импортирующая страна только освободилась от авторитарного правления, наилучшим индикатором будет факт того, насколько существенно глубоко либеральная конституциональная норма расширяет базу либерализма в импортирующей стране.

3. Либерализм и доктрина свободы слова в США и Германии

Хотя судебная практика в США применительно к свободе слова более либеральна, чем ее немецкий аналог, обе системы обеспечивают существенную защиту свободы слова и прессы и таким образом соответствуют требованиям либерального общества. Американская свобода слова является оптимальным примером либерального права, которое в качестве первостепенного права среди американского созвездия конституционных прав¹, является фундаментальным пунктом и одновременно служит наиважнейшим символом всего наиболее либерального в либеральных обществах. В отличие от США, свобода слова в Германии определена намного менее либеральна. Свобода слова не является наиважнейшей ценностью в Германии, в которой считается, что должен быть паритет между свободой слова и другими правами, если между ними возникают противоречия². Более того, либерализм является одним из нескольких нормативно-правовых стержней, на которые опирается немецкий конституционный строй. Так, например, либеральные цели должны соответствовать целям, которые проистекают из принципа социальной справедливости, который отра-

¹ См. Lee Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* 7 (1986)

² См. Ronald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 415-16 (2d. ed 1997).

³ В большинстве случаев, см. Phillip Kunig, "The Principle of Social Justice" в сборнике под редакцией Ulrich Karpen., *The Constitution of Federal Republic of Germany* 187-204(1988).

жен в статье 20 Конституции³. И для толкования свободы выражения возможно потребуется привести либеральные цели в соответствие с целями социальной справедливости⁴.

Основываясь на концепции миллианского и хоулмианского либерализма, расширенные права свободы слова являются обязательными для достижения индивидуальной независимости человеком как для (общественного) гражданина, так и частного лица. Гражданин получает независимость путем демократического самоуправления и потому нуждается в расширенных правах на свободу высказываний политического характера. Частное лицо, с другой стороны, нуждается в пространстве для создания среды индивидуальной независимости, что позволит ему заниматься свободной самореализацией, для чего потребуются расширенные права на свободу высказываний неполитического характера, включая свободу художественного исполнения, научных исследований, религиозного выражения, т.д.⁵

С точки зрения либерализма с его верой в рациональные возможности индивидуума и склонностью к предусмотрительной заботе о личной выгоде, наилучшим способом оптимизации свободы высказываний политического и неполитического характера является обеспечение интенсивного свободного рынка идей. Предполагалось, что свободный экономический рынок, предсказанный Адамом Смитом и с которого скопирован рынок идей, направит заботу о личной выгоде и индивидуальные устремления практического свойства на экономическое благо для всех. Аналогичным образом предполагается, по крайней мере, согласно миллианской концепции рынок идей приведет к торжеству наилучших идей посредством их открытого обмена и свободного обсуждения всех идей. Более того, также как свободный экономический рынок не может быть совершенно нерегулируемым, например, он не может функциониро-

⁴ Там же, в 202.

⁵ Несмотря на то, что звучат здраво с концептуальной точки зрения, не всегда легко выявить разницу между политическим и неполитическим высказыванием для реализации на практике.

вать надлежащим образом под угрозой сильных монополий, так и рынок идей не может мириться со свободным выражением всех возможных высказываний. В соответствии с либеральными постулатами об индивиду, рациональности и коллективном взаимодействии с идеями, должно быть свободное выражение всех идей при условии, что они не будут препятствовать несправедливым образом последующим высказываниям. В частности, необходимо обеспечить защищенность всем высказываниям, за исключением тех, которые призывают к немедленным насильственным действиям или представляют «явную и непосредственную опасность».

Американская доктрина свободы слова всецело соответствует этому либеральному канону и поэтому служит настоящей моделью конституционного либерализма. В частности, американская свобода слова предоставляет большую защищенность высказываниям на почве нетерпимости, в отличие от других основных стран конституционных демократий, разрешая запрет на высказывания, вызванные нетерпимостью, которые «призывают к насильственным действиям», тогда как в других демократиях разрешен запрет на высказывания, которые «призывают к ненависти» на расовой, этнической, религиозной почве, т.д. Также американская свобода слова предоставляет значительную защищенность диффамации государственных должностных лиц и запрещает объявление противозаконным осквернение национальных символов, таких как сожжение американского флага в знак политического протеста.

Хотя защищенность высказываний политического характера в Германии значительна, также как и довольно значительна защита высказываний неполитического свойства, которые имеют тенденцию к росту в последние годы⁶, ей не хватает либерального идеала, почтаемого в американском аналоге. Данное различие существует в силу множества разных причин. Во-первых, имеются значительные различия в текстах конституций этих

⁶ См. Edward J. Eberle, *Ignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States* 231, 237 (2002).

двух государств. Первая поправка к Конституции США сформулирована таким образом, что не допускает различий, а именно: «Конгресс не должен принимать законы... ограничивающие свободу слова или прессы...»⁷. В отличие от нее, статья 5 Конституции Германии, обеспечивающая права на свободу слова, дает четко сформулированные ограничения. Так, в статье 5 (2) частично предусматривается, что права на свободу слова «ограничиваются ... положениями закона для защиты несовершеннолетних и правом на неприкосновенность чести и достоинства индивида»⁸.

Во-вторых, в немецкой Конституции установлена иерархия конституционных ценностей, в соответствии с которой необходимо интерпретировать и согласовывать все права. Основным из этих прав является достоинство личности человека, закреплённое в статье 1; другие в дополнение к принципам, упомянутым в статье 5 (2), включают социальную справедливость⁹, воинствующую демократию¹⁰, и права на «свободное развитие личности человека»¹¹. Для того, чтобы соответствовать данным ценностям, может потребоваться отход от либеральных идеалов. Например, хотя достоинство предполагает независимость, оно не может быть ограничено либеральной автономией. Соответственно, групповая диффамация против представителей исторически оказавшегося в невыгодном положении меньшинства, которая не представляет собой призыв к немедленным насильственным действиям или не представляет собой любой «явной и непосредственной опасности», может не нарушать норм либеральной независимости, но вступает в противоречие с критериями достоинства личности, принятыми в современной Германии¹².

В-третьих, имеются исторические, культурные и иные контекстуально обусловленные различия между Герма-

⁷ Поправка 1 к Конституции США (1971).

⁸ Конституция Германии, статья 5 (1949).

⁹ Конституция Германии, статья 20.

¹⁰ Там же, статья 21.

¹¹ Там же, статья 2.

¹² См. ниже в обсуждении высказываний на почве нетерпимости.

нией и США, что нашло свое отражение в соответствующей судебной практике применительно к свободе слова, и объясняет до некоторой степени менее либеральные принципы в Германии. Возможно, наиболее значительные из этих различий обусловлены травматическим опытом Германии от последствий нацистского тоталитаризма прошлого века. Доктрина свободы слова в Германии почти не допускает толерантности в отношении антисемитских высказываний, в отличие от полной терпимости к подобным речам в рамках американских принципов свободы слова¹³. В соответствии с либеральной идеологией, контроль за высказываниями в духе иррационального антисемитизма лучше всего осуществляется через изобличение и рациональное опровержение. Однако возможно на фоне последствий Холокоста можно найти оправдание для убеждений немцев в том, что либеральной доктрины свободы слова недостаточно для предотвращения возрождения экстремизма в их государстве.

Данные различия между юриспруденциями Германии и США применительно к свободе слова можно наглядно проиллюстрировать на разнице в подходах, на основе которых эти два государства решают три проблемы, представляющие интерес для нас. В дополнение к различиям в регулировании высказываний на почве нетерпимости, Германия, в отличие от США, предоставляет гораздо меньшую защищенность при диффамации общественных деятелей. Наконец, хотя в судебной практике обеих стран в отношении осквернения национального флага достигнуты сходные результаты, немецкая система обеспечивает большую защищенность национальных символов.

Очевидно, что американская доктрина свободы слова является более либеральной, чем ее немецкий аналог. Но означает ли это также то, что Америка является более либеральной в *относительном значении*, а именно в значении борьбы либерализма против нелиберализма? Возможно, что с учетом авторитарного прошлого страны

¹³ См. ниже в обсуждении высказываний на почве нетерпимости.

и более укоренившегося нелиберализма, скорее всего, Германия не станет более либеральной в абсолютном понимании на основе принципа невмешательства государства. Согласно Карлу Попперу «парадокс толерантности» заключается в том, что при терпимости к нетерпимым последние неизбежно будут одерживать верх¹⁴. Парадоксально, но антилиберализм по отношению к авторитаризму может оказаться более эффективным оружием в борьбе либерализма с нелиберализмом в странах, где ранее были авторитарные режимы, такие как Германия и Венгрия. Германия может стать такой же либеральной, как США, несмотря на то, что в ней не полностью следуют принципу невмешательства государства в область свободы слова, практикуемому в США. И это, очевидно, будет иметь далеко идущие последствия для оценки «импортирования» либеральных конституционных норм в бывших авторитарных государствах. Для лучшего понимания того, как это скажется, давайте обратимся к тому, каким образом Германия и США обеспечивают контроль за высказываниями на почве нетерпимости, диффамацией общественных деятелей и осквернением национальных символов.

А) Высказывания, вызванные нетерпимостью

Соединенные Штаты Америки. Нынешняя норма высказывания на основе нетерпимости в качестве «призыва к немедленным насильственным действиям» была установлена Верховным Судом США в деле «Бранденбург против штата Огайо»¹⁵. Кроме того, два следующих дела стали служить типичным примером американского подхода к высказываниям на почве нетерпимости¹⁶. В первом деле рассматривался марш неонацистов, одетых в эсэсовскую форму со свастикой, который предполагалось провести в г. Скоки - пригороде Чикаго, где проживает значительное количество жертв Холокоста. Совер-

¹⁴ См. Karl Popper, *The Open Society and its Enemies* 265-66, n.4 (5th ed. 1966).

¹⁵ 343 U.S. 250 (1969)

¹⁶ Последующее обсуждение опирается на М. Розенфельда, *Michel Rosenfeld, Hate Speech in Comparative Jurisprudence: A Comparative Analysis*, 24 *Cardozo Law Review* 1523 (2003)

шенно очевидно, что этот марш предполагался для разжигания ненависти к евреям, но суды отменили действия муниципальных властей по запрещению марша в качестве неконституционных на основе решения о том, что такой марш сам по себе не является призывом к немедленным насильственным действиям¹⁷.

Второе дело известно как дело «Роберта А. Виктора (Р.А.В.) против г. Сейнт-Пол»¹⁸, в рамках которого рассматривался случай сожжения белыми экстремистами креста (акция, которая неразрывно связывается с практикой Ку-Клукс-Клана - одной из наиболее опасных и жестоких организаций, объединяющих сторонников господства белых) на лужайке перед домом афро-американской семьи. Постановление муниципального органа, которое внесло деяние в разряд противозаконного, потому что оно побуждало к ненависти на расовой почве, было признано неконституционным, наряду с прочим, потому что оно не отвечало нормам в отношении «призыва к немедленным насильственным действиям». Это решение было повторно подтверждено во время последующего дела «Штат Вирджиния против Блэка»¹⁹ о сожжении креста, когда суд подробно рассмотрел роль сожжения креста в контексте истории Ку-Клукс-Клана и отметил, что оно использовалось для устрашения чернокожих, за которым часто следовали насильственные действия, приводившие к серьезным увечьям или смерти. Но суд принял решение, что такое устрашение является наказуемым с конституционной точки зрения только, если человек, передающий запугивающее сообщение, намеревается оставить «жертву под страхом телесного повреждения или смерти». Соответственно, сожжение креста не может быть полностью запрещено, так как оно иногда может совершаться для укрепления идеологии господства белых среди ку-клукс-клановцев или просто для того, чтобы оскорбить, разозлить или унижить чернокожих, а не вселять в них страх смерти.

¹⁷ См. *Smith v. Collin*, 436 U.S. 953 (1978); *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

¹⁸ 505 U.S. 377 (1992).

¹⁹ 538 U.S. 343 (2003).

С точки зрения либерализма в абсолютном значении дела в Скоки, Р.А.В. и Блэка являются равнозначными. Однако, с точки зрения борьбы либерализма с нелиберализмом, первое из этих дел существенно отличается от двух других в зависимости от контекстуальных условий. Неонацисты, стремившиеся пройти маршем в Скоки, представляли собой незначительную маргинализованную группу, которая не способна оказывать существенного влияния на общественное мнение. Вне сомнения, подавление их выступления, а не терпимость к нему, сыграло бы им больше на руку. Соединение вредоносного неонацистского месседжа с практически полным отсутствием их воздействия на тех, кому оно предназначалось, стало почти идеальным примером огромных преимуществ расширенных прав свободы слова²⁰.

Однако обстановка, окружающая два дела о сожжении крестов, была абсолютно иной. Из-за широкого распространения расизма, длительной истории подавления и насилия в отношении чернокожего населения в США и пугающих ассоциаций, возникающих в связи с сожжением крестов, случаи Р.А.В. и Блэка не могут быть приравнены к делу в Скоки. В отличие от неонацистского послания, которое осталось не услышанным, сожжение креста в деле Р.А.В. предназначалось для устрашения чернокожих, принадлежащих к среднему классу, которые переселялись в районы со смешанным населением, изначально всецело населенные белыми. Хотя без сомнения большинство белых находят сожжение креста отвратительным, значительное их число по-прежнему высказываются против расовой интеграции жилых кварталов. Поэтому они могли не соглашаться с подачей месседжа в виде сожжения креста, но не с его содержанием²¹. Поэтому, вероятно, разрешение сожжения крестов может затормозить ход борьбы либерализма против расового нелиберализма.

²⁰ В этом отношении примечательно, что в судебном споре во время дела Скоки адвокатами с обеих сторон были евреи. См. Michel Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, сноска **Ошибка! Закладка не определена**, выше, в 153S п. 55.

²¹ См. Michel Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, сноска **Ошибка! Закладка не определена**, выше, в 1540-41.

Германия. Как уже говорилось выше, в Германии стремятся сбалансировать право свободы слова с другими правами и противопоставить его комплексу ценностей, закрепленных конституционно. В случае высказываний на основе нетерпимости, тогда как в США наиболее важными являются права независимости выступающего при условии, что он не призывает к насилию, в Германии права независимости выступающего оцениваются в сравнении с правами на честь и достоинство тех, против кого направлены высказывания на основе нетерпимости. Это можно проиллюстрировать на примере Дела об отрицании Холокоста 1994 г.,²² когда экстремисты, придерживающиеся правых взглядов, опосредованно оспаривали конституционность закона, запрещающего отрицание Холокоста. Конституционный Суд Германии подтвердил конституционность оспариваемого запрета, среди прочего на том основании, что отрицание Холокоста лишает немецких евреев их индивидуальной и коллективной идентичности и достоинства, и что оно угрожает подорвать моральное обязательство всего остального населения обеспечить социальные и политические условия, в которых евреи и еврейское сообщество могли бы ощущать себя составным элементом общества.

В соответствии с немецким законом и конституционной нормой о «разжигании ненависти» уголовная ответственность может вступать в силу за такого рода подстрекательства и посягательства на честь и достоинство отдельных лиц или групп на почве национальной, расовой, религиозной или этнической нетерпимости²³. Диффамация группы лиц или отдельных индивидов на основе их групповой принадлежности представляет собой очевидное оскорбление, наносимое чести и достоинству потерпевшей стороны и интересам личности. Соответственно, представляется, что норма в отношении «разжигания вражды» идеально соответствует цели Конституции Германии, обнаруживая надлежащее равновесие между сво-

²² 90BVerfGE 241 (1994).

²³ См. Fredrich Kubler, *How Much Freedom for Racist Speech? Transnational aspects of a Conflict of Human Rights* 27 *Hostra L. Rev.* 335. 344(1998).

Актуальные проблемы конституционного правосудия — бодой слова, с одной стороны, и достоинством индивида или группы, с другой.

С учетом того, что принципы уважения к достоинству личности и групповой идентичности требуют ограничения прав на свободу слова, очевидно, что концепция свободы слова в Германии менее либеральна в абсолютных значениях, чем ее американский аналог. И действительно, имеются внутренние противоречия между задачами коммунитарного характера и либерализмом, и как только что указывалось выше, цели по защите чести и достоинства только отчасти совместимы с либеральными. Однако в контексте борьбы между либерализмом и нелиберализмом данная картина еще менее ясна. Безусловно, дело об отрицании Холокоста предполагает защиту достоинства и интересов коллективной идентичности, которые по своей сути не являются либеральными. Однако, с учетом исторического опыта евреев во времена Третьего Рейха и опасений о возврате авторитаризма, нетерпимость к отрицанию Холокоста представляется полностью оправданной в качестве неотъемлемого элемента борьбы либерализма с нелиберализмом в Германии.

Б. Диффамация применительно к общественным деятелям

Соединенные Штаты Америки. Исходя из нормы, сформулированной в деле «*Нью-Йорк Таймс против Салливана*»²⁴, в США обеспечивается защита опубликованных в прессе ложных и диффамационных заявлений против общественных деятелей, если только они сделаны не со «злым умыслом, установленным по фактическим обстоятельствам дела», а именно с «безрассудным пренебрежением» к вопросу о ложности или истинности информации²⁵. В своем знаменитом постановлении Суд подчеркнул, что «обсуждение общественно значимых вопросов должно быть свободным, здоровым и открытым»²⁶. Нельзя ссылаться на уважение чести, достоин-

²⁴ 376 U.S. 254(1964).

²⁵ Там же., в 279-80.

²⁶ Там же. в 270.

ства и неприкосновенность государственных должностных лиц для того, чтобы ограничить общественно значимые обсуждения. Помимо этого, тот факт, что злонамеренно ложные утверждения находятся за пределами конституционной защиты, имеет меньшее отношение к вовлеченному должностному лицу²⁷, чем факт того, что злонамеренно ложные утверждения ни в коей мере не способствуют развитию общественно значимых обсуждений.

Судебное постановление, сформулированное в деле «*Нью-Йорк Таймс против Салливана*» и дополненные подобными постановлениями в отношении общественных деятелей в иных контекстах, включая грубую и унижительную пародию на религиозного проповедника, часто появляющегося в средствах массовой информации страны²⁸ и вызывающего противоречивые оценки, несомненно соответствует либеральному идеалу. Гарантируется максимальная свобода высказывания, а права на независимость общественного деятеля несправедливо не урезаются, так как такие деятели обладают средствами, недоступными частным лицам, включая значительный доступ к средствам массовой информации для изложения своих взглядов.

Германия. Конституционная защита в случае диффамации общественных деятелей в Германии более ограничена, чем в США. Это очевидно на примере дела *Мефисто*²⁹, решение по которому было принято спустя несколько лет после дела «*Нью-Йорк Таймс против Салливана*». В рамках дела рассматривался сатирический роман, в основу которого легла успешная карьера беспринципного актера времен Третьего Рейха. Актер к этому времени уже умер, но его наследники добились судеб-

²⁷ Например, неаккуратное ложное обвинение, напечатанное в ведущей газете о том, что государственный чиновник нечестен, что представляет собой защищенное высказывание оказывается не менее (несправедливо) сокрушительным, чем аналогичный выпад, вызванный преступным умыслом.

²⁸ См. *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) (утверждалось, что грубая пародия сексуальной природы стало причиной эмоционального расстройства, что дало основание для предъявления иска. Единогласным решением суд отверг иск на основании того, что иначе деятельность сатириков и карикатуристов будет незаконно ограничена.

²⁹ 30BVerfGE 173(1971).

