СРАВНИТЕЛЬНОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ ОБОЗРЕНИЕ

№2 (105) 2015

Учредитель и издатель

Институт права и публичной политики
http://www.ilpp.ru

Редакционный совет

А. С. АВТОНОМОВ, д.ю.н., профессор
А. БЛАНКЕНАГЕЛЬ, Dr. jur. habil., профессор
Н. А. БОГДАНОВА, д.ю.н., доцент
А. Е. ВАШКЕВИЧ, к.ю.н., доцент
Г. А. ГАДЖИЕВ, д.ю.н., профессор (председатель)
Л. ГАРЛИЦКИЙ, Ph.D. in Law, профессор
Л. О. ИВАНОВ, к.ю.н.
И. П. КЕНЕНОВА, к.ю.н., доцент
А. И. КОВЛЕР, д.ю.н., профессор
М. А. КРАСНОВ, д.ю.н.
А. Н. МЕДУШЕВСКИЙ, д.ф.н., профессор
Р. УИТЦ, LL.M, S.J.D., профессор
С. ХОЛМС, Ph.D. in Law, профессор
А. ШАЙО, Ph.D. in Law, профессор, академик

Редакционная коллегия

Е. В. ГРИЦЕНКО, д.ю.н., профессор
А. А. ДЖАГАРЯН, д.ю.н.
Г. В. ДИКОВ
С. С. ЗАИКИН, к.ю.н.
О. Н. КРЯЖКОВА, к.ю.н., доцент
С. А. ТЮЛЬКИНА, LL.M., S.J.D.
Д. Г. ШУСТРОВ, к.ю.н.

Главный редактор

О. Б. СИДОРОВИЧ, MBA(in P.S.)

Заместители главного редактора

А. Г. РУМЯНЦЕВ, LL.M., Dr. jur.
А. В. ДОЛЖИКОВ, к.ю.н., доцент
А. А. ТРОИЦКАЯ, к.ю.н., доцент

Редакторы

А. Бланкенагель
Л. А. Могусева
Т. М. Храмова

Корректор

Т. Ю. Лобкова

Компьютерная верстка

В. Б. Сидорович

В подготовке выпуска участвовали:

Т. П. Виноградов
Я. С. Гребенщикова
Е. А. Нефёдова
К. Б. Русских

Издается при спонсорской поддержке
Юридической компании
Каменская & партнёры.
Синергия успеха
и Юридической фирмы
Доломанов и Партнеры
юридическая фирма основана в 2000 году

© Институт права и публичной политики, 2015

МОНИТОРИНГ КОНСТИТУЦИОННЫХ НОВОСТЕЙ

ФЕВРАЛЬ – АПРЕЛЬ • 2015 **3**
Австрия, Армения, Германия, Египет, Израиль, Италия, Йемен, Канада, Россия, Словакия, Словения, Узбекистан, Украина, Эстония, Южная Корея

В ФОКУСЕ: МОДЕЛИ ФИСКАЛЬНОГО ФЕДЕРАЛИЗМА

ФИНАНСОВОЕ ВЫРАВНИВАНИЕ В ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКЕ ГЕРМАНИИ И ЕГО РЕФОРМА **11**
Кристиан Вальдхофф

РАСПРЕДЕЛЕНИЕ БРЕМЕНИ РАСХОДОВ В ГЕРМАНСКОМ ФЕДЕРАТИВНОМ ГОСУДАРСТВЕ **22**
Александр Бланкенагель

БЮДЖЕТНОЕ ВЫРАВНИВАНИЕ В РОССИИ КАК СПОСОБ ГАРМОНИЗАЦИИ МЕЖБЮДЖЕТНЫХ ОТНОШЕНИЙ (2000–2015) **32**
Наталья Шевелёва

В МИРЕ ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ

ПРЕДЕЛЫ ПРАВ И АБСОЛЮТНЫЕ ПРАВА: ЗА РАМКАМИ ПРИНЦИПА ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ? ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ И ПРАКТИКА КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ **45**
Александра Троицкая

ОГРАНИЧИТЕЛЬНАЯ ОГОВОРКА И ТЕСТ НА ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТЬ В ПРАКТИКЕ ВЕРХОВНОГО СУДА ИЗРАИЛЯ **70**
Дмитрий Шустров

НОВАЯ ФОРМАЦИЯ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ: УКРАИНА

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ В УКРАИНЕ: МЕЖДУ ПРАВОМ И ПОЛИТИКОЙ **96**
Александр Евсеев

ПРАВО И РЕЛИГИЯ: ОПЫТ ОТДЕЛЬНЫХ СТРАН

ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВОВОГО ПОЛОЖЕНИЯ РЕЛИГИОЗНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ В ПОРТУГАЛИИ В XIX – НАЧАЛЕ XXI ВЕКА **109**
Анастасия Шашкова

ИСТОРИЧЕСКИЙ РАКУРС

КОНСТИТУЦИЯ 1924 ГОДА: КАК И ГДЕ БЫЛИ ЗАЛОЖЕНЫ ПРИЧИНЫ КРУШЕНИЯ СССР? **118**
ЧАСТЬ 2
Андрей Медушевский

В КОНСТИТУЦИОННОМ СУДЕ РОССИИ

ОБЗОР ПОСТАНОВЛЕНИЙ, ВЫНЕСЕННЫХ КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ **132**
ДЕКАБРЬ • 2014 – МАРТ • 2015

РЕЦЕНЗИИ

КОНСТИТУЦИЯ В СУДЕБНОЙ ПЕРСПЕКТИВЕ **149**
РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ
КЕНЕНОВА И. П., ТРОИЦКАЯ А. А., ШУСТРОВ Д. Г.
СРАВНИТЕЛЬНОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО В ДОКТРИНЕ И СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЯХ : УЧЕБНОЕ ПОСОБИЕ. М. : URSS; КРАСАНД, 2015. 720 С.
Гадис Гаджиев, Павел Блохин

МЕНЯТЬ ИЛИ НЕ МЕНЯТЬ – ВОТ В ЧЕМ ВОПРОС: НОВЫЙ ВЗГЛЯД НА БУДУЩЕЕ КОНСТИТУЦИИ США **154**
РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ
STEVENS J. P.
SIX AMENDMENTS: HOW AND WHY WE SHOULD CHANGE THE CONSTITUTION. NEW YORK ; BOSTON ; LONDON : LITTLE, BROWN AND COMPANY, 2014
Алим Ульбашев

ПОДПИСКА НА 2015 ГОД

Россия

Подписка на журнал производится во всех отделениях почтовой связи:

- по каталогу агентства «Роспечать» «Газеты. Журналы» – индекс **80643**.

Через агентства альтернативной подписки:

- ООО «Агентство "Гал"» Тел.: (495) 795-23-00
- ООО «Агентство "Урал-Пресс"» Тел.: (495) 789-86-36 • http://ural-press.ru

В редакции подписка на журнал возможна с любого номера.
За дополнительной информацией обращаться:
Тел.: (495) 608-69-59, 608-66-35 • Факс: (495) 608-69-15
e-mail: ilpp-ccr@mail.ru • http://www.ilpp.ru.

Страны СНГ

Оформить подписку на журнал можно по каталогам агентства «Роспечать» «Газеты. Журналы» и «Russian Newspapers & Magazines» – индекс **80643** в отделениях почтовой связи или на сайте агентства в сети Интернет:
http://www.rosp.ru

Страны дальнего зарубежья

Для стран дальнего зарубежья подписка на журнал оформляется:

- через партнеров фирмы ЗАО «МК-Периодика»
  или непосредственно в ЗАО «МК-Периодика» по адресу:
  Россия, 111524 Москва, ул. Электродная, д. 10.
  Тел.: +7 (495) 672-70-12 • Факс: +7 (495) 306-37-57
  e-mail: info@periodicals.ru • http://www.periodicals.ru

Электронная версия

Приобрести электронную версию любого выпуска или статьи журнала теперь можно через Российскую универсальную научную электронную библиотеку **elibrary.ru**. Страница журнала в электронном каталоге:
http://elibrary.ru/title_items.asp?id=9477

Решением ВАК журнал включен в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук»

Свидетельство о регистрации ПИ №77-17237 от 14 января 2004 г.
Тираж 500 экз. Периодичность – 6 номеров в год. ISSN 1812-7126
Подписано в печать 27 апреля 2015 года
Распространяется по подписке и через редакцию
Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8
Для корреспонденции: 129090 Москва, а/я 140
Тел.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35
Факс: +7 (495) 608-69-15
Отпечатано: ООО «Буки Веди»
119049, г. Москва, Ленинский проспект, д. 4, стр. 1А

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.
При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.
Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

PARTNER PUBLICATION

International Journal of Constitutional Law

The journal *Sravnitelnoe Konstitutsionnoe Obozrenie* (CCR) contains selected items originally published in English from *International Journal of Constitutional Law* (ICON) and is published by arrangement with its publishers Oxford University Press and New York University School of Law.

This work is subject to copyright. All rights are reserved, whether the whole or part of the material is concerned, specifically the rights for translation, reprinting, reuse of illustrations, broadcasting, reproduction on microfilm or in any other way, and storage in data banks.

The use of registered names, trademarks etc. in this publication does not imply, even in the absence of a specific statement, that such names are exempt from the relevant laws and regulations and therefore free for general use.

For any references/citations from this selection of items, the source must be given as the original English article with full bibliographic details as given at the top of the first page of each article.

ПАРТНЕРСКОЕ ИЗДАНИЕ

International Journal of Constitutional Law

Журнал «*Сравнительное конституционное обозрение*» содержит статьи, ранее опубликованные на английском языке в журнале *International Journal of Constitutional Law* (ICON), и публикуется с согласия его издателей Oxford University Press и New York University School of Law.

Данная работа является объектом авторских прав. Все права защищены, и в частности права на перевод, переиздание, воспроизведение иллюстраций, передачу в эфир, копирование намикрофильмы или любым другим способом, хранение в базах данных, причем как в отношении всего материала, использованного в издании, так и его части.

Использование зарегистрированных наименований, торговых марок и т. д. в этом издании не подразумевает, даже при отсутствии особых указаний на этот счет, что такие наименования не охраняются соответствующими законами и иными нормативными правовыми актами и поэтому подлежат свободному использованию.

При цитировании каждая цитата должна сопровождаться дополнительно ссылкой на англоязычный источник, который должен быть приведен в соответствии с полным библиографическим описанием, содержащемся на первой странице статьи.

ПРИГЛАШЕНИЕ К ПУБЛИКАЦИИ

Приглашаем российских и зарубежных авторов к публикации на страницах журнала статей, а также рецензий, обзоров, комментариев, соответствующих профилю и тематике издания.

Минимальные требования к статьям:

- объем – от 0,5 до 1 п.л. (20–40 тыс. знаков);
- сноски – образец оформления см. на сайте;
- заголовок – краткий, емкий, интересный;
- аннотация – 70-100 слов на русском и английском языках;
- ключевые слова – 6–8 слов/словосочетаний;
- данные об авторе – Ф.И.О., место работы/учебы, должность, ученая степень, звания, адрес электронной почты и контактный телефон.

В журнале предусмотрена процедура обязательного внутреннего анонимного рецензирования.

Система платного размещения статей в журнале не используется!

Материалы направлять в электронном виде (желательно в формате Word) по электронной почте: **ilpp-ccr@mail.ru**

МОНИТОРИНГ КОНСТИТУЦИОННЫХ НОВОСТЕЙ

«Мониторинг конституционных новостей» – это уникальная подборка коротких новостных сообщений о наиболее интересных и важных с конституционно-правовой точки зрения событиях и решениях в различных странах мира. Безусловно, в рамках этой рубрики речь не идет о предоставлении исчерпывающей информации по каждой из стран, набор которых варьируется от номера к номеру. Наша задача – дать ориентиры, помочь найти отправные точки для глубоких исследований, обозначить тенденции и проблемы.

ФЕВРАЛЬ – АПРЕЛЬ • 2015

Австрия

Парламент Австрии принял новый закон, расширяющий права мусульманского населения. В соответствии с ним для мусульман теперь возможны дополнительные выходные в дни мусульманских религиозных праздников, сопровождение имамов, а также специальное питание в армии, тюрьмах, больницах и домах престарелых. В то же время ужесточились требования к имамам — теперь от них требуют обязательного владения немецким языком и прохождения государственной аттестации. Закон также содержит запрет на финансирование мусульманских религиозных организаций из-за рубежа.

Армения

Указом Президента Республики Армения от 4 сентября 2013 года была сформирована Специализированная комиссия по *конституционным реформам*, которая подготовила концепцию данных реформ (см.: Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 5(102)). Концепция была представлена Президенту Республики 15 октября 2014 года. 14 марта 2015 года Президент Республики одобрил концепцию конституционных реформ, после чего Специализированная комиссия начала подготовку пакета конкретных изменений. Согласно решению Президента Республики, Специализированная комиссия организует и проведет с политическими партиями обсуждения касательно реализации подходов, зафиксированных в концепции конституционных реформ, и подытожит представленные партиями предложения и замечания. Относительно проекта конкретных конституционных изменений также будут организованы общественные слушания.

Германия

27 января 2015 года *Федеральный конституционный суд Германии признал неконституционным абсолютный запрет на ношение головных платков для учителей школ.* Заявителями по делу выступили две учительницы из земли Северный Рейн-Вестфалия, исповедующие ислам. Закон об образовании, принятый региональным парламентом, запрещает ношение религиозных символов в школах. Одна из заявительниц была уволена, а вторая получила письменное предупреждение. При этом одна из заявительниц носила берет и свитер с воротником как эрзац для платка, тем не менее это посчитали религиозными символами и запретили. Суды по трудовым спорам отказали в обжаловании действий администраций школ о привлечении заявительниц к дисциплинарной ответственности.

Федеральный конституционный суд постановил, что ношение религиозных символов должно причинять конкретный вред, чтобы быть запрещенным законом. Например, если ношение головного платка учителем вызывает конфликты между учениками или свидетельствует об ином нарушении обязанности государства быть нейтральным. В противном случае законодательный запрет нарушает право на самоидентификацию учителей, свободу их вероисповедания. Кроме того, данный запрет ограничивает доступ к профессии учителя, нарушая право на труд.

Законодатель земли Северный Рейн-Вестфалия имел легитимную цель поддержания нейтральности в школах в вопросах религии. При этом ношение религиозных символов само по себе не представляет угрозу данной нейтральности. Дистанция между государством и церковью не должна восприниматься как абсолютная. Органы власти, соблюдая нейтралитет, могут поддерживать разные религии в равной степени. Свобода вероисповедания при балансировании с государственным нейтралитетом имеет преимущество.

Данное дело не идентично раннее рассмотренному вопросу о запрете на размещение распятий в государственных школах, поскольку в последнем случае религиозный символ ассоциировался напрямую с государством, а не личностью учителя в сознании учеников и их родителей. В то же время Суд признал, что Закон об образовании, устанавливающий привилегии для продвижения христианских образовательных и культурных ценностей, нарушает конституционный запрет на дискриминацию по религиозному принципу. Решение было принято шестью голосами против двух.

Египет

24 февраля 2015 года *Конституционный суд Египта постановил, что его Председатель не обязан раскрывать сведения о заработной плате судей Конституционного суда*. Данная обязанность была возложена на Конституционный суд по решению Кассационного суда, требующего соблюдения равной оплаты труда своих судей с судьями конституционной ветви. Председатель Конституционного суда при рассмотрении дела не был признан заинтересованной стороной и принял участие в голосовании. В решении отмечается, что министр финансов является единственным субъектом, имеющим право запрашивать сведения о финансовых затратах судов, и только он может решать проблемы, связанные с равенством оплаты труда судей разных судебных ветвей.

Израиль

17 марта 2015 года в Израиле состоялись *внеочередные парламентские выборы*. Накануне премьер-министр страны Биньямин Нетаньяху (руководитель партии «Ликуд») отправил в отставку сразу двух членов правительства — министра финансов Яира Лапида (лидер «Еш Атид») и министра юстиции Ципи Ливни (глава «Ха-Тнуа»). Данное событие окончательно подорвало хрупкий мир в отношениях между правыми и левыми политическими элитами еврейского государства. По той причине, что «Еш Атид» и «Ха-Тнуа» входили в парламентскую коалицию, то уход партийных лидеров из правительства означал неминуемый распад правящего блока, в связи с чем Нетаньяху и был вынужден объявить о намерении провести досрочные выборы.

Точка кипения была достигнута, когда «Ликуд» совместно со своей «братской партией» «Наш дом — Израиль» Авигдора Либермана, опирающейся на русскоязычное еврейство страны, внесли в Кнессет законопроект о национальном (еврейском) характере Государства Израиль. Билль предполагал лишение арабского языка статуса национального. Законопроект воспринимался как сигнал арабскому меньшинству, легализующий его официальную дискриминацию на всех уровнях. С жесткой критикой закона выступали Ливни и Лапид, считая, что новые законоположения смогут подорвать демократические устои израильского государства.

Сам спор о еврейском характере израильской государственности начался еще до формального признания Государства Израиль в 1948 году, но однозначного ответа на данный вопрос дано все же не было (за исключением осторожной формулировки Декларации независимости страны о «национальном очаге еврейского народа»).

3 декабря 2014 года израильские парламентарии приняли решение о роспуске Кнессета и назначении внеочередных выборов на 17 марта 2015 года. За этот период практически не было ни одного выпуска в американских и западноевропейских СМИ, который так или иначе не был посвящен предстоящим выборам в еврейском государстве. При этом общий тон был таков, что победу с небольшим перевесом одержит Сионистский блок, в который входят главные оппоненты Нетаньяху — Ицхак Герцог («Авода») и Ципи Ливни («Ха-Тнуа»), придерживающиеся левой ориентации. Российские государственные СМИ также полагали, что Нетаньяху придется покинуть кресло премьер-министра. Но резуль-

таты выборов оказались несколько неожиданными. По официальным данным, опубликованным ЦИК Израиля 20 марта 2015 года, электоральный барьер в 3,25 % смогли преодолеть 10 из 26 политических партий, участвовавших в гонке. Первое место (23,4 %) получила партия Нетаньяху «Ликуд», в результате чего в Кнессете ее будет представлять 30 депутатов. Таким образом, «Ликуд» даже смог улучшить свои позиции: на прошлых выборах партии удалось добиться лишь 24 мандатов. Победа «Ликуд» удалась за счет ее агрессивной избирательной кампании. Например, за пару дней до выборов израильтяне получили СМС-сообщения: «Власть Ликуд в опасности, если вы не придете на избирательные участки и не проголосуете, то к власти придут левые и арабы». Второе место получили сионисты (Герцог и Ливни), у которых 18,67 % и 24 депутатских мандата соответственно. Тройку лидеров закрывает объединенный список так называемых арабских партий («Хадаш», «РААМ,» «Тааль» и «Балад»), у которых 10,54 % и рекордных 13 мест в парламенте. Неплохо выступила и новая партия левого толка «Кулану», у которой на первых для нее выборах сразу же 7,49 % голосов избирателей и 10 мандатов соответственно.

Существенно ослабились позиции у союзников «Ликуд» — «Наш дом — Израиль» Либермана (чуть более 5 % и всего 6 депутатских мандатов). Не стали лучшими выборы и для «Еш Атид» (8,81 % и 11 мандатов). В Кнессет также попали «Яхадут а-Тора» (5,03 % и 6 мандатов), «МЕРЕЦ» (3,93 % и 5 мандатов), «Байит Йегуди» (6,74 % и 8 мандатов), «ШАС» (5,73 % и 7 мандатов).

Выборы, по сути, легитимировали политический курс Нетаньяху. По всей видимости, больших компромиссов в арабо-израильском противостоянии достичь не удастся. В соответствии с существующей процедурой в ближайшее время Президент страны поручит лидеру партии, победившей на выборах, сформировать новое правительство, от которого, впрочем, и будет зависеть реализация предвыборных обещаний, на которые в этот раз не скупилась ни одна из партий.

Италия

2 марта 2015 года *Конституционный суд Италии принял знаковое Решение № 10 по делу о проверке конституционности отдельных положений законов от 25 июня 2008 года № 112 и 6 августа 2008 года № 133, устанавливающих повышенные налоговые ставки для компаний, получающих сверхприбыль от экономической деятельности*. В первую очередь налоговые меры были направлены против крупных нефтяных компаний. В рассматриваемом судебном акте Конституционный суд Италии, помимо прочего, впервые сформулировал подходы к порядку исполнения собственных решений.

Необходимость в проверке конституционности отдельных норм налогового законодательства возникла в связи с обращением, поступившим из суда провинции Реджо-Эмилии, в котором в ходе рассмотрения конкретного спора возник соответствующий вопрос. Как указывается в решении № 10, перед Конституционным судом Италии был поставлен вопрос о наличии признаков дискриминации и нарушении принципов равенства налоговых агентов со стороны законодателя, установившего повышенные («дополнительные» — по тексту судебного акта) налоговые ставки для нефтяных компаний, получающих сверхприбыль. При этом внимание Конституционного суда обращалось и на то, что налоговым агентам (нефтяным компаниям) прямо запрещалось «возмещать» суммы, дополнительно уплачиваемые в казну, за счет повышения стоимости конечного продукта (бензина и других нефтепродуктов).

Конституционный суд Италии пришел к выводу, что данные нормы налогового законодательства являются дискриминационными и нерациональными, по существу, подавляют деловую активность и лишают нефтяные компании возможности получать прибыль от ведения предпринимательской деятельности, осуществляемой в соответствии с законом. Таким образом, Конституционный суд пришел к выводу, что законодатель вышел за пределы своих полномочий, устанавливая сверхналоги, тем самым нарушил правила статьи 81 Конституции Италии 1948 года.

Однако принципиально важно то, что Конституционный суд Италии, рассматривая данное дело, значительное внимание уделил вопросам исполнения своих собственных решений. Предварительно проанализировав практику исполнения своих решений за последние десятилетия, Конституционный суд страны

отметил, что по общему правилу судебный акт органа конституционного контроля применяется ретроспективно. Исходя из этой логики, нефтяные компании были бы вправе требовать от государства возврата тех сумм, которые были уплачены с 2008 года (с момента принятия оспариваемых положений налогового законодательства) по настоящее время. Принимая во внимание то обстоятельство, что речь идет не об ординарных налогоплательщиках, а о нефтяных гигантах, Конституционный суд не без труда подсчитал, что соответствующие возвратные выплаты из казны нанесут колоссальный урон по экономике всей страны. В итоге образовавшийся в стране бюджетный дефицит государство будет вынуждено покрывать за счет введения новых «экстраординарных» налогов, что в малой степени поспособствует системному решению проблемы. Руководствуясь изложенной логикой, Конституционный суд заключил, что возврату подлежат лишь те суммы, которые будут уплачены налоговыми агентами с момента признания судом норм налогового законодательства неконституционными (то есть начиная со 2 марта 2015 года).

Таким образом, Конституционный суд Италии пришел к выводу, что ретроспективное действие его собственных решений может быть ограничено, пусть и в исключительных случаях.

Следует отметить, что с 2008 года Конституционный суд Италии достаточно часто признавал те или иные налоговые законы неконституционными. При этом каждый раз оставалось достаточно неясным, имеют ли решения суда обратную силу, что нередко толковалось в пользу налогоплательщика и, как следствие, вело к образованию бреши в государственном бюджете. Стоит полагать, что решение № 10 Конституционного суда Италии поставит точку в этом споре, что будет весьма кстати для властей в условиях непростой экономической ситуации, в которой продолжает оставаться итальянская экономика.

Йемен

В конце марта 2015 года шиитские повстанцы-хуситы одержали промежуточную победу в длящейся уже многие годы *гражданской войне*. Часть правительственных войск перешла на сторону повстанцев, которые взяли под контроль большинство ключевых объектов. Президент Хади бежал из страны. Это привело к активизации поддерживавших его внешних сил. 26 марта Саудовская Аравия и примкнувшие к ней страны начали военную интервенцию в Йемене с целью возвращения к власти своих ставленников. На первом этапе были проведены массированные бомбардировки военных и гражданских объектов. На последующем этапе при необходимости планируется проведение наземной операции. США и Великобритания поддержали действия коалиции. Интервенция в Йемене осуществляется без какого-либо мандата ООН. Резолюция Совета безопасности ООН 2201, принятая 15 февраля 2015 года, призывала стороны к мирному решению конфликта и подчеркивала, что урегулирование ситуации является прежде всего делом самих йеменцев. Пункт 9 резолюции содержал призыв к государствам — членам ООН «воздерживаться от внешнего вмешательства, способствующего разжиганию конфликта и усилению нестабильности, и вместо этого поддержать политический переходный процесс».

Канада

15 февраля 2015 года *Верховный суд Канады отменил действие положений федерального Уголовного кодекса, устанавливающих ответственность за оказание помощи в совершении самоубийства* неизлечимо больным и непосильно страдающим людям (*Carter v. Canada*).

Суд должен был разрешить вопрос конкуренции между фундаментальными ценностями — правом на жизнь и правом на достойное существование. Суд пришел к выводу, что право на жизнь не требует абсолютного запрета на содействие в самоубийстве. Хартия прав (составная часть канадской Конституции) не закрепляет принципиальную невозможность лиц отказаться от своего права на жизнь. Это породило бы скорее «обязанность» жить, чем такое право. Хартия, закрепляя священную ценность жизни, не требует ее сохранения «любой ценой». Следовательно, закон должен признать право лиц, в исключительных случаях, выбирать между жизнью и смертью.

Таким образом, Суд пересмотрел собственное решение 1993 года, которым призна-

вал привлечение к уголовной ответственности за помощь в самоубийстве соответствующим положениям Конституции.

Верховный суд Канады рассмотрел в марте дело средней школы Лойолы против Квебека, связанное с обязательной для всех образовательных учреждений Квебека базовой учебной программой по этике и религиозной свободе, разработанной Министерством образования. В каждой школе Квебека существует предмет, на котором ученикам преподаются основы мировых религий. Канада является светским государством, поэтому школьное образование должно отвечать принципам светскости, включая критерии нейтрального и беспристрастного преподавания. Вместе с тем в Канаде до сих пор существуют религиозные школы, но они являются сегодня частными учреждениями.

Средняя школа Лойолы является частной католической школой для мальчиков, находящиеся под управлением ордена иезуитов. Как и любое квебекское учебное заведение, школа внедрила в свою систему образования указанную программу, однако направила министру просьбу утвердить альтернативную программу, которая бы позволила преподавать основы мировых вероучений с католической точки зрения, потому что нейтральное преподавание религиозной материи не соответствует статусу заведения как частной католической школы. Министр дважды отклонил прошение, заявив, что не видит адекватной замены существующей образовательной программы, тем более если это будет католическая программа. Школа Лойолы потребовала судебного пересмотра решений министра, и в итоге дело было рассмотрено Верховным судом Канады.

Перед Судом было поставлено два вопроса. Во-первых, должны ли учителя католической школы объективно и нейтрально преподавать сам католицизм, а во-вторых, должны ли они согласно тем же принципам преподавать этику иных мировых религий. По поводу первой проблемы судьи единогласно нашли нарушение раздела 2(а) Канадской хартии прав и свобод, признав, что требование преподавать католическую религию и этику с некатолической, нейтральной точки зрения не согласуется с принципом свободы вероисповедания, и в этом смысле программа, разработанная Министерством, является вмешательством государства в свободу совести.

По второму вопросу Суд указал, что если позволить католической школе преподавать этику других религий с точки зрения католицизма, как того требовала средняя школа Лойолы, нейтрально, но не объективно, то возникнет риск, что другие религии будут рассматриваться не как законные системы верований, а как достойные уважения только в той части, в какой их принципы соответствуют постулатам католицизма. Поэтому Суд постановил, что преподавание других религиозных учений должно быть настолько объективным, насколько это возможно.

Россия

Президент РФ поручил своей администрации вместе с Министерством юстиции РФ и Общественной палатой РФ уточнить понятие «социально ориентированная некоммерческая организация». Также поручено создать Всероссийский единый реестр некоммерческих организаций, предусматривающий разграничение социально ориентированных и иных некоммерческих организаций. Правительство РФ должно подготовить предложения по созданию механизма передачи социально ориентированным некоммерческим организациям части функций государства в социальной сфере. Кабинет министров должен проработать вопросы сотрудничества с государствами СНГ и Евразийского экономического союза в сфере реализации социально ориентированными некоммерческими организациями совместных гуманитарных проектов, а также налоговых льгот, которые можно предоставить таким организациям.

Были приняты поправки к законам «Об общественных объединениях» и «О некоммерческих организациях», согласно которым организация, зачисленная в реестр иностранных агентов Министерством юстиции РФ, может быть из него исключена. Согласно документу, организация вправе обратиться с заявлением в Минюст России, который должен провести проверку и, если не найдет оснований, позволяющих считать некоммерческую организацию «иностранным агентом», принимает решение об исключении ее из реестра. Организации нужно доказать,

что она не получала иностранного финансирования в течение года (до проверки) или же в течение этого же года не участвовала в политической деятельности.

Президент РФ поручил премьер-министру Дмитрию Медведеву представить предложения о создании Федерального агентства по делам национальностей. Оно будет реализовывать государственную политику в сфере межнациональных и этноконфессиональных отношений, осуществлять меры, направленные на укрепление единства многонационального народа Российской Федерации, обеспечение межнационального и межконфессионального согласия, а также меры, направленные на этнокультурное развитие народов России. Кроме того, ведомство будет разрабатывать и выполнять государственные и федеральные целевые программы в сфере межнациональных отношений и осуществлять государственный мониторинг и контроль в этой сфере. Скорее всего, агентство будет находится в ведении Министерства культуры.

В Государственную Думу РФ внесен законопроект № 730438-6, запрещающий Правительству РФ и Президенту РФ самостоятельно принимать решения о введении экономических санкций. По мнению депутатов «Справедливой России», которые выступили авторами данного законопроекта, введение экономических санкций возможно только путем принятия федерального закона. Авторы опираются на статью 34 Конституции РФ, согласно которой каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной, не запрещенной законом экономической деятельности, и статью 55, которая допускает ограничение прав человека и гражданина только федеральным законом и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Интернет-омбудсмен Дмитрий Мариничев предложил Владимиру Путину смягчить закон о персональных данных. В частности, предлагается при наличии согласия российского пользователя разрешить хранить его персональные данные на территории любой страны, присоединившейся к Конвенции Совета Европы от 28 января 1981 года «О защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера». Напомним, что в сентябре нынешнего года вступит в силу закон, который предписывает хранить персональные данных россиян только на территории нашей страны, в связи с чем существует опасность прекращения работы в России популярных интернет-сервисов.

12 марта 2015 года *Комитет министров Совета Европы вынес ряд решений о ходе исполнения наиболее резонансных постановлений Европейского Суда по правам человека.* В частности, Россию обязали представить график выплаты акционерам ЮКОСа 1,9 млрд евро, обеспечить в кратчайшие сроки «надлежащее функционирование» молдавских школ в Приднестровье, а также активизировать поиск пропавших без вести в результате контртеррористических операций с 1999 по 2006 год на Северном Кавказе, создав для этого единый уполномоченный орган. На разработку «всеобъемлющего плана действий» по погашению суммы между акционерами ЮКОСа и его согласования с Комитетом отводится шестимесячный срок.

Словакия

В Словакии признан несостоявшимся референдум, на котором гражданам было предложено определиться с отношением к однополым бракам и к праву лиц, заключивших такой союз, брать детей на воспитание. В референдуме приняли участие только 21,4 % граждан, имеющих право голоса, а для придания его результатам юридической силы требовалась как минимум 50-процентная явка. В настоящее время в Словакии не предусмотрена возможность официального заключения однополых браков. При этом прямого запрета на воспитание детей такими парами нет, однако существующие правила усыновления являются сложными, и гетеросексуальные пары здесь имеют преимущество.

Словения

17 марта 2015 года *Конституционный суд Словении признал неконституционным отказ Президента назначить трех граждан на пост судей Конституционного су-*

да. В июле 2014 года Президент Словении А. Киска принял решение не назначать пять из шести кандидатов на три вакантные должности судей Конституционного суда. Кандидатуры были представлены партией, доминирующей в Парламенте страны. После личных встреч с кандидатами только один претендент устроил Президента, и он был назначен на пост судьи. Отклоненные кандидаты подали жалобу в Конституционный суд Словении, поскольку отказ в их назначении не был аргументирован и, по их мнению, был политически мотивирован. Решение по трем заявлениям принято Конституционным судом, а заявления еще двух кандидатов находятся на рассмотрении. По решению Конституционный суд признал недействительным акт Президента об отклонении трех кандидатур на должности судей и обязал главу государства вернуться к рассмотрению дела еще раз. Также Президент должен компенсировать затраты заявителей, связанные с судебным разбирательством.

Узбекистан

29 марта 2015 года в Узбекистане *состоялись выборы Президента Республики Узбекистан*.

В списки избирателей были включены имена 20 798 052 граждан страны, более 10 миллионов из которых — молодежь в возрасте до 30 лет. В голосовании приняли участие 18 миллионов 942 тысяч граждан, что составляет 91,08 % от общего числа избирателей, внесенных в списки.

В выборах Президента Республики Узбекистан участвовали четыре кандидата — Хотамжон Кетмонов от Народно-демократической партии Узбекистана, Акмал Саидов от демократической партии Узбекистана «Миллий тикланиш», Ислам Каримов от Движения предпринимателей и деловых людей — Либерально-демократической партии Узбекистана и Наримон Умаров от Социал-демократической партии «Адолат».

За действующего Президента Ислама Каримова отдали свои голоса 90,39 %, за Хотамжона Кетмонова — 2,92 %, за Акмаля Саидова — 3,08 %, за Наримона Умарова — 2,05 %.

Международный мониторинг выборов Президента Республики Узбекистан осуществляли около 300 наблюдателей от различных международных организаций. Глава миссии наблюдателей от СНГ, председатель Исполнительного комитета Содружества Сергей Лебедев назвал прошедшие выборы свободными и открытыми, а также соответствующими общепризнанным демократическим нормам. Однако другую оценку дала руководитель миссии по наблюдению за выборами Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) ОБСЕ Тана де Зулуэта, отметив, что «сохраняющиеся правовые и организационные недостатки избирательного процесса» не устранены в Узбекистане. К таким недостаткам наблюдатели БДИПЧ отнесли чрезмерное освещение деятельности действующего Президента в его официальном качестве в эфирном и печатном пространстве, что способствовало созданию преимущества. Но, по мнению местных экспертов, созданное неравным освещением преимущество, не могло повлиять на результаты выборов. Также мониторинг осуществляли представители Шанхайской организации сотрудничества, Всемирной ассоциации избирательных органов и Организации исламского сотрудничества. В наблюдении за ходом голосования участвовали и более 35 тысяч наблюдателей от четырех политических партий, выдвинувших кандидатов в президенты.

Эксперты отмечают, что высокая явка избирателей свидетельствует о том, что люди осознают свою ответственность и стремятся внести собственный вклад в будущее страны. Активность избирателей отчасти объясняется возросшим на фоне украинского кризиса уровнем политической сознательности граждан и усилением державных настроений.

Украина

Президент Украины Петр Порошенко подписал закон «О внесении изменений в некоторые законы о защите информационного телерадиопространства Украины», *запрещающий использование любой аудиовизуальной продукции, которая вредит национальной безопасности Украины* и прославляет вооруженные формирования «государства-оккупанта».

Указанный закон был принят Верховной Радой 18 марта 2015 года. Однако в тот же день депутаты «Оппозиционного блока», не поддержавшие закон, зарегистрировали свое

постановление о том, что закон был принят с нарушением регламента, в связи с чем должен быть отменен. Тем не менее Верховная Рада проголосовала против этого предложения. Следует отметить, что запрет трансляции кинолент не распространяется на советские фильмы. Также к исключениям закон относит демонстрацию мультфильмов и сериалов, не носящих военной направленности.

Эстония

На парламентских выборах в Эстонии победила правящая Партия реформ. Она набрала 27,7 % голосов и, таким образом, получила 30 из 101 мандата в Рийгикогу. Реформисты считаются правой партией и поддерживают усиление безопасности и обороны, увеличение военных расходов и присутствия в стране союзников по НАТО, а также резко критикуют Россию в связи с конфликтом на Украине. Второе место заняла оппозиционная Центристская партия, которая набрала 24,8 % голосов избирателей (27 депутатских мест). Центристы хотят поддерживать отношения с Россией и выступают в поддержку прав русскоговорящего населения. На третьем месте оказалась Социал-демократическая партия, входящая в нынешнюю правящую коалицию, получившая на выборах 15,2 % голосов (15 мандатов). Явка избирателей составила 63,7 %. Стоит отметить, что около 20 % избирателей голосовали через Интернет. Сейчас начинаются переговоры между политическими партиями по поводу создания новой правящей коалиции.

Южная Корея

26 февраля 2015 года *уголовная ответственность за супружескую измену признана неконституционной по решению Конституционного суда Южной Кореи*. Статья 241 Уголовного кодекса о супружеской измене была введена в 1953 году как результат сильного влияния консервативного конфуцианства на сферу семейных отношений. Право подачи заявления в суд о привлечении к уголовной ответственности партнера имел супруг, подающий на развод. Привлечению к ответственности подлежали оба партнера, участвовавших в измене. На практике многие заявления супругов с обвинением в измене отзывались при удовлетворении их финансовых требований в бракоразводном процессе. С 1985 года более 53 000 человек обвинялись по указанной статье, но тюремные сроки были редким случаем (санкция статьи предусматривала лишение свободы до двух лет). Интересно отметить, что в 2014 году правительство закрыло социальную сеть, позволявшую одиноким гражданам находить себе партнеров для личной жизни, поскольку подобные сайты способствуют супружеским изменам.

Вопрос о конституционности криминализации супружеской измены являлся предметом рассмотрения Конституционного суда Южной Кореи не один раз: в 1990 и 1993 годах (6 голосов против 3); в 2001 году (8 против 1); в 2008 году (4 против 5). В 2008 году для признания неконституционности уголовного закона не хватило одного голоса (требуется наличие шести голосов для вынесения решения о неконституционности). Сторонники криминализации супружеской измены аргументировали свою позицию тем, что подобные меры государственного наказания укрепляют институт моногамной семьи.

По мнению 17 заявителей, подвергнутых наказанию в период с 2009 по 2014 год, норма нарушает их права. В решении, принятом семью судьями против двух, Конституционный суд постановил, что положения уголовного закона неконституционны, существенно ограничивают основные права граждан, в том числе право на самоопределение в сексуальных отношениях. Кроме того, судьи негативно оценили превентивную функцию закона в сравнении с незначительным уровнем социального осуждения подобных проступков.

Решение Конституционного суда напрямую повлияет на более чем 5 400 человек, которым были предъявлены обвинения в прелюбодеянии с 2008 года. Заметим, что после вынесения решения Конституционным судом акции компаний, производящих товары для магазинов для взрослых выросли в среднем на 10 %.

Ведущий рубрики — Ярослава Гребенщикова. В подготовке мониторинга участвовали: Алена Борисова, Тимофей Виноградов, Ильсур Зиганшин, Анаит Манасян, Юлия Рудт, Андрей Румянцев, Алим Ульбашев.

В ФОКУСЕ: МОДЕЛИ ФИСКАЛЬНОГО ФЕДЕРАЛИЗМА

Финансовое выравнивание в Федеративной Республике Германии и его реформа

Кристиан Вальдхофф

В статье анализируются основные аспекты фискального федерализма в Германии: регулирование налогообложения, система финансового выравнивания между землями, с одной стороны, и между Федерацией и землями – с другой, а также аспекты реформирования этой системы, которое, по причинам конституционного характера, будет реализовано к 2019 году. Немецкая система налогообложения является особенной в том плане, что полномочия по взиманию налогов принадлежат в основном Федерации, в то время как доходы от федеральных налогов, согласно конституционному регулированию, распределяются между Федерацией и землями, что в определенной степени нейтрализует избыток федеральных полномочий в сфере взимания налогов. Система финансового выравнивания основана на идее солидарности всех членов Федерации, справедливость которой неоднократно оспаривалась в Федеральном конституционном суде. Реформа системы выравнивания должна привести к большей финансовой ответственности земель, а также к демократической подотчетности перед избирателями соответствующих земель.

Бюджетный федерализм; налоговые полномочия; распределение налогов между Федерацией и землями; система финансового выравнивания; демократическая подотчетность в сфере налогообложения

Финансовое выравнивание, то есть распределение доходов (прежде всего налогов) между Федерацией и землями и последующее перераспределение, является актуальным вопросом в Германии, поскольку срок действия предусмотренного сейчас правового регулирования истекает в 2019 году. В настоящей статье речь пойдет сначала о сложной структуре финансовых компетенций в соответствии с немецкой конституцией — Основным законом, чтобы затем перейти к размышлениям о возможных реформах в данной сфере. При этом основное внимание будет уделено вопросу, почему коренные изменения в сегодняшней ситуации практически невозможны.

1. Значение и функционирование финансовой конституции ФРГ

Впервые в истории немецкого конституционного права Основной закон содержит собственный раздел о финансовой конституции федеративного государства. Цель статей 104а—109 Основного закона состоит в том, чтобы «надлежащим образом» распределить финансовую власть между Федерацией и землями. «Надлежащим образом» в смысле Основного закона означает «равноценно». Полученный во время действия конституций Германской империи 1871 года и Веймарской республики опыт показал, что Германская

империя и земли могли в полной мере осуществлять закрепленные за ними задачи и полномочия в каждом случае только тогда, когда для этого в их распоряжении имелись необходимые финансовые средства. Тот, кто обладал преимуществом в распределении финансов, то есть сначала земли (= государства-члены), затем Германская империя (= центр, федерация), мог также более эффективно использовать свои организационно-правовые полномочия. В основе финансовой конституции Основного закона лежит концепция о гарантии предоставления как Федерации, так и землям собственных финансовых средств в достаточном количестве, а также права самостоятельно решать вопрос об управлении и использовании этих финансовых средств. Цель этой компромиссной концепции Федеральный конституционный суд определил следующим образом: она должна «дать Федерации и землям возможность выполнять задачи, возложенные на них конституцией»[1]. Кроме того, Федеральный конституционный суд добавил: «Только таким образом государственная самостоятельность Федерации и земель может стать реальной, а независимость и собственная ответственность при выполнении задач могут развиваться»[2]. Финансовая конституция оказывается, таким образом, «краеугольным камнем федеративного устройства»[3]. На этом фоне становится объяснимым достаточно подробное конституционно-правовое регулирование финансовых вопросов, которое является прямо-таки атипичным для (основного) закона, регулирующего «основы правовой структуры государства».

Даже если рассматривать привлечение и управление деньгами для финансирования общего блага как инструментальную задачу государства, характеристика финансовой конституции как второстепенной конституции в исследуемом здесь контексте федеративной государственности является, как минимум, неточной и спорной. Прежде всего, Фердинанд Кирхгоф (в настоящее время вице-президент Федерального конституционного суда)[4] и мой коллега из Мюнхена Штефан Кориот[5] являются, однако, представителями этой точки зрения. Такой односторонний подход не учитывает многочисленные способы взаимодействия между федеративным устройством государства и финансовой конституцией[6]. Финансовая конституция федеративного государства, то есть статьи 104а–109 Основного закона, сами по себе являются частью этого устройства и организуют его. Хотя получение государством доходов в принципе является инструментальной задачей государства, которая должна создавать предпосылки для исполнения государством содержательных государственных задач и тем самым для содержательной политики в целом, распределение финансовых властных полномочий между Федерацией и землями, как в общем, так и в частностях, широко воздействует на «общую» деятельность по решению государственных задач или взаимодействует с ней. Большое значение здесь имеет различие между «обязательными для выполнения государственными задачами» и «задачами для выполнения по усмотрению». «Служебная функция» государственной системы финансов может относиться только к *обязательным для выполнения* государственным задачам, которые едва ли можно четко извлечь из конституции. Бóльшая (прежде всего, с точки зрения финансовых затрат) часть государственных задач (то есть задачи для выполнения по усмотрению), особенно в сфере высокозатратных задач обеспечительного управления и социальной деятельности государства, реализуема только при наличии возможности привлечения денежных средств в предусмотренных конституцией рамках (так называемое «условие осуществляемости»). В правовом государстве, которое остается связанным конституцией и в финансовых вопросах, государственные задачи, выходящие за пределы основополагающих, сами по себе не могут определять объем необходимого для государства финансирования.

Хотя Кирхгоф утверждает, что финансовая конституция может быть реформирована без внесения изменений в ее текст через изменение государственных задач, возможно и обратное утверждение. Было бы странно, если бы финансовая конституция рассматривалась в качестве «краеугольного камня федеративного государства», но никаким образом не оказывала бы влияния на конкретное формирование федеративного государства. Федеративную финансовую конституцию и федеративное устройство Основного закона нельзя разделить. Напротив, они являются отчасти идентичными элементами предусмотренной Основным законом федеративной системы,

которые влияют друг на друга и обуславливают друг друга.

В итоге следует отметить, что проявляющееся в результате использования таких оборотов, как «финансовая конституция как второстепенная конституция» и «служебная функция финансовой конституции» одностороннее мнение о влиянии задач на финансовые полномочия представляется спорным, если тем самым подразумевается, что государство должно иметь в наличии столько денежных средств, сколько ему необходимо для исполнения своих задач. В отличие от обязательных государственных задач, возможные задачи, то есть задачи для выполнения по усмотрению, определяются также с учетом находящихся в распоряжении государства денежных средств. Подобную взаимосвязь можно охарактеризовать как «подвижную систему» между задачами и финансированием.

2. Обзор распределения компетенций

Общим понятием для всех конституционно-правовых финансовых компетенций, которые Основной закон распределяет между различными территориальными образованиями, является термин «финансовый суверенитет» (*Finanzhoheit*). Властное полномочие на взимание налогов (*Besteuerungshoheit*) следует понимать, таким образом, как особый раздел всеохватывающего финансового суверенитета, который касается распределения компетенций с точки зрения самых важных, как фактически, так и юридически, видов налоговых сборов. Данное правомочие разделяется в свою очередь на компетенции по налоговому законотворчеству, по получению налоговых поступлений, по налоговому администрированию и, наконец, по осуществлению правосудия по вопросам налогообложения.

2.1. Законодательная компетенция в налоговой сфере (*Steuergesetzgebungskompetenz*)

Статья 105 Основного закона регулирует законодательную компетенцию в сфере материального налогового права и наделяет ею в основном Федерацию. Еще больше, чем специальные законодательные компетенции, законодательные компетенции в сфере налогообложения сконцентрированы в руках Федерации, то есть центрального государства (*Zentralstaat*). Даже если в соответствии с абзацем 1 статьи 105 Основного закона под исключительную законодательную компетенцию Федерации подпадают только таможенные пошлины и финансовые монополии, статья 105 Основного закона выступает в качестве основы налогового права, почти полностью урегулированного посредством федерального законодательства. Конкурирующая законодательная компетенция Федерации в налоговой сфере распространяется, согласно абзацу 2 статьи 105 Основного закона, на «другие налоги», то есть на все налоги, за исключением таможенных пошлин и еще более специфических налогов, перечисленных через частичную отсылку согласно абзацу 2а или, соответственно, в статье 140 Основного закона в сочетании с абзацем 6 статьи 137 Веймарской конституции. Таможенная компетенция практически не функционирует, поскольку — за исключением вопросов организации таможенной администрации — все компетенции по установлению правовых норм перешли здесь на уровень Европейского Союза. Но в сфере регулирования налогов Федерация может осуществлять свою конкурирующую законодательную компетенцию в случаях, если исполнены условия абзаца 2 статьи 72 Основного закона либо если поступления от соответствующих налогов принадлежат ей целиком или частично.

2.2. Компетенция по получению налоговых поступлений (*Steuerertragskompetenz*)

Компетенция по получению налоговых поступлений является особенностью финансового конституционного права Основного закона, урегулированной в десятом разделе в статье 106 и в абзаце 1 статьи 107. Понятие властного полномочия на получение налоговых поступлений (*Ertragshoheit*) сформулировано в тексте конституции не явно и обязано своему появлению специалисту в области финансового права Альберту Хензелю: «Государство обладает властным полномочием на получение налоговых поступлений от конкретного объекта налогообложения в тех случаях, когда все доходы от соответствующего налога поступают в его государственную казну вне зависимости от того, был ли введен данный налог им самим или другим субъектом государственной власти»[7]. Поскольку макси-

мально возможное широкое закрепление финансовых компетенций в конституции необходимо для стабилизации федеративного государства, вопросы распределения доходов от налоговых поступлений занимают центральное место среди положений финансовой конституции федеративного государства. Властное полномочие на получение налоговых поступлений в смысле финансового конституционного права является, таким образом, основанным на федеративном устройстве (конституционным) правом требования, которое там, где компетенции по установлению налогов и получению налоговых поступлений разделены, направлено против установившего налог территориального образования. Если компетенции по установлению и получению налогов совпадают, то данное властное полномочие является конституционно-правовым «основанием для возможности оставлять у себя» все поступления от соответствующего налога. Разумеется, указанное полномочие реализуется на практике только тогда, когда территориальное образование, обладающее соответствующей законотворческой компетенцией по установлению налогов, воспользовалось своим законодательным правом. В связи с этим спорным является вопрос, может ли из этого выводиться обязанность по установлению или, соответственно, законодательному регулированию определенных налогов.

Властное полномочие на получение налоговых поступлений как конституционно-правовое притязание и гарантия должно обеспечивать достаточное или, по крайней мере, соразмерное финансовое положение Федерации и земель в качестве основы их «государственной самостоятельности» и бюджетной независимости. Было бы неправильно рассматривать его только как «результат» процесса финансового выравнивания.

Властное полномочие на получение налоговых поступлений по внешнему виду и функциональному назначению похоже на простые компенсационные финансовые субсидии федеральным землям. От таких поступлений оно отличается тем, что оно связано с конкретным налогом, и тем, что его нельзя отнять или изменить без участия соответствующего территориального образования. Властное полномочие на получение налоговых поступлений касается **собственных доходов**. Компенсационные финансовые субсидии распределяют другие доходы — доходы распределяющего субъекта — и являются инструментами перераспределения.