ного предписания на том основании, что роман порочил его доброе имя и память. Конституционный Суд Германии постановил, что обсуждаемое постановление не нарушает права на свободу слова создателя романа.

В 1980-е - 1990-е гг. Конституционный Суд Германии отошел от уважительной позиции, принятой им в деле *Мефисто*, и начал придавать все большее значение вопросам свободы слова, гармонично уравниваемых другими конституционными правами и ценностями³⁰.

Так в 1982 г. стало известно дело о клевете во время избирательной кампании³¹, когда в ходе предвыборной борьбы кандидат от одной из двух основных политических партий Германии обличал другую в качестве неонацистской. Конституционный Суд Германии характеризовал оговор как выражение мнения по общественно значимому вопросу, а не ложное фактологическое утверждение, и отметил, что утверждениям с изложением мнений по общественно значимым вопросам будет обеспечена почти неограниченная защищенность. Однако, несмотря на эту растущую защиту свободы слова, немецкий Суд не достиг уровня либерализма Верховного Суда США. И действительно, в деле о *политической сатире*³² на основе фактов, напоминающих дело о журнале *Хастлер*, немецкий Суд пришел к выводу о том, что пародия, изображающая известного немецкого политика с правыми взглядами Франца-Йозефа Штрауса в виде свиньи, совокупляющейся с другой свиньей в судейской мантии, не является случаем, который находится под защитой положения о свободе выражения, хотя это был пример художественного выражения. Решение было принято на основании того, что изображенный в грубой форме Штраус лишился своих прав на честь и достоинство. Таким образом, в данном случае интересы защиты достоинства перевесили свободу художественного выражения.

На основе рассмотрения состояния немецкой юриспруденции к случаям диффамации применительно к общественным деятелям можно вынести два кратких наб-

³⁰ См. Edward J. Eberle *Ignity and Liberty*, в 209-10.

³¹ 61 BVerfGE 1 (1982).

³² 491 U.S. 397 (1989).

людения. Первое заключается в том, что тенденцию к либерализации, возникшую в 1980-е гг. и получившую ускорение в 1990-е гг., можно достоверно трактовать таким образом, что чем далее бывшее авторитарное государство уходит от своего авторитарного прошлого, тем легче может происходить процесс либерализации его судебной практики относительно свободы слова. Второе наблюдение не связано с первым и заключается в том, что возможно в контексте борьбы либерализма с нелиберализмом меньшая толерантность к диффамации общественных деятелей может служить делу усиления тенденции к большему либерализму, а не препятствовать ему. Хотя нет четко сформулированного ответа на этот вопрос, необходимо отметить возможность того, что могут сложиться такие обстоятельства, когда злобная клеветническая пропаганда, хорошо отрежиссированная приверженцами идеи возвращения авторитаризма, против политических лидеров, приверженных либеральной демократии, может служить делу нелиберализма. В данном случае, лишение такого рода диффамации конституционной защищенности может служить делу борьбы с нелиберализмом.

В. Осквернение национальных символов

Соединенные Штаты Америки. Лояльность и уважение к национальным символам, таким как флаг, национальный гимн, и т.д., играют важную коллективно значимую роль, так как они способствуют сплочению нации и солидарности ее граждан. Невзирая на это и несмотря на серьезное, широко распространенное возражение против осквернения почитаемых национальных символов, Верховный Суд США придерживается мнения о том, что осквернение флага в знак выражения политического несогласия является конституционно охраняемой свободой слова в соответствии с делом «Штат Техас против Джонсона»³³. Это решение вызвало массовые общественные протесты и побудило Конгресс США принять закон, запрещающий сожжение национального флага, в то

³³ 491 U.S. 397(1989).

же время придерживаясь конституционных ограничений, изложенных в деле Джонсона. Действие данного нового федерального закона было отменено в качестве неконституционного в рамках дела «Соединенные Штаты Америки против Эйхмана»³⁴.

Гарантия сожжения флага и осквернения национальных символов в знак символического политического выражения полностью соответствует либеральной идеологии. Она дает индивиду преимущество перед коллективом и соответствует концепции государства как свободного сообщества граждан, а не взаимосвязанного или взаимосвязанного целого. Хотя и спорное, но разрешение на экспрессивное осквернение национальных символов большинства граждан в силу того, что последние не согласны с осквернением, но верят в преимущество толерантного отношения к экспрессивным действиям граждан.

Германия. В Германии считается уголовным преступлением нанесение оскорбления государству или его федеральному устройству, либо пренебрежительное отношение к немецкому флагу, национальному гербу или гимну³⁵. Эти запреты действуют в соответствии со строгим соблюдением Конституцией Германии принципов «воинствующей демократии»³⁶. Действительно, также как воинствующая демократия стремится к укреплению демократии, допуская запрет политических партий, преследующих недемократические цели³⁷, так и хорошо функционирующее демократическое общество нуждается в стабильном и авторитетном государственном устройстве, которое может эффективно защищать основополагающие права и содействовать поддержанию общественной корректности.

Конституционный Суд Германии подтвердил эти ценности, но, тем не менее, отменил приговор за осквернение флага в деле «об осквернении флага»³⁸. Суд нижней

³⁴ 496 U.S. 310(1990).

³⁵ Уголовный Кодекс Германии, Статья 90(a).

³⁶ См. Norman Orsen, et al., *Comparative Constitutionalism* 821 (2003).

³⁷ См., например, *Socialist Reich Party Case*, 2 BVerfGE 1 (1952).

³⁸ 81 BVerfGE 278 (1990).

инстанции осудил ответственных за создание книжной обложки томика с антивоенными сочинениями. Коллаж, представленный на обложке, изображал людей, мочившихся на немецкий флаг во время армейской церемонии приведения к присяге. Конституционный Суд посчитал, что на данной книжной обложке представлено художественное выражение, которое подпадает под общую, хотя и не абсолютную гарантию. Вместо этого, Суд вынес решение о том, что свобода художественного выражения должна быть уравновешена требованием уважения к национальным символам, что предполагает «обращение к чувству гражданской ответственности граждан». Это означает, что в значительной степени создание данной обложки не предполагалось в качестве атаки на общественное и гражданское устройство Германии, а является произведением искусства, в котором критикуется военщина.

Судебная практика Германии применительно к национальным символам соответствует сочетанию либерализма, ценностей на основе уважения к достоинству личности и коммунитаризма. Так как авторитарные режимы обычно эксплуатируют национальные символы для насаждения лояльности и конформизма, то кажется, что, скорее всего, более высокий уровень защищенности таких символов не понадобится в борьбе либерализма против нелиберализма. В отличие от авторитарных режимов, в Германии на основе воплощения в жизнь данного сбалансированного критерия достаточно места для критики, пародии и неуважения в отношении к национальным символам.

В заключение, хотя защищенность свободы слова на конституционном уровне в Германии менее соответствует либеральному идеалу, в отличие от ее американского аналога, в ее системе достаточно места для либеральных ценностей. Кроме того, с учетом авторитарного прошлого Германии ограничения в отношении высказываний на почве нетерпимости и применительно к диффамации общественных деятелей можно рассматривать в качестве оружия в борьбе либерализма против нелиберализма. Также важным является то, что по мере то-

го, как авторитаризм уходит в прошлое, юриспруденция в Германии в отношении свободы слова приобретает все более расширительный характер и, следовательно, приходит во все большее соответствие с либерализмом в абсолютном значении данного термина.

4. Либерализм, нелиберализм и свобода слов в Венгрии

Мы выбрали тему юриспруденции в Венгрии применительно к свободе слова для того, чтобы проиллюстрировать, каким образом в условиях нового конституционного строя решается проблема в отношении либеральных прав. Основное внимание нами уделено судопроизводству Конституционного Суда Венгрии, но также мы рассмотрим совершенствование нормативно-правовой базы и практику обычных судов. При проведении исследований в отношении распространения либерализма общепринято рассматривать верхушку судебного-правового «айсберга» и делать широкомасштабные обобщения в отношении правовой системы на основе решений верховного или конституционного судов (главных судов). Эти оценки основываются на том предположении, что данные главные суды определяют практику обычных судов. Такие предположения оставляют много неясных вопросов при анализе судебной системы, в частности, стран подобно Венгрии, где судопроизводство Конституционного Суда Венгрии ограничено оторванным от реальности рассмотрением законов и не обладает прямыми полномочиями для определения решений обычных судов. Поэтому важно выйти за пределы судебной практики Конституционного Суда Венгрии и понять деятельность обычных судов в отношении свободы слова.

Мы рассмотрим: а) фундаментальные изменения в законодательной сфере применительно к свободе слова, соответствующую общую концепцию свободы слова и проанализируем более расширенное понимание свободы слова с изменениями в трех конкретных областях защиты свободы слова, а именно, в отношении ограничений; б) высказываний, вызванных нетерпимостью;

в) диффамации применительно к общественным деятелям; г) и неуважительного отношения к национальным символам или атакам на «национальную идентичность». После этого последует оценка изменений в отношении свободы слова в Венгрии со времени перехода от авторитаризма.

А. Появление свободы слова в Венгрии

В коммунистической Венгрии не существовало свободы слова. Пресса была орудием в руках коммунистической партии. Выступления диссидентов и правительственная критика преследовались и наказывались в уголовном порядке в соответствии с расширительным положением в Уголовном кодексе, в котором была предусмотрена мера наказания за подстрекательство.

Переход к демократии в Венгрии был достигнут путём переговоров. В рамках соглашений переходного периода между коммунистами и их оппонентами в 1989 г. свобода слова была признана в виде ряда поправок к Конституции 1949 г., принятой при коммунистическом режиме. Было отменено требование о том, что для ведения издательской деятельности необходимо лицензирование, а формулировка уголовной статьи о подстрекательстве «против правительства, общественного и конституционного строя» была заменена на «подстрекательство против общества». Начиная с 1989 г., пошел процесс внезапного оздоровления общественных обсуждений, расцвета частной издательской деятельности³⁹ и активизации полемики по вопросам, представляющим общественный интерес, включая среди прочего резкую критику государственных должностных лиц. После многих лет цензуры и самоцензуры выступления и написание раскованных, свободных речей и статей стали излюбленным времяпровождением нарождающейся новой политической элиты, практически, без озабоченности о возможных ограничениях для высказываний.

Конституция, полностью исправленная и принятая в 1990 г., гарантирует «свободу мнений» (а именно, свобо-

³⁹ Важным исключением является эфирное вещание; обсуждается ниже.

ду высказываний) и свободу прессы. Подобно другим основополагающим правам, свобода слова может быть ограничена только парламентским актом, а ее суть не может быть нарушена. Толкование данных положений Конституции означало, что ограничения конституционных прав возможны только при определенных условиях. Это было принято как само собой разумеющееся Конституционным Судом Венгрии, который в рамках этой «либеральной интерпретации» следовал немецкой доктрине и судопроизводству, основывающихся на пропорциональности.

Закон о прессе от 1986 г. оставался в силе, но большая часть его положений, которые узаконивали цензуру, были отменены. С другой стороны, сохранили силу положения о дискредитации Гражданского кодекса 1959 г. В соответствии с Конституцией Гражданский кодекс гарантирует «права личности», в том числе и право на защиту доброго имени и репутации. Гражданский кодекс предоставляет различные меры правовой защиты против диффамации, включая судебный запрет и компенсацию за ущерб. В нем также содержатся положения, согласно которым предоставляются права на устранение ошибки, если в прессе было опубликовано ложное утверждение в отношении индивидуума, включая и неклеветнические. В таких случаях не происходит защиты общественных интересов или доброй веры: если СМИ не могут доказать точность публикации, они должны опубликовать заявление о том, что факт был почерпнут из «неверных источников». Положения Уголовного кодекса в отношении уголовно наказуемой клеветы, по большому счету, не были изменены.

2. Концепция свободы слова в соответствии с решениями Конституционного Суда

Конституционный Суд Венгрии продемонстрировал свое отношение к свободе слова при первой же представившейся возможности⁴⁰. Принципы свободы слова,

⁴⁰ Судья первой инстанции передал дело о возбуждении на рассмотрение в Конституционный Суд Венгрии в октябре 1991 г. Конституционный Суд вынес решение 26 мая 1992 г.

изложенные в данном постановлении, представляют собой странную комбинацию американских и немецких положений, что в результате дало любопытное сочетание двух различных либеральных традиций. Причем, концепция свободы слова трактуется в контексте немецкого понимания обязательств государства; согласно этой доктрине Конституционного Суда Германии государство обязано положительно поддерживать использование основополагающих прав, по крайней мере, давая возможность субъектам права рассчитывать на эти права, включая прямо выраженную защиту свободы слова⁴¹.

Важным исключением является эфирное вещание; обсуждается ниже.

В данном первом деле о праве на свободу слова, Конституционный Суд Венгрии рассмотрел вопрос конституционности положений о «подстрекательстве против общества», которые были, по существу, утверждены во время обсуждений за круглым столом⁴². Данное дело имело политическую подоплеку, так как сразу же после падения коммунизма в публичных выступлениях открыто появились антисемитские высказывания, хотя они сопровождались крайне незначительными насильственными действиями, Конституционный Суд Венгрии подошел к праву на свободу коммуникации как к праву личности, а также как к социальному процессу, и определил свою стратегию в данном контексте. При вычленении соответствующей области дискурса Суд указал на то, что свобода слова не является просто («субъективным») правом личности:

государство не освобождается от обязанности уважать и защищать фундаментальные права применительно к правам личности, просто воздерживаясь от их нарушения, но оно должно также обеспечить условия, необходимые для их реализации. Люди осуществляют свои фундаментальные права для удовлетво-

⁴¹ Lüth 7 BVerfGE 198 (1958), Blinkfüer 25 BVerfGE 256 (1969) Bernard Schlink, "German Constitutional Culture in Transition;" in: Michel Rosenfeld, *Constitutionalism, Identity, Ifference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, urham: uke University Press. 1994.

⁴² 30/1992 AB hat.

рения своих индивидуальных свобод и личных устремлений. Но для выполнения государством его гарантирующих функций в дополнение к обеспечению субъективных прав личности от него требуется защищать ценности и жизненные ситуации сами по себе, а именно, защищать их не только в связи с определенными желаниями личности и увязывать их с другими фундаментальными правами⁴³.

В этом положении нашла свое четкое отражение озабоченность немцев вопросом функционирования государства в качестве фактора, содействующего правам, что, навряд ли, является традиционной либеральной целью. Следовательно, из этого вытекает, что это обязанность государства - обеспечивать условия для формирования и поддержания демократического общественного мнения. «По этой причине конституционная граница свободы выражения должна быть очерчена таким образом, чтобы в дополнение к субъективному праву личности (свободе выражения), учитывались бы также формирование общественного мнения и его свободное формирование в качестве непреложных ценностей демократии».

Хотя Конституционный Суд Венгрии констатировал, что государство должно содействовать свободному формированию идей, его занимала проблема подчинения свободного формирования общественного мнения его собственным правилам. Вышеупомянутым Судом было признано, что он должен избегать вмешательства в процесс коммуникации, так как такое вмешательство будет мешать свободному формированию общественного мнения⁴⁴. В результате этого была подтверждена точка зрения о свободе слова, которая в основном находится в одном ряду с современными американским и евро-

⁴³ 30/1992 (V.26.) AB hat. За исключением тех случаев, что особо оговариваются, все ссылки на дела Конституционного Суда Венгрии переведены авторами.

⁴⁴ Данное отношение не мешало Конституционному Суду Венгрии определять организационную структуру радиовещания и телевидения, которое позволило бы формирование саморегулирующегося общественного мнения. Приведенная причина заключалась в необходимости обратить внимание на нарушение таких свобод вследствие действия монополий.

пейским подходами: «Базовый элемент права свободы выражения не имеет отношения к его содержанию. Всякому мнению, хорошему или плохому, приятному или обидному, должно найтись место в социальном процессе [коммуникации]»⁴⁵.

Во многих отношениях Конституционный Суд Венгрии принял абсолютистский принцип свободы слова, который превзошел точку зрения Верховного Суда США, а именно, провозгласил защищенность всех высказываний. Согласно решению 1992 г. предполагается, что исключение не делается для всех видов содержания, даже непристойностей или агрессивных высказываний. Такая абсолютистская точка зрения отражает внимание к проблеме индивидуальной самореализации и, возможно, опыт злоупотребления по отношению к судьям, с которыми они сталкивались в условиях коммунистического режима. Государство не может запретить высказывание на основе его содержания или формы. Однако высказывание может быть ограничено, если оно вступает в противоречия с другими правами, а также с конституционным строем, который находится под защитой Конституционного Суда Венгрии.

Судьям Конституционного Суда Венгрии было прекрасно известно о той напряженности, которая возникла во время политического переходного процесса и «без сомнения могла усугубиться, если бы людям была предоставлена возможность безнаказанного публичного излияния их ненависти, враждебности и неуважения к определенным группам»⁴⁶. Но «уникальные исторические обстоятельства привели к возникновению другого следствия...

Только через самоочищение [от авторитаризма] можно перейти к созданию политической культуры и здорового рефлексирующего общественного мнения»⁴⁷. Отсюда вытекает решение, имеющее стратегическое значение, которое запрещает объявление групповой диффа-

⁴⁵ 30/1992(V.26.)ABhat

⁴⁶ Там же.

⁴⁷ Там же.

мации противозаконной: «На порочащие формулировки надо отвечать критикой»⁴⁸. В Конституционном Суде Венгрии предпочли применение нормы свободы слова, принятой в уже толерантном открытом обществе. Представляется, что эта концепция была создана на основе теории коммуникации Юргена Хабермаса⁴⁹.

Под защитой Конституции находятся возможность выражения индивидуального мнения, формирование общественного мнения, *которое придерживается своих собственных законов*, и, во взаимодействии с вышесказанным, возможность формирования индивидуального мнения на основе как можно более широкого спектра информации. Конституция гарантирует свободную коммуникацию в качестве действия личности или *общественного процесса*, а основополагающее право на свободу выражения не касается содержания высказывания...

...Там, где люди сталкиваются со множеством различных мнений, общественное мнение становится толерантным, также как в закрытом обществе необычное мнение может нарушить общественное спокойствие. К тому же, ненужное и диспропорциональное ограничение свободы выражения приводит к уменьшению открытости общества.

Конституционный Суд Венгрии учитывает исторически сложившиеся обстоятельства конкретных ситуаций. Смена политической системы неизбежно сопровождается ростом социальной напряженности. Несомненно, имеет место усугубление этой напряженности, если людям дается возможность безнаказанного публичного излияния их ненависти, враждебности и неуважения к определенным группам

Но уникальные исторические обстоятельства приводят к возникновению другого следствия.

Только через самоочищение можно перейти к созданию политической культуры и здраво реагирующего общественного мнения. Однако необходимо прибегать к

⁴⁸ Там же.

⁴⁹ См, например, Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. (Translated by William Rehg.) Cambridge, Mass.: MIT Press, 1996.

уголовным наказаниям для защиты других прав и только в тех случаях, когда они неизбежны, и которые нельзя применять для формирования общественного мнения или образа ведения политического дискурса, причем последний подход является патерналистским⁵⁰.

Б. Высказывания на почве нетерпимости и критерий явной и непосредственной опасности

С самого начала Конституционный Суд Венгрии признал конституционным объявление подстрекательства против этнических или религиозных групп противозаконным, но вынес решение о неконституционности запрета на очернение таких групп⁵¹.