2.3. Федеративное финансовое выравнивание: распределение и перераспределение доходов между Федерацией и землями, а также между самими землями

Центральной задачей каждой федеративной финансовой конституции является распределение доходов между федерацией и ее субъектами. Для этого используется понятие «финансовое выравнивание». Но употребление данного термина не является единообразным. Поскольку распределение доходов может быть оценено и урегулировано только во взаимосвязи с распределением задач и финансового бремени, в слишком расширительное толкование понятия финансового выравнивания включают также распределение задач и расходов. Иногда используется и чрезмерно узкое понятие финансового выравнивания, которое касается исключительно корректирующего перераспределения (далее — «вторичное финансовое выравнивание»). Федеральный конституционный суд и Федеральный закон о финансовом выравнивании используют данное понятие как по систематическим, так и по прагматическим причинам для обозначения распределения доходов в целом, не включая в него, однако, «выравнивание задач». В соответствии с этой понятийной предпосылкой можно различать четыре уровня, или основные формы, финансового выравнивания: задача соответствующего распределения доходов проявляется, с одной стороны, между выше- и нижестоящими носителями суверенных прав (между Федерацией и землями, на конституционно-правовом уровне земель — между землями и общинами), с другой стороны, между равноправными субъектами (между самими землями). В первом случае говорят о вертикальном, во втором — о горизонтальном финансовом выравнивании. Далее следует различать правила о компетенциях по получению поступлений, которые абстрактно определяют, какому носителю суверенных прав при каких условиях причитаются доходы какого рода, и правила о последующей корректировке полученного таким образом результата в разрезе потребностей. Рекомендуется говорить при этом, с одной стороны, о

наделяющем поступлениями, или «первичном», с другой стороны, о перераспределяющем, или «вторичном», финансовом выравнивании. Совместно все эти четыре формы финансового выравнивания образуют в статьях 106 и 107 четырехуровневую, замкнутую в себе систему финансового выравнивания. На первой ступени статья 106 Основного закона регулирует распределение налоговых поступлений как первичное вертикальное финансовое выравнивание. Предложения 3 и далее абзаца 3 статьи 106 Основного закона придают ему характер, ориентированный уже частично на расходы и потребности. На втором уровне абзац 1 статьи 107 Основного закона регулирует первичное горизонтальное финансовое выравнивание, то есть распределение совокупной доли всех земель в получении налогов между отдельными землями. Основным критерием при этом является, согласно предложению 1 абзаца 1 статьи 107 Основного закона, привязка к территории сбора налогов. В качестве корректирующего механизма выступает принцип расщепления в соответствии с предложением 2 абзаца 1 статьи 107 Основного закона. Отклоняясь от этих общих принципов, доля доходов земель от налога с оборота определяется в соответствии с предложением 4 абзаца 1 статьи 107 Основного закона пропорционально численности населения с факультативной корректировкой согласно второй половине предложения 4 абзаца 1 статьи 107 Основного закона. Установленное таким образом распределение налоговых поступлений корректируется на третьем этапе вторичным горизонтальным финансовым выравниванием в соответствии с абзацем 2 статьи 107 Основного закона, в чем проявляется «принцип солидарности», «взаимной помощи» и «выступления друг за друга» как дополнительный по отношению к финансовой автономии всех членов Федерации принцип федеративной финансовой конституции[8]. Такое «обложение экономически более сильных земель за счет их собственных средств» ограничивается в результате системного и гармонизирующего толкования Основного закона запретом на нивелирование (уравниловку); неудивительно, что конкретизация этого чрезвычайно нечеткого запрета является очень спорной[9]. Вертикальное вторичное финансовое выравнивание образует, наконец, четвертый и последний уровень в виде субсидий Федерации экономически слабым землям на основании предложения 3 абзаца 3 статьи 107 Основного закона, как «резервуар оставшихся потребностей в выравнивании»[10]. В связи с этим сформировалась богатая картина различных типов федеральных дополнительных субсидий. В данном контексте особой взрывоопасностью из-за обостряющегося государственного финансового кризиса отличаются федеральные дополнительные субсидии в случаях «чрезвычайного бюджетного дефицита».

Изображенная здесь последовательность уровней федеративного финансового выравнивания является императивной; указанные уровни не могут функционально заменяться друг другом или пропускаться. Следуя концепции финансовой конституции как рамочному регулированию, немецкий Конституционный суд в четвертом решении о финансовом выравнивании предписал законодателю конкретизировать и дополнить четырехуровневую систему финансового выравнивания ввиду того, что она определена в конституции лишь в нечетких правовых понятиях[11]. Это было сделано в 2001 году путем принятия Закона о масштабах распределения (*Maßstäbegesetz*).

Для того чтобы понять немецкую систему финансового выравнивания, необходимо осознавать, что речь идет о выравнивании финансовых возможностей, а не об удовлетворении потребностей. Финансовые возможности определяются, по существу, в соответствии с налоговыми доходами. Если бы во внимание принимались потребности, все зависело бы от размера расходов соответствующей земли. Но этого, за исключением отдельных случаев, осознанно не допускают. Сама конституция говорит только о «соразмерном» выравнивании. При проверке конституционности какого-либо закона о финансовом выравнивании, который регулирует конкретное перераспределение, всегда обнаруживаются значительные проблемы. Некоторые представители науки государственного права из-за этого утверждают, что данная часть федеративной финансовой конституции просто не подсудна, так как речь идет о политических решениях, которые не поддаются судебной проверке конституционным судом. Вряд ли такое утверждение является правильным, так как, если финансовая конституция представ-

ляет собой центральную часть федеративного устройства, было бы странным, если бы здесь не существовало реализации права на практике. Такое положение не соответствовало бы, по крайней мере, немецкому конституционно-правовому мышлению. Чтобы самому не осуществлять конкретные количественные подсчеты, суд постановил, что вследствие перераспределения не может быть изменена последовательность земель в зависимости от их финансовых возможностей; другими словами, бедные земли в результате перераспределения не должны стать богатыми и наоборот. Отдельные вопросы, как и ранее, остаются спорными; в суде на рассмотрении как раз находится новая жалоба.

Как в связи с объединением Германии, так и во время последней реформы федерализма федеративная финансовая конституция формально оставалась и остается в итоге практически не затронутой вносимыми в конституцию изменениями. В противоположность этому следует отметить, что на самом деле установленная модель подвергается испытанию практически с момента вступления в силу «Большой финансовой реформы» 1970 года.

В рамках реформы федерализма 2006 года определенные формы совместного финансирования были упразднены. При этом речь идет, с одной стороны, об отмене общих задач, как, например, «строительство высших учебных заведений» (с исключениями) и «планирование развития системы образования» (ст. 91a и 91b Основного закона). С другой стороны, на предметы исключительной законодательной компетенции земель не должна распространяться возможность предоставления Федерацией финансовой помощи в соответствии с абзацем 4 статьи 104a Основного закона. При этом на замену указанной норме пришла новая статья 104b Основного закона. Часть налоговой автономии должна быть достигнута благодаря новому предложению 2 абзаца 2a статьи 105 Основного закона. В соответствии с данной нормой земли получают полномочие определять ставку налога на сделки о купле-продаже недвижимого имущества. Однако все это — лишь поверхностные изменения; настоящая и состоятельная реформа федеративных финансовых отношений и в данном случае осознанно не была проведена. В настоящее время ее проведение в политическом контексте связывают только с согласованием первой фазы модернизации федеративного государства. Идея распространить основные концепции и модели предстоящей реформы федеративного государства и на сферу финансового конституционного права была бы очень далека от реальности. Нынешний судья Федерального конституционного суда Петер М. Хубер подкрепил свои предложения о развязывании федеративных отношений с целью установления прозрачности и ответственности в немецком федеративном государстве, изложенные на съезде юристов Германии в 2004 году, также посредством демократического конституционного принципа[12]. Но демократическая обратная связь и установление прозрачности означают в финансовом праве усиление финансовой автономии, а не финансового взаимодействия. Федеральный конституционный суд классифицирует при этом финансовое выравнивание земель и федеративные финансовые отношения в целом как характеризующее принцип федеративного государства сочетание самостоятельности, собственной ответственности и индивидуальности земель, с одной стороны, и солидарной общей ответственности за существование и собственную позицию партнеров по союзу — с другой стороны. Тем самым заранее готовится набор аргументов, которые не только упрощают решение отдельных проблем финансового конституционного права, но и предлагают общую модель для дискуссии о реформе. Таким образом, одновременно подготавливается почва для смены основополагающей парадигмы понимания федеративной государственности и федерализма. Определяющим фактором для сформированной, по сути, в 1969 году и действующей поныне федеративной финансовой конституции является представление об активной государственной конъюнктурной политике в форме так называемого глобального управления. Это предполагает достаточную финансовую интеграцию для того, чтобы принятые на этом фоне экономические и финансово-политические решения могли быть эффективно реализованы на практике. Управление экономикой и обществом в технократической эйфории 1960-х годов с обычным опозданием достигло законодателя, меняющего конституцию: была реализована модель, которая многократно приветствовалась со стороны экономистов того периода времени.

Экономическая и финансовая сомнительность этой концепции стала очевидной уже при ее первом испытании во время резкого спада деловой активности во всем мире во время нефтяного кризиса, начиная с 1973 года. Тем временем в экономической теории произошла смена парадигм; в социальных науках были проанализированы и описаны недостатки кооперативной модели федерализма, в частности в аспекте опасности совместного принятия политических решений (*Politikverflechtungsfalle* — Фриц В. Шарпф)[13]. С точки зрения этих познаний, напрашивается более четкий акцент на мысли об автономии различных государственных уровней и, что из этого следует, об усилении ответственности и при принятии финансово-экономических решений. Предпосылки реформы 1969 года не должны сейчас вести к запрету на высказывание противоречащих им мнений или к ограничениям при размышлении о реформе.

Помимо неудавшейся концепции глобального управления, традиционным определяющим фактором немецкой федеративной финансовой конституции является практически не изученный постулат равномерного налогообложения на всей территории Федерации, который приводится чаще всего вместе с требованиями «единых» или «равноценных условий жизни на территория Федерации». Как было показано в другом контексте, речь при этом идет не об определении конституционных целей государства, то есть не об обязательной общей норме конституционного права, а исключительно о регулировании конкретных вопросов, которое содержится в различных местах Основного закона и интерпретируется в его соответствующем контексте[14]. Для дискуссии о конституционной реформе этот постулат, с одной стороны, не должен подменять альтернативные точки зрения, а с другой — не должен доминировать над толкованием действующего (финансового) конституционного права.

Также перечисление, скорее, фактических оснований (унифицированное действие основных прав и принципа социального государства; действующие на всей территории Федерации политические партии; ожидания граждан) представляет собой, говоря словами Петера Лерхе, «тренд... как факт... которому должен покориться правовой мир»[15]: здесь мы встретимся с ошибочным выводом, что факты определяют содержание права. Аргументы о единообразных или равноценных условиях жизни на территории Федерации оказываются историческим шлаком тех периодов развития немецкого федерализма, когда под угрозой находилось политическое единство. Сегодня оно во многом потеряло свое значение.

Данное обсуждение связано с факторами, которые привели в 1867—1871 годах к образованию бисмаркской империи и сопровождали ее дальнейшее развитие. Создание единой экономической территории, окончательное устранение внутригосударственных таможенных барьеров и внутреннее транспортное сообщение, которому больше не мешало правовое регулирование, являлись основными экономико-политическими требованиями либеральной буржуазии в XIX веке. К этому добавилась постоянно увеличивающаяся, также и в пространственном аспекте, мобилизация населения вследствие индустриализации. Определенное господство всего экономического появилось во второй половине XIX века в результате политической маргинализации буржуазии в имперский период. В большинстве случаев усилиям по политическому объединению сперва предшествовали попытки экономического объединения. Кроме того, к началу веймарского периода появились многочисленные центробежные движения, а также приходящие извне — и косвенно подталкивающие к централизации и созданию унитарного государства — угрозы и репрессии. Наконец, в 1948—1949 годах подчеркнуто федеративные взгляды союзнических держав-победительниц о государственной реконструкции Германии, насколько это было возможно, были оттеснены. Наглядным примером этого является первоначальная редакция абзаца 2 статьи 72 Основного закона. Интересы большинства, за исключением Баварии, при обсуждении текста Основного закона, посвященного финансовым вопросам, были сделаны с идеей унитарного государства. Герман Хёпкер-Ашофф (*Hermann Höpker-Aschoff*), который играл ведущую роль при обсуждения положений финансовой конституции, являлся бывшим высокопоставленным прусским чиновником и министром финансов и отличался поэтому ярко выраженным технократическо-централистским образом мышления. Партии, которые он пред-

ставлял – Немецкая демократическая партия (*Deutsche Demokratische Partei*, DDP) и Свободная демократическая партия (*Freie Demokratische Partei*, FDP), были и так уже всегда сторонниками централизма. Социал-демократическая партия Германии (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*, SPD) традиционно выступала за централизованную финансовую политику как условие социальной политики, к которой данная партия стремилась. Таким образом, обсуждение отдельных положений финансовой конституции при их возникновении происходило в контексте особого стремления к единству. Многие из этих основополагающих причин сегодня уже не существуют или стали не столь важны и, следовательно, не должны без надобности отягощать текущую дискуссию о реформе. Концепция о единообразных и равноценных условиях жизни должна рассматриваться как внеправовой фактор для общего понимания ситуации.

В противоположность этому необходимо снова восстановить и сделать понятной взаимосвязь ответственности между политическими решениями избирателей (граждан; налогоплательщиков) и финансово-экономическими, прежде всего налогово-политическими, решениями правительства и парламента. Не всегда очевидная конституционно-бюджетная взаимосвязь между публичными услугами и налоговым бременем, между тем, что государство «берет» и что «дает», должна стать отчетливой и на уровне субъектов федерации и должна использоваться в политической конкуренции. Финансовая ответственность требует пространства для принятия самостоятельных решений по финансово-политическим вопросам. Благодаря установлению такой взаимосвязи повысилось бы участие граждан в успехах и неудачах (финансовой) политики своей земли. В любом случае улучшилась бы прозрачность финансовой политики государства. Стал бы очевидным больший демократический потенциал конкурентных федеративных моделей: усилилась бы роль парламентов земель, напрямую зависящих от волеизъявления избирателей и практически не принимающих в настоящее время участия в сфере государственной финансовой деятельности, направленной на получение доходов, за исключением получения кредитов. У граждан, особенно чувствительных к региональным различиям в налоговом праве, в существующей сейчас системе совсем нет шанса понять разницу в налоговом бремени, поскольку взаимосвязь политической ответственности и обеспечительной деятельности государства, которая сформирована под влиянием унификаторских представлений, прослеживается недостаточно четко. Благодаря собственным возможностям земель по оформлению системы налогообложения усилилось бы политическое давление в части обоснования финансовой политики Федерации и земель; подвергающийся большему налогообложению гражданин сможет требовать от властей предоставления значительно бóльших публичных услуг. Если, возражая против этого, будет утверждаться, что из-за одинакового налогообложения ожидается равный уровень услуг или из-за одинакового уровня услуг граждан и избирателей ожидает одинаковый уровень налогов на всей территории, круг замыкается: установленная таким образом корреляция ничего не говорит о том, целесообразны ли соответствующие предложения по реформированию с конституционно-политической точки зрения.

Участие земель в налоговом законотворчестве через Бундесрат в соответствии с абзацем 3 статьи 105 Основного закона не может компенсировать отсутствующую финансовую автономию в отношении получения доходов. Потеря полномочия самостоятельно принимать решения не может быть заменена участием в проходящих на вышестоящем уровне процессах принятия решений. Поскольку Бундесрат как федеральный орган направлен на формирование единого волеизъявления земель и последнее слово всегда остается за определенным большинством земель, мнение каждой земли в отдельности не учитывается. Земли как единое целое могут быть сильны по отношению к Федерации, но этим практически не выравнивается отсутствующая у каждой отдельной земли финансово-экономическая возможность принятия решения: «Право всех земель на совместное решение в Бундесрате не учитывает интересы каждой земли в отдельности»[16]. Общий принцип равенства не является правовым масштабом, подрывающим налоговую автономию земель[17].

Техническое осуществление поддержанной здесь реконструкции демократической

взаимосвязи ответственности финансовой политики земель и, как следствие, частичной децентрализации федеративной финансовой конституции путем предоставления землям собственных источников доходов для самостоятельной политики не может быть рассмотрено здесь исчерпывающим образом. Оно наталкивается на постулат упрощения налоговой системы, которое находит свою конституционно-правовую основу в принципе правового государства. Модели установления землями налоговой ставки или дополнительного сбора по отношению к подоходным налогам Федерации (подоходному налогу (*Einkommensteuer*) и налогу на корпорации (*Körperschaftsteuer*)) при сохранении единой налоговой базы учитывали бы соответствующие интересы земель и муниципалитетов, предоставляя возможности по регулированию конкретных ставок налогов, то есть в конечном итоге по политическому определению окончательного размера налоговой нагрузки. Совет экспертов по анализу общеэкономического развития в своем годовом заключении 1992/1993 годов высказал соответствующие предложения[18]; заключение Научного совета при Федеральном министерстве финансов, посвященное финансовому выравниванию земель в Федеративной Республике Германии и распределению доходов между Федерацией и землями, в 1992 году[19] и соответствующее заключение 1995 года[20] также содержали аналогичные выводы. Функционирующим и проверенным образцом может служить швейцарский проект по гармонизации налогообложения. Однако нельзя не сказать и об ограничениях подобных концепций: необходимо учитывать, с одной стороны, налоговую гармонизацию на европейском уровне, которая может устанавливать определенные ограничения; исходную проблему представляют собой, с другой стороны, различия в материальной обеспеченности земель, которые стали особенно болезненными после объединения Германии. Кроме того, собственная компетенция земель в сфере прямых налогов привела бы к проблеме внутригосударственного двойного налогообложения. Но с данной проблемой можно было бы справиться, как это было продемонстрировано соответствующими решениями в Швейцарии, в бисмаркской империи и применительно к промысловому налогу.

3. Заключение

В своих заключительных размышлениях я хотел бы коснуться условий для проведения реформы, тем более что до 2019 года необходимо принятие нового закона. Закон о финансовом выравнивании является федеральным законом, требующим обязательного одобрения Бундесрата, то есть помимо Бундестага (национального парламента) свое согласие должен дать и Бундесрат (представительство земель/государств-членов в законодательном процессе). Поскольку сейчас в существующей системе финансового выравнивания земель, получающих ассигнования, по отношению к землям-донорам намного больше (13 к 3!), реформа практически не может быть осуществлена против воли «земель-получателей», если только Федерация не возьмет на себя несение дополнительного бремени. Федеральный конституционный суд тоже отметил, что могут возникнуть проблемы, если премьер-министры земель будут принимать решение одобрять или нет тот или иной закон, руководствуясь только тем, меньше или больше денег получит в результате их земля. Такая позиция, хотя и соответствует политической логике, создает, однако, проблемы, если речь идет о реформах. Подходы, направленные на усиление налоговой автономии субъектов Федерации, обречены на неудачу с самого начала потому, что немецкий федерализм в целом враждебен по отношению к конкуренции: землям нужны деньги, но они не хотят брать на себя ответственность. На самом деле в немецком федерализме отсутствует — в отличие от обоих исторических прототипов США и Швейцарии — настоящее стремление к автономии. В своем решении 1999 года Федеральный конституционный суд попытался уйти от этой дилеммы. Хотя в Основном законе отсутствовало соответствующее правовое основание, суд вывел из положения о финансовом выравнивании, что перед законом о финансовом выравнивании, регулирующем конкретное распределение между землями, а также между Федерацией и землями, должен быть принят и существовать как первая ступень так называемый закон о масштабах распределения, в котором будут установлены абстрактные критерии для перераспределения в рамках федеративного финансового выравнивания. Суд далее опре-

делил, что этот закон о масштабах распределения должен устанавливать, как писал уже ушедший от нас американский мыслитель и философ права Джон Ролз (*John Rawls*), «за завесой незнания» масштабы распределения для финансового выравнивания, не определяя при этом конкретные размеры денежных сумм. В результате регулирование финансового выравнивания получило три уровня:

1. регулирование в самом Основном законе (*Grundgesetz*);

2. абстрактные масштабы распределения в так называемом Законе о масштабах распределения (*Maßstäbegesetz*);

3. непосредственно сам Закон о финансовом выравнивании (*Finanzausgleichsgesetz*).

У ученого, занимающегося конституционным правом, возникает вопрос, может ли Федеральный конституционный суд создать закон, нормы которого будут приоритетны по отношению к другим федеральным законам[21]. Речь идет, таким образом, о самоограничении законодателя. С позиции правовой догматики это практически невозможно обосновать. Решающим фактором является что-то другое. Идея закона о масштабах распределения является очаровательной, но не осуществимой на практике. Хотя с тех пор и существует такой Закон о масштабах распределения[22], он, по сути, лишь воспроизводит текст конституции или содержит декларативные нормы. Таким образом, «затею» закона о масштабах распределения можно рассматривать как потерпевшую неудачу.

Если бы я решился сделать прогноз на будущее, то следующее представляется мне реалистичным: в рамках предстоящих до 2019 года реформ системных изменений не будет, может быть, даже не будут вноситься поправки в конституцию, а все изменения произойдут на уровне простых законов. Поскольку, согласно политической логике, в переговорах о реформе не должно быть «проигравших», земли-получатели не должны получать меньше, а земли-доноры — платить больше; из этого следует, что выравнивание дисбаланса будет происходить в вертикальном направлении, то есть за счет Федерации. Это соответствует наблюдаемой уже десятилетиями тенденции «вертикализации» федеративного финансового выравнивания. Федерация, разумеется, будет действовать не безвозмездно и потребует в качестве компенсации уступок в другой области.

Кристиан Вальдхофф — профессор публичного и финансового права, заведующий кафедрой и декан факультета права Университета им. Гумбольдта (Берлин).
ilpp-ccr@mail.ru

Перевод с немецкого А. Комиссарова.

---

1 BVerfGE 72, 330 (383).
2 Ibid.
3 BVerfGE 55, 274 (300).
4 См.: *Kirchhof F.* Grundsätze der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands, VVDStRL 52 (1993). S. 71.
5 См.: *Korioth S.* Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern. Tübingen : Mohr Siebeck, 1997. S. 12 f., 32, 151 f.
6 Подробнее об этом см.: *Waldhoff Ch.* Finanzautonomie und Finanzverflechtung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007). S. 216.
7 *Hensel A.* Der Finanzausgleich im Bundesstaat in seiner staatsrechtlichen Bedeutung. Berlin : O. Liebmann, 1922. S. 20.
8 См.: BVerfGE 72, 330 (383 ff.).
9 См.: BVerfGE 1, 117 (131 f.); 72, 330 (398).
10 *Korioth S.* Op. cit. S. 643.
11 См.: BVerfGE 101, 158 (161 ff.).
12 См.: *Huber P. M.* Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen? Gutachten D zum 65. Deutschen Juristentag, Bonn 2004. S. D33 ff.
13 См.: *Scharpf F. W.* Die Politikverflechtungsfalle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleichen // Politische Vierteljahresschrift (PVS). 26. Jg. 1985. H. 4. S. 323—356.
14 См.: *Waldhoff Ch.* Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland-Schweiz. München : C. H. Beck, 1997. S. 84 ff.
15 *Lerche P.* Finanzausgleich und Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse // Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag. München : C. H. Beck, 1973. S. 299—319.
16 *Wendt R.* Neuorientierung der Aufgaben- und Lastenverteilung im «sozialen Bundesstaat» // Staatswissenschaften und Staatspraxis. 4. Jg. 1993. H. 1. S. 56—77, 71.
17 См.: BVerfGE 10, 354 (371); 21, 54 (68).
18 См.: Bundestags-Drucksache 12/3774, Tz. 349 ff.

[19] См.: Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats. S. 92 ff., 99 ff.

[20] См.: Einnahmenverteilung zwischen Bund und Ländern, 1995. S. 46 f.

[21] Российская правовая доктрина знает эту проблему в виде приоритета кодексов по отношению к обычным федеральным законам.

[22] Gesetz über verfassungskonkretisierende allgemeine Maßstäbe für die Verteilung des Umsatzsteueraufkommens, für den Finanzausgleich unter den Ländern sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen vom 9. September 2001, BGBl. I S. 2302.

Распределение бремени расходов в германском федеративном государстве

Александр Бланкенагель

В статье анализируется жизненно важный аспект бюджетного федерализма в Германии – так называемое «бремя расходов», которое означает распределение затрат между федерацией и землями в соответствии с конституцией. Основной закон связывает бремя расходов с распределением компетенции: если субъект федерации наделен определенными полномочиями, то он и должен финансировать их реализацию. Проблемы возникают из-за напряжения в регулировании налоговых полномочий (преимущественно федеральные) и того факта, что практически все федеральные законы исполняются землями в их собственном праве (исполнительный федерализм), в том числе и те, которые подразумевают трату денег; в статье анализируются решения этих проблем. Кроме того, статья затрагивает актуальный вопрос ограничения федерального финансирования функций земель, другими словами, конституционные барьеры против покупки федерацией полномочий земель.

Бремя расходов; налоговые полномочия; расходы, связанные с исполнением федеральных законов; меры защиты от федерального финансирования функций земель

1. Общие размышления

Федерализм означает два уровня государственности. Два уровня государственности, в свою очередь, означают, что совокупность государственных полномочий (и обязательств), которые выполняются в централизованном государстве им самим, при федеративном устройстве государства должны быть распределены среди двух уровней государственности. Подобное положение вещей складывается и в сфере государственных финансов, где такое федеративное распределение можно сократить до трех основных вопросов:

Кто какие доходы получает?

Кто что обязан финансировать?

Кто что вправе финансировать?

При этом нужно понимать, что нормы о том, кто какими доходами обладает и кто выполнение каких задач обязан финансировать, дают базовые ответы на вопрос о распределении власти в федеративном государстве: если у одного из уровней государственности есть полномочия, но нет средств для их реализации, то такие полномочия не имеют большого значения.

Таким образом, для формирования двух реальных уровней государственности было бы желательно наличие в федеративном государстве регулирования (по возможности конституционно-правового) распределения доходов и расходов. Было бы желательно, чтобы таким образом урегулированная система отличалась справедливостью и предсказуемостью, ясностью и практической осуществимостью. Было бы желательно также рациональное распределение издержек, которое, скорее всего, в значительной степени осуществлялось бы в соответствии с принципом «за счет причинителя»; была бы желательна фискальная эквивалентность норм; в конце концов, была бы желательна такая конструкция финансового федерализма, которая обеспечивала бы эффективность, экономичность

и экономность бюджетных отношений. Причем мне совершено ясно, что в данном случае я хочу слишком многого.

2. Регулирование бремени расходов в Основном законе ФРГ

Германский финансовый федерализм — это, что само собой разумеется, часть германского федеративного устройства и несет поэтому на себе специфический отпечаток. Решающими факторами здесь являются, во-первых, общие факторы, которые придают финансовому федерализму специфическую форму, во-вторых, конкретная структура федеративно-республиканского государственного устройства, которая, в свою очередь, создает рамки, ограничивающие финансовый федерализм.

В качестве общего фактора следует назвать тот факт, что германский федерализм характеризуется противоречащими друг другу принципами: с одной стороны находится «государственная самостоятельность и собственная ответственность земель», с другой — принцип «взаимной ответственности земель друг за друга». В данном случае нормы Основного закона должны выравнивать межбюджетные отношения, чтобы оба принципа действительно существовали в реальности.

В конкретной структуре федеративного устройства проблемой для распределения бремени расходов являются чрезмерные федеральные полномочия в сфере предметных и фискальных компетенций: когда речь идет о праве законодательного регулирования, как в предметных вопросах, так и в вопросах налогообложения, в распоряжении Федерации находятся практически все полномочия, а у федеральных земель — весьма незначительное их количество. Это означает, что, если относиться к федерализму серьезно, система должна выравнивать слабости земель в функциональных компетенциях и в компетенциях по налогообложению.

2.1. Система правового регулирования в Федеративной Республике Германии

Каждая федеративная система должна регулировать распределение задач, расходов и доходов между федерацией и входящими в нее субъектами. Федеративная система Германии демонстрирует здесь определенные особенности. Во-первых, распределение полномочий и финансовая конституция регулируются по отдельности.

Распределение законодательной компетенции урегулировано в статьях 70—74 Основного закона, административной и исполнительной компетенции — в статьях 83—91 Основного закона, судебной власти — в статьях 92—104 Основного закона. Кроме того, во втором разделе Основного закона находятся еще некоторые фланкирующие положения о распределении полномочий, такие, например, как статья 32 Основного закона по вопросам внешних сношений. При распределении законодательной и исполнительной компетенций проявляется особенность германского федерализма: законодательная компетенция по большинству вопросов принадлежит, как уже говорилось, Федерации. Такие широкие законодательные полномочия Федерации компенсируются сильными административными полномочиями земель: исполнение федеральных законов в большинстве случаев, кроме отдельных четко урегулированных исключений, находится в их ведении.

В сфере налогообложения ситуация аналогичная: здесь также большая часть полномочий принадлежит Федерации (ст. 105 Основного закона), что выравнивается, однако, разделением на властное полномочие на установление налогов (*Erhebungshoheit*) и властное полномочие на получение налоговых поступлений (*Ertragshoheit*): статья 106 распределяет налоговые поступления между Федерацией и землями. Это также является основанием того, что Основной закон в разделе о финансах (абз. 1 ст. 109) может установить и устанавливает принцип самостоятельности и независимости бюджетного хозяйства Федерации и земель друг от друга, поскольку существенные доходы земель как раз и гарантируются обеспечиваемым Основным законом властным полномочием на получение налоговых поступлений.

При конституционно-правовом регулировании доходов распределение бремени расходов, то есть обязательства финансировать выполнение государственных функций, становится возможным и разумным и регулируется в статье 104а Основного закона. В систематическом плане регулирование бремени расходов в статье 104а Основного закона яв-

ляется первым комплексом норм финансовой конституции. Эти нормы были изменены в рамках реформы федерализма 2006 года, поскольку существовавшие до этого слишком слабые права на участие Бундесрата, а также возможность смешанного финансирования, то есть совместное финансирование проектов Федерацией и землями, были подвергнуты критике.

Реализуя закрепленный в абзаце 1 статьи 109 Основного закона принцип самостоятельности бюджетного хозяйства, статья 104a Основного закона регулирует основополагающий разделительный принцип: каждый уровень/каждое территориальное образование самостоятельно отвечает за выполнение своих задач и соответствующее финансирование. Несение расходов на выполнение чужих задач — как право или как обязанность — является отдельно урегулированным исключением; специальные правила о взаимоотношениях между Федерацией и землями находятся в абзаце 2 и следующих статьи 104a, статье 104b Основного закона, а также в совместных задачах согласно статье 91a и далее Основного закона. Специальные правила по применению законодательства ЕС, точнее говоря, по распределению ответственности при проблемах в реализации права ЕС находятся в абзаце 6 статьи 104a Основного закона.

2.2. Принцип связанности

Абзац 1 статьи 104a Основного закона формулирует простой принцип о том, что Федерация и земли, соответственно, обязаны финансировать возложенные на них задачи, как базовое правило распределения бремени расходов, отклонение от которого возможно только в случае прямого указания в Основном законе. Данное базовое правило распределения бремени расходов называют принципом связанности (*Konnexitätsprinzip*). Для распределения бремени расходов действует исключительно принцип связанности: возможные принципы вменения, такие, например, как принцип «за счет причинителя», принцип «за счет инициатора» или другие принципы, не действуют.

Если бремя расходов зависит, по общему правилу, от выполнения возложенных задач, то возникает вопрос, что понимается под этими «возложенными задачами». Ответственность за выполнение задач — это, в принципе и по существу, осуществление государственных (исполнительных/административных) полномочий, установленных конституционно-правовыми нормами, статьями 30, 83 и далее Основного закона; административная компетенция, таким образом, является одновременно и причиной, и границей для финансовой компетенции в каждом направлении. Принцип связанности, однако, следует понимать шире: каждое территориальное образование несет, поскольку это тоже является его задачами, бремя расходов на свою законодательную деятельность и на свое судопроизводство; объем расходов здесь, однако, несоразмерно меньше, чем при выполнении административных задач. Принцип связанности действует, в конце концов, также для непрописанных компетенций, что с учетом общей субсидиарной компетенции Федерации имеет значение только для Федерации и ее непрописанных компетенций.

На первый взгляд принцип связанности представляется простым и очевидным, но общая структура немецкого фискального федерализма все равно создает здесь существенные проблемы. Принцип связанности представляется убедительным в тех случаях, когда соответствующее территориальное образование может самостоятельно также принимать решения о своих доходах; однако в соответствии с Основным законом это не так. Как уже было вкратце упомянуто, Основной закон дифференцирует в сфере налогообложения властные полномочия на установление налогов и властные полномочия на получение налоговых поступлений: первое принадлежит, как правило, Федерации; второе распределено в соответствии с Основным законом между Федерацией и землями (а также общинами). Ввиду отсутствия (по крайне мере, частичного) властного полномочия на установление налогов земли не в состоянии самостоятельно принимать политические решения о том, как, из каких источников поступлений они финансируют выполнение возложенных на них задач. Тем самым нарушается политическая и ответственная обратная связь с собственным инвестором — платящим налоги гражданином, который, так сказать, деградирует в не обладающего правом на участие в политических решениях «золотого осла»: нарушается основная демократическая вза-

имосвязанность ответственности, поскольку деньги взимаются на одном государственном уровне, а тратятся на другом.

Еще одним последствием является снижение между землями конкуренции, возникающей, собственно говоря, как логичный результат финансовой автономии. В общем, конечно, можно высказать мнение о том, что некая нормативная и фактическая однородность является условием для функционирования федеративного государства. Возникает, однако, вопрос, сколько однородности требует такое функционирование федеративного государства или, соответственно, сколько неоднородности ей понадобится, поскольку в соответствии со своей основополагающей концепцией федеративное государство является неоднородным образованием. В случае с Федеративной Республикой Германией обусловленная финансовой конституцией однородность представляется, возможно, слишком далеко идущей.

В конце концов, возникает еще одна проблема, которая стала вырисовываться уже в процессе обсуждения демократической взаимосвязанности ответственности в начале настоящего раздела. Потребность в доходах, которая есть у земли, является вопросом, который политически решается не самой землей; наоборот, поскольку финансирование происходит за счет доходов, возникающих по решению другого субъекта, а именно Федерации, для земли речь идет, скорее, об оправданной и вместе с тем также нуждающейся в обосновании потребности, что разрушает самостоятельность и независимость бюджетного хозяйства Федерации и земель друг от друга (абз. 1 ст. 109 Основного закона).

Ответственность за финансирование, согласно абзацу 1 статьи 104а Основного закона, следует понимать, применительно к соответствующему территориальному образованию, как одновременную обязанность по несению расходов, а также как полномочие на финансирование и в конце концов как запрет финансировать выполнение чужих задач. Благодаря такому пониманию финансовой ответственности покупка компетенции со стороны финансово сильной Федерации или, соответственно, продажа компетенции со стороны финансово слабой (а может быть, и неслабой) земли должна предотвращаться. В конце концов, принцип связанности действует не только в отношениях между Федерацией и землями, но и в отношениях земель друг с другом. Но при этом не исключена возможность совместного финансирования проектов землями на основе соответствующего соглашения (договора), и практика знает много примеров таких совместных проектов.

2.3. Административные и целевые расходы

Абзац 1 статьи 104а Основного закона говорит только о расходах и не различает виды этих расходов. Исполнение землями федеральных законов считается в соответствии со статьями 83, 84 Основного закона, как правило, вопросом их собственной компетенции; согласно статье 104а Основного закона, они должны тогда также нести расходы, связанные с исполнением этих (федеральных) законов. В некоторых случаях это представляется несправедливым, а именно в случае тех законов, исполнение которых связано с прямыми расходами, поскольку они предусматривают выполнение финансовых или имеющих денежную ценность обязательств перед гражданами: у Федерации была бы, таким образом, возможность предоставлять гражданам блага за счет земель, если бы основное правило абзаца 1 статьи 104а Основного закона всегда действовало без исключений. Абзацы 2—4 статьи 104а Основного закона решают эту проблему.

Говоря о бремени расходов, необходимо различать административные и целевые расходы. Это вытекает из абзаца 5 статьи 104а Основного закона, который устанавливает в отношении административных расходов, что Федерация и земли несут возникающие у их органов административные расходы, то есть затраты, связанные с работой административных учреждений и персонала. Несение издержек, возникающих при выполнении непосредственных функциональных задач, регулируют абзацы 2—4 статьи 104а Основного закона: в случае подобных расходов говорят о целевых расходах, хотя этот термин в самой норме не используется.

Абзацы 2—4 статьи 104а Основного закона регламентируют отклонения от принципа связанности при целевых расходах в тех случаях, когда следование данному принципу привело бы, с точки зрения государственной самостоятельности и бюджетного суверени-

тета земель, к несправедливому возложению расходов на земли. Первый вариант — это случаи исполнения федеральных законов по поручению Федерации в соответствии со статьями 85 и последующими Основного закона[1]. Для исполнения по поручению Федерации абзац 2 статьи 104а Основного закона устанавливает, что в таких случаях Федерация несет целевые расходы. Такое регулирование представляется разумным: действуя по поручению Федерации, земли выполняют чужую задачу. Административная ответственность и функциональная компетенция остаются за Федерацией; земли обладают только полномочием на исполнение. Основной закон знает два типа деятельности по поручению Федерации: факультативную и императивную. В обоих случаях, согласно абзацу 2 статьи 104а Основного закона, Федерация обязана нести издержки в форме целевых расходов.

Сложнее обстоит ситуация с регулированием исполнения уже упоминавшихся выше законов о денежных выплатах, то есть тех (федеральных) законов, чье исполнение связано с денежными выплатами адресатам этих законов и которые, по общему правилу статьи 83 Основного закона, земли выполняют как свою собственную компетенцию. Проблему того, за чей счет производятся соответствующие денежные выплаты, регулирует абзац 3 статьи 104а и дополнительно абзац 4 статьи 104а Основного закона. Денежными выплатами в этом смысле являются как единовременные, так и текущие ассигнования из публичных средств в адрес частных или публичных получателей. Для федеральных законов, которые обязывают земли производить такие денежные выплаты, абзац 3 статьи 104а Основного закона предусматривает возможность возмещения расходов Федерацией. Решение Федерации, нести ли в таких случаях издержки или нет, находится (теоретически) в сфере ее свободного усмотрения. Данное правило, однако, является не столь недружелюбным по отношению к землям, каким оно кажется на первый взгляд. Во-первых, абзац 4 статьи 104а Основного закона предусматривает, что федеральные законы, которые предписывают землям обязанность предоставлять денежные ассигнования, имеющие денежную оценку ассигнования в натуральной форме или ассигнования в форме услуг и которые исполняются землями как собственное дело в соответствии со статьей 83 Основного закона или по поручению Федерации в соответствии со статьей 85 Основного закона, требуют согласия Бундесрата[2], если возникающие в результате этого издержки ложатся на земли. Против воли земель или, соответственно, представительства земель Федерация не может принимать подобные обременяющие земли законы. При этом, во-вторых, следует подчеркнуть, что необходимость в получении согласия выходит за рамки законов, предусмотренных абзацем 3 статьи 104а Основного закона: необходимость согласия действует и в случае имеющих денежную оценку ассигнований в натуральной форме и ассигнований в форме услуг, которые не охватываются абзацем 2 статьи 104а Основного закона, а также совершенно независимо от того, было ли Федерацией принято решение о принятии на себя издержек.

Скорее, сомнительной является, напротив, норма предложения 2 абзаца 3 статьи 104а Основного закона, согласно которой исполнение закона, определяющего, что Федерация несет половину или более расходов, осуществляется по поручению Федерации. Данное правило сомнительно по двум причинам. Во-первых, у Федерации есть возможность «выкупить» себе административную компетенцию посредством включения в закон о денежных выплатах положения о том, что более половины расходов несет Федерация. Указанная норма предоставляет, следовательно, возможность формировать за пределами исчерпывающего перечня, закрепленного в статьях 85 и последующих Основного закона, виды исполнения федеральных законов по поручению Федерации. При этом Федерация может достичь этого очень просто: объем задачи регулируется простым законом; правило абзаца 2 статьи 104а Основного закона, согласно которому, если земли действуют по поручению Федерации, на последнюю возлагаются все целевые расходы по этой деятельности, в случае «выкупленного исполнения федеральных законов по поручению Федерации» в смысле предложения 2 абзаца 3 статьи 104а Основного закона, согласно господствующей точке зрения, не применяется. Хотя как возможность реализации интересов земель остается необходимость получения согласия Бундесрата в соответствии с абзацем 4 статьи 104а Основного закона.

2.4. Административные расходы и административная ответственность, абзац 5 статьи 104а Основного закона

Факт того, что земли в различных вариантах исполняют законы Федерации, ставит вопрос о том, что происходит, если такое исполнение так или иначе является неудовлетворительным, то есть может ли Федерация предъявить к земле требование в порядке регресса. Но также можно себе представить возможное регрессное требование земель по отношению к Федерации, если земля, например, сталкивается с притязанием гражданина на возмещение вреда, а причина его причинения заключается в поведении Федерации, к примеру, когда Федерация предоставила земле недостаточную информацию. Указанная норма касается, как уже было показано, частых случаев, когда за целевые расходы не отвечает исполняющее территориальное юридическое лицо управления. Для таких случаев вторая половина предложения 1 абзаца 5 статьи 104а Основного закона предусматривает, что Федерация и земли ответственны по отношению друг к другу за надлежащее управление. Таким образом, соответствующее территориальное образование должно нести дополнительные издержки ошибочного административного действия, вследствие которого у другой стороны возникают убытки. Данное положение основано на очевидном факте, что только исполняющий орган управления соответствующего территориального юридического лица при выполнении конкретной задачи обладает контролем и возможностями воздействия для того, чтобы предотвратить причинение вреда.

Смысл и основная направленность данной нормы понятны, но сложности возникают при ее применении на практике. В соответствии с предложением 2 абзаца 5 статьи 104а Основного закона подробности определяются федеральным законом, нуждающимся в согласии Бундесрата. Данная конституционная норма появилась в 2006 году, однако такой федеральный закон до сегодняшнего дня еще не принят. При этом возникает вопрос, можно ли обосновать непосредственную ответственность прямо на основании предложения 2 абзаца 5 статьи 104а Основного закона или все-таки необходимо дождаться принятия указанного закона (в чем, возможно, не заинтересованы сами земли, которые, как правило, и будут привлекаться к ответственности, так что согласие Бундесрата, возможно, сложно получить по политическим причинам).

Данный вопрос был направлен на рассмотрение сначала Федерального административного суда (BVerwG), а затем — Федерального конституционного суда (BVerfG)[3]. Федеральный административный суд допустил ограниченное прямое действие указанной нормы как основание ответственности в случае **значительных** нарушений **основных** служебных и трудовых обязанностей и позже еще больше ограничил объем этой ответственности. Федеральный конституционный суд, как и Федеральный административный суд, подтвердил прямое действие указанной нормы как основание ответственности, но пошел еще дальше Федерального административного суда, указав, что законодатель свободен в регулировании ответственности в соответствии с абзацем 5 статьи 104а Основного закона и что он не ограничен в установлении ответственности только за грубые нарушения. Федеральный конституционный суд высказался также о том, что правовая природа правопритязаний опирается на объективное нарушение обязанностей, так что все говорит об ответственности вне зависимости от вины. Кроме того, Федеральный конституционный суд предоставил Федерации более значительные права на информацию, чем при нормальном исполнении федеральных законов землями. Более того, он объявил правило об ответственности согласно абзацу 5 статьи 104а Основного закона также применимым в тех случаях, когда Федеративная Республика Германия привлекается к юридической ответственности со стороны ЕС и речь идет о внутреннем перераспределении данной ответственности.

Наконец, абзац 6 статьи 104а Основного закона регулирует особенности ответственности за нарушение права ЕС и международного права. Фоном для данного положения послужила такая характерная черта Федерации, когда за нарушение права ЕС, например при имплементации директив, ЕС привлекает к ответственности Федеративную Республику Германию также в тех случаях, когда, согласно внутреннему распределению полномочий в соответствии с Основным законом, за реа-

лизацию соответствующей директивы отвечали федеральные земли и, следовательно, ответственность Федерации, с точки зрения федеративного распределения компетенции, представляется неуместной. Указанная норма предусматривает для таких случаев солидарную ответственность: 50 % общих расходов несет та земля или несут те земли, которые ответственны за нарушение, 35 % общих расходов ложится на все земли в совокупности и 15 % несет Федерация. Основанием для солидарной ответственности всех земель в совокупности является возможный объем ответственности, который может превзойти финансовые возможности одной или нескольких земель. Основанием для ответственности Федерации является ее подразумеваемая возможность воздействовать на земли при имплементации ими европейских директив или при другом виде деятельности международно-правового характера таким образом, чтобы исключить возможные правовые нарушения. Абзац 6 статьи 104a Основного закона предусматривает более детальное регулирование посредством федерального закона, подлежащего согласию Бундесратом; такой закон — Закон о распределении бремени (LastentragungsG) — был принят в 2006 году[4].

3. Финансирование задач земель Федерацией, статья 104b Основного закона

3.1. Финансовая помощь для инвестиций

Статья 104a Основного закона устанавливает, кто какие расходы несет. Статья 104b Основного закона определяет, напротив, то, при каких условиях Федерации разрешается участвовать в финансировании выполнения землями своих задач. Данная статья является новой и была добавлена в Основной закон в 2006 году. До этого соответствующий вопрос был урегулирован в абзаце 4 статьи 104a Основного закона. Новое правовое регулирование по сравнению с предшествующим представляет собой ужесточение предпосылок для осуществления совместного финансирования проектов. Причиной была, с одной стороны, опасность еще большего распространения и без того слишком частого смешанного финансирования. Другой причиной была опасность возникновения зависимости земель от Федерации и угроза потери землями своей самостоятельности из-за слишком частой финансовой помощи со стороны Федерации при выполнении землями своих задач или, говоря иначе, опасность того, что Федерация присвоит себе через денежные выплаты в пользу земель компетенции, которые в соответствии с Основным законом ей не принадлежат. По сути, такое федеральное финансирование компетенций земель противоречит главной системе Основного закона, которая стремится достичь достаточного финансирования земель для того, чтобы гарантировать их бюджетную самостоятельность (абз. 1 ст. 109 Основного закона). Для достижения этой цели статья 104b Основного закона ограничивает возможность федерального финансирования целевым, гибким и прежде всего лимитированным по времени применением федеральных средств для устранения конкретных проблем. Таким образом, инвестиционная помощь Федерации должна быть исключением. Федерация, как подразумевается в рассматриваемой норме, обладает только ограниченными полномочиями по планированию и влиянию, поскольку федеративное равенство земель запрещает дифференциацию между землями в вопросах инвестиционной помощи без достаточного на то основания. Под инвестициями, которые регулирует статья 104b Основного закона, понимаются капиталовложения в конкретные проекты, в первую очередь инвестиции в инфраструктуру. Нормы данной статьи обладают определенной аналогичностью с регулированием совместных задач в статье 91a и далее Основного закона или даже, в случае с положением № 1 абзаца 1 статьи 91 Основного закона, полностью совпадают.

3.2. Условия для предоставления инвестиционной помощи

Абзац 1 статьи 104b Основного закона ограничивает возможность и право Федерации участвовать в финансировании исполнения компетенций земель на следующие три варианта: финансовая помощь должна требоваться или для предотвращения нарушений в общем экономическом равновесии, или для компенсирования неравенств в экономических потенциалах, или для содействия экономическому росту земли.

Понятие общеэкономического равновесия содержится в § 1 Закона о поддержке стабильности и роста экономики (StabG)[5]. В соответствии с указанным положением общеэкономическое равновесие подразумевает стабильный уровень цен, высокий уровень занятости, внешнеэкономическое равновесие, а также постоянный и достаточный экономический рост. В соответствии с другой точкой зрения, представители которой не придерживаются требований § 1 Закона о поддержке стабильности и роста экономики, достаточно, если существует обусловленное конъюнктурой ослабление экономического роста или значительное, распространившееся на большую область неблагоприятное развитие. Так или иначе, господствующая в литературе точка зрения предоставляет в этом отношении законодателю или исполнительной власти большой диапазон усмотрения, которое только ограниченным образом может быть перепроверено конституционным судом, что представляется совершенно разумным в таких вопросах большой политической значимости.

При компенсировании неравенств в экономических потенциалах речь идет о выравнивающей функции Федерации. В рамках данной функции Федерация должна целенаправленно влиять на структурные причины данных различий. Наконец, третье условие — содействие экономическому росту — размывает первые два относительно четкие условия и делает возможным, при наличии у Федерации соответствующей политической воли, практически неограниченное оказание финансовой помощи.

Абзац 1 статьи 104b Основного закона предоставляет Федерации право на инвестиционную помощь лишь в тех предметах, в которых у нее есть законодательная компетенция. Возникает вопрос, следует ли при этом ориентироваться только на перечень предметов законодательных полномочий, указанных в статьях 71 и 73 Основного закона, или также на предусмотренные в абзаце 2 статьи 72 Основного закона условия осуществления законодательной компетенции в области конкурирующих компетенций, то есть на необходимость регулирования федеральным законодательством. Абзац 2 статьи 72 Основного закона связывает осуществление перечисленной там конкурирующей законодательной компетенции с созданием равноценных условий жизни на федеральной территории или с сохранением правового и экономического единства в общегосударственных интересах. Если сравнивать предпосылки для инвестиционной помощи, указанные в абзаце 1 статьи 104b, с условиями из абзаца 2 статьи 72, проблема теряет свое значение, поскольку абзац 1 статьи 104b фактически уже учитывает по большей части условия абзаца 2 статьи 72 Основного закона. По существу, однако, вопрос является спорным. Единодушие существует лишь относительно того, что Федерация не обязана использовать свою законодательную компетенцию. У данного вопроса есть вполне практическая значимость: политики говорят о расширении полномочий Федерации по финансированию, например в сфере школьного образования и другого обучения, то есть как раз там, где, согласно разделению компетенций в соответствии с Основным законом, у Федерации нет полномочий, в том числе и в части финансирования.

3.3. Механизмы ограничения финансирования Федерацией дел, принадлежащих к собственным компетенциям земель

В соответствии с абзацем 2 статьи 104b Основного закона абзац 1 статьи 104b требует более детального регулирования в федеральном законе, принимаемом с согласия Бундесрата, или в административном соглашении, заключаемом только на основании закона о федеральном бюджете. Регулирование в законе или в административном соглашении должно быть подробным и, если финансирование регулируется в административном соглашении, одобрение к данному административному соглашению должно быть аналогичным одобрению закона Бундесратом. Административное соглашение между Федерацией и землей или между землями должно, таким образом, быть соглашением между равными партнерами. Других возможностей не существует, и для каких-либо неформальных административных согласований места нет.

Предложения 2 и 3 абзаца 2, а также абзац 3 статьи 104b Основного закона содержат отдельные положения, которые еще раз фиксируют и обеспечивают через различные механизмы исключительный характер федерального финансирования выполняемых зем-

лями задач. Данное правило стало предметом рассмотрения Федеральным конституционным судом в одном из его относительно новых решений[6]. Суд подтвердил своим толкованием исключительный характер федерального финансирования собственных дел земель. В соответствии с предложением 2 абзаца 2 статьи 104b Основного закона средства должны предоставляться на ограниченную продолжительность, а их использование должно проверяться через регулярные временные интервалы. Федеральный конституционный суд пояснил, что первичной целью проверки является, в частности, не контроль за правильностью использования средств — это была юридическая точка зрения Федерации в рамках проверки использования федеральных средств землей Федеральной счетной палатой, а в большей степени контроль за тем, продолжают ли существовать предпосылки абзаца 1 статьи 104b Основного закона, которые дают Федерации право (со)финансирования вопросов земель. Этой же цели служит право на осведомленность, абзац 3 статьи 104b Основного закона: здесь также речь идет о том, существуют ли еще предпосылки для инвестиционной помощи. Таким образом, абзацы 2 и 3 статьи 104b Основного закона не предоставляют Федерации прав на проверку и получение информации, которые выходят за рамки того, как это уже урегулировано в статье 84 Основного закона при исполнении землями федеральных законов как своих собственных дел. Кроме того, Федеральный конституционный суд пояснил, что статья 104b Основного закона требует проведения регулярной проверки и что праву на осведомленность, предусмотренному абзацем 3 статьи 104b Основного закона, корреспондирует обязанность земель или, соответственно, общин через земли по предоставлению информации. Этим решением, можно так сказать, Суд реализовал и закрепил первоначальные замыслы по соответствующему изменению Основного закона.

4. Заключение

Анализ бремени расходов в фискальном федерализме Федеративной Республики Германии демонстрирует четкую и разумную систему, которая, однако, применительно к землям страдает от отдельных несоответствий с регулированием вопроса доходов. Если необходимо финансировать выполнение своих задач без (по крайней мере, частичного) права на определение своих доходов, то возникновение проблем неизбежно. Кроме того, задачи, выполнение которых должно быть профинансировано, регулируются частично другим субъектом (Федерацией). Невзирая на эти несоответствия, система работает, честно говоря, достаточно хорошо. Это может быть связано с тем, что основной чертой германского федерализма является высокая степень солидарности, которая нейтрализует определенные структурные недоработки. Если думать об «импорте» элементов немецкого фискального федерализма, а именно распределения бремени расходов в собственную систему, то необходимо либо попытаться разрешить названные противоречия со стороны доходов и возможности создания Федерацией новых задач, либо убедиться, что уровень солидарности достаточен для нейтрализации недоработок или, по крайней мере, для сведения их к минимуму.

Александр Бланкенагель — профессор кафедры российского права, публичного права и сравнительного правоведения Университета им. Гумбольдта (Берлин).
alexander.blankenagel@rz.hu-berlin.de

Перевод с немецкого А. Комиссарова.

---

[1] Это второй и уже исключительный вариант исполнения федеральных законов. Нормальный и самый распространенный вариант — это вариант статей 83, 84 Основного закона ФРГ, самостоятельное исполнение федеральных законов как собственное дело. Кроме этого, существует еще вышеупомянутое исполнение федеральных законов по поручению Федерации, статья 85 Основного закона ФРГ, и исполнение федеральных законов самой Федерацией, статья 87 Основного закона ФРГ. Исполнение по поручению, как и исполнение самой Федерацией, допустимы только в тех случаях, когда Основной закон это предписывает.

[2] В Российском конституционном праве смысл слова «согласие» иногда не совсем ясен. Если речь идет о согласии Бундесрата в законодательстве, то это означает абсолютное право вето Бундесрата.

[3] Решение Федерального конституционного суда: BVerfGE 116, 271/317; решения Федерального административного суда: BVerwGE 96, 45/50; BVerwGE 104, 29/32; BVerwGE 128, 99.

[4] LastentragungsG, BGBl I 2006, 2098.

[5] § 1 Закона о поддержке стабильности и роста экономики: Федерация и земли при принятии своих экономических и финансово-политических мер должны учитывать требования общеэкономического равновесия. Должны приниматься такие меры, чтобы в рамках системы рыночной экономики они способствовали одновременно стабильному уровню цен, высокому уровню занятости и внешнеэкономическому равновесию при постоянном и достаточном экономическом росте.

[6] См. решение Федерального конституционного суда: BVerfGE 127, 165.

Бюджетное выравнивание в России как способ гармонизации межбюджетных отношений (2000–2015)

Наталья Шевелёва

В статье исследуются проблемы бюджетного федерализма в России, действующая система распределения источников доходов бюджетов и расходных обязательств между Российской Федерацией, ее субъектами и муниципальными образованиями. Анализируется проблема дополнительных расходных обязательств, которые вправе принимать к исполнению и исполнять субъекты Российской Федерации, муниципальные районы, городские округа и поселения. Приводятся примеры решений судов, неоднозначно воспринимающих полномочия субъектов Российской Федерации в вопросе дополнительных расходных обязательств. Дается оценка российской модели бюджетного выравнивания, ее изменениям в период 2000–2015 годов.

Налоговые источники доходов; расходные полномочия; расходные обязательства; собственные доходы бюджетов; дополнительные расходные обязательства; межбюджетные трансферты; бюджетное выравнивание

1. Общая характеристика

В период с 2000 по 2015 год в бюджетной системе России достаточно интенсивно проходило формирование системы распределения доходов и расходов бюджетов между тремя уровнями публичной власти: федеральным, региональным и местным. Оно было совершенно осмысленным: осуществлялся поиск баланса между самостоятельностью бюджетов и обеспечением функционирования бюджетной системы как цельного организма, необходимого для обеспечения жизнедеятельности государства. Надо заметить, что процесс обеспечения интересов всех включенных в бюджетную систему публично-правовых образований продолжается и сегодня можно узнать не только направление развития этого процесса на ближайшее будущее, но и его цели — они обозначены в программных документах[1]. Все эти пятнадцать лет развитие законодательства было подчинено логике бюджетной реформы, определенным этапом которой стало принятие Бюджетного кодекса Российской Федерации (1998) и введение его в действие (2000)[2].

Для бюджетной системы Российской Федерации характерны, в отличие от германской модели, три урегулированных федеральными актами уровня взаимодействия: федеральный, региональный и местный уровни публичной власти. Отличает ее также отсутствие конституционно определенной основы, в российской Конституции нет развернутых положений[3], образующих, как это имеет место в Германии, «финансовую конституцию». В германской модели бюджетного выравнивания основная задача заключается в определении соотношения финансовых полномочий Федерации и земель, в уравновешивании «бедных» и «богатых» земель; отношения же между землями и местными общинами регу-

лируются самими землями. В России обеспечение бюджетных прав муниципальных образований — задача Федерации. Такое положение закреплено в Конституции РФ[4] и продиктовано в том числе необходимостью сдерживания субъектов федерации в желании перетянуть на себя все полномочия по финансовому регулированию отношений в системе местного самоуправления. Поэтому источники доходов местных бюджетов утверждены на федеральном уровне, как и исчерпывающим образом определены допустимые расходы. Только для таких специфических субъектов Российской Федерации, как города федерального значения, действует исключение из жесткой структуры распределения источников доходов местных бюджетов, закрепленной в Бюджетном кодексе РФ: все доходные источники на соответствующей территории города федерального значения признаются доходными источниками субъекта РФ[5]. Это бюджетное правило сопряжено с особенностями организации местного самоуправления, закрепленными в статье 79 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»[6]. Необходимо отметить, что такой подход прошел проверку в Конституционном Суде РФ и его конституционность была подтверждена[7].

Скупость конституционного регулирования бюджетных отношений между Федерацией и ее субъектами предопределила особую значимость Бюджетного кодекса РФ, в нормах которого и закреплена структура распределенных источников доходов бюджетов и расходных обязательств, определены принципы и конкретные правила финансового выравнивания, которое в российском законодательстве именуется «выравниванием бюджетной обеспеченности». Сущность явления «выравнивание бюджетной обеспеченности» в российской интерпретации можно определить как создание системы правового регулирования, позволяющего финансово обеспечить исполнение расходных полномочий, закрепленных за соответствующим уровнем публичной власти, за счет межбюджетных трансфертов — дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности. Таким образом, в российском понимании «выравнивание бюджетной обеспеченности» представляет собой часть понятия, которое вкладывается немецкими исследователями в термин «бюджетное выравнивание» и относится к вторичному перераспределению финансовых средств.

И до принятия Бюджетного кодекса РФ эти отношения регулировались на законодательном уровне, но именно данный кодифицированный акт создал предпосылки к формированию той системы распределения источников доходов бюджетов и расходных обязательств, которая применяется в настоящее время. За анализируемый период произошло несколько крупных реорганизаций этой системы, которые необходимо иметь в виду при анализе действующего правового регулирования. Во-первых, была исключена закрепленная в Бюджетном кодексе РФ норма о 50-процентной доле объема доходов субъектов в общем объеме доходов бюджетной системы Российской Федерации[8]. Приостановление ее действия произошло в 2001 году, а последующее изъятие — в 2004 году. В результате этого изменения сегодня лишь 10—15 регионов устойчиво не получают межбюджетные трансферты из федерального бюджета, все остальные субъекты РФ (85—89 %) — получатели дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности; подобная картина наблюдается и в отношении муниципальных образований[9]. Таким образом, для российской модели бюджетной системы характерна значительная централизация финансовых средств в федеральном бюджете[10]. Второй значимый момент — переосмысление в 2004 году содержания термина «финансовая помощь» и последующий отказ от его использования в Бюджетном кодексе РФ[11]. Можно утверждать, что произошли глубинные изменения идеологии межбюджетных отношений, переход от прямого субсидирования (оказания финансовой помощи) к выравниванию финансовых условий[12] в соответствии с проводимой бюджетной реформой. Финансовая помощь была разделена на текущую, выравнивающую и стимулирующую с соответствующим дифференцированным регулированием[13]. С этого времени можно усмотреть в действиях российского правительства попытки заимствования германского опыта в области бюджетного выравнивания.

И наконец, третьим значимым изменением является отказ от концепции регулирующих доходов и закрепление жесткой зависимости доходных источников от расходных обязательств соответствующего уровня[14].

2. Распределение источников доходов бюджетов

Система распределения доходных источников определена в Бюджетном кодексе РФ: он содержит статьи, жестко (исчерпывающим перечнем) приписывающие конкретные источники налогового дохода (либо его часть) к конкретным бюджетам (в статье 50 дается перечень налоговых источников доходов федерального бюджета; в статье 56 — перечень налоговых источников доходов бюджетов субъектов РФ; в статье 61 — перечень налоговых источников доходов бюджетов городских поселений; в статье 61.1 — перечень налоговых источников доходов бюджетов муниципальных районов; в статье 61.2 — перечень налоговых источников доходов бюджетов городских округов; в статье 61.3 — перечень налоговых источников доходов бюджетов городских округов с внутригородским делением; в статье 61.4 — перечень налоговых источников доходов бюджетов внутригородских районов; в статье 61.5 — перечень налоговых источников доходов бюджетов сельских поселений). Неналоговые доходы также жестко привязаны к соответствующему бюджету и исходят из принадлежности имущества или учреждений, оказывающих публичные услуги[15]. Безвозмездные поступления в форме межбюджетных трансфертов распределяются между субъектами федерации по строгим правилам, предусмотренным в Бюджетном кодексе РФ. Жесткости этой системе добавляет то обстоятельство, что Бюджетный кодекс, будучи кодифицированным актом, имеет преимущество не только перед законами субъектов РФ, но и перед иными федеральными законами[16].

Смягчают эту строгую систему буквально несколько позиций. Во-первых, субъекты РФ имеют полномочия перераспределять свои источники доходов между муниципальными образованиями (ст. 58 БК РФ); во-вторых, при распределении межбюджетных трансфертов допускается «нераспределенный остаток» (п. 3 ст. 131, п. 6 ст. 137 БК РФ), который может быть использован в процессе исполнения бюджетов для сглаживания дефицита собственных средств нижестоящих бюджетов; в-третьих, имеет место попытка установить некую стабильность и предсказуемость в распределении доходных источников — правило о неизменности нормативов распределения доходных источников местных бюджетов в течение трех лет (ст. 58 БК РФ) либо о трехлетнем сроке действия решения о предоставлении субсидий субъектам РФ (п. 3 ст. 132 БК РФ).

В бюджетной системе Российской Федерации применяется конструкция «собственные доходы». Это все доходы, за исключением субвенций, предназначенных для финансирования принятых, «чужих» полномочий (ст. 47 БК РФ). То есть к собственным доходам, используемым для финансового обеспечения расходных обязательств, возложенных на данный уровень публичной власти, относятся не только налоговые и неналоговые доходы, но и безвозмездные поступления из других бюджетов в форме дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности и межбюджетных субсидий. Таким образом, возникает зависимость нижестоящих бюджетов от объема бюджетных средств, получаемых из вышестоящего бюджета. Учитывая значительную долю субъектов РФ и муниципальных образований, получающих дотации на выравнивание бюджетной обеспеченности, можно утверждать, что состояние зависимости характерно для большинства бюджетов бюджетной системы России. Показательно, что Бюджетный кодекс РФ закрепляет полномочия только вышестоящего бюджета, бюджета, принимающего решение о предоставлении межбюджетных трансфертов и об объеме такого предоставления. Процесс учета (или отклонения) позиции нижестоящего, получающего бюджета осуществляется в рамках этапа подготовки проекта бюджета и правового регулирования не имеет.

Вместе с тем таким способом распределения источников доходов достигается сбалансированность всех бюджетов бюджетной системы Российской Федерации. Сбалансированность понимается как соответствие объема расходов суммарному объему доходов бюджета и источников финансирования его дефицита (ст. 33 БК РФ), что, несомненно, придает устойчивость бюджетной системе и является финансовой основой реализации прав граждан, гарантированных Конституцией РФ. Характеризуя отношения между федеральным бюджетом и бюджетами субъектов федерации, а также между бюджетом субъекта и муниципальными бюджетами, не-

обходимо признать наличие «ответственности» вышестоящего бюджета за сбалансированность, то есть надлежащую обеспеченность источниками доходов, нижестоящих бюджетов. Учитывая жесткие требования, предъявляемые к заимствованиям публично-правовых образований, незначительную распространенность обращения их к кредитам кредитных организаций и выпуску государственных (муниципальных) ценных бумаг, можно констатировать, что главным инструментом обеспечения сбалансированности бюджетов выступает вторичное перераспределение, то есть предоставление межбюджетных трансфертов, а также бюджетных кредитов, получение которых также жестко регламентируется бюджетным законодательством.

Общая картина распределения налоговых источников доходов бюджетов выглядит следующим образом. Из 19 налогов, сборов и налоговых платежей, предусмотренных в Налоговом кодексе РФ (ст. 13, 14, 15, 18), к бюджетообразующим можно отнести только четыре федеральных налога: НДС, акцизы, налог на добычу полезных ископаемых и налог на прибыль, при этом НДС полностью подлежит зачислению в федеральный бюджет; налог на прибыль, напротив, почти полностью (18 % налоговой базы против 2 % федеральной доли) зачисляется в бюджеты регионов. Налог на добычу полезных ископаемых подлежит зачислению в федеральный и региональный бюджеты, при этом наиболее значимые объекты налога — углеводороды — привязаны именно к федеральному бюджету, в бюджеты субъектов РФ поступают только доходы от обложения налогом общераспространенных полезных ископаемых. Основной объем финансовых средств, которыми достигается сбалансированность региональных бюджетов, составляют акцизы, — именно поэтому правило о распределении этого источника подвержено наиболее частным изменениям. Федеральный налог на доходы физических лиц поступает во все бюджеты, поэтому ни для одного бюджета он не имеет определяющего значения. Все остальные федеральные, региональные и местные налоги, сборы и платежи, взимаемые в рамках специальных налоговых режимов[17], не могут обеспечить наполнение отдельных бюджетов достаточным объемом финансовых средств. В системе распределения налоговых источников отсутствует строгая зависимость между отнесением налога к соответствующему виду (федеральный, региональный или местный) и бюджетом, зачислению в который он подлежит. Это объясняется принятым в Российской Федерации способом распределения налоговой компетенции: все полномочия в вопросах установления налогов и урегулирования важнейших элементов всех без исключения налогов принадлежат Федерации, ее субъекты и муниципальные образования реализуют ограниченную налоговую компетенцию — по введению регионального или местного налога на своей территории и определению в установленных Налоговым кодексом РФ границах ставок, порядка их исчисления и сроков их уплаты[18]. Таким образом, налоговая компетенция субъектов РФ и муниципальных образований определяется на федеральном уровне, у них отсутствует возможность по своему усмотрению установить дополнительные налоговые источники либо расширить налоговую базу имеющихся налогов[19].

3. Распределение расходных обязательств

Сегодняшнее состояние бюджетной системы Российской Федерации можно расценить как попытку реализации идеи строгого распределения расходных полномочий по соответствующим уровням публичной власти и исключения ситуации «нефинансируемых федеральных мандатов», которая была подлинным бедствием в конце прошлого и в начале нынешнего века.

Реформа, проведенная в 2004 году, имеет следующее законодательное закрепление:

— расходы бюджетов обусловлены исключительно теми полномочиями, которые закреплены за соответствующими публичными субъектами (ст. 65 БК РФ);

— запрещено использование бюджетных средств на реализацию полномочий другого уровня власти (ст. 13, 14, 15 БК РФ — требование «предназначенности» бюджетных средств);

— введены значительные ограничения в правах на осуществление расходов тех субъектов РФ и муниципальных образований, которые получают межбюджетные трансферты в значимой доле по отношению к своим налоговым и неналоговым доходам. И чем бо-

лее весома доля получаемых дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности и субсидий, тем более существенны ограничительные меры (ст. 130 и 136 БК РФ).

В этом проявляется действие механизма балансировки интересов всех элементов бюджетной системы Российской Федерации, который направлен в итоге на обеспечение конституционно гарантированных прав граждан.

В обобщающем виде объем расходных обязательств, имеющих в основании цель финансового обеспечения всех публичных функций, можно представить как систему расходных обязательств, распределенных по уровням публичной власти. Распределенные расходные обязательства неразрывно связаны с закрепленными за соответствующим уровнем публичной власти расходными полномочиями. В бюджетной сфере они проявляются как права по принятию и исполнению расходных обязательств, обусловленных государственными или муниципальными задачами соответствующего уровня публичной власти.

Вместе с тем имеются две существенные проблемы, которые снижают положительный эффект от такого механизма финансового обеспечения реализации всех публичных полномочий. Первая связана с используемым способом закрепления полномочий за соответствующим публичным субъектом. Законодательно установлены закрытый перечень полномочий государственных органов субъектов РФ, финансируемых за счет собственных доходов (п. 2 ст. 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»; далее — Федеральный закон № 184-ФЗ)[20], и закрытый перечень вопросов местного значения, находящихся в ведении различных типов муниципальных образований: статьи 14—16.2 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон № 131-ФЗ) закрепляют полномочия поселений, муниципальных районов, городских округов и внутригородских районов. Полномочия же Российской Федерации определяются по остаточному принципу и включают в себя все то, что осталось за рамками указанных перечней. В идеале такие «остаточные» полномочия должны соответствовать статьям 71 и 72 Конституции РФ. Проблема состоит в том, что не удалось достигнуть полного и чистого распределения полномочий, многие формулировки названных перечней, а также иных федеральных законов не позволяют однозначно определить надлежащего «держателя полномочия». Прежде всего, это относится к сфере социальной поддержки граждан, где фактически сохранилось «совместное ведение». Не случайно в 2013 году в статью 26.3-1 Федерального закона № 184-ФЗ внесено изменение, согласно которому, органы государственной власти получают право устанавливать за счет средств регионального бюджета дополнительные меры социальной поддержки и социальной помощи для отдельных категорий граждан вне зависимости от наличия в федеральных законах положений, регулирующих указанное право. Финансирование таких полномочий является правом, а не обязанностью субъекта РФ, не влечет выделения дополнительных средств из федерального бюджета и ограничивается собственными финансовыми возможностями[21].

Благодаря этому изменению устраняется проблема нарушения положений статьи 14 Бюджетного кодекса РФ, запрещающей использование средств регионального бюджета на финансирование «не своих» расходных обязательств, уходит проблема нецелевого использования средств соответствующего бюджета, но по-прежнему остается крайне сложной проблема определения принадлежности того или иного расходного обязательства. О том, что проблема определения надлежащего «владельца» расходного обязательства имеет не только теоретический, но и практический характер, свидетельствует обширная судебная практика[22]. В конституционно-правовом аспекте принадлежность того или иного полномочия и сама концепция разграничения полномочий между Федерацией, субъектами и местным самоуправлением вызывают теоретические дискуссии[23].

Вторая проблема связана с так называемыми дополнительными расходными полномочиями и заключается в признаваемом праве публичных субъектов возлагать на себя не только закрепленные за ними полномочия, но и иные полномочия, направленные на обеспечение прав граждан. Однако эти полномочия объективно ограничены объемом собст-

венных финансовых ресурсов, формулировки же различных законодательных положений находятся в противоречии друг с другом и порождают судебные споры, которые приводят к решениям, не способствующим единству судебной практики[24]. Так, в пункте 6 статьи 85 Бюджетного кодекса РФ предусмотрено право органов государственной власти субъекта Российской Федерации устанавливать и исполнять расходные обязательства, связанные с решением вопросов, не отнесенных к чужой компетенции (полномочиям федеральных органов государственной власти, органов местного самоуправления) и не исключенных из собственной компетенции регионов. Это так называемая нераспределенная, или остаточная, компетенция (иногда ее называют «субсидиарной компетенцией»), к которой в конституционно-правовом смысле применимо правило «первого хозяина». Такое право может быть реализовано только при наличии соответствующих средств бюджета. Под соответствующими средствами понимаются собственные налоговые и неналоговые доходы, но не дотации на выравнивание бюджетной обеспеченности и межбюджетные субсидии. Такие дополнительные расходные обязательства, следовательно, могут себе позволить только субъекты-доноры[25], но и они не могут использовать на эти цели полученные субсидии.

В Федеральном законе № 184-ФЗ указанное право предоставляется только «при наличии соответствующих материальных ресурсов и средств бюджета субъекта Российской Федерации (за исключением дотаций, субсидий и субвенций из федерального бюджета)» (ст. 26.14). Эта формулировка не совпадает с положением статьи 85 Бюджетного кодекса РФ, поскольку бюджеты субъектов Федерации могут получать «обратные» субсидии из бюджетов муниципальных образований и эти средства также используются на цели бюджетного выравнивания; кроме того, в последнее время широкое распространение получила практика «иных» межбюджетных трансфертов, не охватываемых понятиями «дотации» и «субсидии».

В Федеральном законе № 184-ФЗ имеется и специальная норма о праве субъектов РФ на участие в финансировании федеральных полномочий[26]. На эту цель могут быть использованы средства бюджета субъекта Федерации, за исключением финансовых средств, передаваемых из федерального бюджета на осуществление целевых расходов. Крайне неудачная формулировка: «средства, передаваемые на осуществление целевых расходов» (!). Из бюджетов средства передаются всегда с указанием цели их использования, поэтому либо речь идет обо всех средствах федерального бюджета (все межбюджетные трансферты и бюджетные кредиты), либо под целевыми расходами понимаются только субсидии и субвенции, имеющие конкретную цель.

В Бюджетном кодексе РФ содержится еще одно правило, связанное с анализируемой проблемой «дополнительных» расходных обязательств. В статье 130 Кодекса, создающей целую систему ограничений для субъектов Российской Федерации, которые получают межбюджетные трансферты (кроме субвенций), предусмотрен запрет на установление и исполнение расходных обязательств, не связанных с решением вопросов, отнесенных Конституцией РФ и федеральными законами к полномочиям органов государственной власти субъектов Федерации. Это, по сути, императивный запрет на какие-либо инициативы в сфере «остаточной» компетенции, но действует он не для всех субъектов РФ, а только для тех, которые превысили предельный норматив получения дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности, то есть у которых доля дотаций из федерального бюджета в течение двух из трех последних отчетных финансовых лет превышала 10 процентов объема собственных доходов консолидированного бюджета субъекта РФ. Приведенные положения свидетельствуют о возможности возникновения непростых ситуаций в разрешении споров по поводу правомерности установления и исполнения дополнительных расходных обязательств. Типичным примером такого судебного разбирательства является дело о льготах и преимуществах депутатов Забайкальского края, утративших депутатский статус[27]. Заявление прокурора о признании недействующими законоположений, предоставляющих дополнительные выплаты депутатам после прекращения ими депутатских полномочий, было удовлетворено судом, в том числе на основании таких аргументов: Забайкальский край является дотационным регионом, ежегодно получает помощь из фе-

дерального бюджета в форме дотаций, из-за финансовой необеспеченности приостановлено выполнение ряда законов Края и целевых программ социальной направленности. Самого факта получения дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности оказалось достаточным для признания неправомерным расхода, квалифицированного как дополнительное расходное полномочие, притом, что относится оно к исконному полномочию по содержанию органов государственной власти субъекта РФ.

На муниципальном уровне действуют аналогичные положения Бюджетного кодекса РФ (п. 5 ст. 86 и п. 3 ст. 136). Вместе с тем для местного самоуправления характерен также весьма своеобразный институт «соучастия», разрешающий участвовать органам местного самоуправления в осуществлении государственных полномочий, не переданных им в установленном порядке с необходимым финансированием. Статья 15 Бюджетного кодекса РФ предписывает использовать средства местного бюджета для финансирования исключительно собственных расходных обязательств, но, тем не менее, в статье 20 Федерального закона № 131-ФЗ закреплено право органов местного самоуправления на осуществление расходов за счет средств местного бюджета для финансирования «чужих» полномочий. В качестве необходимых условий для реализации этого права указаны решение представительного органа местного самоуправления (решения местной администрации недостаточно) и закрепление федеральным законом такого участия в финансировании (впрочем, в отношении социальной поддержки и социальной помощи и этого не требуется). Ограничение по объему финансирования производится, «за исключением финансовых средств, передаваемых местному бюджету на осуществление целевых расходов». Поскольку все межбюджетные трансферты имеют цель, определяемую с различной степенью конкретизации, то следует сделать вывод о том, что такое «участие» возможно только за счет собственных налоговых и неналоговых доходов, а также безвозмездных поступлений, не относящихся к межбюджетным трансфертам.

Кроме того, местному самоуправлению известен и такой феномен, как «добровольные» полномочия. Они закреплены в статьях 14.1, 15.1, 16.1 Федерального закона № 131-ФЗ. Статьи имеют одинаковое наименование «права органов местного самоуправления на решение вопросов, не отнесенных к вопросам местного значения». Это как раз не государственные полномочия, а вопросы «остаточной» компетенции, то есть вопросы, образующие интерес самого муниципального образования, но не попавшие в перечень вопросов местного значения. Их решение возможно за счет доходов местных бюджетов, за исключением межбюджетных трансфертов, то есть собственных налоговых и неналоговых доходов, а также безвозмездных поступлений, не относящихся к межбюджетным трансфертам.

Но и это еще не все, есть и третья категория дополнительных расходных полномочий, которые могут преобразовываться в расходные обязательства муниципальных образований. Органы местного самоуправления могут решать и иные вопросы, не отнесенные к компетенции органов местного самоуправления других муниципальных образований, органов государственной власти и не исключенные из их компетенции федеральными законами и законами субъектов РФ. Источник финансирования этих расходных обязательств также определен: за счет доходов местных бюджетов, исключая межбюджетные трансферты.

Существование таких расходных обязательств, возникающих в виде разрешения исполнять непереданные государственные полномочия либо полномочия из «остаточной» компетенции, принадлежность которых государству или местному самоуправлению неочевидна, размывает стройную картину распределения расходных обязательств, закрепленную в статьях 84—86 Бюджетного кодекса РФ. В правовом регулировании финансирования дополнительных расходных обязательств следует отметить важное положение: межбюджетные трансферты не могут быть использованы на их финансирование, а само принятие и исполнение таких расходных обязательств является исключительно добровольным и не порождает у Российской Федерации обязательств по дополнительному финансированию[28].

Нельзя не обратить внимания еще на одну тенденцию в развитии подходов к бюджетному выравниванию. Незыблемое правило, сформированное бюджетной реформой 2004 года, о том, что переданные государст-

венные полномочия должны обеспечиваться надлежащими финансовыми и материальными ресурсами в форме субвенций, поколеблено случаями совместного финансирования либо передачи контрольных полномочий от Федерации к субъектам без соответствующего финансирования. Так, в Федеральном законе «Об образовании в Российской Федерации» есть норма о том, что финансовое обеспечение переданных федеральных полномочий в сфере контроля за соблюдением федерального закона осуществляется как за счет федеральных субвенций, так и за счет средств бюджета субъекта РФ, в объеме не менее величины государственной пошлины, зачисляемой в бюджет субъекта РФ и связанной с осуществлением переданных полномочий (п. 2 ст. 7)[29]. В пункте 10 указанной статьи финансирование переданных полномочий по подтверждению документов об образовании и квалификации осуществляется полностью за счет средств бюджета субъекта РФ, при этом федеральный законодатель указывает, за счет каких именно средств субъекта РФ должно осуществляться финансирование. Внесенные в 2014 году изменения в часть 3 статьи 38 Федерального закона «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»[30] допускают использование средств бюджетов субъектов РФ на подготовку спортивных команд России, то есть на исполнение федерального расходного обязательства.

Все приведенные примеры указывают на сложные, пересекающиеся связи, возникающие внутри системы распределения расходных обязательств, основанной на принципе привязки расходного полномочия к соответствующему уровню публичной власти.

В качестве примера, подтверждающего наличие проблем в правовом регулировании распределения расходных обязательств между Российской Федерацией и ее субъектами, приведем судебный акт. В Омской области в 2008 году был принят закон, который предусматривал дополнительные социальные гарантии — меры социальной поддержки работникам здравоохранения, работающим в сельской местности. В 2009 году действие закона было приостановлено. Областным прокурором закон о приостановлении действия мер социальной поддержки был оспорен как не соответствующий федеральному законодательству. Суд первой инстанции отказал прокурору в его требованиях, поскольку посчитал, что полномочие субъекта РФ по установлению мер социальной поддержки работникам здравоохранения является не обязанностью, а правом региона и осуществляется при наличии финансовой возможности. Основанием для принятия такого решения явилось положение пункта 6 статьи 85 Бюджетного кодекса РФ об условиях реализации дополнительных расходных обязательств. Верховный Суд РФ отменил решение суда первой инстанции, исходя из того, что данное полномочие является обязанностью субъекта РФ, так как оно передано ему федеральным законом[31]. Таким образом, суд осуществил переквалификацию расходного обязательства, признал его основным, а не дополнительным. При этом аргумент о том, что приостановление действия областного закона в части предоставления дополнительных мер социальной поддержки вызвано отсутствием достаточных средств в областном бюджете, было судом отвергнуто со ссылкой на то, что отсутствие необходимых финансовых средств не может повлечь нарушение прав граждан.

4. Российские особенности бюджетного выравнивания

Российский законодатель применяет термин «бюджетное выравнивание» к вторичному перераспределению финансовых ресурсов, используя в качестве инструмента институт межбюджетных трансфертов. Целью такого выравнивания признается необходимый уровень бюджетной обеспеченности, который в свою очередь определяется расчетным путем (ст. 131 БК РФ), не имеющим прямой связи с объемом закрепленных полномочий. Уровень расчетной бюджетной обеспеченности определяется соотношением расчетных налоговых доходов на одного жителя и некого набора факторов, влияющих на стоимость предоставления одного и того же объема услуг в расчете на одного жителя[32].

Действует своеобразная презумпция, что публичный субъект, достигшей уровня расчетной бюджетной обеспеченности, способен финансово обеспечить исполнение всех тех функций, которые он обязан реализовывать в силу действующего распределения публичных полномочий. Основной инструмент достижения расчетной бюджетной обеспечен-

ности — предоставление дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности, рассчитываемых по единой для всех публично-правовых образований данного уровня (или региона) методике. Все иные инструменты — субсидии, иные межбюджетные трансферты и даже субвенции — служат лишь способом смягчения того дисбаланса, который неизбежно возникает при применении единой методики расчета к экономически и социально различным территориям[33].

В достижении целей бюджетного выравнивания применяются как прямые межбюджетные трансферты, так и обратные субсидии.

Российский вариант **бюджетного выравнивания** с большим трудом может быть соотнесен с германским институтом вертикального **финансового выравнивания** земель. Из российских особенностей можно отметить следующее. В России первичное распределение финансовых средств, то есть распределение источников доходов между уровнями бюджетной системы, в отличие от германской практики, не относится строго формально к институту бюджетного выравнивания. Нигде не определена цель (цели) закрепления за соответствующими бюджетами конкретных видов налоговых доходов, поэтому невозможно оценить установленную в статьях 50, 57, 61, 61.1, 61.2, 61.3, 61.4, 61.5 Бюджетного кодекса РФ систему распределения доходных источников. Только системный анализ положений Кодекса и, прежде всего, принципа сбалансированности бюджетов позволяет увидеть, что существующий порядок распределения обусловлен необходимостью обеспечить каждый уровень публичной власти объемом бюджетных средств, который сообразен с реализуемым им набором полномочий, а также сохранить у Федерации возможность сглаживать различия в объемах финансовых средств, образовавшихся в результате первичного распределения налоговых доходов, и в этом проявляется бюджетное выравнивание в российском варианте.

Существование института субсидирования, предполагающего софинансирование расходных обязательств принимающего субсидию публичного субъекта, представляется нарушающим исходную идею бюджетного выравнивания — обеспечить разграниченные расходные обязательства надлежащим объемом доходных источников. После того как федеральным законодателем осуществлено закрепление расходных полномочий за каждым уровнем бюджетной системы, собственные расходные обязательства должны покрываться средствами от налоговых, неналоговых доходов и дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности. Федеральное субсидирование все тех же полномочий субъектов РФ является еще одним, излишним, как мы полагаем, слоем в этом многослойном пироге бюджетного выравнивания. Это выглядит нелогичным еще и потому, что доля субсидирования в общем объеме межбюджетных трансфертов составляет 40 %, тогда как дотации на выравнивание бюджетной обеспеченности составляют только 28 %[34]. Для субсидий как формы межбюджетных трансфертов характерна более узкая целевая направленность по сравнению с дотациями на выравнивание, предполагающими большую свободу субъектов РФ в распоряжении полученными средствами. Таким образом, использование субсидирования смещает акценты в межбюджетных отношениях и сужает действие принципа самостоятельности бюджетов.

Бюджетную систему России отличает также использование бюджетов субъектов РФ как передаточного устройства, своеобразного ретранслятора для направления средств федерального бюджета в местные бюджеты (в форме субсидий или субвенций). И субсидии, и субвенции — строго целевые средства, субъекты РФ наделяются дополнительными обязанностями по обеспечению целевого характера передачи их в местные бюджеты и, соответственно, становятся объектом дополнительного контроля со стороны федеральных контрольных органов[35].

Все вышеизложенное позволяет увидеть в сегодняшнем состоянии правового регулирования бюджетного выравнивания в России итог противостояния двух базовых принципов бюджетной системы — принципа самостоятельности и принципа единства бюджетной системы со значительным перевесом последнего.

5. Выводы

Достоинства и недостатки действующей в настоящее время системы распределения доходных источников бюджетов и расходных обя-

зательств постоянно анализируются Министерством финансов РФ и отражаются в программных документах, из которых следует, что в ближайшей перспективе (до 2020 года) федеральный бюджет останется ключевым звеном бюджетной системы Российской Федерации. Именно его сбалансированность и устойчивость являются основной задачей Правительства[36], следовательно, сохранится существенная централизация финансовых ресурсов. Развитие межбюджетных отношений опирается на такие принципы, как учет региональных особенностей; учет уровня социально-экономического развития регионов (то есть сохранения федеральных субсидий); программное финансирование, предполагающее ответственность за целевое и эффективное использование межбюджетных трансфертов[37]. В целом это указывает на эволюционную линию реформирования и не предполагает никаких радикальных изменений, генеральное направление в политике бюджетной реформы просматривается в сторону повышения эффективности расходов бюджетов всех уровней.

Бюджетное выравнивание в России находится в крайне подвижном состоянии, и поиск баланса интересов в справедливом финансовом обеспечении всех уровней публичной власти продолжается.

Шевелёва Наталья Александровна — профессор, заведующая кафедрой государственного и административного права СПбГУ, доктор юридических наук.
sheveleva.n@jurfak.spb.ru

---

[1] См., например: Постановление Правительства РФ от 30 июля 1998 года № 862 «О Концепции реформирования межбюджетных отношений в Российской Федерации в 1999—2001 годах» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. № 32. Ст. 3905; Постановление Правительства РФ от 15 августа 2001 года № 584 «О Программе развития бюджетного федерализма в Российской Федерации на период до 2005 года» (в ред. от 6 февраля 2004 года) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 34. Ст. 3503; 2004. № 8. Ст. 663; Распоряжение Правительства РФ от 3 апреля 2006 года № 467-р «О Концепции повышения эффективности межбюджетных отношений и качества управления государственными и муниципальными финансами в 2006—2008 годах и плане мероприятий по ее реализации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 15. Ст. 1640; Распоряжение Правительства РФ от 8 августа 2009 года № 1123-р «О Концепции межбюджетных отношений и организации бюджетного процесса в субъектах Российской Федерации и муниципальных образованиях до 2013 года» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2009. № 33. Ст. 4129.

[2] Подробно обо всех изменениях см.: *Андреева Е.М.* Правовые вопросы финансирования совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации: исторический аспект и современное состояние // Финансовое право. 2015. № 1. С. 3—6.

[3] При характеристике бюджетного федерализма в России акцент обычно делается на статьи 71—73 Конституции РФ, закрепляющие распределение предметов ведения между Федерацией и ее субъектами, а также на статью 132, гарантирующую органам местного самоуправления право на собственные местные бюджеты и налоги и сборы.

[4] Статья 132 Конституции РФ закрепляет право органов местного самоуправления на местный бюджет и местные налоги и сборы.

[5] Статьи 8, 56, 57, 58, 61.1 Бюджетного кодекса РФ.

[6] Федеральный закон от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (в ред. от 30 марта 2015 года). URL: http://www.consultant.ru/popular/selfgovernment/ (дата обращения: 13.04.2015).

[7] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 5 июня 2003 года № 274-О об отказе в принятии к рассмотрению запроса Санкт-Петербургского городского суда о проверке конституционности абзаца второго пункта 3 статьи 6 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и жалобы администрации муниципального образования «Смольнинское» на нарушение той же нормой конституционных прав и свобод. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_44615/ (дата обращения: 13.04.2015).

[8] «При распределении налоговых доходов по уровням бюджетной системы налоговые дохо-

ды бюджетов субъектов Российской Федерации должны составлять не менее 50 процентов от суммы доходов консолидированного бюджета Российской Федерации» (ст. 48 Бюджетного кодекса РФ в ред. Федерального закона от 31 июля 1998 года. № 145-ФЗ).

[9] Например, в достаточно благополучной Ленинградской области из 18 муниципальных районов и городских округов только 5 муниципальных образований не получают дотации на выравнивание бюджетной обеспеченности в 2015 году, см.: Областной закон Ленинградской области от 22 декабря 2014 года № 96-оз «Об областном бюджете Ленинградской области на 2015 год и на плановый период 2016 и 2017 годов». URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=SPB;n=155153 (дата обращения: 17.04.2015).

[10] Межбюджетные трансферты региональным бюджетам составляют около 10 % от общего объема расходов федерального бюджета, см.: Распоряжение Правительства РФ от 30 декабря 2013 года № 2593-р «Об утверждении Программы повышения эффективности управления общественными (государственными и муниципальными) финансами на период до 2018 года». URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?base=LAW&n=156759&req=doc (дата обращения: 13.04.2015).

[11] Примечательно, что в программных документах по-прежнему используется термин «финансовая помощь», тогда как в Бюджетном кодексе РФ речь идет исключительно о межбюджетных трансфертах.

[12] На сегодняшний день мы имеем вариант выравнивания бюджетной обеспеченности, а не финансовых условий.

[13] См.: Постановление Правительства РФ от 15 августа 2001 года «О программе развития бюджетного федерализма в Российской Федерации на период до 2005 года» (в ред. от 6 февраля 2004 года). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_46662/ (дата обращения: 17.04.2015).

[14] Следует отметить, что бюджетная реформа была сопряжена с принятием и вступлением в силу встреченного обществом с огромным сопротивлением Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов “О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»” и “Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации“» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 35. Ст. 3607.

[15] Редким исключением является распределяемый неналоговый доход — плата за негативное воздействие на окружающую среду.

[16] Несмотря на правовую позицию Конституционного Суда РФ о равной силе всех федеральных законов, кодифицированный акт традиционно в доктрине и практике рассматривается как имеющий преимущество, в том числе по причинам содержания специальной нормы, либо как акт, устанавливающий основополагающие подходы (принципы).

[17] К таким платежам относятся платежи, взимаемые в рамках системы налогообложения для сельскохозяйственных товаропроизводителей (единый сельскохозяйственный налог), упрощенной системы налогообложения, системы налогообложения в виде единого налога на вмененный доход для отдельных видов деятельности, системы налогообложения при выполнении соглашений о разделе продукции, патентной системы налогообложения.

[18] Предусмотренные два исключения только подтверждают строгость основного правила. Первое из них являет собой право субъектов РФ устанавливать пониженную ставку налога на прибыль, подлежащую зачислению в их бюджеты, второе — право определять особенности налоговой базы (п. 3 ст. 12 Налогового кодекса РФ).

[19] Следует заметить, что в Германии реализован аналогичный подход к распределению налоговой компетенции между Федерацией и землями.

[20] Федеральный закон от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (в ред. от 3 февраля 2015 года). URL: http://base.garant.ru/12117177/ (дата обращения: 13.04.2015).

[21] Федеральный закон от 21 декабря 2013 года № 371-ФЗ «О внесении изменений в статьи 26.3 и 26.3-1 Федерального закона “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов госу-

дарственной власти субъектов Российской Федерации"» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 51. Ст. 6691.

[22] Проблема не теряет своей актуальности, см.: Определение Верховного Суда РФ от 19 марта 2015 года № 301-ЭС15-506 по делу № А28-216/2014. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=421102 (дата обращения: 17.04.2015).

[23] См., например: *Гриценко Е. В.* Разграничение и передача полномочий в системе публично-властных отношений // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 2 (69). С. 72–91.

[24] См., например, определения Верховного Суда РФ: от 10 августа 2005 года № 72-Г05-9. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=21822 (дата обращения: 17.04.2015); от 5 октября 2005 года № 75-Г05-6. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=243315 (дата обращения: 17.04.2015); от 14 февраля 2007 года № 4-Г06-52. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=39462 (дата обращения: 17.04.2015); от 15 августа 2007 года № 32-Г07-10. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=243 (дата обращения: 17.04.2015); от 30 июня 2010 года № 46-Г10-11. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=166097 (дата обращения: 17.04.2015); от 24 июля 2013 года № 72-АПГ13-3. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=352435 (дата обращения: 17.04.2015); от 13 ноября 2013 года № 72-АПГ13-14. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=369569 (дата обращения: 17.04.2015); от 25 июня 2014 года № 55-АПГ14-8. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=402015 (дата обращения: 17.04.2015).

[25] Таковыми в 2015 году являются: Республика Татарстан (Татарстан), Калужская область, Ленинградская область, Московская область, Самарская область, Сахалинская область, Свердловская область, Тюменская область, Ярославская область, город федерального значения Москва, город федерального значения Санкт-Петербург, Ненецкий автономный округ, Ханты-Мансийский автономный округ – Югра, Ямало-Ненецкий автономный округ.

[26] Статья 26.3-1 «Участие органов государственной власти субъектов Российской Федерации в осуществлении полномочий по предметам ведения Российской Федерации, а также полномочий по предметам совместного ведения».

[27] См.: Определение Верховного Суда РФ от 24 июля 2013 года № 72-АПГ13-3. URL: http://dogovor-urist.ru/судебная_практика/дело/1219/ (дата обращения: 13.04.2015).

[28] Судебная практика четко придерживается принципа добровольности таких полномочий, примером может служить Постановление ФАС Московского округа от 26 августа 2011 года по делу А40-131341/10-154-818. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=AMS;n=147391 (дата обращения: 17.04.2015).

[29] Федеральный закон от 29 декабря 2012 года № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» (с изм. и доп.). URL: http://base.garant.ru/70291362/ (дата обращения: 13.04.2015).

[30] Федеральный закон от 4 декабря 2007 года № 239-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (в ред. от 31 декабря 2014 года). URL: http://base.garant.ru/12157560/ (дата обращения: 13.04.2015).

[31] Определение Верховного Суда РФ от 28 октября 2009 года № 50-Г09-20 «Об отмене решения Омского областного суда от 27 июля 2009 года и признании противоречащими федеральному законодательству отдельных положений подпункта 2 пункта 1 статьи 16 Закона Омской области от 24 ноября 2008 года № 1093-03 "Об областном бюджете на 2009 год"». URL: http://sudbiblioteka.ru/vs/text_big3/verhsud_big_43421.htm (дата обращения:13.04.2015).

[32] Минимальный же уровень бюджетной обеспеченности и вовсе определяется как среднее арифметическое суммы показателей уровня расчетной бюджетной обеспеченности до распределения дотаций по субъектам Российской Федерации, не входящим в число 10 субъектов Российской Федерации, имеющих самый высокий уровень бюджетной обеспеченности, и 10 субъектов Российской Федерации, имеющих самый низкий уровень бюджетной обеспеченности (Постановление Правительства РФ от 22 ноября 2004 года № 670 «О распределении дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности субъектов Российской Федерации». URL: http://base.garant.ru/187556/ (дата обращения: 13.04.2015).

[33] Сравнение и сопоставление объемов федеральных средств, получаемых региональными бюджетами, см.: *Найденова Т. А.* Бюджетное выравнивание как инструмент реализации бюджетной

политики северных территорий. URL: http://koet.syktsu.ru/vestnik/2012/2012-3/9/9.htm (дата обращения: 13.04.2015).

[34] См.: Распоряжение Правительства РФ от 30 декабря 2013 года № 2593-р «Об утверждении Программы повышения эффективности управления общественными (государственными и муниципальными) финансами на период до 2018 года». URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?base=LAW&n=156759&req=doc (дата обращения: 13.04.2015).

[35] Постановление Правительства РФ от 18 октября 2005 года № 625 «Об утверждении Правил расходования местными бюджетами субвенций из бюджета субъекта Российской Федерации, финансовое обеспечение которых осуществляется за счет субвенций из федерального бюджета» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2005. № 44. Ст. 4551.

[36] Распоряжение Правительства РФ от 30 декабря 2013 года № 2593-р. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_156759/ (дата обращения: 17.04.2015).

[37] Распоряжение Правительства РФ от 17 ноября 2008 года № 1662-р «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года». URL: http://base.consultant.ru/cons/CGI/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=90601 (дата обращения: 13.04.2015).

В МИРЕ ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ

Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности?

Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ

Александра Троицкая

Современные конституции закрепляют не только впечатляющие перечни прав, но и возможности их ограничения. В такой ситуации проблемой, требующей обсуждения и решения, является не возможность ограничения прав как таковая, а пределы вводимых ограничений, призванные защитить права от полного их выхолащивания. Многие органы конституционного контроля используют принцип пропорциональности как содержательное требование к ограничениям. В данной статье значение и рамки использования принципа пропорциональности будут рассмотрены в свете установления на уровне конституции пределов прав, характеризующих элементы, не попадающие в сферу защиты конституционных прав, а также логики выделения абсолютных прав, то есть прав, реализация которых не может быть поставлена в зависимость от результатов балансирования их с аналогичными или другими социальными благами. Особое внимание будет уделено вопросу о том, на основе каких соображений могут быть выделены пределы прав и абсолютные права, и действительно ли это происходит независимо от применения принципа пропорциональности.

Принцип пропорциональности; пределы и ограничения прав; абсолютные права; Конституционный Суд РФ

1. Введение

Многие современные конституции закрепляют достаточно полные каталоги прав человека и гражданина, призванных обеспечить достоинство личности, ее автономию и свободное развитие. Одновременно практически не ставится под сомнение возможность ограничения этих прав в текущей законодательной деятельности: поскольку акты конституционного значения призваны выражать идею свободы и достоинства не для одного человека и не для нескольких, а для всех, они должны предусматривать способы правового реагировании на ситуации коллизий как между правами отдельных лиц, так и между их правами и общим благом. Эта идея выражается либо указанием на возможность ограничения, сопровождающим отдельные права, либо общим положением о допустимости ограничения прав, либо сочетанием обоих подходов[1]. В такой ситуации проблемой, требующей обсуждения и решения, является не возможность ограничения прав как таковая, а пределы вводимых ограничений, призванные защитить права от полного их выхолащивания. Одни только формальные требования установления ограничения[2], как правило, не предоставляют достаточной защиты; необходимы и содержательные предписания. Соответственно, доктрина и практика сталкиваются с необходимостью разработки и обоснования своего рода «инструментов», применение которых при ограничении прав должно способствовать урегулированию конфликтных ситуаций[3].

Органы конституционного контроля многих государств широко используют принцип пропорциональности (балансирования[4]) как способ определения того, были ли основные права ограничены правомерным образом или нарушены в результате неподобающего воздействия. На доктринальном уровне данный принцип сталкивается как с поддержкой, так

и с критикой. Но даже если признать допустимость обращения к взвешиванию различных социальных благ и определения на этой основе приемлемости ограничений прав в некоторых ситуациях, означает ли это, что принцип пропорциональности применим ко всем правам, ко всем содержательным элементам прав, ко всем притязаниям, которые, возможно, и не охватываются сферой защиты того или иного права? Эти и подобные вопросы акцентируют взаимосвязь структуры прав и принципа пропорциональности.

В данной статье значение и рамки использования принципа пропорциональности будут рассмотрены именно в свете установления на уровне конституции *пределов прав*, характеризующих элементы, не попадающие в сферу защиты конституционных прав, а также логики выделения *абсолютных прав*, то есть прав, реализация которых не может быть поставлена в зависимость от результатов балансирования их с аналогичными или другими социальными благами. Особое внимание будет уделено вопросу о том, на основе каких соображений могут быть выделены пределы прав и абсолютные права, и действительно ли это происходит независимо от применения принципа пропорциональности. Поскольку эксплицитные формулировки конституций далеко не всегда содержат однозначные ответы на эти вопросы, следует учитывать практику истолкования этих норм органами конституционного контроля; кроме того, будут рассмотрены некоторые решения Европейского Суда по правам человека, проливающие свет на проблемы установления границ содержания прав, защищаемых Конвенцией 1950 года, и поддержания абсолютной защиты некоторых элементов этих прав. Наконец, приводимые теоретические позиции будут соотнесены с практикой Конституционного Суда Российской Федерации и возможными путями совершенствования его деятельности в части выстраивания более последовательных подходов к проблемам ограничения прав.