В отличие от Верховного Суда США, Конституционный Суд Венгрии полагался на взвешенность и пропорциональность. Им было признано, что *в принципе* свобода слова занимает особо высокое место среди основополагающих прав. В процессе определения пропорциональности ограничения на свободу слова, налагаемые в рамках уголовного законодательства, в Конституционном Суде Венгрии также обсудили возможность снижения ограничений (в соответствии с рядом формулировок уголовного наказания, применяемое в отношении к высказываниям, должно быть обязательным). Чем более слабой или гипотетической является причина для применения ограничения, тем более значимой она должна быть для оправдания ограничения свободы слова⁵². Воз-

⁵⁰ Цитата из László Sólyom and Georg Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000., 236-7. Перевод цитируемого решения 30/1992 AB. hat. проверен авторами.

⁵¹ Статья 269 Уголовного кодекса, утвержденного в 1989 г., предусматривает меру наказания за «возбуждение» [uszítás] ненависти к венгерскому народу или иной народности, или любой другой национальной, религиозной или этнической группе, или любой группе населения перед большими аудиториями» («подстрекательство»). Далее в Разделе (2) утверждается, что «тот, кто перед лицом большого скопления людей использует оскорбительные или уничижительные выражения, направленные против венгерского народа, любой другой народности, народа, веры или расы, или же совершает иные аналогичные действия, должен понести наказания за правонарушение в виде тюремного заключения в течение 1 года, исправительного обучения или штрафа» («очернение»).

буждение ненависти против групп людей может привести к нетерпимости, которая противоречит принципам поддержания демократического строя. Эти гарантии обращения к уголовному законодательству предстают в качестве последнего средства, так как формулировка о противоправном поведении в виде подстрекательства достаточно точна для того, чтобы избежать злоупотреблений.

Несмотря на озабоченность социальными последствиями этого решения, Конституционный Суд Венгрии, взвесив все, принял решение о том, что криминализация была неконституционной, так как имеющихся гражданских средств правовой защиты было достаточно⁵³. Но будет несправедливо обвинять Конституционный Суд Венгрии в недостаточном осознании особых факторов чувствительности ранее подавляемых и преследуемых меньшинств.

Дополнительно к тем крайностям вредных последствий подстрекательства к ненависти, продемонстрированных на основе как нынешнего, так и исторического опыта, необходимо помнить от тех опасностях на бытовом уровне, которые сопровождают разнужданное выражение идей и мыслей, способных возбуждать ненависть. Это те проявления, которые не дают определенным сообществам жить в мире и согласии с другими группами людей⁵⁴.

Как упоминалось ранее, решение Конституционного Суда Венгрии от 1992 г. относительно высказываний на почве нетерпимости очевидно направлено на послед-

⁵² Даже в явно более либеральный период своего становления (автиного соблюдения прав) Конституционный Суд Венгрии не всегда придерживался свего антигипотетического подхода к вреду, который может возникнуть в результате неограниченного применения прав. В решении 51/1991 (XI.19.) AB. hat. солдатам было отказано в праве коллективного прощения, потому что Конституционный Суд Венгрии вынес решение о том, что тут существует *возможность* злоупотребления, которая *может* привести (способствовать) правонарушению в виде подчинения. Это - пример политически мотивированного авторитарного мышления.

⁵³ Однако на практике был предпринят ряд попыток использовать светские суды, но в большинстве случаев они были отвергнуты из-за недостатка правоспособности, так как не было установлено, что диффамизирующие заявления были адресованы истцу.

⁵⁴ 30/1992. AB hat.

ствия национального превосходства и расовой ненависти. На основе этих размышлений обосновывается узко толкуемый запрет на подстрекательство к ненависти. Но для Конституционного Суда Венгрии даже совокупные последствия очернения расовых, этнических и религиозных групп не оправдывают уголовное обвинение группы. Относительно этого Конституционный Суд Венгрии рассматривал только влияние оскорбляющих достоинство высказываний на почве нетерпимости на общественный строй и постановил, что такое воздействие носит отдаленный характер.

Таким образом, хабермасианский либерализм в отношении высказываний или речи, как условия коммуникативного сообщества свободных и равных участников, прижился в судебной практике Конституционного Суда Венгрии, по крайней мере, в сфере применительно к высказываниям на почве нетерпимости. Содействовало ли это свободе коммуникации и способствовало ли формированию пространства демократического дискурса, или же дало возможность ничем не несдерживаемому росту высказываний на почве нетерпимости и социального устрашения, - это уже другой вопрос, и если даже это произошло, должны быть очевидные прагматические рассуждения и ценности в поддержку выбора, сделанного Конституционным Судом Венгрии. Наша озабоченность другого рода. Неужели в стране, где расизм стал довольно серьезной проблемой, принятие либерализмом пространства несдерживаемого дискурса дает выжить «реалиям», и если это так, то в какой форме и при условии каких компромиссов? Примечательно, что решению придали импульс фундаментально либеральные исходные положения относительно свободы слова, а именно принятые Конституционным Судом Венгрии решения о том, что необходимо уважать свободный рынок идей. Для теории перенесения конституционного либерализма вопрос заключается в следующем: жизнеспособна ли либеральная точка зрения (в данном случае в отношении «дискурс-либерализма») в обществе переходного периода или она неосознанно способствует нелиберализму?

Либеральное постановление Конституционного Суда Венгрии привело к тому, что стала маловероятной криминализация групповой диффамации, что наложило серьезные ограничения на применение законодательства против распространения нацистских и расистских идеологий⁵⁵. Вдохновленные неоднозначной формулировкой Конституционного Суда Венгрии о «явной и непосредственной опасности», обычные суды принимали решения о том, что объявление «евреев» группой, «которая замышляет против венгерского народа», и скандирование на футбольных матчах сотнями болельщиков о «поездах, готовых к отправке в Освенцим», не входят в сферу уголовного права. С учетом смутного прошлого Венгрии - введения в действие расистских «Нюрнбергских законов» и участия венгерских властей в депортации евреев во время второй мировой войны, а также стойких расистских предубеждений, распространенных среди значительного числа несовершеннолетних, и связанных с этим множества инцидентов, оправдательные вердикты и непривлечение к ответственности стали причиной общественного возмущения.

Даже уголовно-правовые положения в отношении подстрекательства (включая подстрекательство на расистской почве) интерпретируются на основе существенной предвзятости применительно к свободе слова. И действительно, уголовными судами было принято требование о явной и непосредственной опасности, о котором в решении Конституционного Суда Венгрии 1992 г. упоминалось как о не решающем критерии. Тем не менее, обычные суды трактуют это решение таким образом, что согласно ему подстрекательство признается уголовно наказуемым только, если оно приводит к явной и непосредственной опасности.

⁵⁵ Юрисдикция Конституционного Суда Венгрии ограничена для определения конституционности правовых норм. Конституционный Суд Венгрии может выносить определение о конституционности решений обычных судов, хотя в принципе Верховный Суд могут постановить в ответ на апелляцию, что в своем решении суд низшей инстанции неправильно применяет законодательство, игнорируя надлежащее конституциональное значение законодательного акта. Обычные суды ссылаются на определенные толкования Конституции, предоставляемые Конституционным Судом Венгрии, но эти ссылки в большинстве случаев носят общий характер или не особенно точны, как показывает судебная интерпретация подстрекательства.

редственной опасности. В соответствии с этим, обыкновенные суды обычно выносили оправдательные приговоры распространителям расистских идей.

Реагируя на рост выступлений на почве нетерпимости, социально-либеральная коалиция, контролирующая Парламент в период 1994 -1998 г. и позднее с 2002 г., пыталась дважды (в 1997 г. и 2001 г.) внести высказывания на почве нетерпимости в разряд противозаконных, предоставив более широкое значение термину «подстрекательство». Эти попытки были объявлены неконституционными. Аналогичным образом в 2003 г. термин «очернение» был заменен на «подстрекательство» (унижение достоинства) в надежде обеспечить больший контроль над высказываниями, вызванными нетерпимостью. В 2004 г. криминализация подстрекательства была признана неконституционной, потому что оно не приводит к явной и непосредственной опасности нарушения общественного спокойствия⁵⁶. Уголовная диффамация группы, которая была определена в качестве «оскорбления человеческого достоинства, направленного против групп на основе их расовой, этнической и т.д. принадлежности», была также признана неконституционной, так как вновь оказалось, что она не представляет явной и непосредственной опасности для основополагающих прав.

В. Диффамации применительно к общественным деятелям

Либеральный индивидуализм выступает за разумные высказывания, особенно по вопросам, имеющим общественную значимость. Этот принцип оказал значительное влияние на западно-европейские демократии, исторически отличающиеся патерналистским подходом, в рамках которого они стремились защищать личность от всех возможных раздражителей.

Как уже говорилось ранее, Конституционный Суд Венгрии обязался рассматривать свободу слова в качестве составного элемента демократии и социальной откры-

⁵⁶ 18/2004 (V. 25.) AB hat.

тости. В этой связи, при рассмотрении второго крупного дела применительно к свободе слова Конституционный Суд Венгрии постановил, что признание незаконным распространения ложных утверждений, порочащих общественных деятелей, было неконституционным!⁵⁷ Защита истинности в суде была возможна, только если судья признавал, что рассмотрение опровергаемого факта требовалось в интересах общественности и фактически существующего индивида; выразитель мнения нес ответственность за уголовно наказуемую клевету вне зависимости от его осведомленности относительно правдивости утверждения или же его добросовестных усилий по поиску истины. Особо акцентируя отрицательное воздействие традиционного авторитаризма, в рамках которого уголовное право применялось для защиты веры общества во власть, Конституционный Суд Венгрии признал данный закон неконституционным, потому что в соответствии с ним были предусмотрены наказания намного суровее, чем в делах применительно к уголовно наказуемой клевете, включая частное право, когда обратное должно было быть правдой. Также закон был неконституционным в той сфере, где он допускал наказания за субъективные точки зрения по общественно значимым вопросам, а также в связи с тем, что не проводил различия между невниманием и грубой неосторожностью. Дела применительно к общественным деятелям в демократическом государстве требуют, чтобы свобода слова была менее ограничена в связи с защитой их прав личности. Это необходимо для того, чтобы дать возможность гражданам без страха участвовать в социальных и политических процессах. Конституционному Суду Венгрии пришлось еще раз повторить то, что даже в переходный период нет необходимости обращаться к применению уголовного права для охраны социального мира, потому что иначе это будет означать патерналистский подход.

Но Конституционным Судом Венгрии установлены ограничения объема защищенной критики общественных деятелей. В этом отношении, решение основывается в

⁵⁷ 36/1994 (VI. 24.) AB hat.

значительной мере на судебной практике и положениях Европейского суда по правам человека⁵⁸ и не руководствуется постановлением в деле «*Нью-Йорк Таймс против Салливана*». Таким образом, мнения могут быть клеветническими, если рассматривать их с точки зрения защиты достоинства и репутации. В общественных делах преувеличенные мнения находятся под защитой, но унижительные и оскорбительные мнения - нет, даже если они направлены на государственные учреждения. Преднамеренная недостоверность или нарушение профессиональной этики может привести выразителя мнения к лишению статуса неприкосновенности⁵⁹.

Точка зрения Конституционного Суда Венгрии на особую необходимость защиты критики государственных чиновников, оставив ее неподлежащей наказанию, была подтверждена на уровне обычных судов. Тем не менее, после того, как Верховный Суд Венгрии энергично отстаивал свою позицию в защиту прав личности и после дел о защите от клеветы, рассмотренных в период, предшествующий 1989 г., что нашло свое отражение в Гражданском и Уголовном кодексах, обыкновенные суды отошли от активной защиты случаев агрессивной критики властей. В случаях гражданско-правовой диффамации обычные суды отошли от права преимущественного удовлетворения свободы выражения. Особенно в случаях уголовно наказуемой клеветы, где в качестве истцов выступали консервативные политики, они заняли рестриктивные позиции в отношении к свободе слова во имя защиты прав личности, полагаясь, по крайней мере, на одно громкое дело, рассмотренное Верховным Судом, в качестве прецедента еще со времен коммунистического периода применительно к правам личности.

На прессу возлагается ответственность (большей частью, в случаях, связанных с опровержением) за описание массовых мероприятий, когда на общественных деятелей предположительно возводятся клеветнические утверждения. Помимо всего прочего, мнения во все в

⁵⁸ Дело «*Лингенс против Австрии*», 8 июля 1986 г. Заявление № 9815/82 A103.

⁵⁹ 18/2000. (VI.6.) AB hat.

большей степени представлялись в качестве изложения фактов, что налагает трудное бремя предоставления доказательств на тех, кто критикует государственных чиновников. Решения, принятые венгерскими судами, отличаются от либерального отношения, принятого Европейским судом по правам человека, применительно к ответственности прессы⁶⁰. Имеется тенденция среди венгерских судов интерпретировать постановления по опровержениям в ограничительном контексте, идя на уступки в области прав на свободу прессы в пользу прав личности. Более того, в 2003 г. впервые в истории Третьей Венгерской Республики политический активист-журналист был приговорен к тюремному заключению (временно отсроченного в связи с подачей апелляции). Он неоднократно публиковал умышленные лживые заявления в отношении либерального члена парламента, утверждая, что последний сотрудничал с тайной полицией во времена правления коммунистического режима, тогда как на самом деле тот был приговорен к пожизненному тюремному заключению за свою мужественную гражданскую позицию во время Венгерской революции 1956 г.⁶¹ Если рассматривать дело с точки зрения американских норм, то данный случай шельмования включал грубое пренебрежение истиной.

С другой стороны, особенно в случаях уголовно наказуемой клеветы обнаруживается тенденция квалифицировать утверждение в качестве мнения, а не констатации факта. Это снижает вероятность сурового наказания за высказывания.

Г. Осквернение национальных символов

В 2000 г. была признана конституционной криминализация случаев как пренебрежительного отношения к на-

⁶⁰ Особенно дело «*Тома против Люксембурга*», 29 марта 2001 г, Заявление № 38432/97.

⁶¹ Обратите внимание, что вынесение приговоров о тюремном заключении за клеветнические утверждения встречается в странах посткоммунистического периода. Сотни приговоров о тюремном заключении переданы в нижестоящие инстанции за последние 10 лет в Румынии с реальными сроками тюремного заключения в ряде случаев (Также см. дело «*Далбана против Румынии*», 28 сентября 1999 г., Заявление № 28114/95).

циональным символам, так и использования тоталитарной символики⁶².

Защита национальных символов особенно значима при определении того, каким образом либеральные конституционные ценности могут сосуществовать с противоречащими принципами, которые приведены в движении националистическими настроениями. В отличие от постановления по поводу «тоталитарной символики», в данном случае не были задействованы основополагающие права или явная и непосредственная опасность для соответствующего общественного строя, который бы сделал защиту на основе уголовного права необходимым и пропорциональным. Запрет на пренебрежительное отношение к национальным символам чрезвычайно распространен в Европе, и Конституционный Суд Венгрии необычайно оперативно сослался на это, подчеркнув, что «криминализация (данного вопроса) не является характерной чертой венгерского судопроизводства». Конституционный Суд Венгрии сослался на дело *Отто-Премингер*⁶³, один из наименее либеральных постановлений Европейского суда по правам человека. В этом деле свобода выражения была ограничена во имя предполагаемой религиозной чувствительности населения.

С учетом приверженности Конституционного Суда Венгрии своему решению от 1992 г., единственной причиной для объяснения его конституционности Судом могло быть то, что национальные символы чрезвычайно важны, так как они отображены положительным образом в Конституции и «предоставляют индивидууму возможность выразить свою принадлежность к венгерскому народу и государству. Эти символы являются символами страны, которая только недавно приобрела независимость». Что интересно, в данном случае переход от тирании приводит к нелиберальной аргументации. Од-

⁶² 13/2000. (V. 12.) AB hat.; 14/2000. (V. 12.) AB hat.

⁶³ Дело «Отто Премингер Институт против Австрии», 20 сентября 1994 г., Заявление № 13470/87, A295-A (Австрийские суды, оставившие в силе решения судов низшей инстанции, вынесли решение, что информация, анонсирующая фильм богохульного содержания, который планировался к показу, наносит оскорбление католикам, которые являются преобладающим большинством в стране).

нако альтернативой либерализму является не авторитаризм, а, главным образом, коммунитаризм: «Плюрализм является *только одним* из основных критериев демократии. Демократии характеризуются существованием институтов и символов, которые символизируют единение страны, которые могут быть объектом критики, но в определенном смысле находятся вне сферы плюрализма, что должно быть защищено на конституционном уровне»⁶⁴.

Объявление незаконным публичной демонстрации символов тоталитарных режимов, таких как красная звезда (коммунизм) и свастика (нацизм), также произошло в 1993 г. и стало частью попытки находящегося тогда у власти консервативного правительства поставить вне закона социалистическую партию, которая в то время находилась в оппозиции, но имела все шансы победить на предстоящих выборах⁶⁵.

В Конституционном Суде Венгрии отказывались блокировать запрет в период последующего правления социалистического правительства, которое также отказалось от отмены данного закона, потому что оно касалось вопроса нацистской символики. Только в 2000 г. после прихода к власти правоцентристского правительства Конституционный Суд Венгрии постановил вынести официальное решение о конституционности криминально-правового положения. Конституционный Суд Венгрии определил, что конституционно разрешенное ограничение на свободу слова запускается в случае возникновения опасности для общественного спокойствия, а именно, когда запрещенное поведение становится выражением не только политического мнения, которое может быть правильным или неправильным, но которое также представляет угрозу общественному порядку, посягая на честь и достоинство политических сообществ, приверженных идеи демократии. Согласно решению Конституционного Суда Венгрии ограничение соответствует тому, что считается «вынужденным в демократическом обществе».

⁶⁴ 13/2000. (V. 12.) AB hat.

⁶⁵ Социалистическая партия была правопреемником Коммунистической партии, которая правила в советский период.

Конституционному Суду Венгрии необходимо принимать в расчет *исторические обстоятельства*, в частности переход к демократии. Исторические обстоятельства могут неизбежно повлечь за собой ограничения основных прав, хотя явный факт того, что Венгрия переживает смену формы правления, не оправдывает отказ от конституционности. Очевидно, что данный подход получил более сильное правовое подтверждение после решения Европейского суда по правам человека по делу *Реквеньи*, со времени принятия которого прошло всего несколько месяцев⁶⁶. При рассмотрении дела *Реквеньи* Европейский суд по правам человека признал оправданность некоторых ограничений в политических правах военнослужащих в период переходных демократий.

[44] Принимая во внимание мирные и постепенные преобразования Венгрии в сторону плюрализма без проведения широких чисток в государственных административных органах, было необходимо деполитизировать, помимо прочего, ... чтобы общественность воспринимала полицию не в качестве пособников тоталитарного режима, а в качестве блюстителей демократических институтов...

[46] ... Учитывая конкретное историческое прошлое ряда договаривающихся государств, органы федеральной власти данных стран могут для обеспечения укрепления и поддержания демократии посчитать необходимым введение конституционно обусловленных защитных мер для достижения этих целей на основе ограничения свободы полицейских в виде их участия в политической деятельности, а особенно в политических дискуссиях⁶⁷.

Конституционный Суд Венгрии более явственно отказался от положения 1992 г., провозгласив, что мнения, несовместимые с ценностями, изложенными в Конституции, не находятся под защитой в соответствии со статьей Конституции о свободе убеждений. Это подразумевает дискриминацию в зависимости от содержания, что

⁶⁶ Дело «Реквеньи против Венгрии», 20 мая 1999 г., Заявление № 25390/94.

⁶⁷ Там же, параграфы 44-46.