2. Предпосылки применения принципа пропорциональности

Принцип пропорциональности, наиболее детальную разработку получивший в Германии, но воспринятый также и в других странах, не только континентальной, но и англо-саксонской правовой системы[5], в общем виде включает в себя четыре элемента оценки правомерности вводимого ограничения: 1) установление *легитимной цели*, для достижения которой, собственно, было предпринято ограничение, 2) определение *пригодности* ограничения как средства достижения этой цели хотя бы в небольшой степени, и 3) его *необходимости*, то есть отсутствия менее обременительного средства, которое позволяло бы в той же степени достичь тех же целей, и, наконец, 4) *пропорциональность в узком смысле*, то есть балансирование ограничиваемого права и цели ограничения[6]. Применяемый в таком виде (хотя и с некоторыми вариациями) принцип пропорциональности широко используется органами конституционного контроля как доминирующая техника разрешения конфликтов, связанных с необходимостью выбора и проведения органами публичной власти определенной политики и вмешательством в основные права человека[7].

В литературе принцип пропорциональности чаще всего предлагается рассматривать как своего рода структуру[8], позволяющую провести *оценку* конституционности ограничений, в каждом конкретном случае сделав *выбор* в пользу той или иной ценности (в пользу ограничиваемого права или в пользу блага, для достижения которого ограничение вводится). Многие авторы справедливо указывали на те трудности, которые могут возникать в процессе оценки различных ценностей. С учетом уже имеющихся исследований в рамках данной статьи мы не будем останавливаться на всех замечаниях, адресованных принципу пропорциональности и ставящих под сомнение возможность объективного, а не произвольного его применения[9], равно как и на аргументах в защиту этого принципа и предложенных приемах, дополняющих структуру принципа пропорциональности и позволяющих строить сопоставление и выбор ценностей на прозрачной и рациональной основе, не претендующей на математическую точность, но позволяющей вводить в процесс обоснования различные соображения, в том числе морального характера[10]. Мы сосредоточимся на проблеме, связанной с уходом в рамках принципа пропорциональности от понимания прав как «козырных карт». По мнению отдельных исследователей, это означает

принижение значения прав, которые вместо реальной защиты предоставляют индивидам лишь возможности, «уцелевшие» в результате балансирования с другими ценностями.

Заметим, что, действительно, при всех уточнениях, направленных на оптимизацию производимой в ходе применения принципа пропорциональности оценки, *самый факт оценки* и выбора принцип пропорциональности, конечно, не устраняет. В сущности, он и не претендует на это, поскольку неустранимость оценки — это проблема, возникающая не из-за применения принципа пропорциональности, а в результате 1) неизбежного в обществе возникновения конкуренции[11] между различными интересами и 2) особенностей конституционных норм, закрепляющих основные права, как правило, в достаточно общих формулировках, то есть оставляющих «свободу маневра» для разрешения этой конкуренции, но не предлагающих однозначных ответов или предлагающих их очень редко. Иными словами, необходимость проводить оценку, и выбирать, какое именно благо (и в какой степени) в данной ситуации имеет преимущество — это результат того, что конституционные блага рассчитаны на действие для неопределенного круга лиц и в самых разных ситуациях.

Собственно, один из известных исследователей принципа пропорциональности Р. Алекси делал более радикальный шаг и связывал применение этого принципа с особой природой самих прав человека. По его мнению, нормы, закрепляющие эти права, представляют собой не правила (*rules*), но прежде всего принципы (*principles*), означающие, что закрепленные ими блага являются не «козырной картой», имеющей безусловный приоритет, но интерес, который должен быть реализован настолько максимально, насколько это возможно с учетом иных принципов[12]. Иными словами, права представляют собой *prima facie* защищаемые принципы, итоговый реальный объем защиты которых, тем не менее, становится ясным только по результатам балансирования с иными принципами.

Если согласиться с таким пониманием положения вещей, логически сложно представить себе иную, помимо принципа пропорциональности и балансирования, структуру, которая одновременно учитывала бы *природу ограничений* прав как *результата конкуренции* интересов людей, живущих в организованном определенным образом обществе, но при этом предлагала бы выстраивать пути решения конкуренции без учета одного из конкурирующих интересов. Можно варьировать ответ на вопрос о том, кто должен делать выбор (законодатель или суд), на каких основаниях следует его делать (с приоритетом коллективистских начал или индивидуальных, или некоем их сочетании), рассматривать каждый конкретный случай конкуренции или пытаться создавать «общие правила с множеством исключений»[13], но едва ли можно уйти от этой проблемы в принципе.

Поэтому, как представляется, единственный путь, который может быть здесь предложен, — это возвращение «на шаг назад» и уход от самой идеи конфликта либо конкуренции между различными интересами. Опять же, рассуждая логически, здесь возможны два крайних случая: 1) установление пределов прав, позволяющих делать утверждения о том, что конфликта между интересом индивида и иным интересом нет, потому что данный интерес индивида не охватывается сферой защиты права, не является содержательной частью защищаемого права; 2) придание некоторым правам значения абсолютных, то есть не подлежащих ограничению на основе требований принципа пропорциональности, безотносительно того, какие цели противостоят данным правам. Иными словами, это возвращение к вопросам о том, действительно ли конституционные права по своей природе должны охватывать самый широкий круг возможностей и действительно ли никакие права по своей природе не могут считаться «козырными картами».

3. Пределы прав и абсолютные права: каким образом они появляются и что означают?

В литературе уже давно предлагается различать две категории, на основе которых решается вопрос относительно круга возможностей, реализуемых в рамках основного права: прежде чем анализировать допустимость вводимых законодателем *ограничений*, следует установить, действительно ли имело место ограничение права, то есть не находится ли рассматриваемая возможность изначально *за пределами* права[14]. Речь может идти о «сфе-

ре действия норм права» и границах свободы, устанавливаемых всем строем конституции[15], объеме права, определяемом на основе толкования его самого (в отличие от ограничения, когда речь идет о балансировании права с иной ценностью)[16], сфере защиты права или его содержании[17], выстраивании различия между спецификацией (*specification*) права и его применением (*application*)[18], но при всех возможных деталях понимания приведенных терминов, для целей данной работы можно выделить категорию установленных конституцией *пределов права*, то есть границ, очерчивающих его изначальное юридическое содержание и означающих, что ряд возможностей, на которые могли бы претендовать индивиды, данным правом не охватываются. Эта категория имеет самое непосредственное отношение к проблемам ограничения прав: с практической точки зрения, если какая-либо возможность в принципе не охватывается основным правом, как оно зафиксировано в конституции, то исключающая ее норма закона не будет означать ограничения и, следовательно, не будет требовать проверки на предмет ее соответствия всем приведенным выше критериям в рамках применения принципа пропорциональности.

В связи с обозначением пределов права возникают определенные вопросы. Прежде всего, следует понимать, *на основе каких соображений* те или иные возможности не получают статуса юридически признанных и, соответственно, защищаемых. Здесь существует риск того, что находящимися за пределами права будут признаны возможности, в отношении которых подразумевается, что они явно не проходят проверку в рамках применения принципа пропорциональности. На этот риск указывают некоторые авторы; они делают это не безосновательно, если учитывать практику некоторых органов конституционного контроля. Например, на основе решения Верховного суда США Нью-Йорк против Фербера[19] распространение порнографических материалов, в которых запечатлены дети, характеризуется как пример действий, не подпадающих под защиту Поправки I к Конституции США; это установление Суда (фиксирующее, по сути, предел свободы слова) в дальнейшем может применяться уже без проведения дополнительного взвешивания[20]. Тем не менее сам вывод Суда в данном случае был результатом, скорее, именно взвешивания: в решении указывалось, в частности, на вред, причиняемый детям, в результате использования их для создания таких материалов, распространение которых имеет очень скромную, если не минимальную ценность для науки, искусства или воспитания, и на важность государственного интереса, направленного на борьбу с сексуальной эксплуатацией детей[21]. Установление изначальных пределов права путем сопоставления его с иными интересами и ценностями не представляется безупречным, прежде всего потому, что существует вероятность придания пределам, выявленным по результатам сопоставления с противостоящей ценностью в *конкретных* обстоятельствах, *общего значения*, хотя в действительности, в других обстоятельствах спорная возможность вполне могла быть рассмотрена как охватываемая основным правом. В частности, какое значение в приведенном решении имеет указание на небольшую ценность распространения порнографических материалов, запечатлевших детей? Если бы существовала возможность признания высокой художественной ценности какого-либо материала или использования его в воспитательных целях, означало бы это, что Поправка I охватывает своей защитой его распространение (по крайней мере, *prima facie*)? И соответственно, ситуация с распространением такого «высокохудожественного» или «полезного» произведения все-таки требовала бы нового взвешивания? Иными словами, если уж балансирование различных ценностей проводится, следует проводить его в *каждой* конфликтной ситуации именно по установленным правилам (критериям пропорциональности или взвешивания), а не маскировать под выявление содержательных пределов права; последние же если и должны выявляться, то на основе других *конституционных* соображений[22].

Следует заметить, что тексты конституций различных государств дают некоторые основания для установления пределов прав. Здесь можно различать общие установки, применимые ко всем правам[23], и пределы конкретных прав, очерченные теми же статьями, которые регулируют и сами права[24]. Однако это не снимает всех трудностей. Прежде всего, общие установки формулируются обычно как принципы, то есть идеи, закладываемые в

основу выбора модели правового регулирования[25], чаще всего достаточно широкие по своему содержанию и требующие истолкования применительно к конкретному конфликту. Соответственно, здесь будет сохраняться вероятность сопоставления ценности какого-либо элемента права и ценности, стоящей за общим принципом; выявленный таким образом «предел» права в действительности будет опять-таки лишь результатом баланса в конкретной ситуации, требующим нового уточнения применительно к другим случаям; при этом во всех обстоятельствах необходимым остается соблюдение критериев, стоящих за принципом пропорциональности или взвешивания.

Конечно, базовые конструкции, заложенные в эти общие установки и тем более в пределы отдельных прав, могут быть и достаточно конкретными и однозначными настолько, чтобы не оставлять много места для балансирования. Однако здесь нужно различать позитивные и негативные формулировки норм конституции. Поиск пределов в позитивных формулировках может оказаться непростой задачей. Например, если конституция устанавливает, что мужчина и женщина имеют право вступать в брак[26], из этого еще не следует с необходимостью вывод, что возможность однополых браков исключена на уровне конституции. Иными словами, однозначно выводить за пределы содержания (сферы защиты) права все возможности, которые не указаны прямо в соответствующей норме, не представляется ни возможным, ни желательным: естественно, никакая норма конституции, устанавливающая право, не перечисляет всех возможностей, составляющих содержание этого права, исчерпывающим образом, и на практике рамки сферы защиты права могут быть сдвинуты «от буквы конституции» в сторону расширения, а не сужения.

Поэтому, по-видимому, наибольший потенциал с точки зрения поиска пределов права представляют собой негативные формулировки конституции, прямо устанавливающие некоторые запреты. Однако и они могут не давать однозначных ответов относительно конституционных пределов права. Например, если в конституции установлен запрет на разжигание расовой, национальной, религиозной розни, то, на первый взгляд, высказывания, направленные именно на разжигание такой розни, не должны охватываться свободой выражения мнений, а соответствующие запреты, по сути, просто воспроизведенные на уровне закона, не потребуют строгой проверки на предмет их соответствие конституции. Тем не менее очевидно, что на практике возникнут «сумеречные» зоны, связанные с тем, следует ли конкретные высказывания выводить за пределы защиты свободы выражения мнений, — например, если основной их целью было привлечение внимания к какой-то проблеме в рамках общественно значимой дискуссии, а разжигание розни могло стать, так сказать, «побочным» эффектом.

Следовательно, проблема заключается не в том, что рассмотрение возникающих спорных вопросов нельзя было бы вывести на некоторую «нулевую» стадию, то есть более внимательно рассматривать вопрос о том, действительно ли имело место вмешательство в некоторое право, до применения четырех критериев принципа пропорциональности; проблема в том, что если в рамках этой нулевой стадии все равно происходит сопоставление различных ценностей (разных основных прав; основного права и ценности, относящейся к общему благу), то оправданным становится более «щедрый» подход к правам, в рамках которого предлагается самый широкий круг возможностей рассматривать как составную часть права, ограничивая по необходимости некоторые элементы в ходе регулирования, но рассматривая это действие именно как ограничение, требующее проведения полноценного взвешивания[27].

Отсюда следует, что идея установленных уже самой конституцией пределов прав, будучи внешне обоснована, требует крайне осторожного отношения. Можно предположить, что конституционные пределы права могут быть *установлены исходя из толкования самого права — истории его появления, целей и формулы закрепления, места в системе других прав, существующих социальных фактов и т.д., то есть соображений, способных пролить свет на содержание права как круг правомочий, защищаемых этим правом*[28], однако, если в рамках такого толкования обсуждаются иные (конкурирующие) ценности, желательно было бы иметь больше уверенности в том, что возможность, выносимая за пределы права, действительно не имеет перевеса ни при ка-

ких обстоятельствах; в противном случае не следует уклонятся от применения в явном виде принципа пропорциональности. Характерным примером, демонстрирующим такое взвешенное отношение, является дело, рассмотренное Федеральным конституционным судом Германии в связи с запретом обсуждения тезиса о «фальсификации Холокоста». Проведя разграничение между выражением мнения и изложением фактов (при том, что одно только отнесение высказывания к вопросу фактов не означает его вынесения за сферу действия абзаца 1 статьи 5 Основного закона[29]), Суд указал, что «защита представления факта перестает действовать только тогда, когда такое представление уже не способно чем-либо помочь конституционно допускаемому формированию мнения. С этой точки зрения, некорректная информация не порождает права, заслуживающего защиты... Таким образом, само по себе утверждение с таким содержанием [отрицание преследования евреев во времена Третьего рейха] не пользуется правом на защиту свободы выражения мнений». По сути, данная позиция отражает идею существования предела основного права, установленного самой конституцией, исходя из смысла этого права и особенностей различных высказываний. Однако в этом же решении Суд сделал и дополнительный шаг с учетом того, что представление факта в данном случае могло оказать воздействие на формирование и высказывание мнения (защищаемого статьей 5 Основного закона и вступившего в данном случае в конфликт с правом на честь и достоинство): рассматриваемый запрет был проанализирован и как ограничение свободы выражения мнения и проверен с точки зрения наличия общего закона, правомерной цели и пропорциональности вмешательства[30]. Признание того обстоятельства, что в некоторых случаях представление ложного факта может влиять на формирование и обмен мнениями, в данном случае не изменило исхода дела; но применительно к другим обстоятельствам (в которых, например, иные конституционно значимые интересы и ценности не будут затронуты или будут затронуты минимально) возможность распространения конституционной защиты на заведомо или очевидно ложные высказывания может привести к иному, более мягкому, подходу в регулировании.

Другой значимый вопрос, возникающий в связи с самой идеей различать пределы и ограничения прав, касается *эффекта* проведения границ права. Так, Г. Веббером был предложен подход, в соответствии с которым следует отказаться от максимально широкого понимания содержания прав, все равно обесцениваемого тем, что права представляют собой лишь *prima facie* защищаемые принципы и ценности, от которых может мало что остаться в результате балансирования с иными принципами и ценностями, и принять вместо этого идею установления более точного содержания права (определения его границ), но с учетом того, что внутри этих границ никакие возможности не могут быть в дальнейшем ограничены, так что вопрос о пропорциональности вмешательства уже просто не должен возникать[31]. Оставляя в стороне уже обсужденный вопрос о том, на основе каких соображений будут установлены соответствующие границы и действительно ли эта мыслительная операция будет отличаться от процесса сопоставления с иными ценностями, оптимальной структурой для которого на сегодняшний день является принцип пропорциональности (Веббер пишет о том, что установление таких пределов должны быть итогом практического рассуждения, *conclusion of practical reasoning*), следует остановиться подробнее на вопросе о том, действительно ли стоит отказываться от идей, стоящих за принципом пропорциональности, в пользу более узкого, но зато уже нерушимого содержательного наполнения прав.

Как представляется, этот вопрос тесно связан с неоднократно поднимавшейся на практике и в теоретических исследованиях проблемой признания по крайней мере за некоторыми правами характера абсолютных. Здесь необходимо сразу обозначить несколько подходов к самому пониманию категории «абсолютных» прав, разнящихся, в частности, в зависимости от того, идет ли речь о *моральных* правах, или правах признаваемых и защищаемых *юридически*. Так, по мнению Гевюрта, «право является абсолютным, когда оно не может быть преодолено ни в каких обстоятельствах, то есть не может быть затронуто оправданным образом и должно осуществляться без каких бы то ни было исключений»[32]. С правовой точки зрения абсолютные права в первом приближении призваны про-

тивостоять триумфальному шествию принципа пропорциональности, в том смысле, что вмешательство в них не допускается независимо от наличия легитимной цели и соблюдения требований пропорциональности[33]. Иными словами, никакое вмешательство в абсолютное право не является оправданным; любое вмешательство должно быть призвано нарушением[34].

Собственно, без дальнейших пояснений из этого видно, что оперирование категорией абсолютных прав является «другой крайностью» по отношению к использованию категории пределов прав. Обе категории фактически выводят определенные возможности из зоны противостояния с другими ценностями. Но если пределы права, показывающие, что не охватывается правом, исключают обращение к принципу пропорциональности, потому что нет ограничения *права*, и означают отказ в защите притязания, то абсолютные права исключают обращение к принципу пропорциональности, потому что невозможно *ограничение* права, и означают максимальную защиту права.

Идея абсолютных прав выглядит привлекательной с различных точек зрения, прежде всего, с точки зрения возвращения к предназначению основных прав. С субъективной точки зрения основные права призваны гарантировать лицу возможность выбора вида и меры поведения, обеспечивающего ему свободу в различных сферах общественной жизни и развитие его личности; в этом смысле права показывают, какие действия государства не допустимы, независимо от тех (возможно) выгодных последствий, которые могли бы иметь эти действия[35]. С точки зрения объективной системы права основные права, обеспечивая свободу личности, призваны предсказуемым образом ограничивать публичную власть в выборе направлений ее деятельности и путей их реализации. И субъективные, и объективные ценности, стоящие за основными правами, на первый взгляд выигрывают в случае абсолютного понимания прав. Это имеет большое значение в свете упомянутых выше критических замечаний, акцентирующих тот факт, что принцип пропорциональности меняет взгляд на юридическую природу прав, сводя их к «принципам», «защищаемым лишь *prima facie* интересам, реальный объем защиты которых всегда зависит от исхода балансирования с противостоящими интересами»[36], в то время как права должны были служить защитой индивиду, в том числе на случай противостояния его интересов интересам других индивидов или общества в целом; здесь существует опасность того, что понимание юридической природы прав было изменено таким образом, чтобы соответствовать принципу пропорциональности как основному инструменту разрешения конфликтов ограничения прав, хотя, по-видимому, движение мысли должно быть обратным — подходы к ограничению должны определяться юридической природой прав.

В связи с этим представляется более чем оправданным ставить вопрос о том, что некоторые права *по их значению, по защищаемому ими благу, по тем этическим соображениям, которые стояли за признанием и закреплением этих прав*, должны оставаться нерушимыми. Однако на практике любое обсуждение круга абсолютных прав отличается некоторой сдержанностью. Эту тенденцию можно проследить, начиная с обсуждения норм *jus cogens* в рамках международного права. Так, предлагая к включению в Конвенцию «О праве международных договоров» статью, закрепляющую ничтожность договоров, противоречащих императивной норме общего международного права (*jus cogens*), Комиссия международного права ООН одновременно отметила проблематичность этого подхода с учетом того, что не существует простого критерия для отнесения норм общего международного права к числу императивных. Как указывается в докладе Комиссии, некоторые ее члены предлагали указать в качестве примера императивных отдельные нормы, в том числе нормы, запрещающие геноцид, работорговлю, пиратство, но в итоге был сделан выбор в пользу включения статьи в общем виде, с тем чтобы содержательное наполнение перечня норм *jus cogens* происходило бы в практике государств, а также международных судов[37]. Это указание оставляло вопрос открытым, хотя в принципе создавало возможности «двустороннего движения» развития системы норм *jus cogens*, в том числе применительно к вопросу о том, запрет вмешательства в какие права представляет собой такую норму, — от развития подходов к определенным конституционным правам как абсолютным в отдельных госу-

дарствах к позициям наднациональных органов и наоборот.

В целом, проблема заключается в том, что абсолютные права, так же как и пределы прав, требуют к себе внимательного отношения, причем не только с практической, но и с теоретической точки зрения. Даже если допустить, что определение круга абсолютных прав будет происходить не на основе замаскированного сопоставления с конкурирующими интересами, а с учетом *иерархии ценностей, заложенных в конституции, и деонтологических соображений, стоящих за этими ценностями*, сам факт столкновения различных интересов в обществе от этого не исчезнет, равно как и необходимость решения многих противоречий при выборе направлений государственной политики, а также конкретных действий в рамках этой политики. Безоговорочная защита абсолютных прав «независимо ни от чего» (*no matter what*) рискует ставить под удар те интересы, которые могли бы быть признаны достойными защиты в процессе взвешивания.

Нельзя забывать и о том, что свобода индивида подразумевает не только свободу от вмешательства в его действия; свобода может требовать также совершения позитивных действий со стороны государства, и это касается прав не только второго, но и первого поколения, таких как право на жизнь, свободу, безопасность и др. Если соответствующие позитивные действия будут сопряжены с вмешательством в абсолютные права, их осуществление может оказаться заблокировано. Конечно, всегда можно сказать, что государство, не имея возможности ограничивать абсолютные права, должно не отказаться от обеспечения других ценностей, а искать иные пути их обеспечения, то есть выполнять свои задачи, не посягая на абсолютные права. Но основной вопрос состоит даже не в том, не слишком ли утопично это звучит (в некоторых случаях это возможно; но если бы это было возможно во всех случаях и проблемы ограничения прав вовсе не возникало бы), а в том, как быть, если в противоречие входят права, каждое из которых имеет статус абсолютного, и чем больше прав попадает в категорию абсолютных, тем выше вероятность их конфликта.

И в случае такого конфликта, при невозможности посягнуть на абсолютные права, все, что останется делать органам государственной власти, — это устанавливать четкие правила относительно содержания этих абсолютных прав, одновременно выводя некоторые аспекты за пределы защиты права. Эта идея может быть проиллюстрирована судебными решениями, связанными с защитой прав, являющихся, собственно, основными претендентами на статус абсолютных, — права на жизнь и права на достоинство.

Одно из решений было вынесено Европейским Судом по правам человека по крайне непростому делу, ставившему вопрос о допустимости применения пыток к преступнику, от которого необходимо было получить сведения о местонахождении похищенного *им* предположительно еще живого, но находящегося под угрозой гибели ребенка. По заявлению офицера полиции, отдавшего распоряжение применить угрозу физического воздействия (а при недостаточности угрозы — и само физическое воздействие), целью этого решения было спасение ребенка, а не просто продвижение расследования уголовного дела. Тем не менее Европейский Суд указал, что статья 3 Конвенции, которая, по мнению заявителя (самого похитителя), была нарушена, имеет целью запрет ненадлежащего обращения (пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения) безотносительно поведения жертвы или мотивов властей. Такие виды обращения не могут быть задействованы, даже если чья-то жизнь поставлена под угрозу. Отступление недопустимо, даже если под угрозой находится существование нации. Право каждого человеческого существа не подвергаться пыткам, бесчеловечному или унижающему обращению является *абсолютным*, неотчуждаемым правом. «Философская основа, подкрепляющая абсолютный характер права, закрепленного в статье 3, не допускает никаких исключений или оправдывающих факторов, или взвешивания интересов, независимо от поведения затронутого лица и природы правонарушения в деле» (§ 107). Признав, что угроза применить пытки в данном случае представляла собой бесчеловечное обращение с заявителем, Суд пришел к выводу о нарушении обязательств государства по статье 3 Конвенции[38].

Как видно из этого решения, запрету пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения был придан абсолютный

характер. Ограничение права не подвергаться ненадлежащему обращению (*ill-treatment*) было признано недопустимым с учетом предназначения и философской основы этого права безотносительно конкурирующих ценностей; при этом в решении явным образом не обсуждалось, что на другой чаше весов могло бы быть не только право на жизнь похищенного ребенка, но также и его право не подвергаться ненадлежащему обращению; позитивная обязанность по защите этого права от посягательств со стороны третьих лиц в определенной мере возлагается на государство в рамках статьи 3 Конвенции[39]. Вопрос возникает именно об этой *мере* — какие именно действия должно совершить государство. Как указывается в литературе, решить этот конфликт можно, отвергнув саму идея конфликта абсолютов: можно предположить, что для государства не существует позитивного обязательства действовать таким образом, который нарушит его негативные обязательства, основанные на абсолютном праве[40]. В данном случае речь идет о том, что для выполнения позитивной обязанности по обеспечению защиты ребенка от бесчеловечного обращения *со стороны третьих лиц*, государство не вправе нарушить *свое* негативное обязательство — не применять самому бесчеловечного обращения. Иными словами, любой человек в рамках своего права на достоинство может претендовать на то, что государство будет защищать его от ненадлежащего обращения, но только до тех пор, пока такая защита не потребует от государства применения ненадлежащего обращения к другим лицам; возможность защиты государством посредством ненадлежащего обращения с другими лицами не охватывается правом на достоинство. Можно представить себе гипотетическую ситуацию, когда полиция не может иными способами быстро получить сведения о местонахождении похищенного лица, кроме как путем применения пыток к похитителю, но отказывается от такого способа, как недопустимого нарушения абсолютного права похитителя; допустим, похищенное лицо претерпевает пытки, пока не оказывается на свободе, и после этого обращается в суд с жалобой на действия представителей государства, которые не применили пытки к похитителю, чтобы ускорить освобождение похищенного и избавить его от пыток. Какое решение в этом случае должен будет вынести суд, если государство докажет, что все иные разумные и допустимые меры были предприняты, просто не дали такого быстрого результата, какой, возможно, дали бы пытки? По-видимому, в этом случае, было бы признано, что государство не нарушило своих обязательств, потому что *для жертвы преступного применения пыток возможность быть спасенной в результате применения государством пыток к преступникам не охватываются защищаемым правом не подвергаться пыткам*.

Другое дело, которые может быть здесь приведено, — это широко известное дело, рассмотренное Федеральным конституционным судом Германии в связи с законом о безопасности полетов. Одна из норм этого закона позволяла министру обороны принимать решение о сбивании самолета в ситуации, когда имелись основания предполагать, что самолет был захвачен террористами и будет использован как оружие для поражения цели на земле; такое решение могло быть принято, только если все иные способы предотвратить такой теракт (изменить курс самолета, вынудить совершить посадку и т.д.) не дали результата. Суд признал, что данная норма нарушает право на жизнь пассажиров в сочетании (*in conjunction*) с их правом на достоинство, в силу которого человеческое существо не может быть простым объектом действий государства. Из этого решения, по-видимому, следует, что люди, находящиеся на земле, не вправе рассчитывать, что предполагаемая опасность будет отведена от них путем принесения в жертву пассажиров самолета, используемого как оружие; *их* право на жизнь в сочетании с *их* правом на достоинство *не охватывает* подобных действий государства. Напротив, по мнению Суда, борт, на котором находятся только лица, угнавшие его и планирующие использовать его как оружие, может быть сбит, потому что право на достоинство преступников, остающихся субъектами, а не объектами деятельности, причем действующими умышленно и имеющими возможность отказаться от осуществления своих планов, в этом случае *не затрагивается* (*not impaired*). Подчеркнем, что речь шла не о правомерном ограничении права на достоинство террористов, а именно о том, что на него вовсе не осуществляется посягательства,

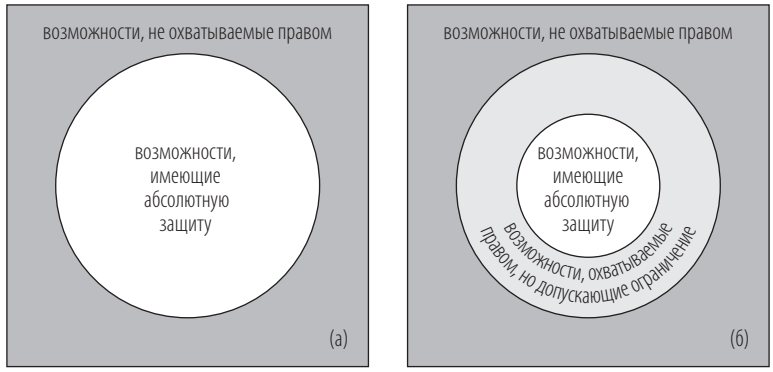


Рис. 1. Структура права

поскольку право на достоинство по своему содержанию требует отношения к лицу как к субъекту, а не как объекту деятельности, что и будет соблюдено при атаке государства на лиц, использующих самолет как оружие[41].

Из этих примеров видно, что только уточнение пределов содержания абсолютного права (соответствующих негативных и позитивных обязательств государства) и позволяет сохранять его абсолютность, избегая вопроса о допустимости его ограничения в рамках применения принципа пропорциональности. Конечно, можно заметить и риски такого подхода, в числе которых можно назвать: 1) сужение защищаемого содержания права, которое будет происходить и в том случае, если право будет описываться путем перечисления того, что входит в него, и в том случае, если пределы его будут уточняться путем изъятий, то есть перечисления того, что в него не входит; 2) установление содержания права путем введения сложной системы правил, рассчитанных на то, чтобы урегулировать различные возникающие на практике случаи, притом что останется под вопросом, не будут ли эти правила на самом деле результатом скрытого сопоставления ценностей и смогут ли они обеспечить искомую предсказуемость их применения[42]; 3) оставление без защиты притязаний, которые могли бы основываться на тех же «абсолютных» правах, но требовали положительных действий от государства, заблокированных невозможностью переступить негативные запреты. Но самый главный вопрос, который здесь возникает, связан с неопределенностью того, действительно ли категория абсолютных прав должна заместить принцип пропорциональности. Абсолютные права предполагают установление дихотомии (рис. 1, а): условно говоря, возможности, охватываемые правом, имеют абсолютную защиту, но то, что не охватывается правом, не подлежит защите вовсе. Возможно, более предпочтительным был бы иной вариант (рис. 1, б), а именно: выделение отдельных притязаний, которые могли бы иметь статус абсолютных, отнесение остальных к числу защищаемых, но допускающих ограничение с соблюдением требований пропорциональности, и, возможно, хотя, как говорилось выше, с осторожностью, выделение также некоторых притязаний, которые правом не должны охватываться.

Это более гибкий подход; он мог бы служить адекватным ответом большему количеству возникающих на практике конфликтных ситуаций. В приведенных выше решениях были поставлены непростые вопросы, и идеи, стоящие за полученными решениями — защита достоинства личности и запрет пыток, — действительно имеют принципиальное значение для современного общества. Не претендуя на то, чтобы оспаривать это значение, приведем только пример, показывающий, что и у критиков указанных выше решений могут найтись аргументы. В частности, заслуживает внимания подход, предложенный М. Куммом, который рассматривал проблему методов получения сведений от похитителя ребенка. По его мнению, использование пыток в таких ситуациях, хотя и нарушает установленный законом и хорошо обоснованный запрет, не нарушает никакого морального права лица, ответственного за создание угрозы для друго-

го человека и отказывающегося добровольно снять эту угрозу. Как справедливо подчеркивает автор, дело здесь не в численном выигрыше: жизнь даже одного ребенка оправдывает обращение к пыткам как к последнему средству воздействия на лицо, которое занималось похищением и оставило ребенка в ненадлежащем положении, поскольку отказ сотрудничать с органами власти в такой ситуации, по сути, представляет собой длящееся нападение на ребенка, — а ведь в случае прямого нападения для его прекращения самое разное обращение, в том числе жестокое, с преступником было бы оправдано; напротив, если речь идет о невиновном лице (например, любимом родственнике похитителя, пытки которого могут оказать на похитителя еще более быстрое воздействие), то применение в отношении его ненадлежащего обращения недопустимо, даже если речь будет идти о большом количестве спасаемых лиц, именно из-за отсутствия связи личной ответственности за создаваемую угрозу[43]. Таким образом, в рамках предложенной схемы в качестве абсолютного мог бы быть сформулирован запрет пыток лица, не виновного в совершении преступления, ставящего под угрозу жизнь и достоинство других людей; в отношении же лица, чьи действия ставят под угрозу жизнь и достоинство других людей, можно было бы говорить не о том, что в случае сурового обращения с ним его достоинство не затронуто, и не о том, что, будучи затронуто, оно требует абсолютной защиты, а о том, что оно затронуто, но затронуто обоснованно. Соответственно, если принять этот подход, снимающий для конкретной ситуации деонтологические ограничения на применение жестокого обращения, то принятые меры остаются предметом не абсолютного запрета (но и не абсолютного разрешения), а проверки с точки зрения соответствия принципу пропорциональности[44]. Принцип пропорциональности часто связывается с консеквенциализмом; однако, как уже указывалось, в рамках принципа пропорциональности вполне возможно обращение к соображениям не только количественного, но и морального порядка. Естественно, при применении принципа пропорциональности может быть учтено, ради предотвращения и раскрытия какого именно преступления был допущен отход от запрета ненадлежащего обращения[45], какие именно меры должны быть предприняты для того, чтобы убедиться, что речь идет именно о преступнике, в чьих силах оказать содействие следствию, какие именно меры могут быть применены к нему и в течение какого времени и т. д.[46]

Повторим еще раз, что здесь мы не имеем в виду выразить поддержку идее допустимости ненадлежащего обращения. Мы видим позицию судебных органов, в том числе наднациональных, стремящихся рассматривать право не подвергаться пыткам как абсолютное право, а соответствующий запрет — как норму *jus cogens*[47]; вполне можно представить себе, что по результатам дискуссии общество в целом или его представители[48] все же приходят к выводу, что *запрет пыток, применяемых государством* во всех случаях оказывается тем самым *абсолютным ядром* права на достоинство, которое не может быть нарушено, как говорят, независимо от действий лица. В доктрине существуют исключительно веские аргументы в пользу того, что хотя применение государством своей силы в форме применения сурового обращения, например, к допрашиваемому лицу с целью предотвращения непосредственной и серьезной угрозы жизни и достоинству третьих лиц, к посягательству на которые допрашиваемый причастен, может быть морально оправданно, тем не менее с правовой точки зрения должен сохраняться абсолютный запрет на подобные действия[49]. Тот же подход может быть распространен, например, на запрет смертной казни как элемент права на жизнь, который, будучи однажды установлен (принципиально, или применительно к определенному кругу лиц, например к несовершеннолетним или психически неполноценным), уже оказывается абсолютно защищенным от преодоления по результатам взвешивания с конкурирующими интересами; вероятно, также и на некоторые элементы других прав. Тем не менее представляется возможным настаивать на базовой конструкции, в рамках которой основные права, в том числе право на жизнь и право на достоинство, выиграют от того, что их содержание будет пониматься расширительно, хотя и будет допускать при этом в некоторых случаях ограничение (при сохранении абсолютными некоторых элементов).

Это может дать положительный эффект для поиска путей решений многих возникающих на практике ситуаций, в том числе си-

туаций, отражающих появление новых групп прав личности. Здесь особенности защиты прав на жизнь и достоинство может быть проиллюстрирована, например, делами, связанными с так называемыми соматическими правами. Так, в одном из известных решений Европейского Суда по правам человека не усмотрел нарушения статьи 3 государством, чьи представители отказались предоставить гарантию освобождения от судебного преследования супруга неизлечимо больной и лишенной возможности двигаться женщины на случай, если он поможет ей уйти из жизни. Поскольку собственная смерть женщины должна была стать очень мучительной для нее, а сама она не могла прекратить свое существование, этот отказ она рассматривала как бесчеловечное и унижающее достоинство обращение. Однако Суд, хотя и признал, что статья 3 Конвенции предполагает ряд не только негативных, но и позитивных обязательств государства, установил, что «позитивное обязательство государства... не заключается в устранении или смягчении вреда путем, например, предупреждения всякого ненадлежащего обращения со стороны государственных органов... Это потребовало бы от государства разрешить действия, направленные на причинение смерти, а такое обязательство нельзя вывести из статьи 3 Конвенции»[50]. По сути, в данном случае было признано, что *притязания заявительницы просто не охватываются защитой статьи 3 Конвенции*; при этом данный вывод сам по себе не был сколько-нибудь тщательно обоснован. Между тем, в науке все чаще ставится вопрос о том, что право на жизнь и право на достоинство включают в себя признание нежелательности сохранения жизни в некоторых ситуациях[51]; государство не может просто закрывать глаза на такие ситуации. Конечно, отсюда еще нельзя вывести абсолютного права на смерть, и здесь мы не претендуем на это; отстаиваемая позиция заключается в том, что более гибкий подход *позволил бы по крайней мере не исключать из анализа различные ценности, стоящие за рассматриваемыми правами, и делать выводы об обязательствах государства на основе сопоставления этих ценностей* с помощью принципа пропорциональности. В частности, признав, что в делах об эвтаназии «задействовано» право на достоинство, но не абсолютизируя его, государство сможет сделать определенные шаги на пути легализации этого института, вместе с тем сохраняя возможность ограничивать его применение.

Это же относится к таким конфликтам, чья сложность для разрешения связана с тем, что в них задействован целый ряд взаимосвязанных прав, в том числе право на достоинство личности. Если данное право в целом понимается как абсолютное, то ссылка на него в конкретных конфликтах будет равносильна использованию «козырной карты», что, по утверждению некоторых авторов, и происходит на практике (и подвергается критике), например, в Германии[52]. Следует ли ограничиваться узким пониманием права на достоинство? Возможно ли обеспечивать абсолютную защиту права на достоинства, трактуемого все шире? Подход, в рамках которого сфера защиты прав понимается достаточно широко, но при этом сами права не рассматриваются как абсолютные, мог бы способствовать *более точной оценке конкурирующих ценностей и более обоснованному выбору в пользу некоторых из них*.

4. Практика Конституционного Суда РФ по делам об ограничении прав: некоторые тенденции

Прежде чем говорить об отдельных аспектах практики Конституционного Суда РФ по делам, связанным с ограничением основных прав (представить в рамках данной статьи все особенности достаточно разнообразной практики не представляется возможным), следует выделить специфику конституционного регулирования таких прав.

Прежде всего, глава 2 Конституции РФ, озаглавленная как «Права и свободы человека и гражданина» содержит развернутый перечень прав, включая личные, политические, социально-экономические и культурные, и предусматривает возможность судебной защиты этих прав (ст. 46), в том числе средствами конституционного правосудия, не делая различий между правами разных поколений. Часть 1 статьи 55 устанавливает дополнительно, что перечисление в Конституции «основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина», что позволяет судить о стремлении соз-

дателей Конституции к закреплению открытого перечня прав, хотя формула о «других *общепризнанных* правах» вызывает много вопросов. Что же касается возможностей ограничения прав, то, во-первых, некоторые нормы Конституции, признавая право, одновременно закрепляют «перспективу» его ограничения федеральным законом (например, установление случаев проникновения в жилище против воли проживающих в нем лиц (ст. 25) или перечень сведений, составляющих государственную тайну (ст. 29)), а во-вторых, часть 3 статьи 55 Конституции содержит общую норму, согласно которой «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Именно эта норма части 3 статьи 55 Конституции РФ является основной точкой опоры при рассмотрении Конституционным Судом дел по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан. Как видим, здесь содержится указание на формальное требование к ограничению, которое может быть введено федеральным законом, на требование наличия конституционно значимой цели ограничения и, косвенным образом, — на требование соблюдения принципа соразмерности, поскольку именно таким образом понимаются слова «только в той мере, в какой это необходимо».

Вопрос, однако, заключается в том, какое значение имеют эти требования на практике. Форма установления ограничения в каждом конкретном случае обычно не вызывает вопросов, хотя могут возникать споры, в основе которых лежат особенности федеративного устройства Российской Федерации, в частности отнесение защиты прав и свобод человека и гражданина к предметам совместного ведения Федерации и субъектов[53] или делегирование полномочий от законодательной ветви власти исполнительной[54]. Что же касается принципа соразмерности, то потенциал заложенной в нем структуры рассмотрения споров в решениях Суда не реализован в последовательном и полном виде. Так, перечисленные в Конституции цели сформулированы столь широко (и не специализированно по отношению к отдельным правам), что позволяют практически любое ограничение рассматривать как соответствующее какой-либо из них. В целом ряде решений Суда просто подразумевалось, что законодатель преследует именно конституционно значимые цели, без сколько-нибудь детального их анализа[55]. Справедливости ради следует сказать, что в более поздних решениях Суд останавливается на проблеме целей подробнее, но все равно подходит к ним достаточно «щедро», иногда не уделяя особенно много внимания тому, чтобы раскрыть связь этих целей с частью 3 статьи 55 Конституции. Например, в одном из дел была рассмотрена норма Федерального закона «О политических партиях», в соответствии с которыми политическая партия в обязательном порядке должна иметь региональные отделения более чем в половине субъектов Федерации, — иными словами, данная норма подразумевала сохранение в политическом пространстве страны только общефедеральных партий. Такое требование было справедливо отнесено к числу ограничений права на объединение в политические партии; конституционно значимыми целями ограничения в данном случае были признаны: формирование в стране реальной многопартийности, правовая институционализация партий в качестве важного фактора становления гражданского общества и стимулирование образование крупных общенациональных партий, а также обеспечение единства страны в современных конкретно-исторических условиях становления демократии и правового государства в России. Проблема здесь даже не в том, что в решении не было уточнено, что данные цели означают защиту основ конституционного строя (принципы правового демократического государства закреплены в статье 1 Конституции, государственной целостности — в статье 5, многопартийности — в статье 13, так что этот шаг не был бы особенно сложен), а в том, что вопрос относительно пригодности, но главное — необходимости соответствующего ограничения с точки зрения достижения обозначенных целей даже не обсуждался.

Кроме того, в этом решении (а также в некоторых других[56]) Суд не уделял внимания тому, что можно было бы отнести если не к скрытым истинным целям законодателя, то, по крайней мере, к явным побочным эффек-

там принимаемых им решений; например, в данном случае не получил должного освещения вопрос о сокращении числа зарегистрированных партий, и последствиях этого сокращения для политической конкуренции на уровне государства в целом или отдельных субъектов РФ; потери для содержания принципа федерализма также не были учтены.

Конечно, недостаточную «отработку» вопроса о целях нельзя признать практикой, не знающей исключений. В частности, Суд неоднократно указывал, что ограничение права не может быть обусловлено лишь целями рациональной организации деятельности органов государственной власти, соответственно, признавая ограничения неправомерными уже на этом этапе[57]. Кроме того, вопрос о соотношении целей и средств ограничения иногда получает более подробное освещение. Например, в деле[58], в котором большинством был признан не противоречащим Конституции запрет представителям организаций, осуществляющим выпуск СМИ, проводить предвыборную агитацию при осуществлении ими профессиональной деятельности, прозвучали примечательные особые мнения. В одном из них судья Кононов обратил внимание на то, что в заседании в качестве обоснования необходимости исключения СМИ из субъектов предвыборной агитации связывались не с обеспечением свободы выбора, а «с прагматически тривиальной проблемой борьбы с... нелегальной оплатой заказных публикаций... Представляется, что проблема учета оплаченных публикаций *не может служить каким-либо основанием* ограничения конституционных прав и законодатель решил ее явно *негодными средствами*». В другом судья Гаджиев поставил вопрос о том, все ли шесть целей, названных в части 3 статьи 55 Конституции, могут приниматься во внимание для ограничения конкретного конституционного права: «Что-то из этих шести целей *может быть соотносимо* с тем или иным основным правом, а какие-то цели, если их иметь в виду при введении ограничений, могут привести к *умалению* права» (выделено мной. — *А. Т.*). Однако в дальнейшую практику Суда этот подход не вошел.

Собственно, сам принцип соразмерности остается практически не раскрытым, несмотря на то что во многих решениях он был задействован. Суд часто использует пассаж, в соответствии с которым федеральный законодатель, вводя ограничения, «должен обеспечивать баланс между конституционно-защищаемым ценностями, публичными и частными интересами, соблюдая вытекающие из Конституции Российской Федерации принципы справедливости, равенства и соразмерности, а вводимые им нормы должны отвечать критериям определенности, ясности, недвусмысленности и согласованности с системой действующего правового регулирования; при этом ограничения прав и свобод во всяком случае не должны посягать на само существо права и приводить к утрате его основного содержания»[59], или указание на то, что «возможные ограничения федеральным законом... должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, пропорциональными, соразмерными, носить общий и абстрактный характер, не иметь обратной силы и не затрагивать существо данных конституционных прав, т. е. не ограничивать пределы и применение соответствующих конституционных норм; сама же возможность ограничений и их характер должны обусловливаться необходимостью защиты конституционно значимых ценностей»[60]. Указанные формулы вмещают в себя в действительности много требований (хотя, по видимому, вопрос о ясности федерального закона следует рассматривать в связи с требованием *формы* ограничения, а не *соразмерности*, принцип равноправия также представляет собой самостоятельное требование, а сюжет относительно неприкосновенности существа права остается раскрыт достаточно поверхностно или не раскрыт вовсе[61]), но проблема заключается в несколько хаотичном изложении этих требований, а главное — отсутствии детальной проработки вопроса о соответствии рассматриваемого ограничения каждому из этих требований. При желании мы можем домыслить, что указания на адекватность и необходимость ограничений в данном контексте имеют то же значение, что требования пригодности и необходимости в рамках принятой схемы принципа пропорциональности, а указания на соразмерность и отдельно на пропорциональность следуют различию пропорциональности в широком и узком (*stricto sensu*) смыслах, но в любом случае *отсутствие единой и последовательно применяемой структуры проверки* приводит к проявлению именно тех

рисков, на которые часто указывают критики принципа пропорциональности. В частности, Суд чаще констатирует, нежели демонстрирует соразмерность или несоразмерность ограничения, а «излюбленный прием «нахождения баланса» частных и публичных интересов... всегда почему-то приводит к предпочтению именно публично-государственных мотивов»[62]. Конституционный Суд РФ с очевидностью знаком с теорией пропорциональности и практикой его применения иными судами; в его решениях этот подход никогда явным образом не был отринут, и альтернативы ему не было предложено; напротив, само требование соразмерности является ключевым при рассмотрении споров, связанных с ограничениями прав; в этой ситуации возникает и пока остается без ответа вопрос, почему критерии, используемые в рамках принципа пропорциональности, восприняты столь отрывочно и применяются не вполне последовательно.

Что касается категории пределов права как возможной дополнительной (точнее, самой первой) ступени рассмотрения вопроса о вмешательстве в право, следует признать, что Конституция РФ дает некоторые основания для ее использования. Отдельные ее формулы, закрепляющие права, позволяют говорить о конституционных пределах этих прав. Например, в соответствии со статьей 31 граждане Российской Федерации имеют право собираться «мирно, без оружия»; закрепленное в статье 34 право заниматься предпринимательской и иной экономической деятельностью сопровождается запретом экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию; и др. В нормах Конституции могут быть обнаружена пределы прав, установленные по кругу не только правомочий, но и субъектов («граждане», «каждый, кто законно находится на территории Российской Федерации», «малоимущие лица») и объектов («материнство», «детство», «семья») прав. Конструкция запрета злоупотребления правами части 3 статьи 17 («Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц») при всех сложностях ее толкования также может рассматриваться как некий обобщенный предел осуществления прав.

При этом в практике Конституционного Суда можно обнаружить разные подходы к вопросу о пределах прав. Один из них может быть условно обозначен как «ограничительный». Например, Суд отказал в рассмотрении жалобы на признание государством только официально зарегистрированных браков, отметив, что, поскольку Конституция РФ не содержит понятия брака и его правовой охраны, а правовое регулирование брачных отношений в России осуществляется только государством, в настоящее время не признающим незарегистрированный брак, «отсутствует нормативная основа для решения Конституционным Судом Российской Федерации вопросов, поставленных заявительницей, и ее жалоба является беспредметной»[63]. Похожим образом, Суд не нашел оснований для принятия к рассмотрению жалобы на неконституционность нормы Семейного кодекса РФ, допускающей регистрацию брака только при добровольном согласии *мужчины и женщины* и не допускающей тем самым регистрации брака между лицами одного пола. Указав, что семье в Российской Федерации обеспечивается государственная защита и поддержка, Суд уточнил, что «и Конституция [РФ], и международные правовые нормы исходят из того, что одно из предназначений семьи — рождение и воспитание детей» и что «ни из Конституции [РФ], ни из принятых на себя Российской Федерацией международно-правовых обязательств не вытекает обязанность государства по созданию условий для пропаганды, поддержки и признания союзов лиц одного пола, при том что само по себе отсутствие такой регистрации никак не влияет на уровень признания и гарантий в Российской Федерации прав и свобод заявителя как человека и гражданина»[64].

Вместе с тем нельзя сказать, что Конституционный Суд в своей практике «злоупотреблял» буквальным прочтением Конституции; в ряде случаев он выводил права, не зафиксированные напрямую, из ряда статей основного закона. Позиция, которая может быть условно обозначена как «расширительная», была продемонстрирована, например, в уже упомянутых делах, где фигурировало право на объединение в политические партии — данное право не зафиксировано в Конституции РФ непосредственно, но было выведено из статей 13 (признание политического многообразия) и 30 (право на объединение). Аналогичным образом, на основе норм о сво-

боде совести (ст. 28) и праве на объединение было выведено право на создание религиозных объединений[65]. Заметим, что даже указание на предел права, на первый взгляд вполне однозначный, через установление субъекта данного права, не всегда означало для Суда требование «узкого» прочтения соответствующей нормы. Это подтверждается делом, связанным с жалобой на неконституционность отдельных положений еще Закона СССР 1981 года о правовом положении иностранных граждан. Заявителем по данному делу было лицо без гражданства; несмотря на то что в соответствии с частью 4 статьи 125 Конституции Суд проверяет конституционность законов по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод *граждан*, в данном деле он подошел к вопросу о приемлемости жалобы не формально, приняв во внимание статьи 46 («*Каждому* гарантируется судебная защита его прав и свобод»), 17 («Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат *каждому* от рождения»), 62 («Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности *наравне* с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральными законами или международным договором Российской Федерации») Конституции и указав в итоге, что «возможность защиты прав и свобод посредством конституционного правосудия должна быть обеспечена каждому, в том числе иностранным гражданам и лицам без гражданства, если законом нарушены их права и свободы, гарантированные Конституцией»[66]. Такой расширительный подход выглядит оправданным не только с логической точки зрения, но и с учетом приведенного выше положения части 1 статьи 55 Конституции.