было совершенно очевидно осуждено в решении 1992 г. Аргумент Суда ориентирует в сторону воинствующей демократии. Решающим моментом для Конституционного Суда Венгрии является то, что демонстрация символов вызывает страх, запугивает тех, кто пострадал от несправедливостей в условиях различных тоталитарных режимов, так как демонстрация символов вызывает у них навязчивый страх повторения ужасов, связанных с тоталитарными идеями. Несмотря на отход Конституционного Суда Венгрии от решения 1992 г., возможно, эта точка зрения правильна. Либеральные аргументы и либерализм применимы в условиях особого исторического контекста и, вероятно, ограниченный либерализм необходим для поддержания либерального общественного строя.

Е. Оценка развития либерализма применительно к свободе слова в Венгрии

Анализируя развитие либерализма применительно к свободе слова в Венгрии, можно сделать вывод о том, что первоначально Конституционный Суд Венгрии поддерживал немецкий подход (содействующий правам), объединённый с предположением (принятым не в Германии) о том, что в традиционной демократии правительство не должно вмешиваться в здоровые общественные обсуждения, хотя Парламент, защищающий правительственные интересы и более традиционные ценности, не был готов к реализации либеральной программы ни по одному из ее направлений. Позиция Конституционного Суда Венгрии не всегда служила ориентиром для обычных судов, за исключением тех случаев, когда была необходима правовая определённость. Со временем Конституционный Суд Венгрии принял определённые нелиберальные ограничения в отношении свободы слова, таким образом, внося некоторый разброд в свою судебную практику применительно к свободе слова.

Решения, вынесенные Конституционным Судом Венгрии в отношении свободы слова, заслужили уважение в среде зарубежных либеральных комментаторов⁶⁸, и в

этих случаях приверженность к либеральным ценностям несомненна. Означает ли это, что группа судей может навязать либерализм политической системе, находящейся в переходном периоде? Если бы дело обстояло таким образом, это было бы просто замечательно, особенно если учесть, что во многих других отношениях те же самые судьи занимали нелиберальные позиции, либо же их более интересовал вариант либерализма, при котором «объективное» достоинство заполняет собой свободное волеизъявление и самостоятельность в ущерб политическому либерализму. Более того, если даже кто-то додумается до того, что судьи, заседающие в Конституционном Суде Венгрии все сплошь либералы, то данное предположение никак не может распространяться на венгерскую политическую элиту, электорат и общество. Из этого не следует, что венгры настроены особенно антилиберально или более нетерпимы по сравнению с другими народами Центральной Европы. Тем не менее, 70-80 лет авторитаризма не предполагают особой приверженности общества к идеям индивидуальной самостоятельности или минимального государственного регулирования, хотя годы тирании заставляют людей стремиться к свободе, которые воспринимают ее как «отсутствие ограничений». Именно последнее объясняет общераспространенный успех на ранней стадии либеральных положений, включая их в области свободы слова.

При более близком размышлении решения Конституционного Суда Венгрии указывают на то, что внедрение либерализма в Венгрии представляет собой не прямой процесс, а скорее серию параллельных, толь-

⁶⁸ Решения Конституционного Суда Венгрии произвели особенное впечатление на Кима Лейна Шеппеле и Германа Шварца. См. Kim Lane Scheppele, "Democracy by Judiciary (or Why Courts Can Sometimes Be More Democratic than Parliaments)" in Wojciech Sadurski, Martin Krygier and Adam Czarnota (eds.), *Rethinking the Rule of Law of the Communism: Constitutionalism, dealing with the Past, and the Rule of Law*, Budapest: CEU Press 2005; Kim Lane Scheppele and Antal Örkeny, "Rules of Law: The Complexity of Legality in Hungary" in Martin Krygier and Adam Czarnota, *The "Rule of Law" in Post-Communist Societies*, Aldershot: Ashgate, 1999. Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago: University of Chicago Press, 2002.

ко отчасти взаимосвязанных проявлений, в рамках которых либеральная идеология не исключает принятия нелиберальных решений. Причем, поддержка либеральных ценностей на культурном уровне, представленная в зарубежных образцах, потеряла свою привлекательность в рамках все более и более националистически-консервативной и национал-коммунитарной социальной и политической культуры. Это примечание дает основу для двух серьезных размышлений, связанных с различными теориями относительно правового оформления, требующегося для переходных периодов:

1. Необходимо воспринимать внедрение либерализма в качестве долгосрочной программы. Традиционализм общества и судебной-правовой системы содействуют разрушению или перестройке привнесенного либерализма.
2. Либерализм многослоен. Соображения элиты, связанные с либеральными ожиданиями западно-европейской правовой элиты, которая оказала большое влияние на Венгрию, с учетом зависимости Венгрии от «Европы» (Европейский союз, Совет Европы, т.д.), означают, что либерализм трансформировал взаимоотношения всех игроков-представителей правовой элиты (Конституционный Суд Венгрии и законодательная ветвь). Но влияние Конституционного Суда Венгрии на работу обычных судов носит ограниченный характер. А также, помимо всего, во всех других отношениях доминировали нелиберальные (ангажированные) политические интересы.

1. Разрушение либеральной позиции

Вопрос заключается в том, до какой степени жизнеспособен либерализм в качестве вседозволенности, принимая во внимание заинтересованность находящегося у власти правительства в ограничении критики и восстановлении старых образцов права и устройстве на основе авторитарности. После 1990 г. появилась настоящая напряженность в отношении свободы слова, так как явные признаки консервативного авторитаризма стали ха-

рактизовать первое консервативное правительство⁶⁹.

Конституционный Суд Венгрии выступил против таких законодательных тенденций, прибегая к использованию либеральной аргументации, хотя он поддерживал консервативное правительство в радио- и телевидении, используя либеральную риторику. Как ни удивительно, либерализм, присутствовавший в ранних делах о свободе слова, начал уменьшаться в отношении вопросов предварительного запрета или цензуры. В 1996 г. Конституционный Суд Венгрии поддержал объявление противозаконным распространение запрещённых печатных материалов⁷⁰. В 1997 г. в деле, касающемся полномочий государственного обвинителя на конфискацию клеветнических, порнографических и иных незаконных материалов в качестве предварительной меры без осуществления полного фактического судебного контроля, было найдено положение, на основе которого было позволено нарушать права на свободное волеизъявление, так как на клеветнические материалы был наложен арест без учета точки зрения потерпевшей стороны⁷¹. Но только двое из девяти судей признали прокурорский арест неконституционным, так как действие было направлено на защиту общественной морали или репутации группы, хотя не было особой опасности.

При обновлении состава Конституционного Суда Венгрии в 2000 г. в вопрос защиты свободы слова были введены дополнительные исключения (национальные символы, тоталитарная символика). К этому времени все большее количество обычных судов принимали решения, направленные против критических высказываний в адрес общественных деятелей. Самым последним решением Конституционного Суда Венгрии, в котором про-

⁶⁹ Наиболее очевидно, подход с авторитарной точки зрения проявился в законодательстве в усилиях защитить респектабельность правительства. Именно премьер-министр, который был расстроен постоянным противодействием и критикой прессы, попросил о кодификации положений о антиправительственной диффамации в соответствии с уголовным правом и идеями уважения к властям, распространенных в довоенный период (См. выше). Также имела место некоторая преемственность на личностном уровне в отношении довоенных нелиберальных традиций.

⁷⁰ 2269/B/1991. ABhat.

⁷¹ 20/1997. (III. 19.) AB. hat.

изошел отход от защищенного высказывания, стал предлагаемым конституционный обзор предлагаемой поправки в Уголовный кодекс, согласно которой в венгерское законодательство была бы введена версия права делать возражения, принятого во французском судопроизводстве⁷². Внесение поправки было предложено консервативным большинством в Парламенте, у которого вызвало озабоченность предполагаемое преобладание в прессе представителей либерально-левых взглядов, которые постоянно критиковали правительственных чиновников. Право делать возражения характеризовалось Конституционным Судом Венгрии как неравнозначное чрезмерному ограничению свобод СМИ, излагающих принципиальные взгляды. Но было признано, что проект закона был диспропорциональным, так как право делать возражения было бы предоставлено даже в случаях неприятных воззрений, проект содержал элементы неопределённости и предоставлял право наложения штрафов.

Несомненно, данные решения свидетельствуют о том, что судебная палата все более удалялась от либерального понимания свободы слова. Однако спустя несколько недель после принятия решений по делам о символике Конституционный Суд Венгрии признал неконституционным криминализацию нагнетания страха⁷³. В данном случае также была приведена обширная ссылка на решения, принятые в Западной Европе, которые носили более узкий характер по сравнению с расплывчатым определением, принятым в Венгрии. Конституционный Суд Венгрии воспользовался возможностью свести в один ряд свою теорию дискурса с современными работами в коммуникационных технологиях, особо не заботясь

⁷² 57/2001. (XII. 5.) AB hat. В данном решении дается обстоятельный анализ свободы слова в США и утверждается, что на уровне принципов европейская практика соответствует американской, как установлено в вышеупомянутом деле «*Нью-Йорк-Таймс против Салливана*», несмотря на практические расхождения, примером которых может служить дело Скоки. В этом решении ссылаются на дело «*Радиовещательная компания «Красный лев» против Федеральной комиссии связи США*», 395 США 367 (1969), отстаивая право на ответ в радиовещании, и выделяют дело «*Майами Херальда против Торнильо*», 418 США 241 (1974), чтобы создать исключение, связанное с выборами, в отношении положения о праве на ответ «*Красного льва*».

⁷³ 18/2000. (VI.6.)AB. hat.

об общественном спокойствии в открытом информационном обществе. Нет разговоров об опасности нагнетания страхов в обществе переходного периода с ограниченными возможностями саморегулирования. В эру информационных технологий общественное мнение формируется по-иному. Хотя новые технологии повышают потенциальную угрозу нагнетания страхов, глобальная сеть связи и новые формы взаимодействия между гражданами и государством предоставляют наилучшие возможности для уточнения и поиска информации.

С учетом решений, на основе которых признана неконституционной криминализация «нагнетания страха» и подстрекательства к высказываниям на почве ненависти (в 2004 г.), было бы неверно утверждать, что Конституционный Суд Венгрии отходит от либеральных ценностей, которые преобладали в начале, особенно в тот ранний период, когда у Судебной палаты не было возможности налагать ограничения на свободу слова, которые все-таки были приняты⁷⁴. Тезис об «отходе» доминировал до недавнего времени среди многих комментаторов. Он согласуется с общепринятыми представлениями о судьбе политического либерализма, слишком слабого для того, чтобы поддерживать себя после победы элит в те моменты, когда людей особенно волнует свобода, выходящая из-под ярма тирании. Отход также сводится воедино с предположением о том, что в новых демократиях даже тот малый интерес общества к свободе недолговечен, с учетом исторического прошлого в виде тиранического произвола и недостаточно развитой культуры гражданских свобод вследствие отсутствия гражданского общества.

Решения, принятые по делам применительно к нагнетанию страхов и высказываниям на почве ненависти,

⁷⁴ Возможно, Конституционный Суд Венгрии просто хотел выразить свое принципиальное несогласие с правительством, которое находилось у власти в тот момент, и логикой принятия необходимого пакета решений, которая заключалась в том, что Конституционный Суд Венгрии должен принять либеральную позицию для получения предопределенного результата. Вторая возможность может заключаться в привязанности судов к принятой линии действий: ранее принятые решения были либеральными, и суды сопротивлялись отходу от общепризнанных утвержденных прецедентов.

служат признаком того, что картина более сложна, чем представляется, а также того, что представления о либеральных ценностях в странах с новыми либеральными конституциями не придерживаются простой, прямолинейной или совершенной направленности. Надо признать, что решения Конституционного Суда Венгрии, при принятии которых судьи придерживались основных принципов либерализма, касались незначительных дел, и что в своей практике обычные суды тяготеют к подержанию тезиса об «отходе». Проблема теории об «отходе» заключается в том, что она игнорирует противоположные тенденции, например, те, которые появились в результате соблюдения формалистической концепции о верховенстве закона, обеспечиваемом, наряду с прочим, соблюдением профессиональных интересов судебно-правовым истеблишментом, а также тенденции, возникшие в результате «европеизации».

3. Многослойный либерализм

Необходимо далее определиться с правовым обеспечением либерализма в менее чем либеральном окружении - за десять лет слово «либерал» стало стандартным бранным словом в высказываниях как социалистов, так и консерваторов. Теория неравномерного и непоследовательного, чрезвычайно контекстуально обусловленного применения либеральных конституционных ценностей, возможно, более приемлема, чем тезис об «отходе». Конституционный Суд Венгрии придерживается довольно коммунитарного подхода во многих областях, хотя прибегает к использованию либеральной риторики применительно к свободе вероисповедания и делам, касающимся абортов и эвтаназии, в том смысле, что эти решения придают особое значение самостоятельности и самоопределению. Однако в вышеупомянутых решениях этим рассуждениям придается меньшая значимость по сравнению с опасностями нарушения прав утробного плода⁷⁵. Свобода отправления религиозных культов в качестве личного дела человека превращается в обеспе-

⁷⁵ 37/1992. (VI.10.) AB hat., 17/1993. (III.19.) AB. hat.

чение государствоведческого выбора, в результате которого даются привилегии определенным официальным конфессиям.

Если даже защита свободы слова отошла от американской концепции, приблизившись более к немецкому пониманию, в соответствии с которым свобода слова уравнивается другими конституционными ценностями, такими как права личности, тем не менее, нет основания сомневаться в искренности убеждения Конституционного Суда Венгрии в том, что он развивается в направлении либеральной концепции свободы слова. Конституционный Суд Венгрии продемонстрировал особую заинтересованность в отождествлении себя с конкретными основными принципами либерализма, примененных в крайне специфической ситуации переходного периода. Либерализм не просто рекламная витрина, не только часть грандиозного замысла, направленного на международное признание, а также повышение авторитета и влияния Конституционного Суда Венгрии внутри страны, и его нельзя объяснить просто преходящей привлекательностью либерализма в переходный период. В Конституционном Суде Венгрии хотели максимально увеличить свое влияние, и либерализм предоставил средства для этого. Но опора на либерализм была ограничена политической, связанной с властью и влиянием. По мере того, как укреплялось влияние Конституционного Суда Венгрии, ему не было необходимости вступать в противоречие с обществом и политическими силами из-за либеральных ценностей. В это время минимум либеральных ценностей был встроены в ключевые институты. Принимая во внимание меняющееся культурное окружение и возрастающее признание нелиберальных ценностей, Конституционный Суд Венгрии не был готов к продвижению либеральной программы в направлении к гражданским свободам. До тех пор, пока эти ценности не станут откровенно нелиберальными или это не будет признано обществом и пока они не приведут в действие законодательство, ничто не принудит Конституционный Суд Венгрии сделать свой выбор в защиту и против либеральной конституциональности.

Проявилось интересное разделение труда, в результате чего получил развитие правовой параллелизм. Конституционный Суд Венгрии остается хранилищем либеральных ценностей, который позволяет обычным судам корректировать более рестриктивным образом процессуальные нормы, касающиеся свободы слова, за исключением случаев применительно к расистским высказываниям. Обыкновенные суды повторно интерпретировали гражданское право и нормы уголовного права таким образом, чтобы ограничить свободу слова в пользу прав личности, действуя на благо государственных чиновников и властных структур. Конституционный Суд Венгрии, по крайней мере, молча поддержал это, предоставив идеологию, согласно которой огромное значение придавалось правам личности, и высвобождая все большие сферы коммуникации от строгих требований свободы слова. И снова это не является просто результатом меньшего либерализма Конституционного Суда Венгрии или общества: это просто вытекает из ограниченной в конституционном отношении роли Конституционного Суда Венгрии в формировании правовой системы, особенно там, где касается вынесения судебных решений на уровне обычных судов.

Безусловно, даже Конституционный Суд Венгрии продемонстрировал с самого начала нелиберальные тенденции, что наглядно проиллюстрировано на примере многих областей, включая свободу слова в эфирном вещании. Государственный контроль в сфере эфирного вещания привел к наиболее щекотливой в политическом отношении ситуации в области рассмотрения дел о свободе слова, так как обеспечение правительственного контроля над радио-и телепередачами представлялось важнейшим условием для сохранения власти, гораздо более важным, чем теоретическая возможность наказания за дискредитирующие утверждения, выдвигаемые против политических деятелей. В этом отношении тот же самый, ранний состав Конституционного Суда Венгрии, который выступал за свободу слова, постоянно выносил решения по делам, связанным с эфирным вещанием, в пользу пра-

вящего консервативного правительства. Судебные постановления, сформулированные в либеральном ключе, гарантируют поддержку всех гарантий, необходимых для создания плюралистической вещательной системы, полностью свободной от государственного вмешательства, и поддерживают плюрализм и взвешенное представительство. Тем не менее, высказавшись обо всех опасениях, представленных в соответствующих решениях Федерального Конституционного Суда Германии, Конституционный Суд Венгрии приходит к выводу о том, что очевидно неконституциональная система, действующая в Венгрии на момент принятия данного решения, которое способствовало обеспечению государственного контроля, должна остаться в силе⁷⁶.

Научный анализ, который полагается на данные эмпирических материалов, часто ограничен узко сформулированным эмпирическим исходным положением предмета изучения. Исследования проблем пересадки правовой системы часто ограничиваются анализом судебной практики Конституционного или Верховного Судов. «Там, где придается чрезмерно большое значение ведущей роли конституционных судов при строительстве правопорядка, обычные суды имеют склонность полностью исчезнуть со сцены»⁷⁷. Это приводит к дезориентирующим оценкам. Даже если бы в Конституционном Суде Венгрии заседали судьи-либералы, что далеко не так, они конечно же не являлись представителями обычного судопроизводства с точки зрения ценностей и в отношении готовности претворять не вызывающие сомнений текущие либеральные конституциональные ценности в контексте обычных правовых дел. При анализе решений конституционных судов для определения приро-

⁷⁶ BVerfGE 12, 205 (1961), BVerfGE 31, 314 (1971), BVerfGE 57, 295 (1981), BVerfGE 73, 118 (1986), BVerfGE 74, 297 (1987), BVerfGE 83, 238 (1991).

⁷⁷ Zdenek Kuehn, "Making Constitutionalism Horizontal - Three Different Central European Strategies for Theory", in Andras Sajó and Renata Uitz, (eds.) *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*. Eleven Publishers (forthcoming 2005.). Аналогичные тенденции в пост-коммунистических странах см. в Wojciech Sadurski (ed.) *Constitutional Justice, East And West: Democratic Legitimacy And Constitutional Courts In Post-Communist Europe In A Corporative Perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

ды правовой трансформации есть опасность закрепления элитарного мифа о победе либеральных представлений. В централизованных системах вынесения судебных решений на основе Конституции Конституционный Суд является почти герметически закрытым и обладает ограниченными или никакими средствами для осуществления контроля над остальной частью системы судебных органов. Это абсолютно верно в случае с Венгрией, в которой ее Конституционный Суд не обладает средствами воздействия, за исключением дара убеждения, на решения, принимаемые на уровне обычных судов. Это разделение труда объясняет странное сосуществование либеральной конституционной оболочки с другого рода нелиберальными тенденциями. Результаты деятельности обычных судов в Венгрии в делах применительно к свободе слова однозначно указывают на сложный и противоречивый характер процесса правовой конституционной адаптации.

Обычные суды Венгрии время от времени цитируют одно или другое положение своего Конституционного Суда, но в соответствии с использованием критерия о «явной и непосредственной опасности» при рассмотрении дел о возбуждении расовой ненависти эти ссылки носят выборочный характер. В случаях высказываний на почве нетерпимости обычные суды постепенно заняли позицию, которая заключается в том, что заявления на почве расовой ненависти будут признаны уголовно наказуемыми, если они представляют явную и определенную угрозу насильственных действий. В случаях критики в отношении политических деятелей при рассмотрении уголовных и гражданских дел суды не ссылаются на решения Конституционного Суда Венгрии и Европейского суда по правам человека, хотя в ряде чрезвычайно щепетильных с политической точки зрения дел против подсудимого сыграл тот факт, что пострадавшей от диффамации стороной был высокопоставленный чиновник. Причем, в случаях, где рассматриваются дела об уголовно наказуемой клевете против общественных деятелей, делается сильный акцент на примат прав личности с те-

ми последствиями, что обычные суды все больше тяготеют к тому, чтобы признать дискредитирующие воззрения чересчур оскорбительными или непристойными.

Картина, отображающая либерализм в сфере свободы слова, может показаться противоречивой, но было бы вернее назвать ее «динамичной» и незавершенной. Более того, либеральные элементы, представленные с позиций дел Конституционного Суда Венгрии, необходимо рассматривать в качестве одного из слоев многомерно обрамления политических свобод. Необходимо добавить, что суды действуют не в атмосфере социального вакуума, а в обществе, где свобода слова не воспринимается в качестве высшей ценности. Нельзя преувеличивать непосредственное воздействие решений Конституционного Суда Венгрии на судопроизводство, общество и политическую жизнь страны. В преобладающе нелиберальном решении Конституционного Суда Венгрии о защите национальных символов позиция суда сближается с преобладающим коммунитарным общественным настроением, который чрезвычайно близок к точке зрения американской общественности на сожжение флага. Основная разница заключается в том, что по сравнению с Верховным Судом США, Конституционный Суд Венгрии менее склонен противостоять общественным и частным мнениям ради свободы слова.

5. Заключение

Судьба прав слова в Венгрии со времени перехода от социализма к демократии на протяжении пятнадцатилетнего периода доказывает главным образом одно. Если даже имеются явные доказательства «импорта» либеральных конституционных норм, воздействие такого импорта на конституционное судопроизводство и правовую культуру заимствующей страны будет каким угодно, только не простым или прямолинейным. Но из опыта Венгрии в отношении к правам на свободу слова можно вывести два важных заключения. Во-первых, очевидно, что импорт либеральных принадлежностей свободы слова можно увязать с определенной степенью импорта ли-

берализма как в абсолютных, так и в относительных значениях (а именно, борьбу с нелиберализмом, укоренившимся в авторитарном прошлом страны). Во-вторых, понятно, что исторические, культурные, политические и институциональные факторы играют важную роль в определении жизнеспособности, объемов и возможной степени любой потенциальной адаптации заимствованных конституционных норм.

Рассматривая первое из вышеназванных двух заключений, видим, что хотя и кажется, что Конституционный Суд Венгрии стал менее либеральным в своем судопроизводстве применительно к свободе слова после удивительно либерального первоначального периода, факт остается фактом, что Венгрия достигла значительных успехов в области либерализма за последние 15 лет. Иными словами, несмотря на превратности в практике применения норм конституционного права и возможный отход в целом по сравнению с более ранним периодом в деятельности Конституционного Суда Венгрии, в судебной практике Венгрии в отношении свободы слова на настоящий момент судьи придерживаются либеральных принципов свободы слова. К тому же, при рассмотрении в контексте борьбы против нелиберализма многие из решений Конституционного Суда Венгрии, которые кажутся проявлением отхода от либерализма в абсолютных значениях, можно с таким же успехом интерпретировать в качестве необходимых для того, чтобы затруднить выпады или возвращение нелиберальных авторитарных тенденций. И в этом отношении сегодняшняя Венгрия может оказаться ближе к Германии 1960-х гг., а не 1990-х.

Что касается второго вывода, если, вне сомнения, институциональные, культурные и исторические факторы в существенной степени влияют на судьбу либеральных конституционных заимствований, тем не менее, не всегда ясно, каким образом эти факторы в конечном счете изживают себя? Например, если бы обычные суды были изначально нацелены на то, чтобы неукоснительно следовать прецедентам Конституционного Суда Венгрии, то тогда предыдущие суды не могли бы быть значительно

менее либеральными, чем последний Суд⁷⁸. Но тогда неужели Конституционный Суд Венгрии стал бы менее либеральным под давлением обстоятельств, которые в настоящее время нельзя допускать с учетом подрыва либеральных норм на уровне обычных судов? В более общем смысле, с учетом динамичной природы либеральных и нелиберальных тенденций, в сегодняшней Венгрии трудно предсказывать долгосрочные последствия либеральных заимствований. Станет ли Венгрия, подобно Германии, более либеральной по мере того, как будет отступать в никуда ее авторитарное прошлое? Либо отдельные выражения венгерской истории и культур, включающие как либеральные и нелиберальные составляющие, смогут остаться на пути такой траектории?

Наконец, эти сомнения усугубляются внешними факторами, значение которых все более возрастает в области межгосударственных и международных отношений, частью которых является Венгрия, включая ее отношения с Европейским союзом и Советом Европы. Возможно, Венгрии придется стать более либеральной для того, чтобы лучше соответствовать принципам либеральной Европы.

В целом, практически нет сомнений в том, что импорт либеральных конституциональных норм может содействовать росту либерализма и ослаблению нелиберализма, хотя успех зависит от окружающих условий. Однако по-прежнему остается открытым вопрос - каким образом и до какой степени?



⁷⁸ В случае, если они таковыми являются, возникает откровенно двойственная система, как это, кажется, произошло в Чешской Республике. См. Zdenek Kuehn, сноска выше.

Б. Страшун

*доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки
Российской Федерации*

Конституционная юстиция и судебная власть

Соотношение конституционной юстиции и судебной власти представляет собой, конечно, теоретическую проблему, однако она имеет свой чисто практический аспект, который находит свое выражение в следствиях, вытекающих из того или иного понимания юридической природы конституционных судов и характера их деятельности. Указанное соотношение можно устанавливать двумя способами, каждый из которых вполне правомерен.

Первый способ заключается в том, чтобы при установлении данного соотношения исходить из существующего законодательства, прежде всего конституционного, и лежащей в его основе доктрины. Бывает, правда, и так, что разработчики соответствующего законодательства исходят не из какой-то заранее данной доктрины, а из соображений практического удобства и лишь впоследствии на базе уже существующих нормативных текстов разрабатывается доктрина. Но и в этом случае доктрина, коль скоро она создана, играет роль теоретической и идеологической основы имеющегося нормативно-правового решения. Недостаток этого способа заключается в том, что в общетеоретическом плане установить соотношение обеих вышеуказанных категорий затруднительно, поскольку опыт разных стран неодинаков. Россия и Армения, например, последовали германскому примеру, и в их конституциях основы статуса конститу-

ционных судов изложены в главах о судебной власти. Другими словами, в этих странах органы конституционной юстиции рассматриваются наряду с другими судами как институты, осуществляющие судебную власть. Напротив, в Болгарии, обратившейся по рассматриваемому вопросу к итальянскому образцу, Конституционный Суд не считается органом судебной власти, и в Конституции основы статуса Конституционного Суда урегулированы не в главе о судебной власти, а в особой главе. Разрешение правовых споров (правораздавание) отнесено ч. 1 и 2 ст. 119 Конституции к компетенции только Верховного Кассационного Суда, Верховного Административного Суда, апелляционных, окружных, военных и районных судов, а также специализированных судов, которые могут создаваться законом, но не к компетенции Конституционного Суда.

Примечательно, что в Польше, где в качестве органов конституционной юстиции выступают Конституционный Трибунал и Государственный Трибунал, их статус и статус судов урегулированы в одном разделе, хотя и в разных подразделах. Раздел Конституции о судах и трибуналах открывается общей для обоих подразделов ст. 173, согласно которой суды и трибуналы являются властью, обособленной и независимой от других властей. Эта статья конкретизирует в соответствующей части общий принцип, сформулированный в ст. 10 Конституции, которая в ч. 2 устанавливает, что, в частности, судебную власть осуществляют суды и трибуналы. Отсюда, казалось бы, бесспорно следует, что Конституция отнесла трибуналы к органам судебной власти, однако в польской литературе мнения на этот счет расходятся.

Так, профессор Я. Тциньский, возглавлявший одно время Конституционный Трибунал, в своем комментарии к упомянутому разделу Конституции, основываясь на истории конституционного регулирования статуса этого Трибунала и истории разработки действующей Конституции, полагает, что Конституционный Трибунал, в отличие от Государственного Трибунала, не следует относить к органам судебной власти, поскольку он не отправляет

правосудия¹. Это, по мнению Я. Тциньского, вытекает из того, что Конституционный Трибунал не разрешает правовых споров². Другой польский автор - Я. Гальстер характеризует Конституционный Трибунал как суд особого рода³. Профессор Л. Гарлицкий, бывший судья Конституционного Трибунала, а ныне судья Европейского суда по правам человека в Страсбурге писал, что Конституционный Трибунал есть орган судебной власти, хотя и не является судом в смысле ст. 175 Конституции⁴ и его деятельность не может определяться как отправление правосудия, составляющее компетенцию только судов⁵. Можно, таким образом, констатировать, что для польской науки понятия «конституционное правосудие» не существует, по крайней мере применительно к деятельности Конституционного Трибунала.

Второй способ определения соотношения конституционной юстиции и судебной власти исходит из того, что в интересах общей теории можно и даже нужно отвлечься от специфики правового регулирования и доктрины отдельных стран и сосредоточиться на содержательном анализе понятий и категорий. Именно этот способ представляется в условиях указанного многообразия единственно возможным для решения поставленной задачи.

Здесь прежде всего нужно установить, является ли деятельность органов конституционной юстиции отправлением правосудия, поскольку именно оно признается отличительной функцией судебной власти. Если статья на изложенную выше точку зрения Л. Гарлицкого, то тогда останется неизвестным, какова же у судебной власти ее отличительная функция, каков смысл существования этой

¹ Отправление правосудия - русский эквивалент польского термина «wymiar-sprawiedliwosci», буквально означающего «измерение справедливости». Русский термин неточно отражает коннотацию польского.

² См.: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. 2 Komentarz. Tom II. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2001. [Trzcicki J. Komentarz do Art. 173]

³ См.: Witkowski Z. (red.), Galster J., Gronowska B., Biec-Kacaia A., Szyzkowski W. Prawo konstytucyjne. Torun: TN iK 1998. S. 341 - 343.

⁴ Согласно ч. 1 ст. 175 Конституции отправление правосудия в Республике Польша осуществляют Верховный Суд, общие суды, административные суды, а также военные суды.

⁵ См.: Garlicki L. Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykladu. Wyd. 2. Warszawa: Liber 1998. S. 313.

ветви власти. Но если мы признаем таковой функцией правосудие, то сразу же возникает вопрос: а что это такое? Ответить на него не так просто, поскольку в разных языках эквиваленты этого русского термина имеют неодинаковое содержание. Они подчас многозначны и в разных контекстах приобретают различные коннотации.

В русской литературе правосудие понимается и как вынесение правосудных, т.е. основанных на праве решений, и как судебное разбирательство дел, завершающееся вынесением правосудного решения. Во избежание путаницы второе понимание мы будем называть отправлением правосудия. Здесь мы встречаем немало определений, но обобщение их позволяет прийти к выводу, что необходимыми признаками отправления правосудия служат:

а) деятельность суда, а не какого-либо иного органа публичной власти;

б) разрешение юридических конфликтов путем применения права как цель этой деятельности;

в) установленные законом процессуальные формы, в которых осуществляется эта деятельность и к числу основных принципов которых непременно принадлежат состязательность и равноправие сторон.

Отсутствие хотя бы одного из этих необходимых, на наш взгляд, признаков не позволяет определять деятельность как отправление правосудия. Конечно, на суды нередко возлагаются и иные функции, помимо отправления правосудия, например установление юридических фактов, однако отправление правосудия представляет собой их основную функцию, смысл их существования.

Обратимся также к определениям, существующим в некоторых иностранных языках, и начнем с польского, поскольку уже этого касались выше. Правда, источник у меня староват: это «Малая энциклопедия права», изданная в 1980г., т.е. до учреждения в Польше Конституционного Трибунала. Текст определения звучит в переводе примерно так: «**ОТПРАВЛЕНИЕ ПРАВОСУДИЯ** [WYMIAR SPRAWIEDLIWOŚCI] – деятельность государства, реализуемая независимыми судами и основанная на применении норм действующего права к конкретным фактичес-

ким положениям, рассматриваемым в уголовных и гражданских делах, а также... в делах из сферы адм. права»⁶. Примерно то же значение имеет упоминавшийся выше болгарский термин «правораздаване», хотя наряду с ним в болгарском языке существует и термин «правосъдие», который у нас иногда переводится «юстиция». Впрочем, и в русском языке одно из значений термина «юстиция» служит синонимом термину «правосудие».

В немецком языке русскому термину «правосудие», явно происходящему от «судить по праву», соответствующим термины «Rechtsprechung» и «Rechtspflege». Буквальный смысл первого - «правоговорение», т.е. высказывание суждения о том, кому принадлежит (спорное) право. Иначе говоря, этот термин охватывает первые два из вышеупомянутых признаков отправления правосудия. Буквальный же смысл же второго - «попечение, забота о праве», что в принципе то же, но несколько шире. В Основном Законе Федеративной Республики Германия, представляющем собой конституцию этой страны, раздел IX именуется «Rechtsprechung», и открывается он статьей 92, которая начинается словами «*ie richterliche Gewalt ist den Richtern anvertraut...*». Заголовок у нас обычно переводится «Правосудие», а вот приведенный текст ст. 92, содержащий образованное от этого слова причастие, переводится различно. Иногда: «Судебная власть вверяется судьям»⁷, а профессора Ю.П. Урьяс и сохранивший его перевод В.В. Невинский использовали в качестве эквивалента «Юрисдикционная власть...»⁸. Последнее вряд ли правильно, т.к. юрисдикционная власть, т.е. компетенция по разрешению юридических конфликтов, может принадлежать не только суду⁹.

⁶ Maia encyklopedia prawa / Red. Nacz. Z. Rybicki. W.: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1980. S. 852.

⁷ См., например: Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. 5-е изд., перераб. и доп. - М.: «Волтерс Клувер», 2006. - С. 150.

⁸ Федеративная Республика Германия. Конституция и законодательные акты / Под ред. Ю.П. Урьяса, сост. Т.Г. Морщакова. - М.: «Прогресс», 1991. - С. 64; Конституции государств Европы: в 3 т. Т. 1 / Под общей ред. Л.А. Окунькова. - М.: «Норма». - С. 612.

⁹ «ЮРИСДИКЦИЯ... 2) круг полномочий государственного органа по правовой оценке конкретных фактов, в т.ч. по разрешению споров и применению предусмотренных законом санкций» (Новейший словарь иностранных слов и выражений. - Мн: «Харвест»; - М.: «АСТ», 2001. - С. 972.

Логичнее было бы перевести: «Власть отправлять правосудие вверяется судьям...» Далее в тексте ст. 92 сказано: «...Она (т.е. эта власть – Б.С.) осуществляется Федеральным Конституционным Судом, предусмотренными в настоящем Основном Законе федеральными судами и судами земель (субъектов Федерации – Б.С.)». Следовательно, если понимать «*Rechtsprechung*» как «правосудие», то из данной статьи Основного Закона вытекает, что и Федеральный Конституционный Суд тоже отправляет правосудие. В 1967 г. Федеральный Конституционный Суд истолковал понятие того, что, собственно, согласно ст. 92 Основного Закона вверяется судьям. Эта норма, как отметил Суд, имеет материальный смысл, относится только к судам, и в частности охватывает почти весь перечень полномочий Федерального Конституционного Суда¹⁰. Русский эквивалент «правосудие», таким образом, вполне уместен, тем более что третий признак правосудия применительно к Федеральному Конституционному Суду содержится в ч. 2 ст. 94 Основного Закона, согласно которой, в частности, устройство Федерального Конституционного Суда и порядок судопроизводства в нем определяются федеральным законом.

Если мы проанализируем компетенцию конституционных судов, то увидим, что она прежде всего предусматривает проверку конституционности (иногда также законности) правовых актов, а порой действий (бездействия) должностных лиц, наделенных публично-властными полномочиями. Иногда на конституционные суды возлагаются и другие полномочия: разрешение споров о компетенции органов публичной власти или о конституционности политических партий, общеобязательное толкование конституции, выполнение задач избирательных органов или избирательной юстиции и т.п. Проверку конституционности и осуществление других своих полномочий конституционные суды предпринимают, как правило, по инициативе уполномоченных органов или лиц, причем эта инициатива свидетельствует о наличии

¹⁰ См.: Richter I., Schuppert G.F. Unter Mitarb. von Bumke Ch., Harms K., Loebel H.Ch. Casebook Verfassungsrecht. 3., völlig neubearb. Aufl. München: Beck 1996. S. 627 f.

юридического спора или конфликта, нередко даже в том случае, когда речь идет об абстрактном конституционном контроле. Весь порядок рассмотрения дела в конституционном суде независимо от того, какое полномочие им реализуется, представляет собой систему установленных законом процессуальных форм, включая в большинстве случаев реализацию вышеупомянутых принципов состязательности и равноправия сторон, хотя реализация эта нередко отличается значительной спецификой, обусловленной характером рассматриваемых дел.

Из сказанного, естественно, напрашивается вывод: органы конституционной юстиции, имеющие в своем наименовании слово «суд» или «трибунал», если прилагать к ним общетеоретические критерии, отправляют правосудие и, следовательно, будучи носителями судебной власти наряду с другими ветвями судебной системы - судами общей юрисдикции и специальными судами, в этом отношении от них существенным образом не отличаются.

Несколько иначе обстоит дело с конституционными советами, существующими во Франции и в ряде государств, бывших ранее французскими колониями. Эта модель специализированного органа конституционного контроля с некоторыми модификациями воспринята и Казахстаном. Впрочем, во Франции органом конституционного контроля служит не только Конституционный Совет, осуществляющий предварительный контроль конституционности законов и регламентов палат Парламента, но и Государственный Совет - высший орган административной юстиции, проверяющий конституционность актов исполнительной власти. Если законодательное регулирование статуса Государственного Совета определяет порядок производства в нем всех видов дел, который в большинстве случаев по сути есть судопроизводство, то в отношении Конституционного Совета применительно к рассмотрению дел о конституционности законов этого сказать нельзя. Известный советский, затем российский исследователь французского конституционного права профессор М.А. Крутоголов отмечал, что во всех случаях контроля конституционности законов Конс-

титуционный совет «выступает по просьбе заинтересованной стороны и все более стремится ввести в свою практику процедуру состязательности сторон в информировании судьи»¹¹. С 1987 г. Конституционный Совет Франции является членом Европейской конференции конституционных судов. Все это оправдывает принятую в литературе характеристику этого органа как квазисудебного, поскольку в полной мере судебным его все же считать нельзя.

Что же касается казахстанского Конституционного Совета, то законодательное регулирование производства в нем дел в основных своих чертах сходно с законодательным регулированием судопроизводства в Конституционном Суде России, что дает основание к характеристике Конституционного Совета Казахстана как органа судебного, однако официальный его сайт в Интернете указывает, что Конституционный Совет не входит в судебную систему, а «является государственным органом, обеспечивающим верховенство Конституции Республики как Основного Закона государства на всей территории Казахстана».

Constitutional Jurisdiction and Judicial Power

B. Strashun

*ector of law, professor,
Honoured Scientist of the Russian Federation*

Summary

Correlation between the constitutional jurisdiction and judicial power can be established by two means each of which is legitimate.