Тем более сильные сомнения внушает одно из ярких постановлений Суда, в котором была представлена проблема замещения должности высших должностных лиц субъектов. Дело в том, что еще в 1996 году, когда отсутствовал федеральный закон, который регулировал бы вопросы формирования высших органов власти субъектов РФ, Конституционный Суд признал, что «конституционный принцип единства государственной власти требует, чтобы субъекты Российской Федерации в основном исходили из федеральной схемы взаимоотношений исполнительной и законодательной власти... Конституция Российской Федерации не содержит прямого указания в отношении порядка избрания глав исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации. Однако она предусматривает в статье 3 (часть 2), что народ осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти. Из смысла этой статьи в ее взаимосвязи со статьей 32 Конституции Российской Федерации, закрепляющей право граждан избирать органы государственной власти, вытекает, что высшее должностное лицо, формирующее орган исполнительной власти, получает свой мандат непосредственно от народа и перед ним ответственно»[67]. Иными словами, было подтверждено избирательное право граждан на выборах высших должностных лиц субъектов РФ. В 1999 году был принят Федеральный закон «Об основных принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», установившие именно прямые выборы этих лиц. В 2005 году, рассматривая жалобу граждан, лишившихся пассивного и активного избирательного права на выборах глав субъектов в связи с тем, что последние, в результате поправок в Закон, теперь должны были быть «наделены полномочиями» законодательными органами субъектов РФ по представлению Президента РФ (имевшего вдобавок сильное влияние на итоговое решение, поскольку в случае двукратного отклонения предложенной им кандидатуры законодательный орган мог быть распущен), Конституционный Суд пересмотрел свою позицию и указал, что, «не имея непосредственного конституционного закрепления, эта возможность [выбирать и быть избранным на высшую должность субъекта РФ. — *А. Т.*] по своему нормативному содержанию не является необходимым элементом ни конституционного права граждан избирать и быть избранными в органы государственной власти, ни иных конституционных прав, таких как право граждан Российской Федерации на участие в управлении делами государства и право на доступ к государственной службе, закрепленных статьей 32 Конституции Российской Федерации», и потому рассматриваемый порядок не может

рассматриваться как ограничение конституционного права[68]. Это именно тот инструментальный подход к категории пределов права, который был рассмотрен выше, — если законодатель исключает возможности, не охватываемые сферой защиты права, речь об ограничении прав и, соответственно, проверке их правомерности, уже не идет. Однако в данном конкретном случае использование этого инструмента нельзя признать удачным[69], особенно с учетом того, что изменение позиции Суда относительно конституционных пределов избирательных прав не было убедительным образом аргументировано. Конституция РФ содержит еще много формул, регулирующих в том числе политические права, буквальное прочтение которых серьезным и не лучшим образом скажется на правовом статусе личности[70]. Что не менее важно, отсутствие последовательности в подходах к вопросам пределов конституционных прав может существенным образом затруднять их защиту.

В решениях Конституционного Суда РФ регулярно поднимался и вопрос относительно абсолютных прав. Естественно, Суд в большинстве случаев был весьма далек от того, чтобы рассматривать как абсолютные те возможности, которые были признаны защищаемыми каким-либо конституционным правом. Напротив, в практике Суда сразу после признания применимости конкретного права в деле иногда можно встретить специальное указание на то, что данное право «не является абсолютным, то есть не подлежащим никаким ограничениям»; после этого указания и рассматривается вопрос о правомерности ограничений[71].

Основная проблема, предопределяющая проблематичность выводов относительно абсолютных прав, связана с тем, что часть 3 статьи 55 Коституции РФ, предусматривая допустимость ограничений при соблюдении определенных требований, не содержит упоминания о том, что какие-нибудь из прав ограничивать нельзя и при соблюдении этих условий. На практике несколько запутала ситуацию статья 56 Конституции, закрепившая норму об ограничении прав в случае чрезвычайного положения (часть 1) и уточнившая в части 3, что «не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные статьями 20 [право на жизнь], 21 [достоинство личности], 23 (часть 1) [неприкосновенность частной жизни], 24 [защита информации о частной жизни лица], 28 [свобода совести], 34 (часть 1) [свобода предпринимательской деятельности], 40 (часть 1) [право на жилище], 46—54 [право на судебную защиту и ряд процессуальных гарантий]». Подход, в рамках которого указанные в этой норме права и свободы «не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах», был отражен в одном из постановлений[72] Судом, указавшим, что право на судебную защиту, находящееся в списке прав части 3 статьи 56, не может быть ограничено.

Тем не менее, как отмечалось некоторыми авторами[73], такой подход нельзя считать убедительным. Представляется, что статья 56 Конституции, будучи посвящена чрезвычайному положению, в своей части 3 устанавливает не абсолютный запрет на ограничение перечисленных в ней прав, а запрет, рассчитанный только на этот особый режим. Иными словами, логическая цепочка: «если права не могут быть ограничены даже в условиях чрезвычайного положения, это значит, что они не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах», кажущаяся привлекательной на первый взгляд[74], не является корректной. Слово «даже» представляется здесь обманчивым, добавляющим в норму тот смысл, который в ней изначально не заложен. Нельзя сказать, что перечисленные в части 3 статьи 56 права не могут быть ограничены «даже» в условиях чрезвычайного положения; они не могут быть ограничены «именно» в условиях чрезвычайного положения[75]. Более того, рассматриваемая норма не исключает полностью ограничений названных в ней прав в период действия этого режима. Она требует только, чтобы данный режим не служил *единственным* или *дополнительным* основанием для введения ограничений. Действительно, если в обычных условиях действует, например, ограничение свободы предпринимательской деятельности в форме требования получить лицензию для осуществления определенного вида деятельности, то это требование сохранится и на территории, на которой объявлено чрезвычайное положение.

Поскольку вопросы, связанные с ограничением основных прав в обычной ситуации, регулируются не статьей 56, а статьей 55 (ч. 3) Конституции, еще один путь поиска аб-

солютных прав может быть связан с анализом принципиальной возможности выполнить все условия правомерности вводимых ограничений применительно к конкретным правам: если применительно к какому-либо праву эти условия не могут быть соблюдены, ограничение этого права невозможно. Эта линия аргументации также была использована Конституционным Судом РФ. В том же Постановлении от 3 мая 1995 года было указано, что право на судебную защиту не подлежит ограничению также и потому, что оно ни в каком случае не может вступать в противоречие с целями введения ограничений, перечисленными в части 3 статьи 55 Конституции. Позднее с различной аргументацией были названы абсолютными и отдельные процессуальные гарантии, закрепленные Конституцией РФ: право на получение квалифицированной юридической помощи[76], право на презумпцию невиновности[77], право не быть осужденным повторно за одно и то же преступление[78], право осужденного на пересмотр приговора[79] и некоторые другие. Здесь, однако, нельзя не заметить своего рода «дрейф» практики Суда к отказу от абсолютности этих и иных прав. Так, в отношении права на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц, Конституционный Суд еще в период действия Конституции 1978 года (с поправками), сформулировал[80] правовую позицию, в соответствии с которой «не должны устанавливаться ограничения полного возмещения ущерба для граждан, чьи права и свободы были нарушены незаконными действиями государственных органов и должностных лиц». Однако позднее[81] Суд указал, что вынесение судебных решений по искам к России порождает коллизию конституционных ценностей, — своевременности и полноты исполнения судебного решения, с одной стороны, и стабильности и непрерывности в реализации государством возложенных на него функций и, следовательно, стабильности гарантированного государством конституционно-правового статуса личности — с другой. Поскольку право на судебную защиту (в том числе право на возмещение причиненного государством ущерба) не должно нарушать прав и свобод других лиц, федеральный законодатель вправе установить порядок исполнения судебных решений в отношении государства, предусматривающий определенные изъятия из общих правил исполнительного производства. Эта позиция означает, что праву на возмещение причиненного государством вреда абсолютный характер уже не придается. Применительно к иным элементам права на судебную защиту Суд принял правовую позицию, согласно которой федеральный законодатель, регулируя право на доступ к правосудию и на законный суд, должен «соблюдать вытекающее из Конституции РФ требование разумной соразмерности между используемыми средствами и поставленной целью, с тем чтобы не допустить такого ограничения указанных прав, которое затрагивало бы самое их существо»[82]. Иными словами, *соразмерное* ограничение этих элементов права на судебную защиту Судом все-таки допускается, хотя еще позже Суд снова подтвердил[83] со ссылкой на статью 56, что право на судебную защиту не подлежит ограничению.

Помимо некоторой непоследовательности в вопросах абсолютности прав следует указать и на решение, на данный момент «закрывшее» вопрос об абсолютной защите права на достоинство. В Постановлении, затрагивавшем вопросы невыдачи тел лиц, чья смерть наступила в результате пресечения совершения ими террористической деятельности, родственникам для захоронения, Конституционный Суд, согласившись с тем, что право человека быть погребенным после смерти согласно его волеизъявлению, с соблюдением обычаев и религиозных обрядов вытекает в том числе и из его права на достоинство, и указав, что личные права человека должны охраняться и после его смерти, что выражается в том числе в обрядовых действиях по погребению, одновременно просто констатировал, что право, гарантированное частью 1 стать 21 Конституции РФ (то есть право на достоинство), может быть ограничено в целях, установленных частью 3 статьи 55, не выясняя вопроса о соразмерности ограничения такого права как право на достоинство достигаемым конституционно-значимым целям[84].

Таким образом, практика Конституционного Суда, хотя и демонстрирует определенный потенциал к использованию принципа соразмерности ограничений, категорий пределов защиты прав и абсолютных прав, не

отличается особенной последовательностью и не предлагает четкого представления о сущности соответствующих конституционно-правовых инструментов.

5. Заключение

Принцип пропорциональности воспринят многими правовыми порядками в качестве структуры проверки правомерности ограничений прав. Понимаемый таким образом принцип пропорциональности, хотя и предполагает соотношение прав как *prima facie* защищаемых принципов с другими принципами (правами или иными благами), тем не менее не обесценивает значения прав, способных обеспечить индивидам защиту. Степень же этой защиты и отказ от рассмотрения права в качестве «козыря», как представляется, связаны не с принципом пропорциональности как таковым, а с правовой природой самих прав в современном обществе, стремящемся обеспечить согласование интересов различных социальных групп и такую степень свободы для каждого, которая была бы совместима со свободой других. Конституционные права, субъективные по своему характеру и одновременно представленные, как правило, в широких формулировках высокой степени абстрактности и рассчитанных на действие в самых разных ситуациях, содержат в себе потенциальную возможность конкуренции друг с другом и общими интересами. Но ни одно из них не должно быть полностью устранено из правовой системы в результате такой конкуренции: даже будучи «перевешены» соображениями в пользу иного блага в конкретной ситуации, они, тем не менее, сами не перестают быть благом, способным перевесить во многих других обстоятельствах. В этом смысле, тот факт, что правотворческие и правоприменительные органы часто вынуждены сопоставлять одни права с другими, а также права — с общими интересами, не принижает положение прав как высшей ценности, на обеспечение которой направлена деятельность всех органов публичной власти.

Однако, несмотря на эти соображения, в науке и практике можно проследить линию на сохранение понимания основных прав, по крайней мере некоторых из них, как «козырной карты» или «щита». Такое понимание требует более четкой проработки вопросов структуры права, в том числе выделения 1) возможностей, которые с конституционно-правовой точки зрения не являются частью его содержания (находятся за пределами защиты права), 2) возможностей, которые представляют собой часть защищаемого права, но находятся в сфере балансирования, то есть могут быть затронуты правомерным образом при условии соблюдения принципа пропорциональности, 3) возможностей, которые вовсе не могут быть затронуты, когда всякое вмешательство рассматривается как неправомерное. Именно такая схема позволит сохранять значение «щита», закрывающего индивидов от абсолютно исключенных средств воздействия, за последней категорией возможностей (абсолютными правами), и в то же время не допускать редукции прав к данным, неизбежно понимаемым узко, возможностям. При этом такая схема предполагает самостоятельную линию аргументации для выделении первой и третьей групп возможностей, не сводящейся к тому, что та или иная возможность обязательно всегда проигрывает или выигрывает при сопоставлении с иными ценностями, а концентрирующейся, скорее, на том смысле, который стоял за признанием того или иного права.

Как показывает практика Конституционного Суда РФ, значительная часть его решений посвящена проверке правомерности ограничений прав. Им была воспринята идея о ряде критериев в рамках принципа соразмерности, которым должно отвечать ограничение. В некоторых решениях он также демонстрировал готовность расширить структуру проверки, вводя 1) этап оценки того, имело ли место вмешательство в конституционное право и 2) категорию абсолютных прав, не допускающих ограничений вовсе. Тем не менее представляется возможным говорить о том, что опираясь на принцип соразмерности, Суд не использует его основные преимущества, а именно — последовательность и прозрачность проверки, предполагающие поэтапное сопоставление рассматриваемого ограничения с критериями принципа. Проблема пределов содержания конституционных прав также проявляется в практике Суда несколько хаотичным образом, что позволяет в отдельных случаях усомниться в его полной отвлеченности от политических соображений. Возможно, Суд мог бы не только более по-

следовательно, но и более полно реализовать потенциал защиты прав, заложенный в Конституции РФ. Это же относится к использованию категории абсолютных прав. Достаточно поверхностная аргументация в этой сфере могла бы уступить место более тщательной проработке вопроса о том, какие именно права (или отдельные аспекты этих прав) могли бы претендовать на защиту безотносительно сопоставления с иными ценностями. Принципиально важно было бы строить доводы о пределах защиты или абсолютности тех или иных конституционных прав, опираясь на соображения относительно природы этих прав, их происхождения, целей их закрепления и места в правовой системе, моральных ценностей, защищаемых ими, а не в результате сопоставления с иными благами, тем более что в практике Суда такое сопоставление не следует полностью четкой и объективной схеме.

Александра Троицкая — доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, кандидат юридических наук.

stephany@mail.ru

---

[1] Существуют случаи, когда указания на возможность ограничения прав в конституции напрямую не содержится (такова ситуация, например, в США), что может быть связано с особыми условиями и целями принятия документа, но не влияет, однако, на саму идею допустимости ограничения прав, развивающуюся в рамках «живой конституции».

[2] Так, требование, в соответствии с которым в основе ограничения должен лежать закон, отражает идею о том, что, если уж ограничения и устанавливаются, пусть это делается самими гражданами (их представителями): индивид свободен постольку, поскольку обязан подчиняться законам, демократически одобренным. См.: *Troper M.* Obedience and Obligation in the *Rechtsstaat* // Democracy and the Rule of Law / ed. by A. Przeworski, J. M. Maravall. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2003. P. 94—108, 95. Эта базовая конструкция может быть уточнена. Например, в практике Европейского Суда по правам человека термин «закон» понимается шире, как включающий не только акты первичного законодательства, но и иные правовые нормы конкретного государства, но в любом случае для того, чтобы формальное требование к ограничению «законом» можно было считать выполненным, установленные нормы проверяются с точки зрения их соответствия принципу верховенства права, предсказуемости и определенности регулирования и т. д. См.: *Korff D.* The Standard Approach under Articles 8—11 ECHR and Article 2 ECHR. URL: http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf (дата обращения: 17.04.2015).

[3] Характерным исключением здесь является Конституция ЮАР, в статье 36 которой установлено, что «Права Билля о правах могут быть ограничены только на основе закона общего применения в пределах, в которых такое ограничение является разумным и справедливым в открытом и демократическом обществе, основанном на человеческом достоинстве, равенстве и свободе, учитывая все факторы, которые относятся к делу, включая: (a) природу права; (b) важность цели ограничения; (c) природу и пределы ограничения; (d) отношение между ограничением и его целью; (e) наименее ограничивающие средства для достижения цели» (URL: http://worldconstitutions.ru/?p=78 (дата обращения: 17.04.2015)). Однако очевидно, что данная норма не была создана «с чистого листа»; здесь, скорее, был воспринят уже выработанный в рамках иных юрисдикций опыт применения принципа пропорциональности.

[4] О принципиальном сходстве «американского» метода балансирования и «европейского» принципа пропорциональности (по крайней мере, последнего его этапа, или пропорциональности в узком смысле) см.: *Коэн-Элия М.*, *Порат И.* Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3(82). С. 59—81. О сопоставлении двух методов см.: *Schlink B.* Proportionality (1) // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / ed. by M. Rosenfeld, A. Sajo. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 718—737, 721—722. О распространенности метода применительно к различным государствам см. также: *Gardbaum S.* Limiting Constitutional Rights // UCLA Law Review. Vol. 54. 2007. No. 4. P. 791.

[5] См.: *Grimm D.* Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence // Univer-

sity of Toronto Law Journal. Vol. 57. 2007. No. 2. P. 383–397.

[6] См.: *Шлинк Б.* К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2(87). С. 56–76, 57–62; *Должиков А.В.* «Гордость и предубеждение»: соразмерность полного конституционного запрета заключенным голосовать в России. Постановление Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года // Международное правосудие. 2013. № 4(8). С. 11–31, 25–31.

[7] См.: *Sweet A.S.*, *Mathews J.* Proportionality Balancing and Global Constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 47. 2008. No. 1. P. 72–164, 74.

[8] См.: *Möller K.* Proportionality: Challenging the Critics // International Journal of Constitutional Law. Vol. 10. 2012. No. 3. P. 709–731; *Endicott T.* Proportionality and Incommensurability // Proportionality and Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning / ed. by G. Huscroft, B. W. Miller, G. Webber. New York, NY : Cambridge University Press, 2014. P. 311–342, 328.

[9] См., например: *Aleinikoff T.A.* Constitutional Law in the Age of Balancing // The Yale Law Journal. Vol. 96. 1987. No. 5. P. 943–1005, 972–982, 984–994; *Tsakyrakis S.* Proportionality: An Assault on Human Rights? // International Journal of Constitutional law. Vol. 7. 2009. No. 3. P. 468–493; *Urbina F.* «Balancing as Reasoning» and the Problems of Legally Unaided Adjudication: A Reply to Kai Möller // International Journal of Constitutional law. Vol. 12. 2014. No. 1. P. 214–221.

[10] О категории взвешивания, означающей не весы, а вовлечение различных соображений в процесс аргументирования и принятия решения см.: *Möller K.* Proportionality: Challenging the Critics. О пределах взвешивания см.: *Grimm D.* Op. cit. P. 396.

[11] Термин «конкуренция» акцентирует соперничество ценностей, определенные элементы *каждой* из которых могут сохраняться по результатам сделанного выбора, что принципиально для идеи пропорциональности. Тем не менее в ряде случаев оправданным выглядит использование термина «конфликт», предполагающего более жесткое столкновение несовместимых позиций и выбор только одной из них при полной потере другой. Эта проблема, озвученная в науке, представляет собой особое препятствие на пути понимания прав как «козырных» карт. См.: *Zucca L.* Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas // Conflicts Between Fundamental Rights / ed. by E. Brems. Antwerp : Intersentia, 2008.

[12] См.: *Alexy R.* A Theory of Constitutional Rights. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2002. P. 57.

[13] См.: *Tushnet M.* Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law. Cheltenham, Northampton : Edward Elgar, 2014. P. 77.

[14] См.: *Герардс Я.*, *Сенден Х.* Структура основных прав и Европейский Суд по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 3(76). С. 36–63, 38; *Faigman D.L.* Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles Versus Supreme Court Practice // Virginia Law Review. Vol. 78. 1992. No. 7. P. 1521–1580, 1523.

[15] См.: *Хессе К.* Основы конституционного права ФРГ. М.: Юрид. лит., 1981.

[16] См.: *Герардс Я.*, *Сенден Х.* Указ. соч.

[17] См.: *Alexy R.* Op. cit. P. 179, 197.

[18] См.: *Mavronicola N.* What is an «Absolute Right»? Deciphering Absoluteness in the Context of the European Convention of Human Rights // Human Rights Law Review. Vol. 12. 2012. No. 4. P. 723–758, 728.

[19] New York v. Ferber. 458 U.S. 747 (1982). URL: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=458&invol=747 (дата обращения: 17.04.2015).

[20] См.: *Aleinikoff T.A.* Op. cit. P. 943.

[21] *Faigman D.L.* Op. cit. P. 1537.

[22] Примечательна ссылка, сделанная в этом решении на дело «Чаплински против Нью-Гемпшира» (Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)), при рассмотрении которого указывалось, что некоторые категории высказываний не являются необходимой частью представления идей и в качестве шага на пути к истине имеют настолько незначительную социальную ценность, что легко перевешиваются общественными интересами порядка и нравственности. Можно заметить, что первая часть этой фразы говорит о содержательном пределе свободы слова, а вторая – снова сосредоточена на взвешивании.

[23] Например, статья 2 Основного закона ФРГ устанавливает, что «каждый имеет право на свободное развитие своей личности в той мере, в какой он не нарушает прав других и не посягает на конституционный строй или нравственный закон». В соответствии со статьей 4 Декларации

прав человека и гражданина 1789 года, «свобода состоит в возможности делать все, что не наносит вреда другому».

[24] Например, согласно статье 5 Основного закона ФРГ: «Искусство и наука, исследования и преподавание свободны. Свобода преподавания не освобождает от обязанности сохранять верность Конституции».

[25] См.: *Богданова Н.А.* Система науки конституционного права. М. : Юристъ, 2001. С. 165.

[26] Например, такое положение содержится в статье 32 Конституции Испании.

[27] См.: *Kumm M.* What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement : New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 46(2006). P. 12.

[28] Пределы могут касаться также объекта права как защищаемого данным правом блага, или его субъекта, но можно заметить, что существо предела от этого мало меняется. Так, в приведенном выше примере можно говорить о том, распространяется ли право заключения брака на определенных субъектов — лиц одного пола, включает ли защищаемый объект — брак — связи между однополыми лицами, входит ли в соответствующее право правомочие лиц одного пола на заключение признаваемого государством брака.

[29] «Каждый имеет право свободно выражать и распространять свое мнение устно, письменно и посредством изображения, а также беспрепятственно получать информацию из общедоступных источников. Гарантируются свобода печати и свобода передачи информации посредством радио и кино. Цензуры не существует».

[30] См.: 90 BverfGE 241 (1994). Цит. по: Конституционные права в России: дела и решения : учеб. пособие / отв. ред. А. Шайо. М. : Ин-т права и публичной политики, 2002. С. 552—555.

[31] См.: *Webber G.C.N.* The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights. New York : Cambridge University Press, 2012. P. 103, 123—133.

[32] *Gewirth A.* Are There Any Absolute Right? // The Philosophical Quarterly. Vol. 31. 1981. No. 122. P. 1—16, 2.

[33] *Möller K.* The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection : LSE Law, Society and Economy Working Papers 13/2010. URL: http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-13_Moller.pdf (дата обращения: 17.04.2015).

[34] См.: *Mavronicola N.* Op. cit. P. 729—730.

[35] О таком понимании прав см.: *Nozick R.* Anarchy, State, and Utopia. New York : Basic Books, 1974. P. 28—29. Цит. по: *Möller K.* The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection. P. 9.

[36] *Webber G.C.N.* Op. cit.

[37] См.: Report of the International Law Commission on the work of its Eighteenth Session, 4 May — 19 July 1966 // Yearbook of the International Law Commission. 1966. Vol. II. P. 247—248.

[38] См.: Application no. 22978/05, Gäfgen v. Germany, Judgment of 1 June 2010.

[39] См., например: Application no. 100/1997/884/1096, A. v. the United Kingdom, Judgment of 23 September 1998. См. также: *Eadie J., Gallafent K.* Positive Obligations Under Articles 2 and 3 of ECHR. URL: URL: http://www.blackstonechambers.com (дата обращения: 17.04.2015).

[40] См.: *Mavronicola N.* Op. cit. P. 732. См. также: *Palmer S.* A Wrong Turning: Article 3 ECHR and Proportionality // Cambridge Law Journal. Vol. 65. 2006. No. 2. P. 438—451, 448—449. По мнению автора этой работы, статья 3 Конвенции, формулируя обязательства государства в абсолютных категориях, не предполагает различий в отношении к позитивным и негативным обязательствам государства, однако определение рамок позитивного обязательства требует рациональной оценки конкурирующих интересов: в контексте позитивного обязательства по статье 3 государство обязано принимать *разумные* шаги для защиты лица от запрещенного обращения, о котором государству стало (или должно было быть) известно.

[41] В отличие от права на достоинство, право на жизнь террористов было признанно ограничиваемым в случае сбивания самолета, однако такое ограничение было признано отвечающим требованиям соразмерности.

[42] См.: *Tushnet M.* Op. cit. P. 81.

[43] См.: *Kumm M.* Op. cit. P. 37.

[44] Ibid. P. 38.

[45] Как указывает Кумм, естественно, пытки недопустимы для того, чтобы выяснить, где вор спрятал похищенные ценности. Однако способность суда провести соответствующее взвешивание не вызывает сомнений. Так, в 1963 году Федеральный конституционный суд Германии рассмотрел дело о допустимости взятия у обвиняемого спинномозговой жидкости для определения его дееспособности (16 BVerfGE 194). Определение дееспособности было признано легитимной целью, а забор спинномозговой жидкости — подходящим и необходимым средством. Тем не менее, с учетом своей болезненности и опасности, процедура была признана отвечающей тре-

бованиям пропорциональности для решения вопроса только при серьезных преступлениях. См.: *Schlink B.* Op. cit. P. 721.

[46] Заметим также, что на практике проблематичность абсолютного понимания права не подвергаться ненадлежащему обращению подтверждается некоторыми другими делами, рассмотренными в связи с действием статьи 3 Конвенции. См., например: Kröcher and Möller v. Switzerland. Report 16.12.82. D.R.34. В этом деле Комиссия указала на необходимость сопоставления условий содержания заключенных заявителей (по мнению последних, условия нарушали статью 3 Конвенции) с целями и продолжительностью введения этих условий (обеспечение безопасности). Получается, что допустимость или недопустимость того или иного обращения оценивалась в зависимости от того, насколько это обращение оправдано внешними соображениями, тогда как абсолютные права по своей идее не допускают такого сопоставления. См. также: Application no. 14038/88, Soering v. the United Kingdom. Judgment of 7 July 1989. В этом деле в число факторов, принимаемых во внимание при толковании бесчеловечного или унижающего достоинство обращения в делах об экстрадиции, предлагалось включать опасность для укрывающего государства. Не случайно позднее соответствующие позиции были уточнены, см., например: Application no. 22414/93, Chahal v. the United Kingdom, Judgment of 15 November 1996.

[47] См., например: Belgium v. Senegal, Judgment of 20 July 2012, I.C.J. Reports 2012. P. 422; Application no. 35763/97, Al-Adsani v. the United Kingdom, Judgment of 21 November 2001 (одно из решений Европейского Суда по правам человека, в котором он подтвердил императивный характер нормы, запрещающей пытки. По этому делу примечательно особое мнение шести судей, акцентировавших необходимость признании приоритета нормы *jus cogens*, каковой был признан запрет пыток, над положениями, не имеющими такой силы).

[48] Так, Верховным судом Израиля был рассмотрен вопрос о допустимости средств физического воздействия к допрашиваемым лицам, причастным к террористическим актам. Был сделан вывод о том, что соответствующие методы допроса (встряска, лишение сна и другие) затрагивают достоинство допрашиваемого. Общий вывод, однако, сводился к тому, что такие приемы допроса не могли быть установлены директивами исполнительной власти, как это было в деле, поскольку базовые вопросы прав и общества, этики и политики, принципа верховенства права и безопасности «должны быть определены законодательной ветвью», представляющей народ и способной принять требуемый акт, обеспечив его соответствие ценностям государства Израиль, надлежащую цель и отсутствие ограничения сверх необходимого. См.: Решение от 6 сентября 1999 года. URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.htm (дата обращения: 17.04.2015).

[49] См.: *Twiss S.B.* Torture, Justification, and Human Rights: Toward an Absolute Proscription // Human Rights Quarterly. Vol. 29. 2007. No. 2. P. 346–367; о различии последствий морального и правового разрешения сурового обращения см.: *Gur-Arie M.* Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations // Torture: A Collection / ed. by S. Levinson. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2004. Нельзя не сказать, что даже и абсолютный запрет пыток не снимет всех вопросов, например, в части расхождений относительно того, являются ли те или иные действия государства таким обращением, распространяется ли соответствующая обязанность на действия государства в рамках отношений депортации, экстрадиции и т. д. О проблеме релятивизма применительно к абсолютному праву см.: *Mavronicola N.*, *Messineo F.* Relatively Absolute? The Undermining of Article 3 ECHR in *Ahmad v. UK* // The Modern Law Review. Vol. 76. 2013. No. 3. P. 589–603; *Feldman D.* Civil Liberties and Human Rights in England and Wales. 2nd nd. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 242; см.: также дело, в котором Европейского Суда по правам человека отчетливо ставил проблему относительности определения того, шла ли речь о пытках: Application no. 5310/71, Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978. Тем не менее по крайней мере некоторые виды обращения с индивидами будут исключены на абсолютной основе, что уже сделает соответствующую категорию (абсолютные права) оправданной. Кроме того, проблему относительности не нужно путать с допустимостью применения принципа пропорциональности. См.: *Palmer S.* Op. cit. P. 439.

[50] Application no. 2346/02, Pretty v. the United Kingdom, Judgment of 29 April 2002.

[51] См., например: *Wicks E.* Challenging Some Myths about the Right to Life at the End of Life. 1: Not an Absolute Right // Clinical Ethics. Vol. 6. 2011. No. 4. P. 167–171.

[52] См.: *Lepsius O.* Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act // German Law Journal. Vol. 7. 2006. No. 9. P. 761–776, 770.

[53] См.: *Должиков А. В.* Ограничение основных прав законами субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 2. С. 14–16.

[54] См., например, постановления Конституционного Суда РФ: от 22 ноября 2001 года № 15-П; от 28 февраля 2006 года № 2-П.

[55] См., например, постановления Конституционного Суда РФ: от 4 апреля 1996 года № 9-П; от 11 марта 1998 года № 8-П и др.

[56] См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июля 2007 года № 11-П, в котором не противоречащим Конституции было признано радикальное увеличение требуемого числа членов партии – с 10 тыс. до 50 тыс. человек. Позднее Европейского Суда по правам человека счел данное ограничение свободы объединения не соответствующим принципу пропорциональности (см.: Application no. 12976/07, Republican Party of Russia v. Russia, Judgment of 12 April 2011). Законодательными изменениями 2012 года к численности партии требования были снижены (в настоящее время 500 чел.).

[57] См. постановления Конституционного Суда РФ: от 27 марта 1996 года № 8-П; от 15 января 1998 года № 2-П; 14 ноября 2005 года № 10-П, от 26 декабря 2005 года № 14-П, от 16 июля 2008 года № 9-П; от 13 мая 2014 года № 14-П, и др.

[58] Постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 года № 15-П.

[59] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 марта 2014 года № 7-П. См. также постановления: от 15 июля 1999 года № 11-П; от 27 мая 2003 года № 9-П; от 27 мая 2008 года № 8-П; от 30 июня 2011 года № 14-П и др.

[60] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2012 года № 11-П. См. также постановления: от 20 июля 1999 года № 12-П; от 6 июня 2000 года № 9-П; от 22 ноября 2000 года № 14-П; от 12 июля 2007 года № 10-П; от 20 декабря 2010 года № 22-П; от 22 апреля 2011 года № 5-П.

[61] Существуют также позиция, в соответствии с которой право «может быть ограничено федеральным законом в целях защиты конституционно значимых ценностей при обязательном соблюдении принципов необходимости, пропорциональности и соразмерности, с тем чтобы вводимые им ограничения не посягали на само существо данного конституционного права» (Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2014 года № 976-О). Иными словами, в рамках данной позиции для признания ограничения соразмерным будет достаточно, если оно не посягает на существо права. Этот подход никак не укладывается в приведенную в данной работе схему: даже если мы признаем наличие неприкосновенного «ядра» права, последнее имеет еще такие содержательные аспекты, ограничение которых, собственно, и требует проверки с помощью указанных критериев принципа пропорциональности, имеющих самостоятельное значение.

[62] См.: Особое мнение судьи Кононова к Постановлению Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 года № 1-П; *Шустров Д. Г.* Прирученный Левиафан: Государство как объект конституционно-правового регулирования. СПб. : Изд. дом «Алеф Пресс», 2014. С. 310–312.

[63] Определение Конституционного Суда РФ от 17 мая 1995 года № 26-О.

[64] Определение Конституционного Суда РФ от 16 ноября 2006 года № 496-О.

[65] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2011 года № 26-П.

[66] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17 февраля 1998 года № 6-П.

[67] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 года № 2-П.

[68] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П.

[69] См., например: *Нуссбергер А.* «Сильное государство» как основополагающая идея российского конституционного правосудия // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1 (54). С. 154–155; *Саликов М.* «Позиции» и правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: до и после решения по делу о «назначении» губернаторов // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2 (55). С. 160–167.

[70] Особенную тревогу может внушать положение статьи 31 Конституции РФ: «Граждане Российской Федерации имеют право собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование». Формально уведомительный порядок проведения некоторых из этих форм публичных мероприятий сопряжен с проблематичными процедурами со-

гласования. Одновременно попыткам уйти от этих процедур путем организации других форм мероприятий был поставлен серьезный заслон Кодексом об административных правонарушениях, статья 20.2.2. которого устанавливает ответственность за организацию не являющегося публичным мероприятием массового одновременного пребывания и (или) передвижения граждан в общественных местах, призывы к нему или участие в нем, если массовое одновременное пребывание и (или) передвижение граждан в общественных местах повлекли нарушение общественного порядка или санитарных норм и правил, нарушение функционирования и сохранности объектов жизнеобеспечения или связи *либо причинение вреда зеленым насаждениям либо создали помехи движению пешеходов* или транспортных средств либо доступу граждан к жилым помещениям или объектам транспортной или социальной инфраструктуры. Буквальное прочтение статьи 31 Конституции в том смысле, что в ней установлен исчерпывающий перечень мероприятий, попадающих под конституционную защиту, могло бы позволить придти к выводу о том, что данное, безусловно, очень широкое описание административного правонарушения даже не является ограничением каких-либо конституционных прав.

[71] См., например, постановления Конституционного Суда РФ: от 16 июня 2009 года № 9-П (речь шла о праве на свободу и личную неприкосновенность); от 5 декабря 2012 года № 30-П (право на проведение публичных мероприятий) и др.

[72] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 3 мая 1995 года № 4-П.

[73] См.: Конституционные права в России: дела и решения : учеб. пособие / отв. ред. А. Шайо. С. 61.

[74] См., например: *Шустров Д. Г.* Указ. соч. С. 302. В рамках уточняющего подхода ни при каких обстоятельствах, *включая и* чрезвычайное положение, не может быть ограничено право на судебную защиту, поскольку оно представляет не только основное право, но и гарантии иных прав, в связи с чем часть 3 статьи 55 Конституции на него не распространяется. См.: *Самович Ю. В.* Право человека на международную судебную защиту: Дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2007.

[75] Тем не менее даже заявители подчас пытаются обосновать неправомерность ограничений их прав ссылками именно на часть 3 статьи 56, притом что обжалуют акты, действующие в обычной ситуации, а не в режиме чрезвычайного положения, а Суд воспринимает эту аргументацию. См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 18 февраля 2000 года № 3-П.

[76] В Постановлении от 27 марта 1996 года № 8-П Конституционный Суд РФ указал, со ссылкой на часть 3 статьи 56 Конституции, что конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи не может быть ограничено ни при каких обстоятельствах. Позднее, в Постановлении от 26 декабря 2003 года № 20-П Судом была использована несколько иная формулировка: было признано, что данное право в силу Конституции ни при каких условиях не подлежит *произвольному* (выделено мной. — *А. Т.*) ограничению. Тем самым непроизвольное, в частности отвечающее требованиям статьи 55 (ч. 3) Конституции, ограничение, по-видимому, допускается.

[77] В соответствии с позицией Конституционного Суда РФ, выраженной в Постановлении от 28 октября 1996 года № 18-П, презумпция невиновности, равно как и право на судебную защиту относятся к таким правам, которые не подлежат ограничению ни при каких условиях; правда, и в этом случае Суд опирался на статью 56 (ч. 3) Конституции.

[78] Конституционный Суд указал в Постановлении от 19 марта 2003 года № 3-П, что указанное право в силу своей конституционно-правовой природы не подлежит ограничению.

[79] По мнению Конституционного Суда, это право по смыслу Конституции носит абсолютный характер и не может быть ограничено законодателем ни по кругу лиц, ни по видам судебных приговоров, подлежащих пересмотру, ни по каким иным обстоятельствам (см.: Постановление от 6 июля 1998 года № 21-П).

[80] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 января 1993 года № 1-П.

[81] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2005 года № 8-П.

[82] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 6 апреля 2006 года № 3-П.

[83] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17 марта 2009 года № 5-П.

[84] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 28 июня 2007 года № 8-П.

Ограничительная оговорка и тест на пропорциональность в практике Верховного суда Израиля*

Дмитрий Шустров

Настоящая статья посвящена анализу ограничительной оговорки и теста на пропорциональность в конституционном праве Израиля. На основе изучения решений Верховного суда Израиля и основных теоретических подходов к проблеме, автор анализирует механизмы ограничения прав человека, стадии конституционного контроля закона, вводящего ограничения, распределение бремени доказывания, различение между пределами и ограничениями прав человека, проблему производных прав, абсолютных прав и ограничения *de minimis*, содержание ограничительной оговорки и ее четырех элементов, включая тест на пропорциональность и его компоненты (подтесты уместности и разумной связи между средством и целью; необходимости и средств ограничения, причиняющих наименьший ущерб; пропорциональности *stricto sensu* и взвешивания), а также пределы действия ограничительной оговорки, включая оговорку о действительности законов и отменительную оговорку «несмотря на…».

Пределы и ограничения прав; пропорциональность; принцип и тест на пропорциональность; взвешивание; баланс; Основные законы Израиля

Проблематика пропорциональности в конституционном праве является одной из самых популярных тем в мировой юридической литературе. Настоящая статья еще раз подтверждает данное утверждение. Объектом нашего анализа избраны ограничительная оговорка и тест на пропорциональность в конституционном праве Израиля. Цель, которую мы себе ставили, состоит в подробном описании содержания стадий судебного контроля закона, ограничивающего права человека, элементов ограничительной оговорки, а также структуры теста на пропорциональность и проблем его применения в практике Верховного суда Израиля.

Статья подразделяется на шесть частей. В *первой части* дается описание механизмов ограничения прав человека в конституционной системе Израиля. Во *второй части* представляются три стадии судебного контроля закона, ограничивающего права человека. В *третьей части* обращается внимание на распределение бремени доказывания между сторонами процесса. В *четвертой части* дается характеристика первой стадии судебного контроля, — определение содержания права и факта его ограничения, — в том числе проводится различие между пределами и ограничениями прав человека, дается анализ проблем производных прав, абсолютных и относительных прав и ограничений *de minimis*. В *пятой части* дается характеристика второй стадии судебного контроля — исследование ограничительной оговорки. Анализируются четыре элемента ограничительной оговорки: ограничение должно производиться законом или в соответствии с законом; соответствовать ценностям Государства Израиль; преследовать надлежащую цель; ограничи-

* Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда (проект № 14-18-00168).

вать право человека лишь в той мере, в какой это необходимо. Из последнего — четвертого — элемента ограничительной оговорки выводится принцип и тест на пропорциональность, состоящий, в свою очередь, из трех компонентов (подтестов), — уместности, необходимости и пропорциональности *stricto sensu*, — каждый из которых подробно анализируется. В *шестой части* дается описание пределов действия ограничительной оговорки на основе двух механизмов: оговорки о действительности законов и отменительной оговорки «несмотря на...».

I. Механизмы ограничения прав человека. Ограничение прав человека в условиях чрезвычайного положения

1. Основной закон о достоинстве и свободе человека[1] и Основной закон о свободе экономической деятельности[2] устанавливают ряд механизмов ограничения прав человека.

Во-первых, оба Основных закона содержат **ограничительную оговорку**, позволяющую ограничивать права человека при соблюдении установленных ею требований (ст. 8 Основного закона о достоинстве и свободе человека; ст. 4 Основного закона о свободе экономической деятельности).

Во-вторых, статья 10 Основного закона о достоинстве и свободе человека содержит **оговорку о действительности законов**, исключающую из-под действия ограничительной оговорки остающиеся в силе законы, а также действия и события, имевшие место до вступления в силу Основного закона. Более мягкое регулирование содержит статья 4 Основного закона о свободе экономической деятельности.

В-третьих, статья 8 Основного закона о свободе экономической деятельности содержит **отменительную оговорку «несмотря на...»**, позволяющую, при соблюдении ряда условий, обойти ограничительную оговорку, то есть проигнорировать предъявляемые ей требования и ввести любые ограничения прав человека.

Возможен и четвертый механизм «ограничения» прав человека, а скорее механизм **переопределения их пределов**, — посредством внесения изменений в Основные законы. Содержание права можно «ограничить», внеся изменение в норму, провозглашающую данное право. Такое ограничение подчиняется требованиям, установленным для изменения Основных законов.

Данные оговорки позволяют ограничивать права человека. Однако эти положения имеют и оборотный смысл. Соблюдение требований, установленных данными нормами, является не только основанием легального ограничения прав человека, но и гарантией их защиты от произвольных нарушений.

2. Оба Основных закона содержат гарантии от ограничений прав в условиях чрезвычайного положения.

Статья 12 Основного закона о достоинстве и свободе человека содержит, во-первых, запрет на изменение, приостановление либо ограничение Основного закона актами, принятыми в условиях чрезвычайного положения, а также, во-вторых, ограничительную оговорку в условиях чрезвычайного положения: «Когда объявляется чрезвычайное положение актом, принятым в соответствии со статьей 9 Ордонанса о законе и администрации № 5708-1948, акты, принятые в условиях чрезвычайного положения, могут отменять либо ограничивать права при условии, что отмена либо ограничение будут осуществлены с надлежащей целью, на сроки и в пределах, не превышающих необходимого».

Кроме того, в пункте «d» статьи 39 Основного закона о Правительстве от 7 марта 2001 года[3] содержится исключение, запрещающее актами чрезвычайного положения нарушать достоинство личности, препятствовать праву на подачу заявлений в суд и вводить обратную силу для мер ответственности.

Также и статья 6 Основного закона о свободе экономической деятельности содержит запрет на изменение, приостановление либо ограничение Основного закона актами, принятыми в условиях чрезвычайного положения.

II. Стадии судебного контроля закона, ограничивающего права человека

В решении по делу *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, Председатель Суда А. Барак предложил взять за основу судебного контроля закона, ограничивающего права человека, анализ на основе трех стадий: «Когда судья сталкивается с утверждением, что законодательство противоречит положе-

ниям Основного закона, он должен провести судебный контроль на основе трех стадий»[4].

На **первой стадии** судебного контроля судья должен определить, действительно ли закон ограничивает охраняемое право человека. Для того чтобы это сделать, судья должен осуществить интерпретацию основного права (конституционное толкование) и законодательства (толкование закона). Уровень требуемых доказательств соответствует требованиям в гражданском процессе, то есть преобладание доказательств или баланс вероятностей. Если судья придет к выводу, что обычный закон действительно ограничивает основное право, он должен перейти ко второй стадии судебного контроля.

На **второй стадии** судебного контроля судья должен определить, соответствует ли закон, вводящий ограничение основного права требованиям ограничительной оговорки. Здесь уровень требуемых доказательств также соответствует требованиям в гражданском процессе, то есть преобладание доказательств или баланс вероятностей. Иногда, в целях доказывания, необходимо представить фактические основания, свидетельствующие в пользу конституционности закона. В некоторых делах здравый смысл и жизненный опыт являются достаточными для того, чтобы убедить суд, что ограничивающий права закон отвечает требованиям ограничительной оговорки. Если судья приходит к выводу, что ограничивающий права закон не соответствует требованиям ограничительной оговорки, он должен приступить к третьей стадии судебного контроля.

На **третьей стадии** судебного контроля Суд рассматривает конституционные средства судебной защиты права. Суд может признать закон или его часть недействительным.

Данный трехстадийный подход был подтвержден в целом ряде решений Верховного суда Израиля[5].

В деле *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*[6] Верховному суду необходимо было решить, применяется ли описанный общий подход к судебному контролю на основе трех стадий в *обстоятельствах данного дела, связанных с предотвращением террористических атак*. Председатель Суда А. Барак отверг сомнения, указав, что израильское конституционное право устанавливает одинаковый подход к правам человека как в период относительного спокойствия, так и в период ожесточенных боев. Исключительные обстоятельства не должны приводить к ослаблению тщательности конституционного контроля. Поэтому существует лишь один подход к проверке конституционности закона, никаких альтернативных подходов быть не должно. Он применяется как в мирное, так и в военное время.

III. Бремя доказывания

Для судебного контроля пропорциональности закона, ограничивающего права, крайне важным является вопрос о несении бремени доказывания сторонами процесса. Распределение бремени доказывания подчиняется логике судебного контроля на основе трех стадий[7].

На первой стадии судебного контроля, когда определяется действительно ли закон нарушает охраняемое право человека, *бремя доказывания ложится на сторону, заявляющую о нарушении конституционного права*. Действует *презумпция конституционности закона*, поэтому та сторона, которая стремится опровергнуть эту презумпцию, и несет бремя доказывания.

На второй стадии судебного контроля, когда рассматривается конституционность ограничения права, *бремя доказывания лежит на стороне, утверждающей, что ограничение конституционно, — то есть на государстве*[8]. Бремя доказывания на данной стадии достаточно тяжелое, поэтому объективно индивид не сможет его вынести, это под силу лишь государству.

Важно понимать, что человек всегда выступает слабой стороной отношения «государство-личность», поэтому если он испытывает какие-либо трудности в процессе доказывания нарушения его прав, суд должен отнестись к этому с особым вниманием и *обязать государство предоставить дополнительные доказательства*. В своем мнении по делу *Tzemach v. Minister of Defence*[9], Судья И. Замир обратил внимание на то, что, «если заявитель смог указать на сомнения относительно законности соображений государственной власти или относительно разумности решения органа власти, но при этом не может представить доказательств, достаточ-

ных для того, чтобы суд мог окончательно определить, было ли решение законным или не законным, суд не обязан сразу отклонять жалобу лишь по причине нехватки доказательств. Вместо этого суд может потребовать от государства предоставить ответы на дополнительные вопросы или представить дополнительные доказательства... включая показания, документы и т. п.».

IV. Первая стадия судебного контроля: определение содержания права и факта его ограничения

На первой стадии судебного контроля Суд должен определить содержание (объем, пределы) права и установить факт его ограничения.

1. Пределы и ограничение права – содержание права и мера его защиты

Верховный суд Израиля проводит четкое различие между пределами права и его ограничением или, иными словами, между содержанием (объемом) права и мерой его защиты (возможностью реализации), «между обладанием правом и возможностью его реализовать. Объем (содержание) права шире предоставленной ему защиты и возможности его реализовать в соответствии с законом»[10].

Данное различение корреспондирует первым двум стадиям судебного контроля закона, ограничивающего права человека — первой стадии судебного контроля, когда определяется, действительно ли закон нарушает охраняемое право человека и второй стадии судебного контроля, когда рассматривается конституционность ограничения права.

Различие между пределами права и его ограничением имеет важное аргументативное значение. Во-первых, оно используется в качестве аналитической основы для различения между горизонтальным взвешиванием (на первой стадии конституционного контроля) и вертикальным взвешиванием (на второй стадии), то есть взвешиванием нескольких пересекающихся прав человека, и взвешиванием между этими правами и другими социальными ценностями и интересами. Во-вторых, оно позволяет увидеть различие между ролью суда в качестве интерпретатора права, закрепленного в конституционном тексте, и ролью суда в контроле конституционности ограничения данного конституционного права правовой нормой, находящейся ниже в нормативной иерархии. В-третьих, оно помогает разграничить бремя доказывания[11].

Отличие между пределом и ограничением права выражается и в различении между изменением содержания (объема, пределов) права посредством поправки к основному праву и его ограничением посредством закона.

Изменение содержания (объема) основного права затрагивает непосредственно само основное право, точнее, провозглашающую его норму, оно ее изменяет. Оно «может быть осуществлено в лучшую или в худшую сторону»[12] и выражаться в форме сужения или расширения объема права, исключения или дополнения отдельных правомочий данного права, а также иного рода модификациях вплоть до отмены самого права. «Изменение содержания (объема) основного права требует конституционного изменения»[13].

Изменение содержания (объема) основного права может быть осуществлено лишь путем принятия акта, равного по юридической силе акту, в который вносятся изменения, или акта, стоящего выше в нормативной иерархии акта, в который вносятся изменения. В нашем случае, этим актом является Основной закон, занимающий вершину нормативной пирамиды. Такая поправка не ограничивает право, а устанавливает ему новые пределы за счет изменения его содержания (объема). Она может даже отменить право, лишить его конституционного статуса, тем самым исключив всякую возможность осуществления конституционного контроля его ограничений. В этом выражается полнота власти Кнессета, действующего как учредительный орган[14]. Кнессет связан лишь оговоркой о жесткости[15].

Ограничение права затрагивает основное право, но не само по себе, поскольку не изменяет провозглашающей его нормы, оно выражается в сужении объема права, исключении отдельных правомочий данного права опосредованным образом. Оно осуществляется посредством обычного закона либо подзаконного акта, принятого в соответствии с уполномочием, непосредственно закрепленным в законе. Это акты нижестоящего в нормативной иерархии уровня по сравнению с

актом, провозглашающим основное право, — Основным законом. При этом важно соблюдение требований, установленных ограничительной оговоркой.

До принятия Основных законов о правах человека и их интерпретации Верховным судом в деле *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, когда все акты Кнессета имели одинаковую юридическую силу, а акт, имеющий высший — конституционный — статус в нормативной иерархии отсутствовал, рассматриваемые понятия могли полагаться тождественными или, по крайней мере, связанными[16]. Принимая закон, не важно — новый или вносящий изменение в существующий, не важно — увеличивающий или уменьшающий защиту права, сужающий или расширяющий его объем, законодатель изменял содержание права. Интерпретация отношений между актами подчинялась правилу «*lex posterior derogat legi priori*»[17].

2. Производные права на первой стадии судебного контроля: определение их содержания и факта их ограничения

Анализ содержания (пределов, объема) права человека в Израиле усложняется тем фактом, что Основные законы о правах человека достаточно скупы в отношении количества признаваемых основных прав. Не редки дела, в которых заявители жалуются на нарушение прав, которые признавались в судебной практике до принятия Основных законов о правах человека, но которые не были провозглашены в этих Основных законах. Возникает вопрос о (конституционном) статусе таких прав, их содержании, а самое главное — механизме их ограничения и контроле за таковым. Поскольку ограничительные оговорки распространяются лишь на ограничение прав, «установленных настоящим Основным законом» (ст. 8 Основного закона о достоинстве и свободе человека, ст. 4 Основного закона о свободе экономической деятельности), необходимо определить, каким требованиям должны отвечать ограничения таких прямо не провозглашенных (как иногда говорят: «производных», «непоименованных») прав.