According to the first means the establishment of the mentioned correlation deprives from the working legislation,

¹¹ Круголов М.А. Конституционный Совет Франции. Организация и правовые аспекты деятельности. - М.: "Наука", 1993. - С. 125.

mainly from the constitutional law and its doctrines.

The second means of defining the correlation of the constitutional jurisdiction and judicial power deprives from the idea that for the interest of common theory it is needed and is even necessary to deprive from the specifics of the judicial regulation and doctrines of specific states and concentrate on contextual analysis of the concepts and categories. This means appears to be the only possible one for the decision of the given task.

It is necessary to establish if the activity of the bodies of the constitutional jurisdiction appears to be the carrier of the justice as the latter is considered to be a distinguishing function of judicial power.

The analysis of the competence of the constitutional courts states that it considers checking of constitutionalism (also legality) of the legal acts and it sometimes follows the activity (or inactivity) of the officials authorized with public powers. Sometimes the constitutional courts have to deal with other authorities: resolutions of disputes on the competence of the bodies of public power or on constitutionality of the political parties, obligatory interpretation of the constitution, fulfillment of the tasks of the electoral bodies or electoral jurisdiction, etc. Checking of the constitutionalism and accomplishment of other authorities the constitutional courts undertake only by the initiative of governmental bodies or persons and this initiative, as a rule, witnesses for the presence of judicial dispute or conflict, even in the case when it is about an abstract constitutional control. The whole procedure of the consideration of the case at the constitutional court does not depend on the fact what authority it realizes, and what system established by the law of procedure form presents including the realization of the abovementioned principles of competition and equal rights of the parties, though this realization often outcomes with a significant specifics, conditioned by the character of the considered cases. It can be concluded that the organs of the constitutional jurisdiction which have the word "court" or "tribunal" in the heading, if one can attach general theoretical criteria, commit justice and consequently as a carrier of

the judicial power together with other branches of judicial power, i.e. courts of general jurisdiction and special courts, they do not differ essentially.

The situation with the constitutional councils is a bit different in France and in former French colonies. This model of the specialized body of the constitutional control after some modification is accepted also in Kazakhstan. Though in France the organ of the constitutional control is not only the Constitutional Council which realizes the control of the constitutionality of the laws and procedures of the Houses of Parliament but also the State Council, the highest body of the administrative body, which checks the constitutionality of the acts of the executive power.



A. Khachatryan

*Military Prosecutor of the RA,
deputy General Prosecutor of the RA*

Actual problems of fight against criminality in the context of the structure of the legal society declared by the RA Constitution

In the formed post-soviet territory of the new independent national states establishment of legal basis of the social life, successive strengthening of democracy, establishment of rule of law and order continues to remain the issue of the day. By the declaration of Basic Law of the RA the formation of the legitimate state, organization of scientifically based and theoretical summarization of the fight against criminality. The further development and improvement of the positions of legal sciences and corresponding studies which develop the issues of fight against criminality, further summarization and complex studies of theoretical positions which are on the sphere of intersection of the scientific theories in action and compose conceptual integrity from the point of establishment of actual problems of fight against criminality are not of less importance.

Organization of scientifically basis fight against criminality is an important state issue. Only a powerful state¹ which realizes its responsibility in front the society in the issue of counteraction of criminality and neutralization of its dangerous consequences can curb criminality.

¹ Basis of political fight against criminality in Russia. Theoretical model. - M., "Norma", 1997, p.35.

In the transition period of system reforms a special attention is paid to the issues connected with fight against criminality which was emphasized in the speech of the President of the Republic of Armenia Robert Kocharyan at the ceremony awarded to the day of the personnel of Prosecution and 85th anniversary of the foundation of the Public Prosecutor's office². Crime is a product of a society, result of objectively existing contradictions. Moreover, as .Kudravnsev V.N mentions, the low level of criminality is not the service of the state³. This means that complete elimination of the criminality and final overcoming of the reasons of criminal offences and conditions which aid their commitment are unreal tasks. The most perfect society and state have to reconcile with existence of crimes as an inevitable social evil. Though legal state and the civil society are in the state to control and withstand crime, counteract to dangerous tendencies of its development, neutralize the reasons of criminal offences, ensure fair criminal policy towards persons committed crimes.

The Republic of Armenia as well as all post soviet states successively builds a legal state. Though, it is evident that today it is still early to speak about the establishment of rule of law in the life of the society in the different spheres of social relations. Infinite work is done on the way of construction a legal state, but a lot must be done for the establishment of real rule of law which must include all spheres of the state construction, economy, i.e. practically all spheres of the life of the society. The stimulation of fight with criminal offences of legality, cohesion of powers and insurance of cooperation of law enforcement bodies in this fight⁴, further improvement of theoretical and scientific basis of fight against the criminality applies with special importance.

¹ Basis of political fight against criminality in Russia. Theoretical model. – M., Norma, 1997, p.35

² Legitimacy, 2003, n 23, p.10

³ Kudravnsev V.N. Strategies of fight against criminality – M., Jurist, 2003, p.278

⁴ Kapitonova Y.V. Coordination as a means of improvement of effectiveness of fight against criminality // Actual problems of confirmation of legitimacy and fight against criminality (Materials of the conference of young scientists, 5 June, 2001) – M., 2002, pages 39-42).

Fight against criminality can be effective only in the case of carrying it out on the solid legal basis. Development of legislation which aims solution of the issues of fight against criminality must be tightly linked with reforms of economics, political and social life of the society, with international responsibilities taken by the state. Moreover, it is very important to insure the system character of improvement of the legal basis of fight against criminality, their correspondence to the acting strategic approaches and priorities in this sphere. Also the harmonization of inter state principles against criminality with commonly known principles and norms of international law, with the positions of the international treaties of the RA; proceeding from the original positions of international norms and standards accepted by the local criminal politics which shall be implemented without unnecessary haste, taking into consideration the national tradition, peculiarities of the legal system, level of the legal culture of the population and mentality, objective factors of the transition period of the development of the society.

While emphasizing the importance of organization of scientific basis of fight against criminality, we have to state that in the Republic of Armenia till nowadays strategy of fight against criminality has not been worked out; the concept of state politics and the fight does not have a programme background. Though their necessity is more than urgent, as with their help it is possible to define the main priorities, goals and tasks of fight against criminality in the republic, systemize that fight, strengthen its scientific and constructive basis.

The perspective work is one of the most important warrants of insurance of the success of organization of the social life and practice which can be developed with the help of creation of the programme of that fight in the sphere of fight against criminality. The main demands made to the reconstruction of fight against criminality on a specific historical period and expose the main directions of accomplishment of legal and organizational reforms on the basis detailed implementation of the achievements of sciences. Such a programme supplies with possibility to confirm the

strategy of fight against criminality for a relatively long period, and this will have a positive influence on the improvement of interactions of all state bodies and society for the prevention of crimes in the Republic of Armenia.

Though the rate of registered crimes has decreased during the last years, programming of fight against criminality in the Republic of Armenia still remains a burning question. The experience of elaboration of such programmes and their functioning has on the level of inter-state programmes joint measures for fight against criminality in the framework of CIS state-participants. For instance, according to the decision of the heads of CIS state-participants of 17th May 1996 an inter-state programme of joint measures for fight with organized criminality and other grave crimes on the territory of CIS state-participants is confirmed; later for the application of the decision Heads of Government of state-participants of CIS of 25th November 1998 for increase of effectiveness of cooperation of CIS state-participants for fight against criminality, with the decision of Heads of state-participants of 25th January 2000 an inter-state programme of joint measure of fight against criminality for 2000-2003 is adopted.

Stipulated with this Programme, the measures were based on the analysis of criminality contributory causes and forecast of criminality in the territory of CIS state-participants with consideration of positions of the concept of cooperation of CIS state-participants for fight against criminality which was approved by the decision of the Heads of CIS state-participants of 2nd April 1999. The above mentioned programme includes organizational-judicial issues, organizational-practical measures, issues of informational-scientific, personnel, material-technical and financial provision of the programme and mechanism of control for execution of the programme.

Despite the functioning of the mentioned programmes, the rate of criminality in the territory of each state-participant of CIS, considered separately, continues to stay a subject of anxiety. And this is understandable, as none of the interstate programmes can seek overcoming totality of inter-

state problems of fight against criminality. In 2005 in the CIS state-participants on average on the 100000 residents 1652 crimes were committed which is for 220 and 15% more than in 2000. A high rate of this index was stated in Georgia where the tendency of increase of the rate on the mentioned period was 269%, in Belarus – 145%, in Azerbaijan and in RF – 124%. The analysis of the state of criminality in the CIS state-participants estimating on 100 000 residents shows the highest rate of criminality in the Russian Federation (2488 units in 2005) and the lowest in Azerbaijan (215 units in 2005). The rate of criminality in the RA in 2005 was 276 units⁵.

The abovementioned figures state the necessity of inter-state programming of fight against criminality, successful accomplishment of which will create basis for the definition of priorities of fight against criminality in the territory of the republic, concretization of the aims and tasks of this fight, finding scientifically based decisions of different issues of strategy and tactics of the mentioned fight.

In the frame of the programme of the fight against the criminality, we consider that such measures must be envisaged which ensure prevention of crimes; fulfillment of effective criminal pursuit, additional guaranties will be suggested for the improvement of legal and organizational basis of fight against criminality. In the programme the aims and tasks of this document, analysis of the state, causes, and system of social measures for prevention of criminality, role of the science in the fight against the criminality and also the terms of elaboration and accomplishment of the given programme must be stipulated.

The reduction of the rate of criminality must be the main aim of the elaboration of the programme of fight against criminality in the RA. So, the programme must have basic and intermediate goals. We think that the basic goal in the programme must be fastened generally, that is a considerable reduce of the rate of crimes. What concerns the intermediate goals of the programme; they must be formed for defi-

⁵ Statistic data on the state of criminality in CIS states. (Achieve of the department of statistics and information of General Prosecutor's office of RA)

nite types of crime and directed towards the stabilization of the increase, improvement of the activity of the criminal jurisdiction bodies, reducing the number of the judicial mistakes.

The tasks of the programme must be distinguished from the goals of the programme. The main task of the programme is the elaboration and fulfillment of the strategy of fight against criminality. Beside the main task of the programme, we think it is necessary to specify and work out in details the following three groups of specified tasks:

1. Analysis of causes of crimes and conditions, which facilitates their commitment;
2. Improvement of forms and methods of the work of the bodies of criminal jurisdiction;
3. Measures for insurance of the elaboration and fulfillment of the programme.

Despite the creation of the Programme of fight against criminality in the RA the further generalization of theoretical basis of this fight, creation of common practical theory for the bodies which lead everyday fight against the criminality in the republic acquire great importance.

The acting theories of fight against criminality (criminal law, criminal process, criminalistics, criminology, etc) are special theories of this fight, as they can not elaborate unite circle of the problems of this fight. Moreover, the mentioned theories at the point of their intersection have problems which need urgent scientific elaboration and theoretical summarization. Among such problems is the total regulation of fight against criminality combination of legal norms, different sides of practical activity of law enforcement agencies, tactics and strategy of the fight, issues of programming of the latter, problems of application of achievements of other sciences for strengthening the effectiveness of fight against criminality, etc. As we notice the above mentioned problems in their total combination are not included in the subject of regulation of any special theory of fight against crime. But on the other hand, necessity of their complex scientific elaboration is needed. Beyond the doubt is the fact that the above mentioned problems can not be considered simultaneously in the frame of the subject regulating all spe-

cial theories as such an approach will be irrational and not-scientific. The listed problems can not be ranked also to the subject of any branch of science as such an extension of the subject will inevitably bring to its distortion. Consequently, the only possible option of solution of the problem arisen is creation of a new common scientific theory of fight against crime in the Republic of Armenia.

One can get an impression that the elaboration of such a theory is not on time, taking into account the existence of criminology as a science and a proper legal theory. Today the subject of criminology is rather vast and includes criminality, tendencies of its development, causes of criminality and single crimes and the conditions aiding their commitment, victimological aspects of crime and problems of prevention of crimes. This is unquestionable. But it must be taken into consideration that all special theories of fight against crime as well as criminology can not present all aspects of this fight, sphere of all these issues which are suggested to include in the subject of principally new common scientific theory of fight against crime. Thus, creation of a new theory brings to its only natural integration on the basis of common positions and principles. It corresponds both to the progressing development of single theories of fight against crime and immediate practical demands.

Criminality is a social event and necessity of fight against it is evitable to all members of society. In general, the history of development of science witnesses promotion and development of the new scientific ideas which are inseparably tied with contentment of socially essential demands existing in the society. Creation of a new theory of fight against criminality also is conditioned by objectively existing demands of its creation which appear as a social order.

It is doubtless that the scientific theories which proceed from practice⁶ are viable and return to practice, enriched with deep generalizations and practical recommendations. The common theory of fight against criminality claim to become such a new scientific trend.

Successful decision of the task faced by all bodies of

⁶ Bokov A.V. Organization of fight against criminality. - M., Law and Right, 2003., -p.8.

fight against criminality of RA, organization of effective fight against criminality, is considerably conditioned with goal-orientation of this fight, correct definition of its main trends, and literal usage of possibilities and forces of law enforcement agencies. In this context the new theory of fight against crime claims to act in the role of the factual basis which will apply with possibility to overcome isolation of the agencies leading fight against criminality and create a background for the effective and optimal usage of possibilities of cooperation of these bodies.

The necessity of creation of the new theory of fight against crime is also conditioned by the common criminal policy of the CIS state-participants⁷ which acts as a criminal-political conception of legislative, executive and judicial bodies of the state and which is confirmed in the basic legislative and other normative acts establishing the main tasks and common principles of fight against criminality in the mentioned states.

It is understandable that special theories and the common theory of fight against criminality is not a competitive one; the common theory only claims elaboration of comprehensive knowledge about the law-governed nature of this fight on the basis of scientific results of all special theories and become a theory of practical activity for the law enforcement agencies of the RA which lead a fight against criminality. Consequently, special and common theories are in the state of inter-supplement and in their unity they can create a complete scientific picture of fight against criminality, aid to optimization and improvement of effectiveness of the work of the bodies leading fight against criminality.

Elaboration of the programme and the common theory of

⁹ Criminal policy of a state has great importance in the commitment of fight against crime, protection of citizen and society from the possible encroachments. Scientific elaboration of the problems of criminal policy has started in the 1970s. A set of works concerning the analysis of the different points of approach concerning this problem are awarded, such as *Borodin S.V.*, Theoretical problems of the soviet criminal policy. - M., 1977; *Zlobin G.A., Kelina S.G., Yakovlev A.M.* Soviet criminal policy: differentiation of responsibility // *Sovetskoye gos. i pravo* (Soviet state and law), 1977, #9; *Vladimirov V.A., Lyapunov J.I.* Soviet criminal policy and its reflection on the acting legislation // *Manual*, - M., 1979; *Aleksandrov A.M.* Criminal policy and criminal process in the Russian statehood. - M., 2003, etc.

fight against crime and confirmation of the achievements of law enforcement agencies in the fight, for the unity of capacities of the state and the society in this fight, insurance of scientific and advance character of this fight. They state the important stage at the way of construction of the law-ruled state declared by the RA Constitution, elaboration of the long term strategy of fight against criminality in the republic and positioning of this fight on solid scientific basis.

Актуальные проблемы борьбы с преступностью в контексте построения правового государства, провозглашенного Конституцией Республики Армения

А. Хачатурян

*Военный прокурор Республики Армения,
заместитель Генерального прокурора РА*

Резюме

Республика Армения, как и все постсоветские государства, делает последовательные шаги на пути строительства правового государства. Еще предстоит приложить много усилий для утверждения реального верховенства закона, которые должны включать все стороны государственного строительства, экономики, социальной сферы, правосудия и борьбы с преступностью.

Особо важное значение приобретает активизация борьбы с преступностью, сплочение сил и обеспечение сотрудничества правоохранительных органов в этой борьбе, разработка стратегии борьбы с преступностью, концепции государственной политики и внутригосударственной программы этой борьбы.

Программирование борьбы с преступностью позво-

лит определить приоритеты борьбы с преступностью на территории Республики, конкретизировать цели и задачи этой борьбы, найти научно обоснованные решения различных вопросов тактики и стратегии борьбы с преступностью.

Существует реальная необходимость обобщения и комплексного научного исследования круга проблем, составляющих концептуальную целостность и находящиеся в плоскости пересечения действующих научных теорий борьбы с преступностью. Круг указанных проблем составляет предмет регулирования научной теории борьбы с преступностью, претендующей стать теорией практической деятельности для правоохранительных органов Республики.

Разработка программы и новой научной теории борьбы с преступностью создадут серьезные основания для предупреждения преступности и закрепления достижений правоохранительных органов в борьбе с ней, ознаменуют важный этап на пути строительства правового государства, провозглашенного Конституцией РА, разработки долгосрочной стратегии борьбы с преступностью в Республике.



Г. Сафарян
доктор юридических наук

Некоторые аспекты судебной системы и правосудия в средневековой Армении (По "Армянскому судебнику Мхитара Гоша")

Систему судебных органов в интересующую нас эпоху составляли: а) государственные или светские суды; б) церковные или духовные суды. Сказанное подтверждают дошедшие до нас первоисточники¹. Прежде чем перейти к анализу судебной системы, отметим, что относительно судебной системы средневековой Армении, ее структуры, приоритетности церковного и светского суда, а также их компетенции в арменоведении существуют различные и зачастую противоположные мнения. Так, например, по мнению части арменоведов, осуществление правосудия в средневековой Армении было монополией церковных властей, а светские властители либо не обладали судебной властью, либо же роль их была второстепенной². По мнению акад. Акоба Манандяна, «делопроизводство» «верховного суда» было передано высшим духовным властям³. Н. Адонц также считает, что в дохристианский период судебная власть в Армении принадлежала духовенству - языческим жрецам, а после принятия христианства перешла к церкви и была передана соответствующим епископам каждой области⁴.

¹ См. Армянский судебник Мхитара Гоша. - Вагаршапат, 1880. - С. 20-36 (на арм. яз.); *Товма Арцруни*. История Дома Арцруни, СПб, 1887. - С. 290, 304 (на арм. яз.); *Степаннос Асохик Таронци*. Вселенская история, СПб, 1883. - С. 138-139 и др. (на арм. яз.).

² См. *Бастамянц В.* Армянский судебник Мхитара Гоша. - Вагаршапат, 1880. Предисловие. - С. 126, 132 (на арм. яз.); *Манандян А.* Собр. соч., т. 4, 1981. - С. 246-248 (на арм. яз.); *Самуэлян Х.* Армянский судебник Мхитара Гоша и гражданское право Древней Армении, Вена. 1911. - С. 117-126; (на арм. яз.) его же *История древнего армянского права*, т. 1. - Ереван, 1939. - С. 45-46; (на арм. яз.) *Акопян В. А.* Армянская книга канонов и ее редакции. Автореф. дис. на соискание уч. ст. доктора исторических наук. - Ереван, 1967. - С. 5.

³ См. *Манандян А.* Указ. соч. - С. 246.

⁴ См. *Адонц Н.* Армения в эпоху Юстиниана. - Ер., 1971. - С. 323.

Историки права А. Сукиасян, Х. Торосян справедливо считают, что в средневековой Армении существовали как церковные, так и светские суды⁵. Однако взаимоотношения, правомочия церковного и светского судов всегда зависели от политического положения страны и, в частности, от реального соотношения светских и духовных властей. В этой связи нельзя не согласиться с проф. Х. Самуэляном. «С падением политической власти армянских царей и князей прекратилось, естественно, и осуществление правовой судебной деятельности светских властей, и наоборот - в такие исторические моменты духовные власти не только сохраняли свою особую общественную силу, но и зачастую обретали сравнительно более широкие права, чем те, которыми они были наделены во время самостоятельной армянской политической жизни» пишет он⁶.