Главный вопрос, который неминуемо встает перед Судом, состоит в том, вправе ли он толковать Основные законы таким образом, чтобы предоставить таким правам конституционную защиту. Источником или основанием для признания производных прав в системе израильского конституционного права стала статья 2 Основного закона о достоинстве и свободе человека, провозглашающая достоинство человека[18].

В своем мнении по делу *The Movement for Quality Government in Israel v. The Knesset*, А. Барак отметил: «Право на достоинство личности включает в себя целый ряд прав, которые должны быть защищены для того, чтобы право на достоинство было реализовано. В основе права на достоинство лежит признание того, что человек является свободным, развивающим свою личность и способности так как он того хочет; в центре достоинства личности святость человеческой жизни и свобода. В основе достоинства личности лежит автономия воли индивида, свобода выбора и свобода действий человека. Достоинство личности основано на признании физической и духовной целостности человека, его ценности как человеческого существа, и все это вне зависимости от полезности человека для общества»[19].

По своей природе право на достоинство личности — «рамочное» или «общее» право, формальное закрепление которого не дает представления о том, какие именно правомочия оно включает. Его содержание формально не ограничивается, но выводится Судом посредством интерпретации Основного закона. В своей практике Суд признавал, что оно включает право на достойное человеческое существование[20], право на физическую и духовную целостность[21], право на имя[22] и другие «конкретные» права, производные от общего права. Это так называемые производные права.

Представляется, что даже в ситуации «нехватки» провозглашенных прав, нельзя чрезмерно злоупотреблять механизмом выведения прав, охватывать содержанием права на достоинство любое право, иначе избыточными станут остальные права, провозглашенные Основным законом, а также будет нарушен принцип формальной определенности.

3. Абсолютные и относительные права

Права человека, провозглашенные в Основных законах о правах человека, *являются не абсолютными*[23]*, но относительными пра-*

вами. Их можно ограничить, при соблюдении требований, установленных ограничительной оговоркой. Признание относительного характера основных прав является выражением баланса частных и публичных интересов, интересов личности и общества[24].

Тем не менее на международном уровне установлены запреты нарушения прав, которые полагаются абсолютными, так называемые *jus cogens*. Одним из таких запретов является **запрет пыток**.

В деле *Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel*[25] перед Верховным судом был поставлен вопрос о том, могут ли лица, ведущие допрос, применять средства физического воздействия к допрашиваемым, в том числе — применять такие методы как встряхивание, лишение сна, приседание на пальцах в течение 5 минут, заковывание в наручники способом, причиняющим боль, одевание на голову мешка, включение громкой музыки и т. п.

В мнении большинства, подготовленном Председателем Суда А. Бараком, в частности, отмечалось: «Демократическое свободолюбивое общество не признает, что допрос может вестись с применением любых средств, позволяющих выяснить правду... Временами цена правды столь высока, что демократическое общество не готово ее платить... Однако демократическое общество, стремящееся к свободе, пытается бороться с преступностью и с этой целью готово признать, что допрос может затронуть человеческое достоинство и свободу подозреваемого — при условии, что это делается с надлежащей целью и что причиняемый вред не превышает необходимого»[26].

Осуществив балансировку, суд вывел правила «разумного допроса», основанные, с одной стороны, на сохранении «человеческого лица» подозреваемого и «чистоты рук» допрашивающих. Разумный допрос с необходимостью исключает применение пыток, жестокого, бесчеловечного или унижающего человеческое достоинство обращения. Такой вывод соответствует международным договорам, подписанным Израилем и запрещающим использование пыток, жестокого, бесчеловечного и унижающего обращения. Эти запреты являются «абсолютными». Они не имеют исключений и не оставляют места для поиска баланса. Тем не менее разумный допрос вполне может вызвать дискомфорт и условия, в которых он проводится, могут быть неприятными. Последовательно разбирая и оценивая использовавшиеся при допросе методы, Суд признал их запрещенными, а Общую службу безопасности Израиля не имеющей полномочий их применять.

4. Ограничение *de minimis*

Всякое ли ограничение права неминуемо должно влечь его конституционный контроль? Нет, не всякое ограничение, но лишь *серьезное, существенное и значительное ограничение права*.

В мнении по делу *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, Председатель Суда А. Барак указал, что «если ограничение права... несущественно или незначительно — если оно может быть квалифицировано как *de minimis* — тогда оно не будет рассматриваться как ограничение и нет необходимости переходить ко второй стадии контроля»[27], то есть нет необходимости анализировать соответствие ограничения требованиям ограничительной оговорки. Такой подход вытекает из принципа *de minimis non curat lex* — суд не собирается по пустякам.

Сказанное совсем не означает, что незначительное ограничение не является ограничением права. Просто в таких случаях Суд не переходит ко второй стадии судебного контроля. Кроме того, нет и не может быть общих критериев определения того, что является незначительным ограничением права. Как указал судья И. Замир, «ответ на этот вопрос зависит, помимо прочего, от существа ограничиваемого права, цели ограничения и конкретных обстоятельств каждого дела»[28].

Кроме того, следует понимать, что каждодневные действия государственной власти могут оказывать воздействие на права человека. Должны ли такие действия рассматриваться как ограничение права и влечь за собой конституционный контроль на основе ограничительной оговорки или же их квалификация как ограничения должна исключаться? В своем мнении по делу *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*[29], Председатель Суда (отст.) М. Шамгар применительно к праву собственности ответил на этот вопрос отрицательно. У Суда нет необходимости осуществлять конституционный кон-

троль по поводу каждого налога и тому подобных взносов, если они не являются обременительными, поскольку для государства в порядке вещей устанавливать обязанность осуществлять определенные общие денежные взносы. Если подобные вопросы станут постоянным объектом конституционного контроля ограничений, суды были бы вовлечены в долгие, утомительные дебаты по каждому делу, предметом которого было бы незначительное изменение налоговых ставок. Следовательно, такие действия государства, которые предопределяются самим порядком вещей, не являются существенным и значительным ограничением основного права, не будут исследоваться судом.

V. Вторая стадия судебного контроля: ограничительная оговорка

Вывод о том, что конкретное право человека ограничено — достаточно серьезен, но не критичен для действительности закона, поскольку не означает, что закон неконституционен. Многие положения законодательства, да и само право в целом, ограничивают права людей, однако они конституционны и действуют. Это так, если они отвечают требованиям, предъявляемым к ограничению прав, которые содержатся в ограничительной оговорке[30].

1. Ограничительная оговорка

Смысл *ограничительной оговорки* становится во многом ясен уже из самого этого названия. Она призвана ограничивать, вводить ограничения в отношении прав человека. Кроме того, будучи оговоркой, она призвана установить обязательные требования к введению таких ограничений.

Ограничительные оговорки Основных законов о правах человека крайне важны для понимания места и роли прав человека. Они являются центральным элементом в нормативной структуре Основных законов и в защите прав человека.

Ограничительные оговорки Основных законов о правах человека по своему характеру являются *общими* для всех прав человека, в них провозглашенных.

Ограничительная оговорка Основного закона о достоинстве и свободе человека содержится в статье 8 и звучит следующим образом: «Не допускается нарушение прав, установленных настоящим Основным законом, иначе как посредством закона, соответствующего ценностям Государства Израиль, принятого с надлежащей целью и не ограничивающего сверх необходимого», «либо правилами, принятыми в соответствии с разрешением, непосредственно установленным таким законом»[31].

Ограничительная оговорка Основного закона о свободе экономической деятельности содержится в статье 4 и звучит следующим образом: «Не допускается нарушения прав, установленных настоящим Основным законом, иначе как посредством закона, соответствующего ценностям Государства Израиль, принятого с надлежащей целью и не ограничивающего сверх необходимого, либо посредством подзаконного акта, принятого в соответствии с уполномочием, непосредственно закрепленным в законе».

В своих ограничительных оговорках Основные законы, одновременно, *провозглашают права человека и их статус в качестве конституционных*, *то есть надзаконных прав*, а также устанавливают *возможность их ограничения подконституционным*, *то есть законодательным или подзаконным актом*.

Несмотря на то что права провозглашаются Основными законами в абсолютных (ненарушимых) формулировках (ст. 2—7 Основного закона о достоинстве и свободе человека; ст. 3 Основного закона о свободе экономической деятельности), они не абсолютные, а относительные. Относительными их делает ограничительная оговорка.

Ограничительная оговорка *амбивалентна, она имеет две цели*: во-первых, она *защищает права человека*, а во-вторых, она *допускает их ограничение*. Ограничительная оговорка, с одной стороны, *допускает ограничение прав*, а с другой стороны, устанавливает определенные *требования к введению таких ограничений государством*. Таким образом, она накладывает *ограничения как на права человека, так и на государственную власть*, чем достигается необходимый баланс интересов[32].

Ограничительная оговорка гарантирует, с одной стороны, что провозглашенные в Основных законах права человека могут быть

ограничены лишь при соблюдении установленных в ней требований, а с другой стороны, что если эти требования были соблюдены, то ограничения прав конституционны[33].

Возможность ограничивать права человека в соответствии с требованиями ограничительной оговорки отражает определенный характер отношений между человеком и государством. Человек и государство связаны взаимными правами и обязанностями. Конституционная действительность прав человека основывается на балансе между правами человека и потребностями общества, частью которого является человек[34]. По этому поводу судья А. Прокация отметила: «Ограничительная оговорка отражает баланс между конституционными интересами, отраженными в основных правах и интересами, отраженными в законе, устанавливающем ограничения прав. Несмотря на то что основные права являются высшими правами конституционной природы, они не абсолютны, но возникают из реальности, которая требует достижения баланса между необходимостью защищать права человека и необходимостью обеспечить охрану других важных — частных и публичных — интересов. Нахождение гармоничного баланса между всеми этими интересами является условием счастливой общественной жизни и сохранения конституционного строя. Задача ограничительной оговорки состоит в том, чтобы определить границы, в рамках которых законы Кнессета могут действовать, даже если содержат ограничения прав человека, при условии, что такие ограничения не выходят за пределы баланса между защитой прав и необходимостью защищать другие важные цели»[35].

2. Ограничение ограничений: элементы ограничительной оговорки

Ограничительные оговорки Основных законов (ст. 8 Основного закона о достоинстве и свободе человека; ст. 4 Основного закона о свободе экономической деятельности) включают в себя **четыре элемента**, являющиеся своего рода тестами для определения конституционности ограничения прав человека.

Во-первых, ограничение производится законом или в соответствии с разрешением, непосредственно установленным таким законом.

Во-вторых, закон, устанавливающий ограничение, должен соответствовать ценностям Государства Израиль.

В-третьих, закон, устанавливающий ограничение, должен быть предназначен для достижения надлежащей цели.

В-четвертых, закон не может ограничивать право человека сверх необходимого, но лишь в той мере, в какой это необходимо[36].

Ограничение прав человека является конституционным, если оно *удовлетворяет всем четырем требованиям ограничительной оговорки*: если оно производится законом или в соответствии с ним; если оно соответствует ценностям Государства Израиль; если оно преследует надлежащую цель; и если оно не ограничивает право сверх необходимого. Таким образом, каждый из четырех элементов ограничительной оговорки является необходимым.

Возможные ограничения прав человека ограничены *per se* определенными требованиями — четырьмя элементами ограничительной оговорки. Эти элементы являются **«ограничением ограничений»**[37]. Необходимость таких требований, — «ограничений ограничений», — диктуется балансовым характером взаимоотношений государства и личности, балансом частных и публичных интересов, а также амбивалентностью самой ограничительной оговорки. Если права человека могут быть ограничены, то и государство, в процессе установления данных ограничений, должно быть ограничено. Соблюдение указанных четырех требований означает, что ограничение основных прав конституционно.

3. «Законом» или «в соответствии с законом»

Если последние три элемента ограничительной оговорки отражают содержательные требования, предъявляемые к ограничению, то первый элемент — законом или в соответствии с разрешением, непосредственно установленным таким законом, — представляет собой формальное требование. Данный элемент ограничительной оговорки требует соблюдения принципа легальности ограничения. Как указала Председатель Суда Д. Бейниш в своем мнении по делу «*Hamifkad Haleumi*» *Ltd. v. Attorney General*[38], «требование устанавливать ограничение законом или в соответствии с законом должно рассматри-

ваться как элемент принципа верховенства права... Для того, чтобы соответствовать конституции, закон, вводящий ограничение права, должен отвечать всем требованиям, которые необходимы для действительности закона как обязательной нормы права, включая всеобщность, доступность, понятность, отсутствие двусмысленностей и отсутствие произвола».

Установление ограничения посредством закона или на основании подзаконного акта, принятого в соответствии с уполномочием, непосредственно закрепленным в законе, имеет своей целью его формальное закрепление в писаном акте первичного законодательства Израиля. Вопрос о форме воплощает, в силу своей природы, «формальность, которая опирается на легальность, и укрепляет ее»[39].

4. Соответствие ценностям Государства Израиль

Хотя ограничительные оговорки обоих Основных законов о правах человека и требуют от закона, вводящего ограничения прав человека, «соответствие ценностям Государства Израиль», они не раскрывают того, что это за ценности.

Данные ценности могут быть выведены из оговорок о целях, содержащихся в обоих Основных законах[40]. Поэтому упоминаемые в оговорках о целях «ценности Государства Израиль как еврейского и демократического государства» (ст. 1а Основного закона о достоинстве и свободе человека; ст. 2 Основного закона о свободе экономической деятельности) это и есть упоминаемые в ограничительных оговорках «ценности Государства Израиль» (ст. 8 Основного закона о достоинстве и свободе человека; ст. 4 Основного закона о свободе экономической деятельности).

Ценности Государства Израиль как еврейского и демократического государства получили толкование в мнении Председателя Суда А. Барака по делу *Central Elections Committee for the Sixteenth Knesset v. Tibi*[41].

Несмотря на то что «в мире много демократических государств, еврейским среди них является лишь одно — Израиль. Причина существования Государства Израиль состоит в том, что оно является еврейским государством. Эта характеристика является центральной для его существования». Понятие еврейское государство имеет два аспекта — *сионистский и традиционный религиозный (иудаизм)* — сущность которых состоит в том, что «каждый еврей может иммигрировать в Израиль; евреи составляют большинство его населения; иврит — его главный официальный язык; его главные религиозные праздники и символы отражают возрождение еврейского народа. Еврейские традиции — центральный элемент его религиозного и культурного наследия»[42].

Характеристика Государства Израиль как демократического государства основывается как на так называемом *процедурном (народный суверенитет)*, так и на *содержательном, ценностном измерении демократии (ценности)*, то есть на «признании суверенитета народа, что выражается в свободных и равных выборах; признании ценности прав человека, включая достоинство и равенство; разделении властей; верховенстве права и независимой судебной власти»[43].

Между ценностями Государства Израиль как еврейского и демократического государства должны существовать гармония и соответствие, поскольку они составляют две характеристики единого государства.

В деле *Design 22 Shark Deluxe Furniture Ltd. and 18 others v. Tzvika Rosenzweig, Director of Sabbath Work Permits Department, Ministry of Labour and Social Affairs*, оспаривалось ограничение на осуществление свободы экономической деятельности в еженедельный выходной день. Председатель Суда А. Барак пришел к выводу, что данное ограничение полностью соответствует ценностям Государства Израиль как еврейского и демократического государства, поскольку оно преследует как социальные, так и национально-религиозные цели[44]. С одной стороны, оно защищает социальные права, качество жизни и достоинство работающих, возможность общения человека с семьей и близкими, а с другой стороны, оно полностью соответствует принятому иудаизмом, да и другими религиями, требованию посвятить день «Господу, Богу твоему» (Исх 20: 8-11).

В решении по делу *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village* судьи, исследуя вопрос о том, соответствует ли ограничение права собственности кредиторов требованиям ограничительной оговорки, установили, что закон о поправке, предусматриваю-

щий списание долгов с целью спасения сельскохозяйственного сектора от потенциального разорения, путем наложения бремени на кредиторов, соответствует ценностям Государства Израиль как еврейского и демократического государства[45]. Как отметил судья М. Шамгар: «Оспариваемый закон соответствует ценностям общества, которое верит в существование ответственности государства за судьбу своих граждан, и которое осознает, что граждане государства также ответственны друг за друга. Неравнодушие к судьбе рабочего человека является достойным и даже неотъемлемым атрибутом режима, провозглашающего гуманистические ценности, в котором признается равенство людей и готовность предоставить правовые инструменты, необходимые для возможного решения их проблем»[46].

5. Надлежащая цель ограничения

Третье условие ограничительной оговорки касается цели, реализация которой оправдывает ограничение конституционных прав. Оценка данного условия Судом сводится к двум вопросам: во-первых, *какова цель ограничения* и, во-вторых, *является ли данная цель надлежащей*.

5.1. Определение цели ограничения

Ограничительные оговорки Основных законов, в отличие от многих зарубежных конституций и международно-правовых актов, *непосредственно в своей норме не определяют и не перечисляют возможные цели ограничения прав*. В данной связи, определение целей ограничения прав ложится на Суд. Сложности возникают с критериями этого определения.

Возможны два подхода к определению целей — субъективный и объективный. Первый состоит в том, что цель выявляется на основе мотивов, которыми руководствовался законодатель при принятии закона. Второй заключается в выявлении Судом цели на момент рассмотрения вопроса о конституционности закона. Конечно, возможен и смешанный подход, учитывающий как мотивы законодателя, так и анализ текущего момента. Особую актуальность такой подход приобретает тогда, когда между днем принятия закона и днем рассмотрения его конституционности проходит значительный период времени[47].

Как указал Председатель Суда (отст.) М. Шамгар в своем мнении по делу *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, цель должна быть определена, даже если о ней ничего не сказано, для того, чтобы быть взвешенной с ограничением права и его значением. Бремя доказывания лежит на стороне, заявляющей о существовании надлежащей цели, то есть на государстве. Надлежащая цель должна появиться на основании изучения дела судом. Суд не связан только лишь целями, которые имели в виду законодатели. Разумеется, существует презумпция того, что законодатель действовал добросовестно, и в любом случае мы не должны искать скрытых мотивов у лиц, составляющих депутатский корпус, в отличие от целей, которыми руководствовался законодатель, действуя как коллегиальный законодательный орган. Суд оценивает цель, которой руководствовался законодатель, и которая находит выражение в намерениях лица, инициировавшего принятие данного закона, и в окончательной формулировке решения большинством[48].

Закон может преследовать одну цель, а может исходить и из целого ряда целей. Цели могут иметь первичную значимость, а могут полагаться как вторичные: «В случае, когда закон преследует ряд связанных целей, большее, хотя и не решающее, значение будет предоставляться его доминирующей цели. В то же время вторичные цели закона не стоит сбрасывать со счетов и их последствия для прав человека должны быть также приняты во внимание»[49].

5.2. Понятие надлежащей цели ограничения

В целом ряде решений Верховного суда[50] был выражен подход, что цель ограничения права признается надлежащей, если она предназначена для реализации социальных целей, которые соответствуют ценностям государства и которые учитывают место прав человека в социальной системе.

В своем мнении по делу *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, Председатель Суда А. Барак указал, что цель является надлежащей, «если она предназначена для выполнения важных социальных задач по формированию социальной структуры,

признающей значимость прав человека и необходимость их защиты. Нормативное содержание такой важности будет определяться со временем в решениях Верховного суда»[51].

При определении Судом целей ограничения права не нужно впадать в крайности. С одной стороны, нельзя признавать в качестве презумпции — тем более неопровержимой — что цель каждого закона, принятого законодательным органом, является надлежащей. Если бы этот подход был принят, то требование надлежащей цели ограничения не имело бы ни малейшего значения. Но, с другой стороны, нельзя согласиться и с взглядом, согласно которому цель является надлежащей, если и только если она не ограничивает права человека. Подобное понимание также делает поиск надлежащей цели тщетным; цель такого исследования состоит в определении того, какие ограничения прав человека являются надлежащими, а какие нет. Предположение, что любое ограничение является ненадлежащим, противоречит самой сути поиска надлежащей цели, и поэтому не может быть принято[52].

Понятие «надлежащая цель» характеризует такую цель, которая является «позитивной как с точки зрения прав человека, так и ценностей общества, включая цель установления разумного и справедливого баланса между правами различных людей, имеющих интересы, которые могут быть несовместимыми друг с другом». Надлежащая цель суть та, которая «создает основание для совместного бытия... или если она служит интересам, которые важны для существования государства и общества». Таким образом, для того, чтобы соответствовать условиям ограничительной оговорки, необходимо установить, «обладает ли закон, ограничивающий права человека, существенной значимостью и весом, способными оправдать ограничение права. Невозможно приписать значимость и вес незначительной цели, чья важность ничтожно мала, если из нее исходит существенное нарушение основного права. Для того чтобы оправдать ограничение права, цель должна обладать необходимой значимостью и весом. Другими словами, цель должна быть настолько важной и существенной, чтобы могла оправдать ограничение права»[53].

Если обобщить анализ судебной практики, то надлежащие цели ограничения прав человека могут быть подразделены на две группы. Во-первых, это защита прав других лиц. Во-вторых, это общественный интерес или общественное благо, включающее в себя, в частности, существование государства как демократии, национальную безопасность, общественный прядок, толерантность, охрана чувств, защиту конституционных принципов (разделение властей, верховенство права, независимость судебной власти)[54].

Например, в решении по делу *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village* судьи, исследуя вопрос о том, соответствует ли ограничение права собственности кредиторов требованиям ограничительной оговорки, установили, что закон о поправке принят с надлежащей целью. Надлежащая цель состоит в том, чтобы «обеспечить реабилитацию должников и предотвратить уничтожение дела их жизни». Закон о поправке является своего рода чрезвычайным законом, предназначенным для защиты существования членов мошавов[55]. Эта цель выполняет важную социальную задачу. Эта мера сходна со списанием долгов при банкротстве. Она является выражением политики социального государства, признает конституционную значимость и необходимость защиты прав человека. Закон о поправке представляет собой попытку разрешить кризис в аграрном секторе. Эта цель не нарушает основных принципов нашего общества. Цель, которая стояла перед законодателем была надлежащей[56].

В своем мнении по делу *Horev v. Minister of Transportation*[57], Председатель Суда А. Барак предложил *исследовать вопрос о том, является ли цель надлежащей на двух уровнях*. На первом уровне исследуется *содержание цели*. Цель является надлежащей, если она отражает социальные задачи, связанные с правами человека, или если она предназначена для выполнения общих социальных задач, таких как социальная политика или защита общественных интересов. На втором уровне исследуется *насколько необходимо реализовать данную цель*. Цель является надлежащей, если необходимость ее достижения является важной для ценностей общества и государства. Степень важности должна варьироваться в зависимости от существа ограничиваемого права. Представляется, что такой подход способствует более тщательному анализу надлежащего характера цели ограничения.

Вывод о надлежащей цели еще не достаточен для признания закона соответствующим требованиям ограничительной оговорки. Всегда необходимо памятовать известную максиму: «цель *не* оправдывает средства»[58]. Используемые данным законом средства не должны ограничивать право сверх необходимого, то есть должны быть пропорциональными.

6. «В той мере, в какой необходимо»: тест на пропорциональность и его компоненты (подтесты)

6.1. Принцип пропорциональности

Мы рассмотрели первый тест легальности, второй тест ценностей и третий тест целей. Теперь необходимо рассмотреть четвертый тест средств. Второй и третий тесты исследуют мотивы (во имя чего? и зачем?) закона, вводящего ограничение. Последний тест исследует средства (как?), избранные законодателем, для защиты ценностей и реализации целей конституционной системы.

Тем не менее тесты тесно связаны друг с другом. Третье условие ограничительной оговорки касается целей ограничения, а последнее — четвертое — касается средств ограничения: «пока мы не знаем, какова цель ограничения и является ли она надлежащей, мы не сможем определить, каковы надлежащие средства, могущие ее реализовать»[59].

Из формулировки «*to an extent no greater than is required*» — «в той мере, в какой необходимо» («не ограничивающего сверх необходимого»), содержащейся в ограничительных оговорках обоих Основных законов о правах человека, Суд выводит *принцип и тест на пропорциональность*. Это тест средств, определяющий, являются ли средства, избранные законодателем, подходящими для достижения надлежащей цели. Он помогает оценить *соотношение между целью, которую стремятся достигнуть, и средством, используемым для ее достижения*. Тест на пропорциональность позволяет установить, является ли *степень ограничения права разумно пропорциональной цели*, преследуемой законом, то есть «являются ли использованные средства уместными и необходимыми для того, чтобы достичь цели, и находятся ли средства в разумной пропорции с целями»[60]. В итоге принцип пропорциональности имеет целью предотвратить чрезмерное нарушение свободы личности.

6.2. Компоненты (подтесты) теста на пропорциональность

Исследование «необходимой меры» или тест на пропорциональность, в свою очередь, подразделяется на стадии, компоненты теста, или, как часто говорят, вспомогательные подтесты. В мнении по делу *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, Председатель Суда А. Барак предложил (принимая во внимание данные сравнительно-правового анализа) следующие **три подтеста**[61].

Согласно первому подтесту, вводимое законом средство, ограничивающее конституционное право человека, уместно, если оно позволяет достичь цель. Это **подтест уместности, соответствия или, как еще его часто называют, «разумного соотношения между целью и средством»**. Между целью и средством должно быть соответствие: средства должны быть пригодны для достижения цели; средства должны разумным образом вести к достижению цели.

Согласно второму подтесту, вводимое законом средство, ограничивающее конституционное право человека, пригодно, только если цель не может быть достигнута с помощью других средств, причиняющих меньший ущерб правам человека. Это **подтест «минимального вреда» или, как его иногда еще называют, «тест необходимости»**.

Третий подтест требует взвешивания общественного пользы и ущерба, причиненного избранным средством. Между средством и целью должно быть разумное (пропорциональное) соотношение (пропорциональность в собственном смысле)[62]. Это **подтест «пропорциональных средств» или пропорциональность *stricto sensu* (в узком смысле)**.

Средство, используемое для ограничения права, является пропорциональным, если оно *удовлетворяет всем трем подтестам*: если оно пригодно, разумно связано и ведет к достижению цели ограничения; если оно причиняет человеку наименьший возможный ущерб; и если ущерб, причиняемый человеку от его использования, находится в разумном соотношении (пропорции) с пользой от его применения. Таким образом, каждый из трех подтестов является необходимым.

Данный подход к исследованию пропорциональности на основе трех стадий был неоднократно подтвержден Верховным судом в последующих судебных решениях[63] и стал в Израиле эталонным[64].

Например, в своем мнении по делу *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, Председатель Суда А. Барак, последовательно проводя три подтеста, установил, что закон о поправке соответствует ограничительной оговорке, ограничивая права кредиторов «в той мере, в какой необходимо». В данном деле существует разумная связь между целью и средством. Избранные законодателем средства причиняют правам кредиторов минимально возможный вред. Избранная законодателем мера последовала после ряда неудачных попыток разрешения кризиса в сельскохозяйственном секторе с помощью средств, причиняющих меньший вред, при содействии Государства, Еврейского агентства источников финансирования и посредством добровольных механизмов урегулирования. С точки зрения надлежащей цели закона о поправке, которая состоит в том, чтобы разрешить глубокий кризис, в который попал сельскохозяйственный сектор, средства, избранные законодателем хотя и причиняют вред кредиторам, но этот вред не превышает необходимой меры и в любом случае полагается законным. Добровольное урегулирование кризиса, хотя и является мерой, приносящей меньшей вред, но не является жизнеспособной мерой, в том числе принимая во внимание имевшиеся неудачные попытки ее применения. Также должны быть отвергнуты и другие меры, на которые ссылались стороны, ввиду отсутствия поддерживающих их аргументов. В конце концов, остается лишь мера, избранная Кнессетом после обсуждений и экспертиз, и нет оснований полагать ее выходящей за пределы усмотрения законодательного органа в демократическом обществе[65].

6.3. Подтест уместности: разумная связь между средством и целью

Подтест уместности (соответствия, пригодности) требует, чтобы цель и средство были связаны между собой таким образом, что используемые средства должны точно подходить для достижения цели, то есть используемые средства должны разумно вести к достижению цели.

Для определения разумной связи «не требуется абсолютной уверенности, что средство достигнет цели. Достаточно того, что существует серьезная вероятность достижения цели данным средством. Необходимая степень вероятности должна определяться в соответствии с относительной значимостью ограничиваемого права и целью ограничения»[66].

Требование разумной связи не ограничивается лишь оценкой связи между средством и целью. Даже тогда, когда использование конкретного средства, вероятней всего, приведет к реализации желанной цели, нельзя утверждать, что наличествует разумная связь между средством и целью и что средство пригодно для достижения цели. Акцент в требовании наличия разумной связи должен быть сделан на том, является ли эта связь действительно разумной. Это означает, что не должны применяться произвольные, несправедливые, или нелогичные меры[67]. Так, в деле *Rashed Morar, Head of Yanun Village Council and others v. IDF Commander in Judaea and Samaria* пять арабских поселений на территории Иудеи и Самарии обжаловали решение о запрете доступа к сельскохозяйственным участкам палестинским фермерам в данных поселениях с тем, чтобы обеспечить их безопасность от израильских поселенцев на данной территории. Судья Д. Бейниш признала, что в деле отсутствует разумная связь между средством и целью, поскольку «в обстоятельствах данного дела закрытие для палестинских фермеров доступа к их землям с целью борьбы с вышеупомянутой угрозой не может полагаться разумной мерой, поскольку является крайне несправедливым актом, который выражается в причинении серьезного ущерба основным правам и одновременном поощрении насилия и преступных действий»[68].

В большинстве дел разумная связь вполне может основываться на опыте и здравом смысле, позволяющих продемонстрировать, что закон не является произвольным, но основан на разумных основаниях. Тот факт, что социальные цели не реализуются на протяжении долгого времени, не должен приводить к заключению о том, что средство в тот момент, когда оно определялось, не имело рациональной связи, точно также мера, которая полагалась имеющей разумную связь в момент при-

нятия закона, может ее утратить с течением времени[69].

6.4. Подтест необходимости: средства ограничения должны причинять наименьший ущерб правам человека

Подтест необходимости требует, чтобы используемые для достижения цели средства если и причиняли ущерб индивиду, то делали бы это в наименьшей степени. Таким образом, использоваться должны средства, приносящие наименьший ущерб. Закон не должен ограничивать право больше, чем необходимо для достижения цели.

Если первый подтест — уместности — позволяет определить средства, которые отвечают критерию разумной связи между надлежащей целью и избранными мерами, то второй подтест — необходимости — позволяет определить, избраны ли из этих средств те, которые наименьшим образом причиняют ущерб правам человека.

По мнению Председателя Суда А. Барака, выраженному в решении по делу *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, «именно второй подтест является наиболее важным компонентом теста на пропорциональность. Гарантия того, что охраняемое право может быть ограничено лишь минимальным образом, представляет собой самую суть требования, согласно которому средства не должны ограничивать право сверх необходимого»[70]. С его легкой руки, данное мнение стало господствующим в судебной практике. Хотя значимость третьего компонента теста на пропорциональность лично нам представляется куда большей.

Каждый национальный правопорядок подбирает свою яркую метафору для подтеста необходимости. Например, в Великобритании Лорд Диплок спрашивал: «Зачем использовать паровой молот для того, чтобы расколоть орех, если для этого достаточны щипцы для орехов»?[71] В израильском тесте на пропорциональность подтест необходимости получил вот такую забавную метафору от Председателя Суда А. Барака: «Законодателю нет необходимости стрелять из пушки, чтобы убить муху»[72].

Закон не ограничивает основное право сверх необходимого в том случае, если законодатель избрал из всего многообразия возможных средств те, которые ограничивают гарантируемое право минимально возможным образом.

Верховный суд Израиля, вслед за германской теорией, использует метафору восхождения по лестнице, так называемую **«теорию ступеней»**. Законодатель начинает свое восхождение в поиске ограничивающего средства со «ступени» — средства, причиняющего наименьший вред, медленно восходя по «ступеням» — средствам, с постепенным увеличением причиняемого правам вреда, до тех пор, пока не остановится на искомой «ступени» — средстве, которое позволяет достичь надлежащей цели без ограничения прав человека сверх необходимого. Суд определяет, остановился ли законодатель в своем восхождении на самой низшей (из возможных) ступени лестницы[73].

Требование избрать средство, причиняющее наименьший ущерб правам, не означает, что это средство вообще не должно причинять никакого ущерба правам: «От Кнессета не требуется любой ценой избрать средство, которое достигает цели без какого-либо ограничения права, или средство, которое ограничивает право в самой малой степени»[74], достаточно «сравнить разумные возможности и избрать ту, которая, при конкретных обстоятельствах дела, позволяет достичь надлежащей цели с минимальным ограничением прав человека»[75].

В своем мнении по делу *Menahem v. Minister of Transport* судья Д. Бейниш обратила внимание, что «требование о том, что законодатель должен избрать средство, которое ограничивает конституционное право в той мере, в какой это необходимо для достижения цели, не означает, что законодатель всегда должен избирать самую низкую ступень на “лестнице” средств. Подобный подход был бы слишком обременителен для законодателя, который вряд ли смог бы преодолеть барьер судебного контроля». Существуют дела, в которых выбор альтернативного средства, ограничивающего конституционное право в существенно меньшей степени, скорее всего, приведет к существенному снижению степени реализуемости цели или объема пользы, возникающей от ограничения, и, следовательно, нет никакой возможности заставить законодателя принять данную самую минимальную меру. В данной связи Суд признает «консти-

туционное пространство для маневра», именуемое также «сферой усмотрения». Границы этого пространства для маневра определяются судом «в каждом конкретном деле, в соответствии с его обстоятельствами, принимая во внимание характер ограничиваемого права и степень его ограничения в сравнении с сущностью и характером конфликтующих прав и интересов»[76].

Цель проведения данного подтеста состоит не в сравнении двух средств друг с другом, а в том, возможно ли достижение цели посредством средства, причиняющего наименьший ущерб. Если средство, причиняющее наименьший ущерб, реализует цель в меньшей степени, то это средство не является необходимым. Требование средства, причиняющего наименьший ущерб, относится лишь к средствам, которые позволяют реализовать цель. Должно избрать такое средство, которое, с одной стороны, позволяет достичь цели, а с другой стороны, ограничивает право наименьшим образом.

При применении теста необходимости важно исследовать доступные **альтернативные средства**, дабы убедиться, что законодатель избрал именно те, которые причиняют минимальный вред правам человека. Суд не выходит за пределы своих полномочий и не вторгается в сферу усмотрения законодателя, признавая ее широту, а осуществляет объективный контроль согласно ограничительной оговорке. Суд должен проявлять гибкость и признавать трудности выбора, осуществляемого законодателем, а также оказываемые этим выбором последствия на различные секторы общества и институциональные преимущества, которыми обладает законодательная власть при осуществлении данного выбора[77].

В деле *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, связанном с сооружением разделительной стены, Суд должен был ответить на вопрос о том, существует ли другой альтернативный маршрут для сооружения стены, который бы достигал целей безопасности лучше, а если есть, то причиняет ли он меньший ущерб. Суд указал, что альтернативный маршрут, представленный Советом за мир и безопасность, причиняет меньший ущерб, но при этом он не обеспечивает безопасность также как маршрут, представленный командованием. Поэтому подтест необходимости в данном деле был удовлетворен[78].

Необходимость использования средств ограничения, причиняющих наименьший ущерб, препятствует установлению ограничений посредством **общих запретов**. Во многих делах использование **индивидуального подхода** позволяет достигать надлежащей цели, используя средства ограничения, которые причиняют меньший ущерб правам человека. Данный подход воспринят в судебной практике Верховного суда Израиля[79].

Так, в деле *Association for Civil Rights in Israel v. Minister of Public Security* был установлен общий запрет для претендентов в возрасте старше 35 лет на занятие должности полицейских. Суд постановил, что избранное средство ограничения не удовлетворяет подтесту необходимости — требованию использовать средства, причиняющие наименьший ущерб. В своем мнении Председатель Суда А. Барак отметил: «...работодателю будет сложно пройти тест необходимости, если у него не будет существенных доказательств того, что индивидуальный подход к каждому кандидату не сможет способствовать достижению цели»[80].

В деле *Saif v. Government Press Office*, положение о том, что аккредитация не будет выдаваться палестинским журналистам было признано недействительным. В своем мнении судья Д. Дорнер отметила: «Общий отказ предоставлять аккредитацию без индивидуального подхода к рассмотрению каждой кандидатуры, в связи с опасностью, потенциально исходящей от всех палестинских журналистов, проживающих в Иудее и Самарии, — включая и тех, кто имеет право на въезд и работу в Израиле, — это самое наносящее ущерб средство, какое только возможно. Это средство причиняет серьезный ущерб интересам свободной прессы, оно вполне может быть заменено индивидуальными проверками безопасности, которые оправданы с точки зрения уменьшения риска, исходящего от жителей Иудеи и Самарии, кроме того, некоторые из них уже прошли проверки, необходимые для получения разрешения на въезд и работу в Израиле»[81].

Тем не менее из этого правила могут быть *исключения*. Существуют дела, в которых индивидуальный подход не позволяет реализовать надлежащую цель, поэтому возникает необходимость использовать общие запреты. В таких случаях, Суд должен установить, что

в обстоятельствах дела действительно нет никакой альтернативы общим запретам. Например, по делу *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, связанном с установлением общего ограничения на воссоединение семей в ситуации, когда один из членов был израильтянином, а другие проживали на оккупированных территориях, общий запрет был признан средством, причиняющим наименьший ущерб правам человека. Очевидно, что ущерб, причиняемый индивидуальными проверками, был бы намного меньше ущерба от общего запрета, однако достичь цели закона, — обеспечение безопасности, — посредством индивидуальных проверок, пусть и весьма скрупулезных, в той же мере, что и посредством установления общего запрета нельзя[82].

6.5. Подтест пропорциональности *stricto sensu* (в узком смысле): взвешивание

Подтест пропорциональности *stricto sensu* (в узком смысле)[83] требует, чтобы ущерб, причиняемый человеку от использования средства, избранного для достижения цели, был в разумном соотношении (пропорции) с пользой, приобретаемой от применения данного средства. Этот подтест взвешивает затраты и выгоды. Подтест на пропорциональность *stricto sensu* является *подтестом ценностей*, основанным на взвешивании конфликтующих ценностей и интересов[84].

По словам И. Замира, для оценки пропорциональности «недостаточно того, что государство выбрало подходящее и наиболее умеренное средство достижения цели; необходимо взвесить приобретаемую обществом пользу и ущерб, который причиняется гражданам данной мерой при конкретных обстоятельствах дела. Необходимо ответить на вопрос: существует ли при данных обстоятельствах дела разумное соотношение (пропорция) между общественной пользой и причиненным человеку ущербом. Соотношение между пользой и вредом — между средствами и целями — должно быть пропорциональным»[85].

Для оценки пропорциональности необходимо проанализировать аспект (иногда аспекты) ограничиваемого права, его важность, а также существо ограничения, степень его серьезности и вероятности причинения ущерба. Кроме того, необходимо исследовать меру усмотрения, предоставленную органам власти для применения закона, а также влияние ограничения на правовой статус человека. Точно так же необходимо проанализировать ожидаемую пользу от ограничения: существо этой пользы, ее значимость, а также реальную вероятность ее получения[86].

Данный подтест также позволяет определить свободу усмотрения или зону пропорциональности законодателя[87].

6.5.1. Подтест пропорциональности *stricto sensu* в абсолютных и относительных категориях

Цель проведения данного подтеста состоит не столько в определении того, какая ценность является более значимой, то есть не столько в том, что значимей — цель ограничения или предотвращение ущерба от применения средства, избранного для достижения этой цели, сколько в сравнении пользы от применения средства, избранного законодателем, и альтернативного средства с ущербом, причиняемым каждым из этих средств правам человека, и выяснении того, какой из полученных результатов является (не)пропорциональным.

В своем мнении по делу *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*[88], Председатель Суда А. Барак указал, что подтест «пропорциональных средств» или «пропорциональность в узком смысле» может применяться в абсолютных и относительных категориях.

Чаще всего, этот подтест применяется **в «абсолютных категориях»**, позволяя сравнить пользу и вред, возникшие в результате применения данного средства.

Однако также возможно применять данный подтест и **в «относительных категориях»**. Согласно данному подходу, оспариваемое решение оценивается *vis-à-vis*, в соотношении с возможным *альтернативным решением*, польза от возможного применения которого хотя и меньше по сравнению с оспариваемым решением, но и ущерб, причиняемый индивиду, является меньшим по сравнению с оспариваемым решением. Первоначальное (оспариваемое) решение является непропорциональным если альтернативное решение, приводя к определенному уменьшению пользы, по сравнению с применением оспариваемого решения, — например, за

счет использования альтернативных средств ограничения, — обеспечивает существенное уменьшение ущерба, по сравнению с применением оспариваемого решения.

Данное дело касалось издания военным командованием приказов о взятии во владение земельных участков в Иудее и Самарии, с целью сооружения разделительной стены на их территории. Верховному суду предстояло решить, законны ли данные приказы и пропорционально ли сооружение стены.

Председатель Суда А. Барак использовал в данном деле второй — «относительный» — подход: сооружение разделительной стены может быть признано непропорциональной мерой, если альтернативный маршрут сооружения стены хотя и будет иметь меньшие преимущества с точки зрения безопасности, по сравнению с маршрутом, избранным командованием, но при этом будет причинять значительно меньший ущерб правам человека, по сравнению с маршрутом, избранным командованием. Последовательно оценивая ряд военных приказов, Суд пришел к общему заключению, что «разница между уровнем безопасности на основе подхода командования и альтернативного подхода незначительна по сравнению со значительной разницей между сооружением стены по маршруту, разделяющему жителей и их земли, и по маршруту, который их не разделяет или делает это в меньшей степени и с возможностью прежнего существования. <...> Преимущество в области безопасности, достигаемое планом командования, при сравнении с альтернативным планом непропорционально дополнительному ущербу, причиняемому жизни местных жителей на основе плана командования». Суд постановил, что баланс, определенный командованием не отвечает требованию пропорциональности[89].

6.5.2. Взвешивание в рамках подтеста на пропорциональность *stricto sensu*

Подтест на пропорциональность *stricto sensu* является *тестом взвешивания*. В своем мнении по делу *Tzemach v. Minister of Defence*[90] судья И. Замир предложил формулировку закона взвешивания[91]: «Чем важнее ограничиваемое право и чем серьезнее устанавливаемое в отношении данного права ограничение, тем более строгий анализ общественных интересов требуется для того, чтобы оправдать данное ограничение».

Подтест на пропорциональность *stricto sensu* требует, чтобы между мерой ограничения права и мерой реализации общественного интереса был найден баланс: «Что касается права, мы должны принимать во внимание природу права и меру его ограничения. Чем более значимо ограничиваемое право и, следовательно, чем серьезнее ограничение, тем больший вес должны иметь обстоятельства, оправдывающие такое ограничение. Что касается общественных интересов, мы должны также принимать во внимание значимость данных интересов, а также характер пользы, извлекаемой из ограничения прав человека. Чем важнее общественный интерес, тем значимей основание для более серьезного ограничения прав человека»[92].

В деле *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, связанном с установлением общего ограничения на воссоединение семей в ситуации, когда один из членов был израильтянином, а другие проживали на оккупированных территориях, встал вопрос о том, как *корректней* производить взвешивание в рамках подтеста на пропорциональность *stricto sensu*.

Взвешивая, с одной стороны, уменьшение смертности, обеспечение безопасности жизни и стабильность управления и, с другой стороны, ущерб, причиняемый гражданам Израиля, желающим жить вместе со своими иностранными членами семьи в Израиле, почетный заместитель Председателя Суда М. Хешин пришел к выводу о том, что польза будет перевешивать ущерб. В данном деле происходит конфликт двух прав: права на семейную жизнь и права всех жителей Израиля на жизнь и безопасность. «Право на жизнь и безопасность имеет больший вес и занимает главное место в царстве прав человека. Очевидно, что его больший вес позволяет легко установить баланс между пользой и ущербом». Кроме того, существо права на семейную жизнь не нарушается, поскольку каждый, кто хочет создавать семью с иностранцем, может это сделать, — ничто не препятствует им жить вместе, если они этого захотят, — правда, не на территории Израиля, а в любом другом месте и стране, поскольку ситуация войны не позволяет подвергать опасности

жизни граждан Израиля. Очевидно, что общий запрет ограничивает право на семейную жизнь, но его перевешивает право находящихся в Израиле лиц на жизнь и безопасность. Закон удовлетворяет критерию пропорциональности, он конституционен[93].

В своем ответе на мнение М. Хешина, Председатель Суда А. Барак убедительно показал, что такое взвешивание не является правильным, поскольку, если «взвешивать жизнь и качество жизни, жизнь всегда будет превалировать». Если занять такую позицию, то для власти окажется оправданным, даже обязательным, пытать террористов, уничтожать место жительства семьи террориста, сооружать стену безопасности в том месте, где это кажется необходимым и т. д. Нельзя взвешивать жизнь и качество жизни, поскольку результат предрешен.

Правильным является подход, когда взвешиваются степени рисков и пользы и их воздействие на жизнь всего общества: «вопрос состоит в том, какова вероятность того, что человеческой жизни будет причинен ущерб, если будут применяться индивидуальные проверки, по сравнению с вероятностью того, что человеческой жизни будет причинен ущерб, если будет применяться общий запрет, и сравнима ли эта дополнительная вероятность с неизбежным при этом увеличением ущерба, причиняемого ограничиваемым правам супругов — граждан Израиля?». Взвешивание необходимо проводить не между жизнью и семейной жизнью, а между риском для жизни и вероятностью того, что право на жизнь будет ограничено по сравнению с неизбежностью ограничения семейной жизни. По мнению А. Барака, дополнительный уровень безопасности от применения общего запрета, по сравнению с индивидуальными проверками, не пропорционален дополнительному ущербу, причиняемому израильским супругам в результате ограничения их прав на семейную жизнь[94]. Несмотря на это, большинство судей (6 из 11) поддержало мнение М. Хешина.

VI. Пределы действия ограничительной оговорки

Действие ограничительной оговорки имеет свои пределы. Такими пределами являются оговорка о действительности законов и отменительная оговорка «несмотря на...».

1. Оговорка о действительности законов

Оговорка о действительности законов позволяет ограничивать права человека актами, принятыми до вступления в силу Основных законов о правах человека, без соблюдения требований ограничительных оговорок, выступая своего рода «конституционным зонтом»[95], покрывающим законодательные нарушения Основного закона.

Ограничительная оговорка Основного закона о достоинстве и свободе человека действует лишь в отношении законов, принятых после его вступления в силу и не распространяется на «старые» законы: «Настоящий Основной закон не влияет на действие остающихся в силе законов, на те действия и события, которые имели место до вступления в силу Основного закона» (ст. 10).

Основной закон о свободе экономической деятельности в данном отношении мягче, поскольку действие «старых» актов ограничено во времени, а их толкование должно осуществляться «в духе положений Основного закона»: «Положения любого акта, которые непосредственно перед принятием настоящего Основного закона могли бы иметь юридическую силу, но с принятием настоящего Основного закона либо предшествующего Основного закона, отмененного статьей 9, должны утратить юридическую силу, сохраняют свое действие в течение двух лет с момента начала действия настоящего Основного закона, если только они не будут отменены ранее; при условии, что положения таких актов и до их отмены должны толковаться в духе положений настоящего Основного закона» (ст. 10).

Тем не менее оговорку о действительности законов не стоит абсолютизировать. Все государственные органы и учреждения должны «соблюдать права, установленные настоящим Основным законом» (ст. 11 Основного закона о достоинстве и свободе человека), «уважать свободу экономической деятельности всех граждан Израиля и лиц, постоянно проживающих на его территории» (ст. 5 Основного закона о свободе экономической деятельности).

2. Отменительная оговорка «несмотря на...»

Еще одним пределом действия ограничительной оговорки является отменительная ого-

ворка «несмотря на...» (*override clause*; *notwithstanding clause*), содержащаяся в статье 8 Основного закона о свободе экономической деятельности: «Положение закона, нарушающего свободу экономической деятельности, может иметь юридическую силу в нарушение статьи 4, если оно было включено в закон, принятый большинством членов Кнессета и если в его тексте прямо указано, что оно должно иметь силу, несмотря на положения настоящего Основного закона; такой закон утрачивает силу через четыре года, если меньший срок не установлен самим законом».

Основной закон о достоинстве и свободе человека подобной нормы не содержит, а это значит, что провозглашенные в нем права имеют большую защиту по сравнению со свободой экономической деятельности.

Несомненно, что отменительная оговорка «несмотря на...» была включена в текст Основного закона под влиянием канадского опыта. Статья 33 Канадской Хартии прав и свобод содержит так называемое «отступление вследствие специально принятой декларации»[96].

В своем мнении по делу *Meatrael v. Minister of Finance*[97], Председатель Суда А. Барак отметил: «Цель отменительной оговорки состоит в том, чтобы предоставить законодателю возможность реализовать свои социальные и политические цели, даже если это приведет к ограничению прав, провозглашенных в Основном законе о свободе экономической деятельности, и даже если вводимые ограничения не отвечают требованиям, установленным ограничительной оговоркой... Отменительная оговорка позволяет законодателю посредством обычного закона достигать социальных и политических целей, не опасаясь при этом, что такой закон будет признан недействительным в рамках процедуры судебного контроля... Отменительная оговорка подтверждает статус Основного закона в качестве конституционной нормы, но одновременно предоставляет законодателю полномочие ограничивать провозглашенные в нем права без необходимости соблюдения требований, установленных ограничительной оговоркой; и все это без необходимости внесения изменений в Основной закон».

Отменительная оговорка «несмотря на...» позволяет Кнессету, действующему в качестве обычного законодательного органа, принять обычный закон, ограничивающий свободу экономической деятельности, даже если данный закон не соответствует требованиям ограничительной оговорки. Таким образом, отменительная оговорка «несмотря на...» позволяет законодателю обойти ограничительную оговорку. Однако при этом важно соблюдение двух условий.

Во-первых, данный обычный закон должен прямо указывать, что он будет иметь силу, несмотря на положения Основного закона о свободе экономической деятельности.

Во-вторых, данный обычный закон должен быть принят большинством членов Кнессета.

Если эти два условия соблюдены, то закону, ограничивающему свободу экономической деятельности, предоставляется карт-бланш на период четыре года (или меньше), по истечении которых закон прекращает свое действие.

В деле *Meatrael v. Minister of Finance* перед Верховным судом встал сложный вопрос, может ли закон, содержащий отменительное положение, быть одновременно действительным, с точки зрения Основного закона о свободе экономической деятельности, и недействительным, с точки зрения Основного закона о достоинстве и свободе человека.

Дело заключалось в следующем. Кнессет принял закон, ограничивающий свободу экономической деятельности импортеров мяса. Опасаясь того, что данный закон может быть признан непропорционально ограничивающим свободу экономической деятельности, а значит, и неконституционным, Кнессет включил в него отменительное положение, что данный закон должен действовать, «несмотря на...» свободу экономической деятельности, провозглашенную в статье 3 Основного закона о свободе экономической деятельности. Однако заявитель по делу настаивал, что данный закон ограничивает его право собственности, провозглашенное в статье 3 Основного закона о достоинстве и свободе человека. Поскольку отменительная оговорка «несмотря на...», закрепленная в статье 8 Основного закона о свободе экономической деятельности распространяется лишь на одно единственное право, закрепленное в нем — на свободу экономической деятельности, другие конституционные права, в данном случае —

право собственности, не должны подпадать под ее действие, а закон, вводящий ограничение, не подпадающее под действие отменительной оговорки и не соответствующее требованиям ограничительной оговорки, должен быть признан неконституционным.

Председатель Суда А. Барак предложил три критерия, позволяющие разрешить данное противоречие. На основе отменительной оговорки «конституционная защита должна предоставляться “отменяющему” положению закона, ограничивающему не только свободу экономической деятельности, но наряду с этим и другие конституционные права... при соблюдении следующих трех условий. Во-первых, ограничение других конституционных прав является производным и вытекает из ограничения свободы экономической деятельности. Во-вторых, ограничение свободы экономической деятельности является основным ограничением, в то время как остальные ограничения являются вторичными. В-третьих, ограничение других конституционных прав само по себе не является существенным»[98]. Таким образом, несмотря на то что отменительная оговорка распространяется только на закон, нарушающий свободу экономической деятельности, а в отношении каких-либо других основных прав не действует, эти основные права все же могут быть ограничены при соблюдении трех указанных условий.

Шустров Дмитрий Германович — научный сотрудник кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, кандидат юридических наук.

dg-shustrov@mail.ru

---

1 Основной закон о достоинстве и свободе человека от 17 марта 1992 года // Конституции государств Азии : В 3 т. Т. 1 : Западная Азия / под ред. Т. Я. Хабриевой. М. : Норма, 2010. С. 125—126.

2 Основной закон о предпринимательстве от 9 марта 1994 года // Там же. С. 126—127.

3 Основной закон о Правительстве от 7 марта 2001 года // Там же. С. 127—142.

4 Мнение Председателя Суда А. Барака по делу CA 6821/93, United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village [November 9, 1995]. П. 83. Полный текст решения на английском языке см. на официальном сайте Верховного суда Израиля: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/93/210/068/z01/93068210.z01.htm (дата обращения: 11.08.2014).

5 См.: HCJ 1715/97, Israel Investment Managers Association v. Minister of Finance [1997] IsrSC 51(4) 367; HCJ 450/97, Tenufa Manpower and Maintenance Services Ltd. v. Minister of Labour and Social Affairs [1998] IsrSC 52(2) 433; HCJ 6055/95, Tzemah v. Minister of Defence [1999] IsrSC 53(5) 241; [1998-9] IsrLR 635; HCJ 1030/99, Oron v. Knesset Speaker [2002] IsrSC 56(3) 640; HCJ 4769/95, Menahem v. Minister of Transport [2003] IsrSC 57(1) 235; HCJ 2334/02, Stanger v. Knesset Speaker [2004] IsrSC 58(1) 786; HCJ 1661/05, Gaza Coast Local Council v. Knesset [2005] IsrSC 59(2) 481; HCJ 7052/03, Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel v. Minister of Interior [2006] (1) IsrLR 443 и др.

6 Мнение Председателя Суда А. Барака по делу HCJ 7052/03, Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior [May 14, 2006]. П. 19—22. Полный текст решения на английском языке см. на официальном сайте Верховного суда Израиля: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/03/520/070/a47/03070520.a47.htm (дата обращения 11.08.2014).

7 См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 84.

8 Председатель Суда (отст.) М. Шамгар в своем мнении по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village (п. 85) предложил разделить бремя доказывания на второй стадии судебного исследования между сторонами, а именно *обязать сторону*, *указывающую на наличие альтернативных средств*, *причиняющих меньший вред правам*, *доказывать их наличие*: «Обязанность доказать соответствие требованиям ограничительной оговорки ложится на сторону, заявляющую о соответствии данным требованиям. Однако, при рассмотрении вопроса о “необходимой мере”, бремя доказывания переносится на сторону, заявляющую о существовании нарушения. Что это означает? Государство приводит доказательства выполнения следующих требований: что ограничение введено посредством закона или на основании закона; что закон соответствует ценностям государства; что закон принят с надлежащей целью. Сторона, заявляющая о наличии альтернатив-

ных средств, причиняющих меньший вред, несет бремя доказывания таковых. Иными словами, государство доказывает всю последовательность избранных им действий, и, конечно же, приводит множество соображений, лежащих в основе своего выбора. Однако оно не должно и не может по собственной инициативе проанализировать весь бесконечный спектр альтернативных средств, которые можно было бы предпринять, чтобы достичь данную цель. Это абсолютно невозможно. Сторона, утверждающая существование альтернативного алгоритма действий, который причинил бы меньший вред праву, являлся бы более справедливым, более разумным, и который мог бы оправдать вмешательство суда, осуществляемое в виде признания недействительным закона на основе ограничительной оговорки, несет бремя доказывания; и если она не сможет доказать существование таких альтернатив, мы будем вынуждены заключить, что действия, избранные законодателем, не превышают необходимой меры».

[9] HCJ 6055/95, Tzemach v. Minister of Defence [1999] IsrSC 53(5) 241. P. 268. Цит. по: *Barak A.* Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2012. P. 452.

[10] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу HCJ 5026/04, Design 22 Shark Deluxe Furniture Ltd. and 18 others v. Tzvika Rosenzweig, Director of Sabbath Work Permits Department, Ministry of Labour and Social Affairs [April 4, 2005]. П. 11. Полный текст решения на английском языке см. на официальном сайте Верховного суда Израиля: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/260/050/a02/04050260.a02.htm (дата обращения 11.08.2014).

[11] См.: HCJ 6427/02, The Movement for Quality Government in Israel v. The Knesset [2006] IsrSC 61(1) 619. Цит по: *Barak A.* Op. cit. P. 23, fn 22.

[12] Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 39.

[13] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 56.

[14] В данной связи не затрагивается возможность проверки конституционности поправок к конституции, так называемых «неконституционных конституционных поправок».

[15] Такая оговорка провозглашена в статье 7 Основного закона о свободе экономической деятельности: «Настоящий Основной закон не должен изменяться иначе как Основным законом, принятым большинством членов Кнессета». Основной закон о достоинстве и свободе человека не содержит такой оговорки. Удивительно, что Основной закон о достоинстве и свободе человека, содержащий ряд прав, относительная значимость которых весьма велика, защищен меньше, чем Основной закон о свободе экономической деятельности, содержащий одно право, относительная значимость которого куда меньше.

[16] Подробнее см.: *Шустров Д. Г.* Конституционная революция и возникновение принципа пропорциональности в конституционном праве Израиля // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1 (104). С. 92–116.

[17] См.: Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 19, 27, 39–42.

[18] Подробный анализ решений Верховного суда Израиля, связанных с признанием производных от человеческого достоинства прав, см.: *Hostovsky Brandes T.* Human Dignity as a Central Pillar in Constitutional Rights Jurisprudence in Israel: Definitions and Parameters // Israeli Constitutional Law in the Making / ed. by G. Sapir, D. Barak-Erez, A. Barak. Oxford ; Portland, OR : Hart Publishing, 2013. P. 267–284.

[19] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу The Movement for Quality Government in Israel v. The Knesset. П. 35. Цит. по: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 31.

[20] См.: LCA 4905/98, Gamzu v. Yeshayahu [2001] IsrSC 55(3) 360; HCJ 366/03, Commitment to Peace and Social Justice Society v. Minister of Finance [2005] (2) IsrLR 335.

[21] См.: HCJ 4128/02, Man, Nature and Law Israel Environmental Protection Society v. Prime Minister of Israel [2004] IsrSC 58(3) 503.

[22] См.: HCJ 693/91, Efrat v. Director of Population Registry, Ministry of Interior [1993] IsrSC 47(1) 749.

[23] В пункте «d» статьи 39 Основного закона о Правительстве от 7 марта 2001 года содержится запрет на ограничение ряда прав в условиях чрезвычайного положения: «Акты чрезвычайного положения не могут препятствовать праву на подачу заявлений в суд, либо вводить обратную силу для мер ответственности, либо допускать нарушения достоинства личности». Хотя подобной нормы нет в Основных законах о правах, из данной формулировки можно сделать вывод о

том, что указанные права имеют характер абсолютных.

[24] См.: Мнение судьи М. Элона по делу HCJ 153/87, Leah Shakdiel v. Minister of Religious Affairs et al [May 19, 1988]. П. 22. Полный текст решения на английском языке см. на официальном сайте Верховного суда Израиля: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/87/530/001/Z01/87001530.z01.htm (дата обращения 11.08.2014); Мнение Председателя Суда А. Барака по делу HCJ 8276/05, Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Defence [December 12, 2006]. П. 26. Полный текст решения на английском языке см. на официальном сайте Верховного суда Израиля: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/05/760/082/a13/05082760.a13.htm (дата обращения 11.08.2014).

[25] HCJ 5100/94, Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel [May 5, 1998; January 13, 1999; May 26, 1999]. Полный текст решения на английском языке см. на официальном сайте Верховного суда Израиля: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.htm (дата обращения 11.08.2014). Перевод на русский язык мнения Председателя Суда А. Барака см.: *Кененова И. П.*, *Троицкая А. А.*, *Шустров Д. Г.* Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях : учеб. пособие. М. : URSS, КРАСАНД, 2015. С. 668–671.

[26] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel. П. 22.

[27] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 87.

[28] HCJ 3434/96, Hoffnung v. Knesset Speaker [1996] IsrSC 50(3) 57, 68. Цит. по: *Barak A.* Op. cit. P. 103–104, fn 18.

[29] Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 69(d).

[30] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Design 22 Shark Deluxe Furniture Ltd. and 18 others v. Tzvika Rosenzweig, Director of Sabbath Work Permits Department, Ministry of Labour and Social Affairs. П. 11; Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 53.

[31] В ред. статьи 2 Основного закона о достоинстве и свободе человека (Поправка) // Конституции государств Азии / под ред. Т. Я. Хабриевой. Т. 1. С. 126.

[32] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 89. Также см.: *Navot S.* Constitutional Law of Israel. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2007. P. 204, § 569.

[33] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Design 22 Shark Deluxe Furniture Ltd. and 18 others v. Tzvika Rosenzweig, Director of Sabbath Work Permits Department, Ministry of Labour and Social Affairs. П. 11.

[34] Подробнее см.: Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 75; Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 88–89.

[35] LCA 3145/99, Bank Leumi of Israel Ltd. v. Hazan [2003] IsrSC 57(5) 385. P. 405. Цит. по: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 55.

[36] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 90.

[37] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Design 22 Shark Deluxe Furniture Ltd. and 18 others v. Tzvika Rosenzweig, Director of Sabbath Work Permits Department, Ministry of Labour and Social Affairs. П. 11.

[38] HCJ 10203/03, «Hamifkad Haleumi» Ltd. v. Attorney General [August 20, 2008]. Полный текст решения на английском языке см. на официальном сайте Верховного суда Израиля: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/03/030/102/c22/03102030.c22.htm (дата обращения: 11.08.2014).

[39] Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 76.

[40] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Design 22 Shark Deluxe Furniture Ltd. and 18 others v. Tzvika Rosenzweig, Director of Sabbath Work Permits Department, Ministry of Labour and Social Affairs. П. 9.

[41] EDA 11280/02, Central Elections Committee for the Sixteenth Knesset v. Tibi [2003] IsrSC 57(4) 1. P. 21.

[42] Ibid. P. 22.

[43] Ibid. P. 23.

[44] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Design 22 Shark Deluxe Furniture Ltd. and

18 others v. Tzvika Rosenzweig, Director of Sabbath Work Permits Department, Ministry of Labour and Social Affairs. П. 16–18.

[45] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 101–103; Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 77–80.

[46] Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 78.

[47] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 60.

[48] См.: Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 81.

[49] Там же.

[50] См. решения по делам: HCJ 6427/02, Movement for Quality Government in Israel v. Knesset [2006] IsrSC 61(1) 619; CA 6821/93, United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village [November 9, 1995]; HCJ 5016/96, Horev v. Minister of Transport [1997] IsrSC 51(4) 1; HCJ 1030/99, Oron v. Knesset Speaker [2002] IsrSC 56(3) 640; HCJ 4140/95, Superpharm (Israel) Ltd. v. Director of Customs and VAT [2000] IsrSC 54(1) 49; HCJ 4769/95, Menahem v. Minister of Transport [2003] IsrSC 57(1) 235; HCJ 1661/05, Gaza Coast Local Council v. Knesset [2005] IsrSC 59(2) 481; HCJ 7052/03, Adalah v. Minister of Interior [2006] IsrSC и др.

[51] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 91.

[52] См.: HCJ 6427/02, The Movement for Quality Government in Israel v. The Knesset [2006] IsrSC 61(1) 619. Цит. по: *Barak A*. Op. cit. P. 250.

[53] Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 81.

[54] Подробнее см.: *Barak A*. Op. cit. P. 253–257, 262–277.

[55] Мошав – разновидность сельских населенных пунктов в Израиле.

[56] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 104; Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 82(b).

[57] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу HCJ 5016/96, Horev v. Minister of Transportation [April 13,1997]. П. 64. Полный текст решения на английском языке см. на официальном сайте Верховного суда Израиля: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/96/160/050/A01/96050160.a01.htm (дата обращения 11.08.2014).

[58] В судебной практике Верховного суда, см., например: Мнение судьи Т. Ора по делу HCJ 1030/99, Oron v. Knesset Speaker [2002] IsrSC 56(3) 640. P. 665; Мнение Председателя Суда А. Барака по делу HCJ 6427/02, The Movement for Quality Government in Israel v. The Knesset [2006] IsrSC 61(1) 619. П. 47, 57; Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 64.

[59] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 59.

[60] Мнение Председателя Суда (отст.) М. Шамгара по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 83.

[61] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 95.

[62] В своем мнении к решению United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village Председатель Суда (отст.) М. Шамгар предложил другие три компонента теста на пропорциональность. По его мнению, «средство будет полагаться пропорциональным, если (a) оно существенно связано с целью – это тест совместимости, (b) оно разумно связано с целью и (c) среди всей совокупности средств, направленных на достижение цели, нет схожего или близкого средства, которое бы с разумной возможностью могло бы достичь данную цель» (п. 84). Поэтому, «если цель является надлежащей, если избранное средство подходит для достижения цели и существенно с ней связано, если средство разумно связано с целью и если нет средства, причиняющего меньший вред праву, за пределами зоны допустимых альтернатив, тогда суд правомочен рассматривать такое средство не превышающим пределы необходимого» (п. 85). Компоненты или подтесты, предложенные М. Шамгаром, являются еще более неопределенными и вряд ли могут стать альтернативой подтестам, предложенным А. Бараком.

[63] См. решения по делам: HCJ 1715/97, Israel Investment Managers Association v. Minister of Finance [1997] IsrSC 51(4) 367. P. 385; HCJ 1030/99, Oron v. Knesset Speaker [2002] IsrSC 56(3) 640. P. 665; HCJ 987/94, Euronet Golden

Lines (1992) Ltd. v. Minister of Communications [1994] IsrSC 48(5) 412; HCJ 3477/95, Ben-Atiya v. Minister of Education, Culture and Sport [1995] IsrSC 49(5) 1. P. 12; HCJ 4769/95, Menahem v. Minister of Transport [2003] IsrSC 57(1) 235. P. 279; HCJ 5016/96, Horev v. Minister of Transport [1997] IsrSC 51(4) 1; [1997] IsrLR 149. P. 53; HCJ 8238/96, Abu Arar v. Minister of Interior [1998] IsrSC 52(4) 26. P. 41; HCJ 1255/94, Bezeq, the Israel Telecommunication Corp. Ltd. v. Minister of Communications [1995] IsrSC 49(3) 661. P. 687; HCJ 3648/97, Stamka v. Minister of Interior [1999] IsrSC 53(2) 728; HCJ 4644/00, Jaffora Tabori Ltd. v. Second Television and Radio Authority [2000] IsrSC 54(4) 178; HCJ 9232/01, Noah, the Israeli Federation of Animal Protection Organizations v. Attorney-General [2003] IsrSC 57(6) 212; [2002-3] IsrLR 225. P. 261; HCJ 2056/04, Beit Sourik Village Council v. Government of Israel [2004] IsrSC 58(5) 807; [2004] IsrLR 264 и др.

[64] Критический анализ трех подтестов с предложениями корректировок, см.: *Kremnitzer M.* Constitutional Proportionality: (Appropriate) Guidelines // Israeli Constitutional Law in the Making / ed. by G. Sapir, D. Barak-Erez, A. Barak. P. 230–238.

[65] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 105–107.

[66] Мнение судьи Д. Дорнер по делу HCJ 1715/97, Israel Investment Managers Association v. Minister of Finance [1997] IsrSC 51(4) 367. P. 420. Цит. по: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 55.

[67] См.: Мнение судьи Д. Бейниш по делу HCJ 9593/04, Rashed Morar, Head of Yanun Village Council and others v. IDF Commander in Judaea and Samaria [June 26, 2006]. П. 25. Полный текст решения на английском языке см. на официальном сайте Верховного суда Израиля: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/930/095/n21/04095930.n21.htm (дата обращения: 11.08.2014).

[68] Там же.

[69] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 67.

[70] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 95.

[71] Regina v. Goldstein, WLR 151, HL (1983).

[72] HCJ 2334/02, Shtanger v. The Speaker of the Knesset [2003] IsrSC 58(1) 786. P. 797. Цит. по: *Barak A.* Op. cit. P. 334.

[73] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 95, 105.

[74] Мнение судьи Д. Дорнер по делу HCJ 1715/97, Israel Investment Managers Association v. Minister of Finance [1997] IsrSC 51(4) 367. P. 420; HCJ 4769/95, Menahem v. Minister of Transport [2003] IsrSC 57(1) 235. P. 280. Цит. по: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 68.

[75] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 68.

[76] HCJ 4769/95, Menahem v. Minister of Transport [2003] IsrSC 57(1) 235. P. 80. Цит. по: Мнение почетного заместителя Председателя Суда М. Хешина по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 104.

[77] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 105.

[78] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу HCJ 2056/04, Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel [February 29, 2004; March 11, 2004; March 17, 2004; March 31, 2004; April 16, 2004; April 21, 2004; May 2, 2004]. П. 58. Полный текст решения на английском языке см. на официальном сайте Верховного суда Израиля: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/560/020/A28/04020560.a28.htm (дата обращения 11.08.2014).

[79] См.: HCJ 3477/95, Ben-Atiya v. Minister of Education, Culture and Sport [1995] IsrSC 49(5) 1. P. 15; HCJ 3648/97, Stamka v. Minister of Interior [1999] IsrSC 53(2) 728. P. 779; Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 69 и др.

[80] HCJ 6778/97, Association for Civil Rights in Israel v. Minister of Public Security [2004] IsrSC 58(2) 358; [2004] IsrLR 1. P. 367. Цит. по: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 69.

[81] HCJ 5627/02, Saif v. Government Press Office [2004] IsrSC 58(5) 70; [2004] IsrLR 191. P. 77. Цит. по: Мнение Председателя Суда А. Барака

по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 69.

[82] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 69–73, 87–90.

[83] Почетный заместитель Председателя Суда М. Хешин, в своем мнении по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior, критиковал избранное для данного подтеста наименование «пропорциональность *stricto sensu*». Скорее, это название подходит для второго подтеста. Смысл третьего подтеста состоит в том, что «мы кладем на каждую чашу весов вступившие в конфликт ценности – ценности от пользы и ценности от ущерба», и поскольку этот подтест целиком и полностью связан с ценностями, его целесообразно именовать «пропорциональностью в ценностном смысле» (п. 107).

[84] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 74.

[85] *Zamir I.* The Administrative Law of Israel Compared to the Administrative Law of German // Mishpat U'Mimshal. 1994. No. 2. P. 131. Цит по: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel. П. 59.

[86] См.: *Kremnitzer M.* Constitutional Proportionality: (Appropriate) Guidelines // Israeli Constitutional Law in the Making / ed. by G. Sapir, D. Barak-Erez, A. Barak. P. 235.

[87] Подробнее см.: *Шустров Д. Г.* Принцип пропорциональности в конституционном праве Израиля. М. : URSS, ЛЕНАНД, 2015. С. 129–143.

[88] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel. П. 41.

[89] См.: Там же. П. 44, 48–49, 59–61, 71, 76, 82–85.

[90] HCJ 6055/95, Tzemach v. Minister of Defence [1999] IsrSC 53(5) 241. P. 273. Цит. по: *Barak A.* Op. cit. P. 363.

[91] Ср. с «законом балансировки» («законом взвешивания») [*Law of Balancing*] ценностей, предложенным Р. Алекси: «Чем больше степень ограничения одной ценности, тем больше степень важности сохранения, защиты другой ценности» (*Alexy R.* A Theory of Constitutional Rights / transl. by J. Rivers. New York ; Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 102).

[92] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 74.

[93] См.: Мнение Почетного заместителя Председателя Суда М. Хешина по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 108–125.

[94] См.: Мнение Председателя Суда А. Барака по делу Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior. П. 109–112.

[95] Мнение Председателя Суда А. Барака по делу United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. П. 85.

[96] Согласно статье 33 Канадской Хартии прав и свобод (Конституционный акт 1982 г. // Конституции государств Америки : в 3 т. / под ред. Т. Я. Хабриевой. М. : Норма, 2006. Т. 1: Северная и Центральная Америка. С. 365–373):

«(1) Отступление вследствие специально принятой декларации. Парламент или законодательное собрание какой-либо провинции может специально установить в принятом Парламентом или законодательным собранием акте, что этот акт или какое-либо из его положений будет действовать независимо от установлений, содержащихся в статье 2 или статьях 7–15 настоящей Хартии.

(2) Последствия отступления. Акт или какое-либо его положение, о которых издается декларация на основании настоящей статьи, имеют силу и будут действовать только в отношении положений настоящей Хартии, упомянутых в декларации.

(3) Пятигодичный срок. Декларация, изданная на основании параграфа 1, прекращает действовать через пять лет после ее вступления в силу или в более раннее время, которое может быть указано в декларации.

(4) Повторное установление в законодательном порядке. Парламент или законодательное собрание какой-либо провинции могут повторно принять в законодательном порядке новую декларацию в соответствии с параграфом 1.

(5) Пятигодичный срок. Параграф 3 применяется в отношении повторного издания декларации на основании параграфа 4.

По сравнению с канадской, израильская отменительная оговорка менее жесткая: она распространяется лишь на одно право – свободу экономической деятельности, в то время как канадская на несколько; она должна быть принята большинством членов Кнессета, в Канаде

такого правила нет; срок ее действия ограничен, в Канаде она действует, пока не будет отменена».

Подробнее анализ механизма отменительной оговорки «несмотря на...» в Израиле, в его сравнении с канадским опытом, см.: *Kahana T.* Majestic Constitutionalism? The Notwithstanding Mechanism in Israel // Israeli Constitutional Law in the Making / ed. by G. Sapir, D. Barak-Erez, A. Barak. P. 73–90.

[97] HCJ 4676/94, Meatrael v. Minister of Finance [1996] IsrSC 50(5) 15. P. 26. Цит по: *Barak A.* Op. cit. P. 169, fn 148.

[98] Ibid. P. 30. Цит по: *Barak A.* Op. cit. P. 172–173.

НОВАЯ ФОРМАЦИЯ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ: УКРАИНА

Судебная власть в Украине: между правом и политикой

Александр Евсеев

В настоящей статье раскрываются основные этапы судебной реформы, идущей в Украине с 2010 года. Выделяются черты, позволяющие отнести Украину к странам с переходной (транзитивной) юстицией. Анализируются конкретные инициативы, направленные на совершенствование механизма отправления правосудия, которые были воплощены в жизнь после победы Евромайдана. Отмечается нарастание кризисных тенденций в сфере судебной власти в Украине.

Транзитивное правосудие; «политическая юстиция»; судебная система Украины; судебно-правовая реформа; Евромайдан; Международный уголовный суд; Конституционный Суд Украины; комиссии по установлению истины

Нужно быть правдивым во всем, даже в том, что касается Родины. Каждый гражданин обязан умереть за свою Родину, но никого нельзя обязать лгать во имя Родины.
Ш.-Л. Монтескье

1. Ситуация в судебной власти накануне Евромайдана

Еще свежи в памяти обстоятельства, связанные с Законом Украины от 7 июля 2010 года «О судоустройстве и статусе судей», которым были проведены самые крупные со времени «малой судебной реформы» 2001—2002 годов преобразования судебной системы в стране[1]. В отличие от нее реформа 2010 года, инициированная тогдашним Президентом Януковичем в первый же год его правления, своим острием была направлена на изменение статуса «высшего судебного органа в системе судов общей юрисдикции» (ст. 125 Конституции) — Верховного Суда Украины. В частности, он был лишен полномочий по пересмотру дел в связи с исключительными обстоятельствами и в кассационном порядке[2], его палаты были расформированы, а общая численность Верховного Суда была сокращена с девяноста пяти до двадцати судей (по пять от каждой из существующих в Украине юрисдикций — гражданской, уголовной, административной и хозяйственной). Фактически его предназначение было сведено к одному единственному полномочию, а именно: пересмотру дел по основаниям неодинакового применения судами кассационной инстанции[3] одной и той же нормы материального права, да и то при условии, что коллегия в составе пяти судей кассационной инстанции допустит дело к пересмотру

Верховным Судом. Таким образом, право на обращение в Верховный Суд было поставлено в зависимость не от него самого, самостоятельно отбирающего дела к рассмотрению в процедуре *certiorari* (истребование дела вышестоящим судом из производства нижестоящего суда), как, скажем, это имеет место в США[4], а от нижестоящего высшего специализированного суда, чью деятельность и должен был проверять Верховный Суд[5]. Подобный институциональный дизайн, вызвавший бурную полемику среди парламентариев и представителей научной общественности[6], по всей видимости, был ориентирован на французские образцы, где, как известно, при обращении в Конституционный совет действует не внутренний фильтр (в лице его секретариата), а внешний — проверка обращений осуществляется судом, рассматривавшим дело по существу, а точнее, высшей инстанцией судебной системы, к которой он принадлежит (Кассационным судом или Государственным советом)[7]. Другой вопрос, что не стоит ставить на одну доску Верховный Суд Украины и Конституционный совет Франции, которые имеют весьма отличную друг от друга компетенцию и занимают различное место в судебных системах своих стран.

Впрочем, значение реформы 2010 года было заметно подорвано стремительной «контрреформой», что лишний раз продемонстрировало непоследовательность Президента Януковича, которая стала отличительной особенностью его политического почерка и привела его в дальнейшем к столь печальному финалу. Спустя год Законом от 20 октября 2011 года численность Верховного Суда была увеличена до 48 человек, были воссозданы его палаты, хотя сами полномочия остались в прежнем, усеченном виде, так что отчасти (именно отчасти) «все вернулось на круги своя». Тем не менее потрясение, связанное с реформой 2010 года, оказалось достаточно сильным для украинской судебной системы.

Среди новшеств, введенных тогда в судебный обиход, можно отметить внедрение автоматизированной системы документооборота, обеспечивающей объективное и непредвзятое распределение нагрузки между судьями, предоставление участникам процесса информации о состоянии рассмотрения дела, централизованное хранение текстов судебных решений в электронном архиве, регистрацию входящей и исходящей корреспонденции, а также выдачу судебных решений и приказов. Принципиально важным моментом здесь является распределение компьютерной системой дел между судьями по принципу математической вероятности. Вместе с тем диспропорций в распределении судейской нагрузки все равно не удалось избежать, в том числе по причине, будем откровенны, вмешательства в работу системы «человеческого фактора». Проиллюстрируем нашу мысль на примере такого, казалось бы, уважаемого органа, как Высший хозяйственный суд Украины (аналог российского Высшего Арбитражного). Так, в течение 2013 года судья С. Мирошниченко рассмотрел 448 кассационных жалоб, в то время как его коллега В. Москаленко рассмотрел лишь 5, А. Удовиченко — 23, С. Могил — 40 при среднегодовой нагрузке на судью в 200 жалоб[8].

Кроме того, подверглись изменениям правила об отводе судей. Теперь вопрос об отводе решался не председателем суда или его заместителем в трехдневный срок с момента подачи соответствующего ходатайства, а самим судьей, которому был заявлен отвод, что, очевидно, является грубым нарушением принципа беспристрастности правосудия. Немаловажное значение имело также то обстоятельство, что все назначения судей на административные должности были переданы Законом «О судоустройстве и статусе судей» в ведение Высшего совета юстиции, в котором чрезвычайно сильны позиции президентского ставленника — члена и некогда председателя этого совета С. Кивалова, получившего печальную известность будучи председателем Центризбиркома во время «первого» Майдана 2004 года. Но важно даже не это, а то, что соответствующие полномочия были делегированы Высшему совету юстиции вопреки Решению Конституционного Суда Украины, вынесенному 16 октября 2001 года, еще тогда признавшему аналогичные нормы неконституционными на том основании, что Конституция не предусматривает за Высшим советом юстиции полномочий по назначению судей на административные должности.

Таковы лишь некоторые из законодательных новелл того времени, несших в себе ярко выраженный антидемократический потенциал. Наступила пора непродолжительного затишья, когда законодательство о судоустрой-

стве если и изменялось, то незначительно, почти что незаметно, особенно на фоне перипетий начала «нулевых» годов. Вспомнить можно разве что новый Уголовный процессуальный кодекс от 13 апреля 2012 года (далее — УПК), заслуживающий, впрочем, отдельного комплексного исследования.

И вот после трагических событий февраля 2014 года на Майдане, начертавшем на своих знаменах требование радикальной ломки существующей системы власти, включая судебную власть, в Украине была начата новая судебная реформа, по своему значению не только не уступающая реформе четырехлетней давности, но даже превосходящая ее. Речь идет главным образом о Законе от 8 апреля 2014 года «О восстановлении доверия к судебной власти в Украине», прозванном среди специалистов «законом о люстрации судей», и Законе от 12 февраля 2015 года «Об обеспечении права на справедливый суд», внесенном в парламент уже новым Президентом П. Порошенко. С точки зрения юридической техники любопытно, что Закон 2015 года, подобно Закону 2010 года, в равной мере учитывает как организационную (судоустройство), так и персональную (статус судей) составляющие.

2. Тупики и лабиринты судейской люстрации

Справедливости ради отметим, что закон о люстрации судей, принятый менее чем через два месяца после расстрела «Небесной сотни», так и не стал, если воспользоваться выражением Л. Головко, «максимальным пределом радикальности»[9], который мог позволить себе украинский законодатель эпохи революции. В этом смысле красноречивым является тот факт, что в первоначальном проекте закона было предусмотрено, что в ходе люстрации будут уволены все судьи, реальные затраты и фактическое материальное состояние которых не соответствует уровню их официальных доходов. Скажем, при среднемесячной зарплате в размере двухсот тридцати евро суммарная стоимость личного автопарка судей Высшего административного суда Украины составляет около полутора миллионов долларов и еще почти во столько же оценивается стоимость автомобилей, задекларированных членами их семей[10]. Вместе с тем из окончательной редакции эта норма ушла, а сроки проведения люстрации были увеличены с 6 месяцев до года. Показательно также, что из-под люстрации были выведены судьи Конституционного Суда, а сам предмет люстрационной проверки — и это, пожалуй, главное — был ограничен деятельностью судей в период с 21 ноября 2013 года (начало Евромайдана) до 21 февраля 2014 года (бегство Януковича из страны), что коснулось преимущественно тех из них, кто избирал меры пресечения по отношению к гражданским активистам и политическим противникам прежней власти.

Для проведения люстрации при Высшем совете юстиции (*sic! — А.Е.*) была создана Временная специальная комиссия, состоящая из 15 членов. Порядок ее формирования следующий: Пленум Верховного Суда избирает 5 членов из числа судей в отставке, которые на протяжении последних пяти лет нахождения на должностях судей не занимали каких-либо административных должностей; Правительственный уполномоченный по вопросам антикоррупционной политики и Верховная Рада назначают в комиссию еще по 5 членов из числа представителей общественности, имеющих высшее юридическое образование. В состав комиссии не могут входить народные депутаты Украины 7-го созыва, государственные служащие, действующие судьи, лица, которые в течение последних десяти лет работали в правоохранительных органах, привлекались судом к административной ответственности за коррупционные правонарушения или к уголовной ответственности (ст. 4 Закона). Комиссия осуществляет свою компетенцию в форме заседаний, рассматривая в специальной процедуре заявления, поданные в письменной форме физическими и юридическими лицами касательно индивидуально определенного судьи (судей).

Впрочем, не стоит думать, будто люстрация вовсе не оказала сколько-нибудь существенного влияния на судебную систему. Согласно пункту 2 «Заключительных и переходных положений» Закона от 8 апреля 2014 года с момента вступления в силу данного акта считались освобожденными от занимаемых постов все председатели судов и их заместители, а также секретари судебных палат. Помимо этого, законом о люстрации предусматривалось, что отныне все председатели судов (за исключением Верховного и Конституци-

онного) будут назначаться сроком на один год путем тайного голосования, проводимого среди судей соответствующего суда[11].

К сожалению, уже сейчас становится ясно, что избежать, по выражению С. Пашина, «сопротивления человеческого материала»[12] не удалось. Согласно подсчетам М. Поповой, видной исследовательницы проблем переходного правосудия, по состоянию на конец 2014 года из приблизительно девяти тысяч украинских судей всех уровней только 2 % (167 человек) добровольно ушли на пенсию. После вступления в силу закона о люстрации и проведения первых выборов председателей судов в 80 % случаев (независимо от региона) были переизбраны на свои посты ставленники прежней власти[13]. Так, соотношение между переизбранными и новыми председателями судов в общих судах составило 81,10 на 18,9; хозяйственных – 69,7 на 30,3; административных – 68,8 на 31,3; судах первой инстанции – 81,7 на 18,3; апелляционных и высших – 53,7 на 46,3 % соответственно[14].

Вообще, по наблюдениям той же М. Поповой, перед украинской Фемидой стоят четыре альтернативы: 1) честная судебная реформа, направленная на «искоренение» связей – паразитических или симбиотических – между судейской элитой и политиками, а также создание новой институциональной и кадровой основы судебной власти, которая будет политически независимой и честной; 2) замена элиты судебной системы, которая работала при Януковиче, на судей, сотрудничающих с Порошенко, и продолжение симбиотических/паразитических отношений; 3) «перевоплощение» судей эпохи Януковича в сторонников Порошенко; 4) усиление позиций судей, назначенных при Януковиче, которые стремятся трансформировать судебную власть в политически независимую, но все-таки коррумпированную институцию[15]. Какой из этих вариантов «сыграет» в Украине, пока не ясно, однако первые контуры будущего уже просматриваются.

Во-первых, в судейском сообществе существует явное неприятие самой идеи избавления от собственных негодяев. Лишним доказательством этому является обжалование соответствующего закона Верховным Судом в процедуре конституционного судопроизводства (решение по данному вопросу Конституционным Судом еще не принято). А во-вторых, необходимо учитывать, что люстрация в Украине коснулась не только судей, но и множества других государственных служащих, привлекаемых к этой процедуре на основании общего Закона «Об очищении власти» от 16 сентября 2014 года. По информации председателя Верховного Суда Украины Я. Романюка, по состоянию на 15 января 2015 года в административных судах скопилось около 300 дел по искам сотрудников прокуратуры, МВД, Службы безопасности Украины, налоговой службы и других структур, которые были уволены в рамках люстрационных мероприятий, однако без соблюдения надлежащей процедуры их проверки[16].

И вот здесь поразительно, как ведут себя судьи, призванные выступать арбитрами в данных спорах. Опасаясь за свою безопасность, поскольку в день слушаний перед зданием суда традиционно собираются бывшие активисты Майдана, судьи на день-два уходят в отпуск с тем, чтобы автоматизированная система документооборота распределила дело о люстрации без их участия. Как правило, «крайними» становятся их более молодые коллеги, которые, впрочем, тоже не остаются в долгу, пытаясь, в свою очередь, найти выход из создавшегося положения: затягивают рассмотрение дела, под разными предлогами перенося дату слушаний, пытаются в непроцессуальном порядке договориться с представителем истца, дабы последний отозвал свой иск, и т. д.

Нарисованная нами неутешительная картина, помимо прочего, служит лишним подтверждением той истины, что отечественные реформаторы игнорируют один из основных уроков судебных реформ, суть которого сводится к тому, что подлинные преобразования не могут осуществлять привыкшие к старым формам деятельности ведомства и прежние сановники. Следовательно, должны быть выдвинуты, поддержаны и защищены новые кадры, чего сделано не было. По верному слову С. Пашина, «нравственная чистота стоит дороже устаревшего профессионализма»[17]. Пока же приходится констатировать, что в условиях нестабильной и неконсолидированной демократии, коей является Украина, усиление политической конкуренции привело к увеличению попыток манипулировать судами, судьи которых часто оказываются неспособными к сопротивлению[18].

3. Суд присяжных: нереализованный потенциал

Не секрет, что вливание «свежей крови» в судебную систему возможно путем привлечения представителей народа при условии, что они действуют, хотя и по внутреннему убеждению, но в правовых рамках, задаваемых надлежащей правовой процедурой. Речь идет, как уже догадался читатель, о народных и присяжных заседателях. Действительно, Конституцией Украины (ч. 4 ст. 124) предусмотрено существование этих двух форм участия народа в отправлении правосудия. Вместе с тем стоит отметить, что данное положение остается на сегодняшний день фактически декларативным. И если до 2010 года народные заседатели принимали участие в делах, которые рассматривались в апелляционных судах по первой инстанции, то на сегодняшний день ситуация кардинально изменилась. Ведь после проведения судебной реформы Януковича все дела по первой инстанции рассматриваются районными, районными в городах, городскими и горрайонными судами, в которых народных заседателей не было с советских времен.

Таким образом, лишив апелляционные суды права рассматривать дела по первой инстанции, законодатель отнял тем самым у народных заседателей возможность принимать участие в отправлении правосудия. Даже существование части 3 статьи 17 ранее действовавшего УПК 1961 года, закреплявшей положение, согласно которому уголовные дела о преступлениях, в санкциях которых предусмотрено наказание в виде пожизненного лишения свободы, рассматриваются судом в составе двух судей и трех народных заседателей, не спасло ситуацию. Согласно части 3 статьи 31 нового УПК 2012 года рассмотрение подобных дел осуществляется по ходатайству обвиняемого уже судом присяжных в составе двух профессиональных судей и трех присяжных.

Что же касается участия присяжных в отправлении правосудия, то, к сожалению, соответствующее положение Конституции также не реализуется в полной мере, поскольку все судебные реформы крайне опосредованно касались данного института. Наверное, это связано с тем, что в Украине суд присяжных никогда не имел столь мощного лобби в профессиональной среде, как, скажем, это было в России. Достаточно назвать имена Т. Морщаковой, И. Петрухина, С. Пашина, А. Ларина, многих других энтузиастов. В Украине же об этом пытался писать только киевский процессуалист Г. Чангули, ушедший из жизни еще в 1993 году[19]. Поэтому столь радикальное по отечественным меркам нововведение не могло опираться на соответствующую его важности интеллектуальную базу. Добавим к этому вполне обоснованное сопротивление со стороны правоохранительных органов, которые через своих представителей в парламенте всячески блокировали подобного рода инициативы.

Вообще к украинской ситуации с полным основанием применима меткая характеристика, которую Л. Головко дал положению дел в российской судебной системе: «Сегодня фактически отсутствует открытая и неимитируемая политическая борьба, которая показывает обществу, какая политическая сила и какая политическая идея стоят за той или иной реформой. Точнее, такая борьба перенесена в “закрытое пространство” — внутрь государственного механизма, где едва ли не каждое правоохранительное ведомство выступает в качестве своего рода тайной или явной политической партии, отстаивающей свои ведомственные интересы и борющейся с ведомствами-конкурентами. Поскольку открыто провозгласить свои политические амбиции такие “партии” не могут, они переносят центр тяжести борьбы из политической сферы в сферу техническую, обмениваясь законодательными инициативами, подправляя в своих ведомственных интересах уголовный и, еще чаще, уголовно-процессуальный закон, нанося друг другу аппаратные уколы в борьбе за лидерство в законотворческой сфере»[20].

Только в 2010 году законодатель обратился к данной проблеме, да и то ограничившись статьей 63 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», в которой предусматривалось, что присяжные заседатели в определенных процессуальным законом случаях привлекаются к осуществлению правосудия. Данная норма в функциональном плане выступала отсылочной по отношению к иному нормативно-правовому акту, а именно УПК, закрепляющему процессуальные особенности этого института в § 2 главы 30. Наконец, несколько моментов, уточняющих правовой

статус присяжных заседателей, были внесены новым Законом «Об осуществлении права на справедливый суд» от 12 февраля 2015 года.

Так, присяжным может стать гражданин Украины, достигший 30-летнего возраста (но моложе 65 лет) и постоянно проживающий на территории, на которую распространяется юрисдикция соответствующего суда. Обязанность утверждения списка присяжных заседателей ложится на территориальное управление Государственной судебной администрации, которое обращается с представлением в соответствующий местный совет, формирующий в количестве, указанном в представлении, список граждан, которые постоянно проживают на определенной территории, соответствуют предусмотренным законом требованиям для присяжных заседателей и дали свое согласие быть таковыми. Список присяжных утверждается сроком на два года. Сам отбор граждан для рассмотрения конкретного дела осуществляется с помощью автоматизированной системы.

Хотелось бы подчеркнуть, что украинская модель суда присяжных, не подвергшаяся ощутимым изменениям даже после победы Евромайдана, характеризуется, как минимум, двумя фундаментальными недостатками, сводящими на нет всю пользу от данного института. Прежде всего это чрезвычайно узкая компетенция, ограниченная, повторимся, рассмотрением дел, за которые подсудимому грозит пожизненное лишение свободы. В Уголовном кодексе таких составов сравнительно немного: 1) посягательство на территориальную целостность Украины (ст. 110); 2) посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля (ст. 112); 3) умышленное убийство при отягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 115); 4) посягательство на жизнь работника правоохранительного органа или военнослужащего (ст. 348); 5) посягательство на жизнь судьи, народного или присяжного заседателя (ст. 379); 6) посягательство на жизнь защитника или представителя (ст. 400); 7) фальсификация лекарственных средств (ст. 321[1]); 8) сопротивление командиру, сопряженное с умышленным убийством последнего (ст. 404); 9) террористический акт (ст. 258); 10) нарушение законов и обычаев войны (ст. 438); 11) использование оружия массового поражения (ст. 439); 12) геноцид (ст. 442); 13) посягательство на жизнь представителя иностранного государства (ст. 443). Из них мало-мальски реальная практика, по крайней мере, до войны на Донбассе существовала в отношении лишь двух составов: убийство при отягчающих обстоятельствах и посягательство на жизнь работника правоохранительного органа, которые в общей структуре преступности занимали весьма незначительное место. Сейчас, надо полагать, ситуация несколько изменится, прежде всего с военными преступлениями, однако как организовать суд присяжных в зоне проведения антитеррористической операции, где люди и так запуганы до предела, — большой вопрос, в особенности, если учесть, что полноценного суда присяжных пока нет даже в столице.

Второй недостаток сводится к тому, что при выборе той или иной модели суда присяжных приоритет был отдан немецкой (суду шеффенов) модели, для которой характерно совместное разрешение дела профессиональными судьями и присяжными. Общепризнанным пороком этой модели, на что не раз указывалось в юридической литературе, является то, что судьи, отстаивая ведомственный интерес, начинают «забивать» присяжных специальными знаниями и юридической риторикой, тем самым приглушая в них здравый смысл и житейский опыт, столь необходимые при отправлении правосудия[21]. Такая ситуация является немыслимой в классической англосаксонской модели, где присяжные в количестве 12 человек самостоятельно решают все вопросы факта, в то время как судья, действуя исключительно на основании вердикта присяжных, разрешает, по сути, один единственный вопрос права — назначает наказание в соответствии с конкретной уголовно-правовой санкцией[22].

Хотелось бы также подчеркнуть, что уменьшение количества присяжных до трех человек — это средство, с одной стороны, затруднить присяжным припоминание всех доказательств, а с другой — увеличить риск неправильных вердиктов. Опыты Хасти доказали, что совокупная память группы тем лучше, чем она больше. 12 присяжных правильно помнят 90 % доказательств и точно воспроизводят около 80 % судейских инструкций[23].

Сейчас уже ясно, что робкие попытки внедрения суда присяжных понадобились Президенту Януковичу для того, чтобы от-

читаться перед западными партнерами о гуманизации украинской судебной системы. В телеинтервью, данном осенью 2011 года известному писателю и журналисту В. Коротичу, Янукович прямо заявил о необходимости преодоления «обвинительного уклона» в деятельности отечественной Фемиды, с которым знаком не понаслышке. Какова же в реальности картина оправданий при Януковиче и изменилась ли она сегодня? (См. табл. 1.)

Таблица 1

Год	Человек осуждено	Человек оправдано	Процент оправданных лиц
2010	168 800	365	0,2
2011	Статистика отсутствует		
2012	161 400	437	0,2
2013	135 800	857	0,6
2014 (1-е полугодие)	54 300	435	0,8

Таблица составлена автором на основании судебной статистики, находящейся в открытом доступе на интернет-ресурсе Верховного Суда Украины: http://www.scourt.gov.ua.

Несложно заметить, что процент оправдательных приговоров в последние годы имел тенденцию к увеличению, хотя и незначительную.

Возвращаясь к теме суда присяжных, следует отметить, что единственный известный нам процесс с участием присяжных заседателей проходил во Львове на протяжении 2013—2014 годов по обвинению марокканца, бывшего студента медуниверситета, в убийстве профессора медицины Л. Фрайфельда.

Убийство произошло 19 октября 2012 года около шести часов утра. Преступник зверски избил 67-летнего доктора, и тот от полученных травм скончался на месте. Прибывшая по вызову прохожих милиция задержала марокканца — бывшего студента Львовского медицинского университета, отчисленного оттуда якобы по представлению Фрайфельда. Однако в ходе процесса выяснилось, что убитый никогда в университете не преподавал, то есть мотив мести — первоначальная версия следствия — оказался неубедительным. Согласно показаниям очевидцев, подсудимый Отман, находившийся в состоянии опьянения, «прыгал по телу убитого» и что-то кричал. У защиты, однако, было предположение, что он просто пытался объяснить ситуацию, но сделать этого не смог по той причине, что практически не владеет ни украинским, ни русским языками. Кроме того, потерпевший был крупным мужчиной (при росте свыше 180 см), физически сильным, хорошим спортсменом. По словам брата покойного, он умел драться. Его же предполагаемый убийца едва ли весил 75 кг. Удивительно, как ему (а ведь он еле стоял на ногах) удалось так легко повалить противника на землю и забить. Фактор внезапности нападения не мог служить объяснением: судя по состоянию кулаков убитого, он успел дать отпор нападавшему и должен был нанести ему серьезные повреждения. Но у Отмана травм как раз зафиксировано не было[24].

Поэтому неудивительно, что когда 4 марта 2014 года процесс завершился, трое присяжных (воспитательница, паспортистка и пенсионерка) оправдали подсудимого, а оставшиеся в меньшинстве двое профессиональных судей написали особые мнения. Сам подсудимый был освобожден в зале суда, однако вскоре был задержан боевиками «Правого сектора». Дело осложняет еще и тот факт, что по украинскому законодательству вердикт присяжных можно обжаловать в апелляционном порядке, что в корне противоречит самому предназначению суда присяжных, а именно возможности постановить безмотивный оправдательный вердикт. Дальнейшая же судьба марокканца неизвестна.

4. Конституционное судопроизводство: бремя выбора

Важнейшим элементом любой переходной юстиции является Конституционный Суд. Именно этот орган конституционной юрисдикции сыграл решающую роль в отмене 30 сентября 2010 года поправок в Конституцию Украины от 8 декабря 2004 года, ограничивающих президентскую власть, которые были приняты парламентом с многочисленными процедурными нарушениями в самый разгар «Оранжевой революции» 2004 года. Упреком Конституционному Суду здесь может служить только то, что до 2010 года он дважды отказывал в рассмотрении конституционности политической реформы 2004 года, и только с приходом Януковича к власти удовлетворил соответствующее конституционное представление, вернув, по сути дела, новому главе государства полномочия, которые были у Президента Кучмы.

Поэтому с приходом новой политической команды месть конституционным судьям не заставила себя долго ждать. 24 февраля 2014 года были досрочно прекращены полномочия пяти из шести судей Конституционного Суда Украины[25], избранных по квоте Верховной Рады, а Президенту и съезду судей, делегировавших в Суд по шесть представителей, парламентом было рекомендовано отправить их в отставку. Любопытно, что такому вольному обращению с судейскими кадрами способствует формулировка статей 85 и 106 Конституции Украины в редакции от 8 декабря 2004 года, которая была восстановлена после победы Евромайдана 22 февраля 2014 года. В соответствии с ней Президент и Верховная Рада Украины получили право не только назначать «свою» треть состава Конституционного Суда, но и в любой момент освобождать судей от занимаемых должностей. Кроме того, в отношении судей, голосовавших за отмену политреформы, было возбуждено уголовное дело, что, на наш взгляд, является нарушением хрестоматийного стандарта справедливого правосудия, согласно которому судья не может нести ответственность за содержание принимаемого им решения.

Все эти перипетии не могли не сказаться на работоспособности органа конституционной юрисдикции. Так, в 2014 году он вынес решения всего по семи делам, одно из которых было постановлено еще при Президенте Януковиче. Для сравнения достаточно сказать, что годом ранее таких решений было в два раза больше. За три месяца 2015 года не было вынесено ни одного решения. Почти не стало особых мнений, поскольку судьи по-человечески боятся «лезть на рожон». Добавим к этому постоянное педалирование в парламентских кулуарах темы о том, что Конституционный Суд вовсе необходимо расформировать, трансформировав его в палату при Верховном Суде, как это было сделано после революции 2010 года в Киргизии.