О судебных системах в средневековой Армении в арменоведении существуют несколько точек зрения. Согласно мнению немецкого ученого Йозефа Карста, в Багратидском царстве существовала следующая судебная система: высший царский суд, княжеский (князя) суд области, суд сельского старосты (суд старейшин) и епископский суд. После падения царской власти и установления чужеземного правления система эта претерпела изменения: суд католикоса, суд епископа, областной суд и суд сельских старейшин⁷. Х. Самуэлян пишет: «Судебник Мхитара Гоша выделяет два вида судов: мирской (светский) и духовный (церковный). Первый суд находился в компетенции царя, князей и вообще светских административных лиц, а второй – епископов, архимандритов и священников»⁸. По мнению проф. А. Сукиасяна, в средневековой Армении существовала следующая светская судебная система: «Суд царя – как сюзерена..., собрание азатов (свободных), которое могло низложить и отправить в ссылку избранного ими царя..., собрание азатов и

⁵ См. Сукиасян А. Г. Общественно-политический строй и право Армении в эпоху раннего феодализма. - Ереван, 1963. - С. 238-248 (на арм. яз.); Хосров Торосян. Суд и процесс в Армении X-XIII вв. - Ереван, 1985. - С. 52-117.

⁶ Самуэлян Х. Ук. соч. - С. 123.

⁷ Sempadscher Kodez aus dem 13 Jahrhunert order mittelarmenbschen Rechstbuch Herausgegeben und uberbezbt von Jozef Karst: Zvejter Band, Kommentar, Strasburg, 1905, s. 357-258.

⁸ Самуэлян Х. Ук. соч. - С. 117.

знати»⁹. Духовный суд, по его мнению, состоял из церковного собора, суда католикоса, суда епископа, суда приходских священников и архимандритского суда¹⁰.

Обстоятельнее всех других авторов судебную систему и судоустройство средневековой Армении исследовал доктор юридических наук, проф. Хосров Торосян, который пришел к следующему выводу: «В эпоху развитого феодализма в Армении имелись следующие суды:

царский суд;
суд при царе;
княжеский суд;
суд при князе;
низшие суды (областные суды, суд сельских старейшин и т. д.);
сословный суд;
господский суд¹¹».

Приведенные выше суды составляют систему светских судов, а система церковного суда выглядит, по мнению Х. Торосяна, следующим образом:

«Суд католикоса;
суд епископа;
суд архимандрита;
суд священника»¹².

Принимая в целом предложенную Х. Торосяном классификацию судов, мы, тем не менее, считаем, что система светских судов не совсем убедительна и вызывает определенные возражения. Существование царского суда в эпоху Багратидов является неоспоримым фактом. Об этом свидетельствуют исторические факты: Товма Арцруни и его продолжатель Аноним сообщают: «Он (царь Гагик) по справедливости вершил право и суд»¹³.

Упоминание о царском суде содержится и в «Судебнике Мхитара Гоша: «...а во-вторых, устанавливается также суд царя и князей и другой мирской» (Судебник. - С. 299). Правда, во времена Мхитара Гоша в Армении не было царской власти, тем не менее, он своим Судебником подготавливает почву для будущего армянского царства.

⁹ Сукиасян А. Г. Ук. соч. - С. 117.

¹⁰ Сукиасян А. Г. Мхитар Гош и Армянский судебник. - Ереван, 1965. - С. 203-204. (на арм. яз.).

¹¹ Торосян Х. Суд и процесс в Армении в X-XIII вв. - С. 68.

¹² Там же. - С. 66.

¹³ Товма Арцруни и Аноним. - Ереван. 1978. - С. 155.

Таким образом, систему светских судов возглавляет царский суд или высшая придворная инстанция.

Второй инстанцией являлся княжеский суд (суд великих князей, старших и младших князей). Об судах этого порядка упоминается в «Судебнике» Гоша, который, кроме этого, содержит также ряд статей о княжеском суде. Вот одна из них: «Да не дозволено будет князьям казнить убийц без приказа царского, воров же наказывать - в праве князей» (Суд. - С. 311).

Сведения о княжеских судах сообщают и хронисты того времени¹⁴.

Третьей инстанцией светских судов являлся суд азатов, упоминаемый в «Судебнике» Мхитара Гоша: «А азаты без разрешения князей да не властны будут наказывать вора» (Суд. - С. 311).

Судебник содержит множество статей, касающихся областных судов. Вот один из них: «Суды шинаканов (свободных общинников) вправе накладывать десятину на все плоды иноплеменников, что в их пределах, но не по произволу своему, а в установленных пределах и по пожеланию доброй воли их» (Суд. - С. 327).

Таким образом, можно зафиксировать еще один вид светского суда – суд старейшин или старост, являющийся низшей инстанцией судебной системы средневековой Армении. О «суде старцев» содержится упоминание и в одной из басен Мхитара Гоша: «Поспорили медник и кузнец, прославляя каждый свое ремесло и считая его самым лучшим, и для разрешения спора отправились они на суд старцев. А они (судьи) первейшим почли кузнеца, ибо ремесло его наиболее полезнее для общества»¹⁵. Как можно заключить из статей «Судебника», содержания басни и более поздних свидетельств об амкарствах (ремесленных цехах), «суд старцев» рассматривал споры, возникающие между членами цехов или между самими цехами¹⁶.

Эти амкарства (цехи, братства) имели свои собствен-

¹⁴ См. Товма Арцруни и Аноним. - Ереван, 1978. - С. 20 (на арм. яз.); Маттеос Ургаеци. Хроника - Вагаршпат, 1898. - С. 69-70 (на арм. яз.); История области Сюник, составленная архиепископом Сюнийским Степаносом Орбеляном. - Тифлис, 1911. - С. 248, 257-258, 294 (на арм. яз.) и др.

¹⁵ Мхитар Гош. Басни. Сравнение вариантов и предисловие Эм. Пивазян. - Ереван, 1951. - С. 122 (на арм. яз.).

¹⁶ См. Хачикян Л. Братство, в 1280 г. организованное в Ерзнка // Вестник АН, 1951, № 12. - С. 111 (на арм. яз.).

ные уставы и каноны, во всяком случае, дошедшие до наших дней каноны («Установления») 1280 г. амкарства Ерзнка совпадают с известными нами цеховыми уставами армянских амкарств 17-18 веков. Наряду с прочими вопросами, эти каноны призваны также обеспечить сотрудничество между членами «братства» и разрешать возникающие между ними споры.

Как видим, источники ничего не сообщают о судах при царе или дворе, при великих князьях и князьях, а относительно упоминаемых в хрониках «старших судьях» и «судьях» можно сказать следующее: скудные сведения, сообщаемые нами источниками, позволяют предположить, что «старшие судьи», скорее всего, действовали в царском суде, при дворе и в княжеских судах (судах великих князей, старших князей), а «судьи» - в судах областей и судах азатов. Судьи действовали именно в этих судах и в пределах их правомочий, а следовательно, судьи эти не являлись собой самостоятельных судебных инстанций или органов, как считает Х. Торосян. Так было не только в феодальной Армении, но и практически во всех государствах - вплоть до 14-го века¹⁷, когда в феодальных государствах Западной Европы начали формироваться судебные органы, отдельные от прочих административных инстанций.

Светским судам были подсудны дела, связанные со взаимными взаимоотношениями, правами и обязанностями царя, князей, азатов, землевладельцев и крестьян, по налоговым делам, вопросам государственного подданства, господской подчиненности, воинской обязанности, раздела военной добычи, имущественным и неимущественным отношениям, а также по регулированию торговли, охраны труда, предательству, шпионажу, убийствам, кражам, нанесению телесных повреждений и другим подобным делам¹⁸.

Как уже указывалось, другую судебную систему составлял церковный, духовный суд.

¹⁷ См. История государства и права зарубежных стран (рабовладельческое и феодальное государство и право). Под ред. П.Н. Галанзы и Б.С. Громакова. - М., 1980. - С. 213-528; Черниловский Э.М. Всеобщая история государства и права. - М., 1973. - С. 112-221; Галанза П.Н. Феодальное государство и право Германии. - М., 1963; Страхов Н.Н. Государство и право феодальной Англии. - Харьков, 1964; Сергеевич В. Русские юридические древности. СПб, 1902. - С. 125.

¹⁸ См. Хосров Торосян. Подсудность в средневековой Армении // Вестник Матенадарана, № 8, 1967. - С. 90-91 (на арм. яз.).

Согласно «Судебнику» Мхитара Гоша, органами церковного суда являлись церковный собор, суд католикоса, суд епископа, суд архимандрита и суд приходских священников.

Говоря об источниках «Судебника», Гош в 10-й главе своего «Предварения» указывает, что церковный суд не только принимает каноны («установления писаные»), но и осуществляет правосудие «установлениям писанным, почему и владеет правом не только выносить приговор, но и вершить суд известный повсюду... Ибо канонами предписано от владыки небесного даже созывать собор и рассматривать, какие новейшие вещи появились в мире, дабы утвердить и исправить их канонами и установлениями» (Судебник. - С. 65-67).

Второй инстанцией духовного суда, как уже указывалось, является **суд католикоса** или «делопроизводство великого суда», возглавлял который высший иерарх армянской церкви - католикос. Это был постоянно действующий судебный орган с участием епископов. О суде католикоса имеется множество упоминаний в «Судебнике» Гоша. В частности, статье 1 первой части «Судебника» говорится: «А поскольку нет у нас сейчас царя и князя, то благоустройство таковое находится в руках его, и именно – патриарха нашего, ибо он есть глава суда церковного» (Судебник. - С. 82).

Свое особое место в системе церковного суда занимал **епископский суд**. Это также был коллегиальный орган, рассматривавший дела при участии заседателей-архимандритов, ученых монахов и танутеров-старост. «Судебник» Гоша содержит множество статей и касательно епископского суда. Приведем одну из них: «А церковный суд епископ вершит с учеными архимандритами и двумя или тремя совершенными мужами вместе с ними. И в местах, где нет царя или князя, надобно дать епископу такое право, ибо весь суд вершат они» (Судебник. - С. 26).

Архимандритский суд возглавляет архимандрит, однако «Судебник» Гоша очень скупо упоминает об этом суде. Так, говоря о порядке назначения архимандритов, «Судебник» сообщает также, что архимандрит имеет право назначать церковные наказания, в частности, покаяние: «И если случится, что кто из вардапетов (архиманд-

ритов) осудит мирянина или лицо духовное, то ни один другой вардапет да не отменит» (Судебник. - С. 89).

И, наконец, низшей церковной судебной инстанцией был **суд приходского священника**. О существовании такого суда можно судить по одной из статей «Судебника» Мхитара Гоша, касающейся вознаграждения судей церковного суда. В статье указывается, что выморочное имущество в епархии епископа делится на три части – в пользу патриарха, епископа и приходского священника. Вот как звучит этот интересующий нас фрагмент статьи: «...а если случится в епархии епископа, то пусть будет разделено натрое – патриарху, и епископу и священнику приходскому» (Судебник. - С. 83).

Согласно «Судебнику», церковный суд рассматривал дела, связанные с устройством церкви, отправлением обрядов, установлением степеней духовных лиц, их взаимных отношений, распределением приходов и дымов, взаимных имущественных отношений, связанных с церковным имуществом, вознаграждением духовных судей, браками и разводами, личными отношениями супругов, вопросов семейной морали, взаимоотношениями родителей и детей, наследственным правом, а также деяний, в которых, как правило, отсутствовала вина в ее уголовно-правовом понимании, и другими подобными делами. Разумеется, в условиях отсутствия царства (государственности) рамки компетенции церковных судов оказывались гораздо более широкими.

К судьям – как мирским, так и духовным – «Судебник» Гоша предъявлял одинаковые требования: судья должен был быть немногословным, опытным, образованным, высокоученым, умным, талантливым, знатоком законов, добрым, благочестивым, добродетельным, некорыстным, беспристрастным, внимательным, строгим, трезвомыслящим, терпимым, неподкупным и наделенными всеми прочими человеческими добродетелями. «А также надлежит судье быть опытным и высокоученым, знатоком Священного писания и всей человеческой природы, дабы безошибочно вершить суд. Должен он быть также совершеннолетним возрастом и внимательным, умным и осторожным, дабы из-за незнания чего-либо не ошибся при решении дела... А посему обязан он быть всеведущим и

трезвомыслящим, и гениальным, и внимательным, и беспристрастным» (Судебник. - С. 25-26).

Итак, мы видим, какую высокую ответственность возлагает Гош на судей, какие возвышенные чувства пытается внушить им. И как актуальны обращенные к судьям требования и советы Гоша, трудноосуществимые даже в наши времена, а в его эпоху едва ли не невозможные!..

Говоря о системе судебных органов, следует отметить, что в рассматриваемую эпоху в Армении, скорее всего, действовали также суды мусульманских властителей. При этом политические преступления находились в ведении правителей тех или иных областей, а гражданские дела – мусульманских судей (кади), которые руководствовались шариатом. Так, говоря о необходимости и причинах создания своего «Судебника», Гош подчеркивает: «...дабы в делах своих не обращались в суд иноплеменников, подобно тому, как в Израиле, обвиняя пророка перед лжебогом, ходили вопрошать ничтожного божка Аккаронского. Так и апостолы наставляли: судите брата у брата, ибо он превыше неверного» (Судебник, с. 11-12). Именно ради того, чтобы армяне не обращались в суд «иноплеменников», и создал Мхитар Гош свой «Армянский судебник» (Судебник. - С. 11).

Очень обстоятельно освещает «Судебник» Гоша и вопросы судопроизводства. Гош выступает категорически против инквизиционных методов судебного процесса, когда «доказательства» добывались путем побоев, пыток, истязаний и другими варварскими методами. Именно этот метод, как правило, был превалирующим в феодальную эпоху¹⁹. Стороны судопроизводства назывались «прокуроры», «недруги», «винитель» и т. д.

¹⁹ См. Баршев Я. Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству. СПб, 1841; Бекс. Организация уголовной юстиции в главнейшие исторические эпохи. - М., 1867; Глезер Ю. Руководство по уголовному процессу, т. 1, СПб, 1885; Ковалевский М. История политической администрации (полиции безопасности) и полицейского суда в английских графствах с древнейших времен до серти Эдуарда III. - Прага, 1887; Куницин А. Историческое изображение древнего судопроизводства в России. СПб, 1843; Михайлов М. История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до уложения 1649 г. СПб, 1848; Чельцов-Бебутов М. Положение личности в уголовном процессе. Часть 1. Возникновение и развитие розыского процесса во Франции. - М., 1948; его же Курс советского уголовно-процессуального права. Том 1. Очерки по истории суда и уголовного судопроизводства в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. - М., 1957 и др.

Между гражданским и уголовным судопроизводством разницы не было: стороны были наделены одинаковыми правами. В роли обвиняемого мог выступить как сам потерпевший, так и его близкие. Обвинитель представлял свое обвинение в суд и сам же обязан был доказать его. Когда обвиняемый признавал свою вину или не в силах был более опровергнуть обвинение, процесс считался законченным, и выносился приговор. Если же обвиняемый по тем или иным фактам не признавал доводов обвиняемого, то последний обязан был доказать вину обвиняемого в совершенном преступлении²⁰.

Процесс по гражданскому делу начинался, когда истец обращался с иском в суд. Иск мог быть как устным (чаще всего именно так и случалось), так и письменным (если дело касалось недвижимости).

С формально-юридической точки зрения стороны в суде считались равными, однако, как справедливо отмечает проф. Х. Торосян, «равенство сторон перед судом реально существовало между представителями одного класса, но не разных классов»²¹.

Согласно Мхитару Гошу, основными видами доказывания считались показания свидетелей, вещественные доказательства, заключение или мнение сведущих людей, признание, клятва.

Показания свидетелей «Судебник» Гоша считает самым важным и достоверным доказательством: «И следует являться в суд со свидетелями, ибо долгие пререкания «прокуроров» (сторон) с их помощью пресекает судья... Ибо до тех пор не может поверить им судья, пока не явятся свидетели, а свидетели недругов тем горячее, чем искренней, и суд в таком случае правый» (Судебник. - С. 37).

«Судебник» в целом против формальных доказательств и требует от судей допрашивать и выслушивать свидетелей «с уточнением» - чтобы не выносить приговора на основе одних лишь предположений: «и должны свидетели не просто передать увиденное и услышанное, а с достоверностью все уточнить и только потом свидетельствовать. Так и судья во время суда должен спрашивать и вызывать у свидетелей с уточнениями,

²⁰ См. Хосров Торосян. Суд и процесс в Армении X-XIII веков. - Ереван, 1985. - С. 195-196.

²¹ Там же. - С. 255.

дабы не выносить суждения по написанному кем-то» (Судебник. - С. 45).

Таким образом, «Судебник» Гоша против безоговорочного доверия свидетелям, как это было характерно для очень многих средневековых памятников права²². Более того, Гош предупреждает, чтобы приговор не выносился на основании клеветы: «Не решай на основе клеветы» (Судебник. - С. 317).

Что и говорить, это обстоятельство делает честь автору «Судебника» и одновременно свидетельствует высоком уровне армянской правовой мысли той эпохи. Тем не менее, Гош не смог (да это и было невозможно) полностью возвыситься над общим мировоззрением своего времени и остался верен теории доказательств феодального права. «Судебник» считает достаточным («праведными») свидетельство двух и более лиц старше 25 лет, одного совершеннолетнего и одного ребенка, или трех детей: «...а двое или трое праведны как солнце и луна, ибо, как говорит Давид, созрели свидетельствовать праведному небу. И праведны трое, если возрастом совершенны или старцы уважаемые, из-за чего им и большая честь. Но должно явить и возраст надлежащий и года подходящие... поэтому считаю я, что свидетельство двадцатипятилетнего является достоверным» (Судебник. - С. 37-38).

«Судебник» делает и различие между свидетелями – в зависимости от их вероисповедования и пола. Так, согласно «Судебнику», не следует принимать свидетельств «беззаконных», «нехристей» против христиан, даже если их много и они «прямые», то есть верные. Нельзя принимать и свидетельство «раскольников»: «...а по религиям народов не должно принимать свидетельства безбожников на христиан, даже если множество их и говорят прямо, подобно тому, как и Христос не внял свидетельствам бесов... Не должно признавать и свидетельства раскольников, поскольку это не истинные свидетели Господа нашего... А от женщин не должно принимать свидетельств» (Судебник. - С. 40). Впрочем, если окажется, что единственными свидетелями данного случая или дела окажут-

²² См. Хрестоматия памятников феодального государства и права. - М., 1961; Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. СПб, 1995. - С. 186, 250; Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства, т. 1. СПб, 1996. - С. 17-40.

ся женщины то тогда их можно счесть в качестве свидетельниц - при условии, что они добропорядочны («не из наихудших»), а кроме того, «в двойном числе», то есть, если вместо необходимых 2-3 мужчин будет 4-6 женщин. При этом сами женщины не имеют права приходить в суд - они должны дома передать свои слова такому же количеству мужчин, которые и будут свидетельствовать вместо них. Гош «обосновывает» эту свою точку зрения тем, что женщины не могут быть священниками, воинами, «пахать поле», торговать на рынке и носить мужскую одежду, поэтому и не могут быть свидетелями, особенно при их эмоциональности. Впрочем, женщины могут свидетельствовать о женщинах и своих супругах: «...а свидетельство женщин на женщин должно принимать, так же, как и свидетельство жен на мужей...» (Судебник. - С. 41).

Если во всем феодальном праве признание считается «царицей доказательств», то Гош этому виду доказательства не придает особого значения. «Судебник», правда, упоминает несколько раз признание, но не в качестве «царицы доказательств», а как второстепенное обоснование для решения спора. Так, в частности, статья 59 первой части «Судебника» указывает: «Если священник пойман будет в святотатстве и у него обнаружат (украденную) вещь, а он не признается и явно выступить против него не смогут, то на волю Его (Бога) и епископа пусть будет оставлено, быть или не быть ему (священником)» (Судебник. - С. 159-160).

В принципе, «Судебник» выступает и против клятвы в качестве доказательства: «...а клятву мы не предписывали и не предписываем, поскольку привычны уже беззаконные и недостойные (ложные) клятвы, и за это полагаем мы назначать епитимью по канонам» (Судебник, с. 29). Тем не менее, Гош вынужден признать клятву в качестве доказательства и установить ряд норм, правда, лишь с целью их ограничения, поскольку ложные клятвы стали чересчур распространенными: «Да услышат это преступающие законы и да устрашатся, ибо суд это Божий. И если возникнет где-либо спор, то пусть решается он с помощью свидетелей, ибо я почитаю это более верным, чем клятва на кресте или евангелии, ибо многожды творился обман, клятва же тогда законна, когда не по

принуждению. И пусть именно так решают в случае, когда кто-либо в суде представит одного очевидца, а второго клятвенно свидетельствующего, и получится их двое, как и полагается по закону. И не предписывая, как написали ранее мы о клятве, а желая разъяснить, скажем, что тот, кто так поступит, должен уплатить суду штраф, ибо указал якобы двух свидетелей происшедшего. И если есть такое, то назначить ему епитимью, как упомянуто относительно клятв» (Судебник. - С. 411-412).

Вопросу о клятве Мхитар Гош посвятил самую обширную главу «Предварения» - 8-ю. Указывая, что бывают два вида клятвы - признания и отказа, Гош допускает лишь первую из них: когда дающий клятву кладет руку на крест, на евангелие или на стену церкви и призывает их в свидетели своей правдивости. «Отказную» клятву запрещает вообще, поскольку человек, дающий такую клятву, должен возложить руку на крест, евангелие или стену церкви и сказать, что если он лжет, то пусть ему будет отказано в них. Даже признательную клятву считая грехом, Гош неоднократно советует судьям не спешить с ее применением и сделать все возможное, дабы решить дело «без клятвы». И только если это окажется невозможным, клятва допустима, да и то не во всех случаях, а лишь если речь идет о крупной сумме или дорогим имуществом. Если сумма иска не превышает 10 дахеканов (динаров), клясться вообще не разрешается (Судебник. - С. 53). Особенно же решительно выступает Гош против клятвы в тех случаях, когда по делу имеются свидетели. Если же свидетелей нет, то клятва допустима, причем по гражданским делам клятву дает ответчик, а по уголовным делам (кража, блуд, убийство, разбой) - потерпевший или тот, кто схватил преступника, но никак не преступник, поскольку подобного рода «злоумышленники» не побоятся или, по словам Гоша, «не преминут» поклясться.

И, наконец, отметим, что даже в тех случаях клятва признается в качестве доказательства, поклявшийся обязан покаяться, поскольку совершил «грех».

«Судебник» Гоша не признавал в качестве доказательства и ордалию («Божий суд»). Ордалия (испытание) представляет собой варварский метод судебного следствия, с помощью которого пытались доискаться «исти-

ны». Испытанию этому подвергались обе стороны - и обвинитель, и обвиняемый, хотя чаще всего - ответчик (по гражданским делам). Ответчик или обвиняемый добровольно подвергал себя ордалии в «доказательство» своей невинности. Надеясь на помощь Всевышнего, он как бы предавал себя в «руки Божьи», отдавался на «Божий суд». Ордалии бывали различного рода: в форме клятвы и причастия, испытания раскаленным железом, ледяной водой или кипятком, поединка (с оружием или без). Подвергшийся ордалии считался оправданным, если не получал телесных повреждений или побеждал в поединке.

Таким образом, «Армянский судебник» отрицательно относился к признанию и клятве или, во всяком случае, не придавал им существенного значения. Не признавал он в качестве «доказательства» и такой варварский метод, как ордалия.

Судя по всему, Гош был также против суда с участием платных защитников. Во всяком случае, он не советовал не нанимать искусных ораторов-юристов и благодаря их лживому искусству побеждать в суде: «Не следует вовсе нанимать краснобайных судейских крючкотворов и ложью побеждать в суде» (Судебник. - С. 35).

Судопроизводство, как правило, было гласным и носило публичный характер, то есть было открытым. Выслушав стороны, суд приступал к допросу свидетелей.

Приговор мог выноситься сразу после судебного следствия или после недолгого совещания судей. «Судья же должен выносить приговор в одиночку, но со множеством, если же таковых нет, то должен иметь он в суде два или три опытных ученых людей, и с ними выносить приговор... А еще судья должен быть дальновидным и снисходительным, ибо много раз бывало, что дело оказывалось запутанным и непонятным, поэтому не решайте скоропалительно и умейте не один день и тщательно вершить совместно судебное действие» (Судебник. - С. 30-31).

Анализируя нормы средневекового армянского права, касающегося суда и судопроизводства, можно со всей уверенностью утверждать, что правосудие в средневековой Армении было достаточно развитым и благоразумным - если не фактически, то, во всяком случае, на теоретико-юридическом уровне.

Some Aspects of Justice and Judicial System in the Medieval Armenia (According to the "Mkhitar Gosh Law Code")

G. Safaryan
Doctor of Law

Summary

Justice and judicial system of the Medieval Armenia had several features.

The system of judicial bodies of this period included: a) State or Secular Courts, b) Religious or Mental (spiritual) Courts. One of such sources is Mkhitar Gosh's "Law Code", Tovma Artsruni's "History of Artsruni House" and others.

Various and even controversial attitudes concerning judicial system occur, the structure and competencies of religious and spiritual courts of the Medieval Armenia. According to Hakob Manandyan, "record keeping" "supreme court" was in charge of spiritual power. A. Sukiassyan and Kh. Torossyan consider that in the Medieval Armenia there were both religious and secular Courts. However, the relationship of these Courts depended on the political situation in the country, and especially on the real relationship between secular and spiritual powers.

For instance, according to the German scientist Yozeph Karst in the Bagratid Empire the judicial system had the following structure: the Supreme Imperial Court, Court of district, Court of Village Councils of Elders, and Pontifical (Episcopal) court. Kh. Samuelyan mentions that, according to Mkhitar Gosh's Law Code, there were two kinds of courts: Secular and Religious. The first reported to tsars (king, ruler), princes and secular administrative persons, and the second to the pontiff and priests.

Khosrov Torossyan describes the judicial system and the structure of Courts of Medieval Armenia in more details. He mentioned that there were the following Courts: Imperial Court, Court under tsar (king), Princely Court, Court under

the prince, the lowest Courts (district courts, Court of village councils of elders, etc.) and Seigniorial Court. These Courts were included in the system of secular courts and the system of religious courts included Court of Catholicos, Pontiff Court, and Priest Court.

The next aspect of judicial system of this period had the same strict requirements to judges for both Courts: *inter alia*, experienced, intelligent, kind, impartial, attentive, strong, tolerant, and other human qualities (according to Mkh. Gosh). The mission of the judge was the highest responsibility.

It is worth mentioning that in the medieval period each system of courts had its own instances. For example, the system of Secular Courts consisted of three instances (Imperial Court, the Court of Grandukes, "Azat" Court).

The system of Spiritual Courts included Catholicos Court, Pontiff Court, Archimandrite Court and Priest Court.

Mkh. Gosh also referred to the issues of hearings of processes. He was against the inquisitorial methods of judicial processes (by means of torture and other inhuman methods). The procedural parties were called "prosecutors" and "an accused".

There was no difference between civil and criminal hearings: the parties had the same rights.

The other significant issue was the kind of evidences. It was based on the criteria of religion and sex. For example, women could not give evidence.

Analysis of the norms of the Armenian medieval law concerning judicial system and courts enables to say that the justice in Medieval Armenia was quite developed and reasonable if not in practical sense, but at least on theoretical-judicial level.



XI Ереванская международная конференция

6-7 октября 2006 года состоялась XI Ереванская международная конференция на тему: «Роль конституционных судов в обеспечении демократических выборов», организованная Конституционным Судом Республики Армения, Европейской комиссией «За демократию через право» Совета Европы, Конференцией органов конституционного контроля стран молодой демократии, Центром конституционного права Республики Армения.

Работу Конференции открыл Председатель Конституционного Суда Республики Армения Г. Арутюнян. Он отметил, что проблемы судебной защиты избирательного права для переходных стран были и остаются одними из наиболее актуальных. Очевидно также, что демократическое, правовое государство не может состояться без соответствующих международным критериям свободных и демократических выборов. Имея в виду, что ближайшие годы для Армении будут годами активных общегосударственных выборов, Г. Арутюнян выразил уверенность, что последние конституционные и законодательные изменения, обсуждения на данной Конференции и мнения европейских экспертов помогут найти более эффективные способы судебной защиты избирательного права.

Со вступительным словом выступил также Секретарь Венецианской комиссии Совета Европы Джуанни Букикио. «Закон должен быть простым, понятным и доступным», - особо подчеркнул он.

С приветствиями к участникам Конференции выступили глава Ереванского офиса ОБСЕ, посол В. Пряхин, Директор представительства Ассоциации американских юристов в Армении (АВА) С. Смит.

На Конференции с докладами выступили: член Конституционного Совета Франции Ж. де Гилленшмидт; судья Европейского суда по правам человека М. Угрехелидзе; эксперт ОБСЕ/ОДИПЧ Дж. Пилгримм; член Национальной комиссии по счетам избирательной кампании и политических финансов Б. Жуан; судья Конституционного Суда Российской Федерации Н. Бондарь; судья Конституционного Трибунала Польши М. Гржибовски, эксперт Венецианской комиссии Б. Оуэн, Председатель Центральной избирательной комиссии Республики Армения Г. Азарян, судья Конституционного Суда Венгрии П. Ковач, судья Административного Суда Кобленца (Германия) М. Штайнкюхлер, член Конституционного Суда Армении Ф. Тохян, судья Конституционного Суда Словацкой Республики Л. Добрик, судья Конституционного Суда Республики Беларусь В. Шуклин, советник Президента Конституционного Суда Литвы Э. Ярашюнас, Председатель Регионального Суда Лимассола (Кипр) К. Памбалис, судья Конституционного Суда Болгарии Э. Друмева, советник Государственного Совета Греции Д. Скалцунис, судья Конституционного Суда Румынии Г. Коцзокар.

После докладов состоялось обсуждение, участники Конференции обменялись мнениями, опытом. Затем председательствующие обобщили результаты обсуждений.



**Международная конференция
«Единое правовое пространство Европы
и практика конституционного правосудия»
Москва, 26-28 октября 2006 г. ***

В рамках Программы председательства Российской Федерации в Комитете министров Совета Европы Конституционный Суд Российской Федерации совместно с Европейской комиссией «Демократия через право» (Венецианская комиссия) и Институтом права и публичной политики организовал в Москве 26-28 октября 2006 г. Международную конференцию – IX Форум по конституционному правосудию на тему: «Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия». Конференция была приурочена также к 15-летию Конституционного Суда Российской Федерации.

Работу Конференции открыл Председатель Конституционного Суда Российской Федерации Валерий Зорькин. С докладами выступили Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В. Зорькин, Председатель Конституционного Суда Республики Армения Г. Арутюнян, Председатель Европейского суда по правам человека Л. Вильдхабер, Председатель Конституционного Суда Княжества Андорры Д. Маус, заместитель Председателя Европейского суда по правам человека Х. Розакис, Председатель Федерального Конституционного Суда Федеративной Республики Германия Х.-Ю. Папир, Председатель Конституционного Суда Латвийской Республики А. Эндзинш, Председатель Конституционного Суда Азербайджанской Республики Ф. Абдуллаев, судья Конституционного Суда Словацкой Республики Э. Барани, Председатель Конституционного Суда Алжирской На-

* Некоторые доклады на Международной конференции «Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия» публикуются в настоящем выпуске.

родной Демократической Республики Б. Бессауи, профессор Центрально-Европейского университета (Будапешт) А. Шайо, профессор Школы права Кардосо М. Розенфельд, профессор Центрально-Европейского университета (Будапешт) Р. Уитц, Председатель Конституционного Суда Республики Сербия С. Вучетич, Председатель Конституционного Суда Республики Черногория М. Вукчевич, судья Конституционного Трибунала Польши Е. Стемпень, профессор юридического факультета Института Европейского университета (Флоренция) В. Садурский, Председатель Конституционного Суда Республики Беларусь Г. Василевич, Председатель Конституционного Суда Республики Молдова Д. Пулбере, профессор Университета «Париж-1» О. Пферсман, судья Арбитражного Суда Королевства Бельгии Э. де Гроот, Председатель Конституционного Суда Чешской Республики П. Рихетски, судья Конституционного Суда Республики Македония И. Спиоровски, директор Института восточно-европейского права Кельнского университета А. Нуссбергер.

Участники Конференции на основе обобщения практики национальных конституционных судов европейских стран, а также наднациональных европейских судов обсудили перспективы дальнейшего развития общеевропейского правового пространства, прежде всего в сфере защиты прав человека и основных свобод, в том числе посредством диалога наднациональных и национальных судов.



**О новом двухтомном учебном курсе
С. А. Авакьяна «Конституционное
право России»**

Вышло в свет второе переработанное и дополненное издание двухтомного учебного курса известного российского ученого, заведующего кафедрой конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета, доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации Сурена Адибековича Авакьяна «Конституционное право России».

Учебный курс представляет собой своеобразный синтез, удачно сочетающий специфические черты учебника и характеристики курса конституционного права, в котором нашли отображение как суждения автора, так и научные подходы различных ученых-конституционалистов. В издании производится не просто механическое копирование положений Конституции и иных нормативно-правовых актов, а представляется историческая динамика развития соответствующих конституционно-правовых явлений и институтов.

Учебный курс основывается на действующей Конституции Российской Федерации 1993 г., новейшем федеральном законодательстве и законодательстве субъектов Российской Федерации, в нем, по соображениям практической пользы и научной выгоды учтены практически все изменения действующего законодательства, произошедшие после выхода в свет первого издания. Автор предлагает читателю также обширную библиографию, рекомендуемую как по всем разделам учебного курса, так и по его отдельным главам.

В курсе нашли свое отражения многие вопросы, связанные практически со всеми основными институтами конституционного права Российской Федерации. Интересным и научно-обоснованным следует считать подход автора, рассматривающего развитие основных институтов конституционного права не только на основе реалий современности, но и в их историческом контексте.

В издании излагается краткая история конституционного развития России. В нем, с высокой степенью тщательности, представляется процесс разработки и принятия Конституции Российской Федерации 1993 г., проводится детальный анализ ее положений, а также раскрываются основные особенности ее содержания, действия и изменения.

В соответствующем разделе учебного курса систематическому научному анализу подвергаются основы конституционного строя России, исследуется его понятие, выявляются основные черты народовластия (народного суверенитета), раскрываются проблемные вопросы институтов непосредственной и представительной демократии. Учитывая необходимость становления в России (как и впрочем на всем постсоветском пространстве) гражданского общества и подчеркивая его важнейшую роль в современных конституционно-правовых реалиях, автор подробнейшим образом анализирует вопрос о гражданском обществе как элементе конституционного строя в России.

Как с теоретической, так и с практической точки зрения представляет большой интерес раздел учебного курса, посвященный конституционному статусу личности, в котором излагаются основы и принципы конституционно-правового положения человека и гражданина в Российской Федерации, а также раскрываются и детализируются их основные права и свободы, гарантированные Конституцией Российской Федерации. Особый интерес в разделе представляют суждения автора об основных правах по защите иных прав и свобод, т. е. права на сочетание государственной защиты прав и свобод с возможностью самозащиты, права на судебную защиту прав и свобод, права на презумпцию невиновности и т. д.

С. А. Авакьяну удалось довольно успешно как с научной, так и с познавательной точки зрения изложить материал о государственном устройстве Российской Федерации, в частности, исследовав общую характеристику государственного устройства как такового, представив краткую историю государственного устройства России, раскрыв конституционно-правовой статус Российской Федерации в современных условиях и выделив основные принципы федеративного устройства Российской Федерации.

В свете положений Конституции и современного избирательного законодательства Российской Федерации, в издании также раскрывается понятие, нормативно-правовая основа и принципы избирательной системы Российской Федерации, а также детально излагается сам процесс проведения выборов.

В учебном курсе, анализируя институт Президента Российской Федерации, автор заостряет внимание читателя не только на теоретических вопросах, связанных с полномочиями Президента Российской Федерации по Конституции 1993 г., но также раскрывает такие, насущные для Российской Федерации и имеющие практический характер вопросы, как гарантии бывшему Президенту Российской Федерации, или как исполнение Председателем Правительства обязанностей Президента Российской Федерации.

Учитывая сложный опыт построения российского парламентаризма, С.А. Авакьян скрупулезно исследует полномочия палат Федерального Собрания Российской Федерации (Государственной Думы и Совета Федерации), а также детализирует порядок их осуществления. Большой как теоретический, так и практический интерес представляют также суждения автора о путях поиска современной модели российского парламентаризма и некоторых особенностях формирования народного представительства в России.

В переработанное и дополненное издание включен также новый раздел, посвященный конституционной основе статуса судебной власти и прокуратуры в Российской Федерации, в котором излагаются вопросы, связанные с конституционно-правовой природой и сущностью судебной власти, основами статуса судей в Российской Федерации, конституционно-правовой природой и назначением прокуратуры и прокурорского надзора.

В учебном курсе достойное место отведено и вопросам конституционной юстиции. В нем, в частности, раскрываются сущность конституционного контроля и особенности создания органов конституционной юстиции в России, нормативно-правовые основы их деятельности, а также детализируются полномочия, порядок формирования, структура и организация Конституционного Суда Российской Федерации и анализируются общие правила конституционного судопроизводства.

В учебном курсе освещены также вопросы современно-го российского федерализма, представлены порядок формирования и полномочия органов законодательной и исполнительной власти субъектов Российской Федерации, а также исследованы основы статуса, компетенция, состав и организация деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации. Заключительный раздел учебного курса посвящен конституционным основам местного самоуправления в Российской Федерации.

Искренне поздравляем профессора С. А. Авакьяна в связи с выходом в свет второго переработанного и дополненного издания учебного курса «Конституционное право России» и желаем ему всяческих успехов в любых начинаниях.

*Заведующий кафедрой конституционного права
Ереванского государственного университета
д. ю. н., проф. Н. А. Айвазян*

*Руководитель отдела международных договоров Юрист-консультативного
управления Аппарата Конституционного Суда
к. ю. н. В. Д. Маргарян*

Конституционное
ПРАВОСУДИЕ □

Вестник Конференции
органов конституционного контроля
стран молодой демократии

Выпуск 4 (34) 2006



Адресредакции:

375019, Ереван, пр. Баграмяна 10

Тел.: 529991, 588189

Факс: 529991

E-mail: armlaw@concourt.am

arthur@concourt.am

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

Сдано в набор 1.12.06

Подписано к печати 15.12.06

Печ. л. 8,25

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 8/2-2 Министерства юстиции РА
27 февраля 1998г.