Единственным позитивным моментом во всех этих пертурбациях является, пожалуй, лишь то, что Конституционный Суд, желая, видимо, переложить ответственность за принимаемые решения на экспертов и научных работников, готовящих ответы на поручения

Таблица 2

Персональный состав Конституционного Суда Украины

Фамилия судьи	Дата рождения	Год назначения в Конституционный Суд Украины	Год окончания полномочий	Кем назначен	Предыдущая профессиональная деятельность
Баулин	1953	2008	2017	Президентом	Доктор юридических наук, профессор уголовного права
Брынцев	1951	2006	2015	Съездом судей	Председатель Харьковского апелляционного суда
Вдовиченко	1960	2008	2017	Президентом	Работник милиции, профессиональный судья
Гультай	1958	2010	2019	Съездом судей	Работник прокуратуры, профессиональный судья
Запорожец	1968	2010	2019	Съездом судей	Работник прокуратуры, профессиональный судья
Касминин	1966	2013	2022	Президентом	Работник прокуратуры, профессиональный судья
Литвинов	1965	2013	2022	Съездом судей	Военнослужащий, юрисконсульт ряда шахт, профессиональный судья
Мельник	1962	2014	2023	Верховной Радой	Доктор юридических наук, профессор уголовного права, чиновник
Сас	1957	2014	2022	Верховной Радой	Ветеринар, председатель колхоза, народный депутат
Сергейчук	1966	2010	2019	Съездом судей	Профессиональный судья
Слиденко	1973	2014	2023	Верховной Радой	Доктор юридических наук, доцент, преподаватель конституционного права
Стецюк	1962	2006	2015	Верховной Радой	Кандидат юридических наук, доцент, преподаватель конституционного права
Тупицкий	1963	2013	2022	Президентом	Работник прокуратуры, профессиональный судья
Шаптала	1959	2010	2019	Съездом судей	Работник прокуратуры, профессиональный судья
Шевчук	1969	2014	2023	Верховной Радой	Доктор юридических наук, профессор, судья Европейского Суда по правам человека *ad hoc*
Шишкин	1952	2006	2015	Президентом	Бывший Генеральный прокурор, народный депутат

Таблица составлена автором на основании информации, находящейся в открытом доступе на интернет-ресурсе Конституционного Суда Украины: http://www.ccu.gov.ua.

судьи-докладчика, выложил в открытый доступ материалы всех дел, рассмотренных Судом за период с 2009 по 2014 год, что является поистине безбрежным полем для исследователей отечественной конституционной юстиции.

Надеемся, читателю будет небезынтересно узнать, каков человеческий субстрат украинского Конституционного Суда, что за люди в нем работают[26]. На сегодняшний день картина выглядит следующим образом (см. табл. 2).

Приведенная статистика наталкивает на интересные размышления. В первую очередь бросается в глаза, что два места (соответственно от Президента и Верховной Рады) уже как год остаются вакантными. В 2015 году сразу у троих судей заканчиваются сроки полномочий, и ничто не указывает на то, что замена им будет найдена достаточно оперативно. Как следствие, в будущем это может создать серьезные риски для кворума в пленарном заседании (при норме 12 из 18), что, в свою очередь, может поставить под сомнение правомочность органа конституционной юрисдикции, а то и вовсе парализовать его работу, как это было в 2006 году.

Кроме того, пока юристы-теоретики находятся в явном меньшинстве — лишь пятеро из судей занимались научной работой, при чем трое из них (Мельник, Слиденко и Шевчук) оказались на своих постах только после победы Евромайдана. Зато в Суде сильна и многочисленна группа «практиков». Таковых в нынешнем составе насчитывается 9 человек, половина от конституционного состава, причем семеро из них строили свои карьеры в Донецкой и Луганской областях и оказались в Конституционном Суде во время правления Януковича. Двое судей (Сас и Шишкин) до попадания в Суд активно занимались политической деятельностью в качестве оппозиционных депутатов, а «чистопородный» ученый Мельник возглавлял аппарат Верховного Суда и активно работал в качестве эксперта международных организаций, как, впрочем, и Шевчук.

В любом случае непоследовательность и нестабильность правового регулирования статуса конституционных судей, «невозможность разумного на основе закона предвидения развития своей судьбы»[27] делают их уязвимыми, порождают стремление «выжить» в судебной системе ценой повышенной лояльности к управляющим воздействиям, источником которых чаще всего выступает тот орган, который выдвинул соответствующего судью на его должность, представил его кандидатуру для утверждения и, в конечном счете, назначил, то есть политические ветви власти, в том числе инициирующие изменения закона в направлении, обратном целям судебной реформы и прямо приводящем к волнам судейских отставок, которые уже дважды имели место (в 2007 и 2014 годах).

5. Международное правосудие на службе у революции

По мнению теоретиков переходного правосудия (*transitional justice*), большое значение для преодоления «посттоталитарного синдрома» имеет деятельность международных судебных инстанций, прежде всего Международного уголовного суда (далее — МУС)[28], чей устав уже был предметом рассмотрения Конституционного Суда Украины в начале «нулевых» годов. Напомним российскому читателю, что, вынося Заключение от 11 июля 2001 года, Конституционный Суд был смущен фактически единственным аспектом функционирования МУС, а именно — дополняющим характером его юрисдикции. Именно то обстоятельство, что МУС «дополняет национальные органы уголовной юстиции», послужило главным аргументом для признания Римского статута неконституционным. На самом деле подготовка к ратификации статута в парламенте совпала по времени с «кассетным скандалом», в ходе которого были обнародованы аудиозаписи разговоров тогдашнего Президента Л. Кучмы со своим ближайшим окружением, из которых недвусмысленно вытекало, что оппозиционный журналист Г. Гонгадзе был ликвидирован по его приказу. Ошибочно опасаясь, что МУС займется этим делом после окончания срока его президентских полномочий, Кучма дал указание Конституционному Суду под любым предлогом заблокировать ратификацию данного статута на стадии предварительного нормоконтроля[29]. А согласно части 2 статьи 9 Конституции заключение международных договоров, не соответствующих Конституции Украины, возможно только после внесения соответствую-

щих изменений в Основной закон, чего, разумеется, сделано не было.

Уже порядком подзабытая полемика о необходимости присоединения Украины к МУС с новой силой разгорелась после трагических событий на Майдане, в ходе которых погибло более 100 человек. Предлагались следующие более или менее легальные способы обхода Заключения Конституционного Суда и, как следствие, придания Римскому статуту обязательной силы в украинском правопорядке:

I. *Самый бесспорный*. Пойти по немецкому или французскому пути, внеся изменения в Основной закон, что раз и навсегда сняло бы все спекуляции на эту тему, а печально известное Заключение Конституционного Суда Украины *ipso facto* («в силу самого факта») утратило бы свою юридическую силу. Так, французская Конституция 8 июля 1999 года была дополнена статьей 53-2, гласящей, что «Республика признает юрисдикцию МУС, как она предусмотрена положениями договора, подписанного 18 июля 1998 года». Тем самым на конституционном уровне в самой общей форме признается юрисдикция МУС. Германия же 29 ноября 2000 года дополнила статью 16 Основного закона, первоначальный текст которой устанавливал, что «ни один немец не может быть выдан за пределы Германии», следующим положением: «Законом может быть предусмотрено иное правило, допускающее выдачу государству — члену ЕС или международному суду, при условии соблюдения принципов правового государства»[30]. Как видим, в немецкой модели как бы делается исключение из общего статуса личности.

II. *Пассивный*. Вообще не предпринимать никаких ратификационных шагов, усиливая при этом работу по дипломатической линии, надеясь на то, что МУС проявит известный «судейский активизм» и по собственной инициативе откроет производство в отношении трагических событий, имевших место 18—20 февраля 2014 года в ходе проведения спецоперации «Бумеранг». В этой связи подчеркнем, что статья 17 Статута в принципе позволяет это делать, но только тогда, когда «имеет место нежелание государства обеспечить расследование и пресечение или неспособность сделать это ввиду полного или существенного развала национальной судебной системы». Первый прецедент такого рода уже имел место в 2010 году, когда Палата предварительного производства МУС санкционировала расследование ситуации в Республике Кении[31]. Однако очевидно и то, что признание Украиной подобного факта окончательно дискредитировало бы судебную систему в глазах Запада.

III. *Судебный*. Приходится констатировать, что фактически единственным способом, который позволил бы преодолеть правовую позицию о неконституционности Римского статута, изложенную в Заключении Конституционного Суда Украины от 11 июля 2001 года, является принятие Конституционным Судом Украины нового Заключения, причем субъектами обращения с соответствующим представлением могут быть лишь Президент или Кабмин. Но также очевидно и то, что для очень многих такая «динамическая корректировка» Конституционным Судом собственных правовых позиций выглядела бы сродни желанию подстроиться под изменившуюся политическую конъюнктуру. Поэтому Конституционному Суду Украины понадобилась бы какая-то новая аргументация, более убедительная, чем та, которая звучала в ранее принятом Заключении. В данном случае можно было попытаться обосновать тезис о том, что участие Украины в Римском статуте МУС следует трактовать как вид обязательств *erga omnes* («между всеми»).

В самом деле, еще в 1970 году Международный суд ООН подтвердил, что такие преступления, как агрессия, геноцид и прочие являются заботой всех государств. С учетом значения соответствующих прав все государства могут считаться обладающими юридическим интересом в их защите. Да и сам Конституционный Суд Украины в своем Заключении констатировал, что «установление ответственности за совершение большинства преступлений, предусмотренных Римским статутом, является международно-правовым обязательством Украины, в соответствии с другими международно-правовыми документами, которые вступили в силу для нашего государства (многие из них — задолго до вступления в силу Конституции Украины).

К ним, в частности, относятся: Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 9 декабря 1948 года (вступила в силу 12 января 1951 года); Женевская конвенция о защите гражданского

населения во время войны от 12 августа 1949 года (вступила в силу 21 октября 1950 года); Женевская конвенция об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 года (вступила в силу 21 октября 1950 года); Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 14 мая 1954 года (вступила в силу 4 апреля 1957 года); Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него от 30 ноября 1973 года (вступила в силу 18 июля 1976 года); Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 года (вступила в силу 26 июня 1987 года). Фактически Статут отражает большинство положений, определяющих преступления, которые перечислены в упомянутых выше и других конвенциях, к которым присоединилась Украина»[32].

Следовательно, в новом Заключении Конституционного Суда Украины можно было бы подчеркнуть, что участие Украины в работе МУС нельзя рассматривать исключительно под призмой ратификации (или нератификации) Римского статута. Сказанное в первую очередь касается государств — основателей ООН, к числу которых, как известно, относится и Украина.

В реальности был избран альтернативный — *четвертый* путь. 4 февраля 2015 года Верховная Рада приняла подзаконное постановление, по которому в одностороннем порядке признала юрисдикцию МУС в отношении совершения преступлений против человечества и военных преступлений должностными лицами Российской Федерации, приведших к особо тяжким последствиям и массовому убийству украинских граждан. Однако любому непредвзятому юристу очевидно, что никакой юридической силы данный документ иметь не может. Во-первых, это было сделано в нарушение правовой позиции национального Конституционного Суда, сохраняющей свою юридическую силу, и без внесения каких-либо поправок в Основной закон. Во-вторых, сам Римский статут не предусматривает возможности каких-либо оговорок при его ратификации (ст. 120 Статута). Наконец, не была соблюдена должная правовая процедура дачи согласия на его обязательность, поскольку избранная законодателем форма постановления является упречной. Ведь согласно статье 9 Закона Украины «О международных договорах» от 29 июня 2004 года ратификация международных договоров, заключаемых от имени Украины, в том числе тех из них, предметом которых выступают основные права и свободы человека и гражданина, осуществляется в форме закона. Поэтому, скорее всего, МУС попросту проигнорирует данное постановление.

Не внушает особого оптимизма и деятельность созданной 27 января 2014 года «комиссии по установлению истины» — Общественной Комиссии по расследованию и предупреждению нарушений прав человека в Украине, которая провозгласила своей целью создание «Черной книги нарушений прав человека в Украине». Известно, что подобного рода комиссии, состоящие из профессиональных юристов и гражданских активистов, будучи институтами гражданского общества и действуя на постконфликтных территориях, расследуют обстоятельства прошлых событий, при этом не только изучая отдельно взятые факты, но и воссоздавая общую картину нарушений, совершенных в определенный период времени[33]. Несмотря на свой представительный состав (в нее вошли видные ученые-юристы, действующие и пребывающие в отставке судьи Конституционного Суда, общественные деятели), комиссии так и не удалось, во всяком случае пока, добиться своей цели и подготовить объективное исследование произошедшего на Майдане и после него.

Остается лишь добавить, что в 2014 году Украина впервые в своей истории заняла первое место по количеству обращений в Европейский Суд по правам человека. Так, 19,5 % от общего количества всех жалоб (около 13,6 тысяч) как раз приходится на нашу страну. Кроме того, вызывает серьезные опасения то обстоятельство, что национальные власти всячески затягивают выплату «справедливой компенсации». Так, в 2014 году из бюджета своевременно были осуществлены выплаты только пяти украинцам, еще пятнадцать получили свои компенсации с опозданием. По состоянию на конец года сто шестьдесят жалобщиков, выигравших в Страсбурге у Украины, ожидали свои деньги, а тридцати гражданам правительство заплатило только основную часть компенсации, проигнорировав штрафы за задержку выплат. Таким образом, каждое пятое из постановлений Европейско-

го Суда, в отношении которых возникала просрочка выплаты положенной компенсации, касается украинцев[34].

Не хотелось бы заканчивать настоящую статью на столь грустной ноте. Но, как бы там ни было, очевидно одно — украинская судебная система испытывает в последние годы подлинный кризис, выхода из которого пока не видно. В этом смысле многие новейшие реформы 2010—2015 годов, якобы направленные на преодоление кризиса в судебной деятельности, в действительности только ухудшают ситуацию, расшатывая и без того не самый прочный институциональный каркас отечественного правосудия, без которого ни о каком выходе из кризиса не может быть и речи.

Евсеев Александр Петрович — доцент кафедры конституционного права Украины Национального юридического университета им. Ярослава Мудрого (г. Харьков), кандидат юридических наук.
uacongress@pisem.net

---

[1] Подробнее о ней на русском языке см.: *Мишина Е. А.* Длинные тени советского прошлого. М. : Либеральная Миссия, 2014. С. 125.

[2] Относительно кассационных полномочий Верховного Суда отметим, что еще до принятия Закона от 7 июля 2010 года Конституционный Суд Украины в решении от 15 марта 2010 года фактически запретил пересмотр дел Верховным Судом в кассационном порядке, указав, что конституционный статус Верховного Суда не предусматривает наделение его законодателем полномочиями суда кассационной инстанции относительно решений высших специализированных судов, которые и реализуют кассационные полномочия. В том же решении Конституционный Суд подчеркнул, что понятие «кассационное производство» означает только одноразовое обжалование такого рода и пересмотр решения суда, хотя законом могут быть также предусмотрены другие формы для этого.

[3] В Украине таковыми признаны высшие специализированные суды (Высший специализированный суд по рассмотрению гражданских и уголовных дел, Высший административный и Высший хозяйственный суды).

[4] Подробнее см.: *Евсеев А.* Верховный суд США сегодня // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3 (100). С. 120—122.

[5] Следует учитывать, что новым Законом от 12 февраля 2015 года «Об обеспечении права на справедливый суд» этот порядок ликвидирован.

[6] Следы этой полемики легко найти на страницах научной периодики тех лет. См., например: *Сіренко В.* Деякі проблеми реформування судової влади в Україні // Право України. 2010. № 5. С. 4—13; *Козюбра М.* Система судів України та місце в ній Верховного Суду України: стан та перспективи реформування // Право України. 2012. № 11/12. С. 15—28; *Шевчук С.* Забезпечення єдності судової практики в умовах існування спеціалізованої юрисдикції // Право України. 2013. № 9. С. 306—323 и др.

[7] См.: *Кокотова М. А.* Обеспечение процессуальных гарантий в Конституционном совете Франции в сравнении с Конституционным Судом РФ // Российский юридический журнал. 2014. № 4 (97). С. 47.

[8] См.: *Канєвський Г.* Як у Вищому господарському суді тасують справи? URL: http://blogs.pravda.com.ua/authors/kanevskiy/546b4112b2919/ (дата обращения: 18.03.2015).

[9] *Головко Л. В.* Реформа уголовного процесса во Франции // Государство и право. 2001. № 8. С. 89.

[10] См.: *Лємєнов О.* Статки суддів ВАСУ. URL: http://www.epravda.com.ua/columns/2014/11/24/507567/ (дата обращения: 18.03.2015).

[11] Необходимо учитывать, что по Закону от 12 февраля 2015 года председатели судов избираются своими коллегами уже на срок два года, но не более двух сроков подряд (ст. 20 упомянутого Закона).

[12] *Пашин С. А.* Становление правосудия. М. : Р. Валент, 2011. С. 27.

[13] См.: *Попова М.* Судові реформи: європейський досвід та українські реалії. URL: http://www.eurointegration.com.ua/experts/2014/12/17/7028850/ (дата обращения: 18.03.2015).

[14] См.: Там же.

[15] См.: Там же.

[16] См.: *Романюк Я.* Судебный переполох: беседа с председателем Верховного Суда Украины // Фокус. 2015. № 3 (416). С. 19.

[17] *Пашин С. А.* Становление правосудия. С. 24.

[18] Подробнее об этом феномене см.: *Соломон-мл. П.* Суды и судьи при авторитарных режимах // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 3 (64). С. 159.

[19] См.: *Чангулі Г. І.* Суд присяжних — анахронізм чи необхідність? // Антологія української юри-

дичної думки : в 10 т. / за ред. Ю. С. Шемшученка. К. : Юрид. книга, 2004. Т. 9. С. 709–718.

[20] *Головко Л. В.* Необходимость принятия организационных мер по преодолению негативных тенденций развития уголовного и уголовно-процессуального законодательства // Закон. 2012. № 9. С. 74.

[21] По этому поводу Ч. Беккариа писал: «Незнание, судящее по чувству, является надежнее учености, судящей по предвзятому мнению» (цит. по: *Золотухин Б.*, *Пашин С.* Концептуальные основы судебной реформы в РСФСР // Советская юстиция. 1991. № 21/22. С. 3).

[22] Подробнее см.: *Пашин С. А.* Судебная реформа и суд присяжных. М. : Рос. прав. акад. МЮ РФ, 1995.

[23] См.: *Пашин С.* Российский суд присяжных вчера и сегодня // Знамя. 1996. № 6. С. 176.

[24] Подробнее о «деле Фрайфельда» см.: *Гандзюлевич Я.* Самое сложное для присяжных – страх принятия решения // Газета «2000». 2013. 24–30 мая. С. В8.

[25] Характерно, что единственным «счастливцем», сохранившим свой пост, оказался судья П. Б. Стецюк, заявивший при постановлении Решения Конституционного Суда об отмене политической реформы особое мнение.

[26] По украинскому законодательству в Конституционном Суде насчитывается 18 судей, в равном количестве (по 6) назначаемых Президентом, Верховной Радой и съездом судей на 9 лет без права быть назначенными на повторный срок. Если же судья достигает 65-летнего возраста, он обязан покинуть свой пост до истечения положенного 9-летнего срока полномочий.

[27] *Морщакова Т.* Российское судоустройство: кривая роста // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 5(72). С. 161.

[28] См.: *Чарнота А.* Про яскравий випадок невизначеності, або правосуддя перехідного періоду і верховенство права // Філософія права і загальна теорія права. 2013. № 2. С. 187.

[29] Такого мнения придерживается, например, доктор юридических наук, профессор, бывший посол Украины в Великобритании В. А. Василенко. Подробнее см.: *Василенко В.* Суд идет... URL: http://glavcom.ua/articles/4650.html (дата обращения: 19.03.2015).

[30] Подробнее см.: *Тузмухамедов Б. Р.* Римский Статут Международного уголовного суда: возможные вопросы конституционности // Московский журнал международного права. 2002. № 2. С. 165–173.

[31] Подробнее см.: *Богуш Г.* Есть ли пределы у международного уголовного права? // Международное правосудие. 2011. № 1. С. 46–54.

[32] Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11.07.2001 р. за № 3-в/2001 // Офіційний вісник України. 2001 р. № 28. С. 1267.

[33] Подробнее см.: *Кирш Э.* Два элемента в механизме правосудия переходного периода: международные уголовные суды и комиссии по установлению истины // Международное правосудие. 2013. № 2(6). С. 74–87.

[34] Подробнее см.: Україна провалює виконання рішень Європейського суду з прав людини – статистика. URL: http://www.eurointegration.com.ua/news/2015/03/23/7032158/ (дата обращения: 19.03.2015). К слову, по количеству жалоб в Европейский Суд по правам человека на втором месте стоит Италия (14,4 %), которой немного уступает Россия (14,3 % от общего количества жалоб).

ПРАВО И РЕЛИГИЯ: ОПЫТ ОТДЕЛЬНЫХ СТРАН

Эволюция правового положения религиозных организаций в Португалии в XIX – начале XXI века

Анастасия Шашкова

В статье рассматриваются особенности конституционно-правового положения религиозных организаций в Португалии на современном этапе и в исторической перспективе. Автор исследует основные положения действующего португальского законодательства в данной сфере, а также основные проблемы правового регулирования. Кроме того, сделан акцент на особенности правового положения Католической церкви в стране.

Свобода совести; свобода вероисповедания; религиозные организации; конкордат; Католическая церковь; Португалия

Свобода вероисповедания является одной из основных свобод человека, признаваемых на международном и национальном уровнях. Несмотря на то что все большее число стран выбирает путь секулярного развития, религия и религиозные организации продолжают играть большую роль не только во внутригосударственной сфере, но и на международной арене.

Чтобы правильно определить причины установления в стране того или иного правового режима в отношении свободы совести и религии, необходимо хотя бы в общих чертах рассмотреть предпосылки его формирования, исторические процессы, повлиявшие на закрепление тех или иных норм и принципов, формирующих в настоящее время правовое поле государства в указанной сфере. При этом необходимо помнить, что вопросы религии и веры связаны и регулируются не только правом, они «подвержены сильному влиянию со стороны истории и политики, традиций и культуры»[1] страны.

Рассмотрение данного вопроса именно на примере Португалии дает возможность увидеть развитие института свободы совести в государстве традиционного католицизма. При этом, несмотря на сходность современной системы установления положения религиозных конфессий в стране, по сравнению с такими традиционно католическими странами, как Италия или Мальта, португальский опыт интересен особой многоуровневой системой религиозных конфессий в стране и примером «сдержанной системы отделения церкви от государства»[2].

1. Историческая перспектива: от первой Конституции до Салазара

До 1820 года Португалия развивалась как традиционная западноевропейская католическая страна с абсолютной монархией. Именно после упразднения абсолютной монархии в Португалии, как и во многих других странах, стало возможным законодательное закрепление основных прав и свобод человека. Конституционная монархия, утвердившаяся в

Португалии после революции 1820 года, повлекла за собой принятие Конституции 1822 года. Как отмечают некоторые авторы, данная Конституция была, по сути, более демократичной, чем последовавшие за ней новые акты, и во многом заимствовала положения Конституции Испании 1812 года[3]. Важнейшими положениями этой Конституции, касавшимися рассматриваемого вопроса, были отмена особой юрисдикции в отношении церковного имущества и ликвидация инквизиционных и иных особых церковных судов[4].

Принятый в 1826 году Основной закон Португалии, основанный на принципах, закрепленных в Конституции Бразилии 1823 года[5], имел одной из своих главных целей изменение традиционной структуры экономических отношений и законодательства о собственности. Кроме того, данный Основной закон определил, что никто не будет подвергаться преследованию на основании исповедуемой им религии при условии, что он уважает государственную религию и не нарушает норм морали (§ 4 ст. 145). Такая же формулировка была закреплена в Конституции 1838 года, но уже без ссылки на нормы морали (ст. 11). Исключение из текста Конституции положения о запрете нарушения норм морали, скорее всего, было обусловлено двумя фактами. Во-первых, не было законодательного закрепления термина «мораль», который тогда, так же как и сейчас, являлся исключительно философским термином, а следовательно, и невозможно было установить факт нарушения норм морали. Во-вторых, формулировка Основного закона предполагала не только запрет на нарушение норм морали, но и уважение государственной религии. Но, по сути, в то время именно государственная религия определяла нормы морали. Поэтому ссылка в Конституции и на государственную религию, и на нормы морали представляла собой своего рода повторение. Таким образом, исключение из Конституции запрета на нарушение норм морали не привело к сокращению количества ограничений, которым подвергалась свобода вероисповедания как по Основному закону 1926 года, так и по Конституции 1938 года. В это время в стране все еще была сильна позиция Католической церкви, влиявшей не только на повседневную частную жизнь португальцев, но и на развитие государства в целом.

Буржуазная революция в Португалии 1910 года, в результате которой возникла Первая португальская республика, носила не только политический, но и религиозный характер. На самом деле, именно политические изменения в стране — упразднение монархии — явились основой для изменения отношений церкви и государства в стране[6]. В 1911 году была принята новая Конституция Португалии, впервые закрепившая принцип отделения церкви от государства. Именно этот год можно считать своего рода «годом падения» Католической церкви в Португалии. Помимо отделения государства от церкви были ликвидированы все религиозные титулы, а бывшая церковная собственность попала в светские руки. Часы, отведенные на религиозное образование, были сокращены более чем вдвое, количество духовных семинарий было сокращено наполовину. Такие резкие изменения в отношениях между государством и Католической церковью точно определяются некоторыми авторами как «переход от обожания к ненависти»[7].

Все указанные выше обстоятельства дают некоторым авторам основание называть период с 1910 года до 1933-го (принятие новой Конституции страны) «периодом отделения»[8]. Уже в 1911 году был принят Закон о гражданской регистрации браков, а вслед за ним — Закон об отделении Церкви от государства, который определил Португалию как светское государство, имеющее своей фундаментальной ценностью свободу совести и принцип свободного исповедания любых религий, упразднил понятие государственной религии (которой до этого был католицизм), лишил католических священников статуса государственных служащих[9].

Однако в силу ряда причин принцип отделения Церкви от государства не стал синонимом нейтральной позиции со стороны государства в отношении церкви. Вместо этого государство часто выступало с критикой некоторых вопросов религии, в том числе позволяло себе критические высказывания относительно существования Бога[10]. Некоторые авторы отмечают, что фактически провозглашение принципа отделения в Португалии привело к противостоянию государства и Католической церкви. В наше время такая ситуация не имеет ничего общего с положением дел в большинстве развитых стран мира, в

том числе в Португалии. Теперь принцип отделения церкви от государства предполагает в первую очередь невмешательство в дела церкви со стороны государства и наоборот. «Принцип отделения церкви от государства указывает на вытеснение проблем, касающихся свободы совести, в сферу “частного” и подчеркивает императивный характер их взаимоотношений»[11].

В 1926 году в Португалии произошел военный переворот, лишивший страну всех секулярных достижений Первой Республики (1910—1926), а в 1933 году уже в салазаровской Португалии были принята новая Конституция.

2. Судьбы религиозных организаций и Католической церкви в эпоху салазаровской диктатуры

Несомненна была связь А. Салазара с церковной верхушкой Католической церкви и католицизмом в целом. Так, известно, что он принимал участие в деятельности политической партии «Католический центр» (*Centro Católico Português*) и был ярым католиком. Все это не могло не повлиять на положение Католической церкви в стране. Несмотря на это, достижения либерального периода не были полностью забыты. Статья 46 новой Конституции 1933 года устанавливала, что государство отделено от Католической или какой-либо иной церкви (религиозной организации). А статья 45 Конституции устанавливала принцип равного отношения ко всем религиозным верованиям, свободу организации и вероисповедания, а также принцип нейтральности в образовании, которого должны были придерживаться все государственные школы. Но постепенно Католическая церковь вновь стала «религией португальского народа» (Поправка 1951 года, закон № 2048) и «традиционной религией португальского народа» (Поправка 1971 года, Закон № 3/71). Таким образом, только за Католической церковью конституционно был закреплен особый статус, несмотря, например, на то, что в Португалии существовала община протестантов еще с 1842 года[12].

Чуть ранее, в 1940 году, был подписан конкордат между Португалией и Святым престолом (Ватиканом). По сути, данный конкордат можно охарактеризовать как систему привилегий, предоставленных Католической церкви Португалией на ее территории. Например, в силу Конкордата 1940 года Католическая церковь признавалась юридическим лицом без прохождения каких-либо дополнительных процедур (например, регистрации) и формальностей, обязательных для любых других религиозных объединений или групп (ст. 1 Конкордата 1940 года). Помимо этого явного преимущества конкордат закрепил за Католической церковью в Португалии и иные привилегии: юрисдикцию по вопросам католической веры, свободу учреждать и образовывать канонические организации в соответствии с каноническими правилами (ст. 3); свободу от уплаты налогов, в том числе от налога на доход и на потребление; отсутствие обязательств по выполнению некоторых публичных обязанностей, например участие в качестве присяжного заседателя в суде, что является обязательным для большинства граждан Португалии, за исключением тех, которые попадают под юрисдикцию Католической церкви (ст. 13), признание законными браков, заключенных в соответствии с каноническим правом (ст. 22). Для приведения положений Конкордата в соответствие с действующим португальским законодательством в 2004 году в Конкордат были внесены изменения (определенные изменения были внесены еще раньше — в 1975 году, но кардинальный пересмотр текста соглашения состоялся только в 2004 году). После Революции красных гвоздик 1974 года была принята новая демократическая Конституция Португалии (1976), которая действует в стране и сейчас.

Таким образом, Конкордат 1940 года, ознаменовавший собой высшую точку в отношениях государства и Католической церкви, и даровавший последней особый привилегированный статус, оставался в силе в течение еще почти 40 лет после падения режима, породившего его[13].

3. Демократические преобразования и их влияние на статус религиозных организаций и свободу вероисповедания в целом: конституционный аспект

Новая Конституция Португалии закрепила принцип отделения церкви от государства и равенства религиозных конфессий. Несмотря

на это, в соответствии с Конкордатом 1940 года Католическая церковь продолжает пользоваться всеми своими привилегиями. Соответственно, возникает вопрос, как это соотносится с конституционно закрепленным принципом равенства конфессий, поскольку привилегии конкордата распространяются лишь на одну из них — католичество.

Конституция Португалии в статье 41 устанавливает, что свобода совести, религии и культа неприкосновенны. Данная формулировка закрепляет три разных, вытекающих одно их другого, прав человека. Во-первых, это свобода совести, которая включает в себя право каждого выбирать убеждения и ценности. Во-вторых, это свобода религии — то есть право свободно выбирать религиозные убеждения и исповедовать выбранную религию. А в-третьих, речь идет о свободе культа, который можно определить как выражение вовне религиозных верований человека, в том числе совершение обрядов. В той же статье закрепляется, что никто не может преследоваться, лишаться прав или освобождаться от гражданских обязанностей и обязательств из-за своих религиозных убеждений или религиозной деятельности. Это общее правило нормами Конституции распространяется также на органы власти, которые не вправе никому задавать вопросы об убеждениях или религиозной деятельности, за исключением случаев сбора статистических данных анонимного характера. Таким образом, в данном случае действует принцип «все или ничего», который не только подразумевает, что органы власти не могут требовать от частных лиц предоставления сведений об их религиозной принадлежности, но и не дает права физическим лицам на указание своей религиозной принадлежности в официальных документах, формах и бланках. Естественно, что в сочетании со свободой слова, которая также провозглашается Конституцией в статье 37, это не является ограничением свободы совести, религии и культа. Однако законодатель пошел дальше и в той же статье 41 подчеркнул, что «никого также нельзя преследовать за отказ отвечать на указанные вопросы». Эта формулировка дает дополнительные гарантии защиты от преследования по религиозному принципу.

Положение Конституции Португалии о том, что церкви и религиозные общины отделены от государства и свободны в своей организации, деятельности и отправлении культа, означает, по сути, установление в Португалии светского секулярного государства, если не на практике, то, по крайней мере, на бумаге.

Кроме того, Конституцией гарантируется свобода обучения основам религии, осуществляемого в рамках соответствующего вероисповедания, а также использования для религиозной деятельности собственных средств массовой информации.

Конституцией также гарантируется право на отказ от военной службы по убеждениям совести в рамках закона.

Конституционные положения, запрещающие любую дискриминацию по признаку принадлежности или непринадлежности к определенной религии, нашли свое отражение и в специальных нормативно-правовых актах Португалии. Так, например, Трудовой кодекс Португалии 2009 года в статье 25 устанавливает запрет на любую прямую или косвенную дискриминацию, в том числе и на основании исповедуемой или неисповедуемой религии[14].

4. Закон о свободе религий: новое и традиционное в вопросе регулирования статуса религиозных организаций

В 1971 году вступил в силу первый в Португалии Закон о свободе религий (№ 4/71)[15], в соответствии с которым был учрежден Комитет по свободе вероисповедания (*Comissão de Liberdade Religiosa*), а также Реестр религиозных организаций. В 2001 году в стране был принят новый Закон о свободе религии (№ 16/2001)[16]. Положения данного Закона распространяются на религиозные группы, действующие в стране в течение не менее чем 30 лет или признаваемые на международном уровне в течение не менее чем 60 лет. Именно этот Закон распространил на иные религиозные группы привилегии, которые раньше предоставлялись только Католической церкви: полное освобождение от уплаты налогов; признание государством браков, совершенных в соответствии с церемониями и обрядами таких религиозных групп; право их священнослужителей совершать обряды и ритуалы в тюрьмах, больницах и в армии; уважение к традиционным праздникам таких рели-

гиозных групп и другие. При этом небезынтересно отметить, что с 2009 года в Португалии отправление богослужений, ритуалов и обрядов в тюрьмах, больницах и в военных учреждениях полностью финансируется государством. Данный Закон также предоставляет право религиозным группам согласовать с государством договор конкордатного типа (хотя на государство и не возлагается безусловная обязанность подписать предложенный договор).

Глава первая Закона 16/2001 закрепляет как принципы, уже нашедшие отражение в Конституции, так и некоторые новые принципы. Закон устанавливает запрет на любую дискриминацию лица на основании его убеждений или исповедуемой религии, в том числе определяется, что никому не может быть причинен какой-либо ущерб, никто не может быть лишен какого-либо права. При этом имеется в виду также и положительная дискриминация, как, например, предоставление привилегий, получение выгоды, освобождение от какой-либо обязанности на основании убеждений лица или исповедуемой им религии. Кроме того, в отдельной статье Закона закреплен принцип недискриминации какой-либо церкви или религиозного сообщества со стороны государства. Следующий принцип, получивший свое закрепление в Законе 16/2001, повторяет, по сути, конституционный принцип отделения церкви от государства, при этом в Законе особо оговорен запрет на признание государством какой-либо церкви в качестве официальной, а официальные акты государства должны уважать принцип «неконфессионности государства». Однако в Португалии, как и в других европейских странах, распространено такое понимание разделения церкви и государства, которое «не исключает их взаимодействия и не препятствует государственной поддержке официально признаваемых религий»[17]. Именно в целях такого взаимодействия и был принят рассматриваемый нормативно-правовой акт.

В соответствии с Законом 16/2001 свобода совести, религии и культа может быть ограничена, если это необходимо для защиты конституционно охраняемых прав и интересов.

Кроме того, Закон устанавливает один процессуальный принцип, в соответствии с которым любые споры между лицами, возникшие на почве свободы совести, религии и культа, подлежат разрешению в соответствии с принципом терпимости и, если это возможно, с уважением к свободам каждой из сторон.

Закон 16/2001 устанавливает, что право на свободу совести, религии и культа включает в себя ряд правомочий, как то:

— право исповедовать, не исповедовать, а также отказаться от исповедания какой-либо религии;

— право свободно выбирать, менять или отказываться от своих религиозных верований;

— право практиковать религиозные обряды лично или публично;

— право исповедовать собственные религиозные верования, привлекать к ним новых верующих;

— право получать и распространять информацию о религии, а также изучать и преподавать религию;

— право на объединение, проведение публичных собраний с другими лицами в соответствии с собственными религиозными убеждениями;

— действовать или не действовать в соответствии с правилами исповедуемой религии, соблюдая при этом права человека и закон;

— создавать научные, литературные и художественные труды, связанные с религией.

Более того, Закон 16/2001 в статье 9 закрепляет необычный институт «отрицательного содержания свободы религии» (*Conteúdo negative de liberdade religiosa*). Отрицательное содержание свободы религии устанавливает запреты в рамках осуществления свободы религии. Так, никто не может быть обязан исповедовать какую-либо религию, отправлять или участвовать в отправлении культа; никто не может быть принужден к вступлению, участию или выходу из религиозной ассоциации, церкви или религиозного сообщества (это правило не распространяется на внутренние правила таких организаций по исключению их членов); государственные органы или должностные лица государства не могут собирать информацию об убеждениях или исповедуемой лицом религии, за исключением случаев сбора неиндивидуализированной статистической информации; кроме того, никто не может быть принужден к принесению присяги по религиозным правилам.

5. Основные проблемы правового регулирования на современном этапе: особенности правового положения Католической церкви и иных религиозных организаций

Несмотря на очевидную секулярную направленность современного португальского законодательства в сфере защиты свободы совести и вероисповедания, в стране все еще существуют проблемы, требующие решения.

Так, согласно действующему португальскому законодательству выделяется несколько категорий религиозных групп (церквей), имеющих разный набор прав и обязанностей:

1) религиозные группы, не внесенные в реестр религиозных организаций и не имеющие статуса юридического лица;

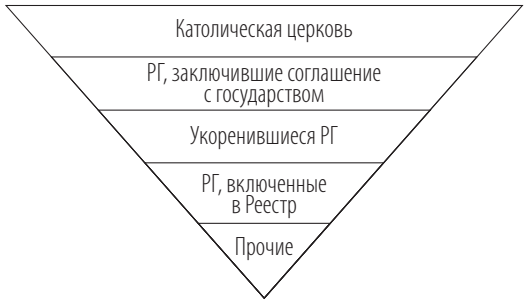
2) религиозные группы, включенные в такой реестр и имеющие статус юридического лица (на основании Закона от 28 июня 2003 года № 134/2003[18]) (например, традиционная религия йоруба — кандомбле[19], Церковь Иисуса Христа Святых Последних Дней[20] и еще около 600 религиозных групп);

3) религиозные группы, включенные в реестр, имеющие статус юридического лица и признанные укоренившимися на территории Португалии (вера Бахаи[21], Свидетели Иеговы[22] и еще около 50 религиозных групп);

4) укоренившиеся религиозные группы, заключившие соглашения с Правительством страны (например, с мусульманами-исмаилитами[23]);

5) Католическая церковь.

Схематично данная система может быть представлена в виде перевернутого треугольника, на вершине которого, одновременно являющейся и его основанием, находятся религиозные группы, имеющие наименьшее количество прав в португальском правовом поле, а наверху — Католическая церковь.



Таким образом, религиозные группы, действующие на территории Португалии, могут получить статус юридического лица, дающий определенные привилегии (равно как и накладывающий соответствующие обязанности), как то: право на организацию факультативных занятий по религии в государственных школах, право на получение эфирного времени на государственных теле- и радиостанциях, право на специальные налоговые льготы и др.

При этом зарегистрированная религиозная группа может быть укоренившейся или не укоренившейся на территории страны по смыслу Закона. Укоренившиеся на территории страны религиозные группы должны исповедовать в Португалии не менее 30 лет (это не относится к религиозным группам, основанным за границей более 60 лет назад). Но статус укоренившейся церкви получить не очень просто: он присваивается религиозной группе правительством после получения положительного заключения Комиссии по свободе религии, созданной на основе Закона 16/2001[24]. Естественно, приобретение статуса укоренившейся религиозной группы несет за собой и ряд преимуществ. Например, такие группы имеют право на признание португальским государством браков, совершенных в соответствии с обрядами такой группы, на заключение соглашений с Правительством Республики, на участие в работе Комиссии по свободе религии, а также на определенные налоговые преференции.

Особенностью португальской модели взаимодействия религий и государства на современном этапе (как и других традиционно католических стран, например Испании) остается особый статус Католической церкви. Так, все указанные выше положения Закона 16/2001 о регистрации и укорененности в Португалии не касаются Католической церкви. Статус юридического лица она получила с помощью конкордатов (сначала Конкордата 1940 года, а позже — 2004 года). В соответствии с положениями указанных международных договоров статус юридического лица за Католической церковью был именно признан, а не дарован (чем, по сути, и является регистрация религиозных групп, поскольку государство всегда имеет возможность отказать в регистрации той или иной религиозной группе), как иным религиозным группам на территории страны в соответствии с Законом

16/2001. Соответственно, само рождение религиозных организаций в стране не одинаково: есть такие, которые рождаются вследствие заключения соглашения с государством (Католическая церковь), а есть такие, которые появляются в результате акта воли самого государства. На первый взгляд может показаться, что эти две группы религиозных организаций уравнивает факт наличия государственной воли при рождении и той, и другой. Однако воля государства в данных случаях проявляется по-разному: в первом случае оно заключает соглашение, то есть вынуждено в процессе согласования его положений идти на определенные компромиссы, во втором же случае воля государства ничем не ограничивается и не сдерживается. В итоге в стране имеются организации, одинаковые по сути (религиозные), преследующие сходные цели (религиозные, но разной направленности), но возникающие в результате действий разного уровня и силы.

Чтобы хотя бы в какой-то мере уравнять фактическое положение иных религиозных групп со статусом Католической церкви, Закон 16/2001 ввел возможность заключения ими соглашений с Католической церковью (ст. 45—51 Закона 16/2001). Инициировать и участвовать в переговорах по поводу заключения таких соглашений могут лишь укоренившиеся религиозные группы. Такие соглашения подлежат утверждению Советом министров[25] и последующему одобрению Парламентом страны. Таким образом, для вступления подобного соглашения в силу необходимо издание соответствующего закона Парламентом Республики. В этом случае особый статус религиозной группы подтверждается актом законодательного органа (а конкретно — резолюцией Парламента) и подчиняется общим нормам португальского законодательства о парламентских актах. Это нововведение, конечно, улучшило положение укоренившихся религиозных групп в стране, но все равно не сделало их статус равным статусу самой привилегированной религиозной группы — Католической церкви. Здесь важным является тот факт, что и в том, и в другом случае, статус религиозной организации закрепляется актом Парламента (поскольку в отношении конкордата действуют общие нормы о ратификации международных договоров в Португалии), но все-таки механизм ратификации международных договоров и принятия резолюций по внутригосударственным остается различным, что, естественно, не может не повлиять на особенности приобретения своего статуса в стране такими религиозными организациями.

Более того, в результате подписания Конкордата Католическая церковь в один момент приобрела множество прав и привилегий, для получения которых иными религиозными организациями должны пройти годы. Рассмотренная нами выше система религиозных организаций в Португалии представляет собой не только качественную, но и временную иерархию: религиозные группы, находящиеся внизу этой «социальной лестницы религий» не только обладают меньшим набором прав и привилегий, чем находящиеся выше, но и представляют собой, по сути, исторические воплощения последних, поскольку для получения прерогатив следующей ступени религиозной группе сначала необходимо оказаться на предыдущей. Так, например, заключить соглашение с государством могут только религиозные группы, уже получившие статус укоренившихся в стране, который, в свою очередь, дается только организациям, внесенным в Реестр и т. д. То есть тот путь, который рядовые португальские религиозные организации должны проходить годами, Католическая церковь одолела в один скачок путем заключения конкордата.

Еще одной до сих пор нерешенной проблемой остается вопрос толкования принципа отделения церкви от государства. В настоящее время такого строгого толкования (например, данного Конституционным судом) не существует[26]. Отсюда вытекает возможность разного применения данного принципа при построении отношений между церковью и конкретными государственными органами.

Таким образом, одной из важнейших задач, стоящих перед португальским законодателем в настоящее время, является поиск путей установления фактического равенства конфессий в стране. И если закрепление различных прав и обязанностей для религиозных групп в зависимости от их регистрации, укорененности вызывает вопросы о соблюдении принципа равенства лишь у немногих, то особенности положения Католической церкви в стране уже явно подрывают сами основы этого принципа.

В настоящее время на территории Португалии действует несколько общественных организаций, ставящих своей целью установление безоговорочного принципа равенства в отношении всех конфессий и религиозных групп (например, Ассоциация «Республика и Секулярность» (*Associação República e Laicidade*)). Такие организации выступают в первую очередь за соблюдение буквы закона, признающего равенство всех, независимо от исповедуемой религии, и за отмену особого статуса Католической церкви в стране.

Несмотря на то что такие требования кажутся логичными и закономерными, осуществимость их на практике довольно сомнительна, поскольку особый статус Католической церкви в стране обусловлен прежде всего ее положением на международной арене[27]. Поскольку Святой Престол является субъектом международного права, то и требовать от Португалии его низведения до статуса обычной религиозной группы невозможно. Это хорошо видно, если представить, что какая-либо религиозная организация будет требовать отмены привилегий дипломатических представительств, чтобы их статус соответствовал статусу, например, общественных организаций этой страны. То же самое предлагают сделать и сторонники ограничения прав Католической церкви, за которой стоит Ватикан — государство, признанное международным сообществом в качестве субъекта международного права.

Таким образом, основной проблемой современной Португалии в сфере защиты свободы совести и религии является несоответствие между *de facto* и *de jure* положением религиозных организаций и групп в стране, которое ставит под сомнение полную реализацию конституционно закрепленного принципа равенства, но в то же время не может быть преодолено простым изменением действующего национального законодательства. Для изменения ситуации в Португалии, а также в иных исконно католических странах (например, в Испании, Андорре, Мальте и др.) требуется принятие более радикальных мер: изменение всей структуры существующих в настоящее время международных отношений, пересмотр коренных положений международного права, что в настоящее время представляется крайне маловероятным. А значит, положение Католической церкви в указанных странах останется привилегированным еще на долгое время.

Шашкова Анастасия Владимировна — аспирант кафедры конституционного права зарубежных стран Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА).
wheakera@gmail.com

---

1 *Лестер Э.* Свобода слова и религии — вечный конфликт в период избирательной модернизации // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 3 (56). С. 49.

2 Государства и религии в Европейском Союзе (опыт государственно-конфессиональных отношений) / сост.: Г. Робберс. Институт Европы РАН, 2009. С. 500.

3 См.: *Payne S. G.* A History of Spain and Portugal. Vol. 2: Eighteenth Century to Franco. Madison, WI : University of Wisconsin Press, 1973. URL: http://libro.uca.edu/payne2/payne22.htm (дата обращения: 27.09.2014).

4 См.: Ibid.

5 См.: Ibid.

6 Здесь можно провести четкую параллель с событиями в нашей стране, в которой изменение статуса религии и церкви (в данном случае — православной) было также связано с политическими изменениями в стране — упразднением монархии.

7 *Franco J. E.* Relações entre a Igreja e o Estado em Portugal: Tempos e modos: Casamento, Divórcio e União de Facto. Lisboa : CLEPUL, 2011. P. 11. URL: http://www.lusosofia.net/textos/20121023-franco_jose_eduardo_relacoes_entre_a_igreja_e_o_estado.pdf (дата обращения: 27.09.2014).

8 *Jardim J. V.* Note on certain aspects of the Portuguese Law on Religion. URL: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Vienna/CRP4Jardim.pdf (дата обращения: 27.09.2014).

9 См.: *Alves R.* Secularism and Secularization in Portugal. Rome: Associação República e Laicidade, 2010. URL: http://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2011/01/Secularism-and-Secularization.pdf (дата обращения 27.09.2014).

10 См.: *Rossell J.* State-Religion Relations in Spain and Portugal: A Brief Outline. 1999. URL: http://www.olir.it/areetematiche/56/documents/

Rossell_Istanbul1999.pdf (дата обращения 27.09.2014).

[11] *Кравчук В.В.* Государственно-церковные отношения в странах Западной Европы: философско-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. филос. наук. М., 1999. С. 3.

[12] *Valente D.* As relações Igrejas-Estado em Portugal antes e depois do 25 de Abril de 1974 // Lusotopie. 1999. P. 271.

[13] Однако 7 мая 1975 года в Конкордат 1940 года были внесены изменения, позволившие осуществлять развод в государственных органах (см.: Protocollo Addizionale al Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica Portoghese del 7 Maggio 1940. URL: http://www.concordatwatch.eu/showdoc.php?org_id=843&doc_id=3131 (дата обращения: 27.09.2014)).

[14] См.: *De Sousa e Brito J.* Religion and Discrimination Law in Portugal. URL: http://www.law.cf.ac.uk/clr/research/National%20Report%20(Portugal).pdf (дата обращения: 27.09.2014).

[15] Lei n.° 4/71 de 21 de Agosto. URL: http://www.dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc=19711493%20&v02=&v01=2&v03=1900-01-01&v04=3000-12-21&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=Lei&v12=&v13=&v14=&v15=&sort=0&submit=Pesquisar (дата обращения 27.09.2014).

[16] Lei n.° 16/2001 de 22 de Junho. Lei da Liberdade Religiosa. URL: http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/Leg_geral_docs/LEI_016_2001.htm (дата последнего посещения 27.09.2014).

[17] *Гарлицкий Л.* Государственное регулирование религии: противоречивые тенденции // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 3(56). С. 50.

[18] Decreto-Lei n.° 134/2003 de 28 de Junho. URL: http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/Leg_geral_docs/DL_134_2003.htm (дата обращения 16.06.2013).

[19] URL: http://cpcy.pt/site/comunicado-pessoas-coletivas-religiosas/ (дата обращения: 27.09.2014).

[20] Внесена в Реестр 13 августа 1976 года, 21 сентября 2007 года была произведена перерегистрация организации в Реестре за № 592003817 (благодарю за предоставленную информацию Диниша Андриану, заместителя директора по связям с общественностью Церкви Иисуса Христа Святых Последних Дней).

[21] URL: http://www.bahai.pt/info/26l (дата обращения: 27.09.2014).

[22] URL: http://www.jn.pt/paginainicial/interior.aspx?content_id=1383410#AreaComentarios (дата обращения: 27.09.2014).

[23] См.: URL: http://app.parlamento.pt/DARPages/DAR_FS.aspx?Tipo=DAR+I+série&tp=D&Numero=70&Legislatura=XI&SessaoLegislativa=1&Data=2010-06-19&Paginas=48-48&PagIni=0&PagFim=0&Observacoes=&Suplemento=.&PagActual=0&pagFinalDiarioSupl=&idpag=521902&idint=&idact=&iddeb= (дата обращения: 27.09.2014).

[24] Комиссия состоит из 10 членов: 2 представителей Католической церкви, 3 представителей иных религиозных групп, назначенных правительством, и 5 экспертов-специалистов.

[25] При этом в португальской правовой системе Совет министров представляет собой лишь часть Правительства Республики. В соответствии со статьей 183 Конституции Правительство состоит из Премьер-министра, министров, государственных секретарей и их заместителей, а также может включать несколько заместителей Премьер-министра. При этом Совет министров формируется из Премьер-министра, заместителей Премьер-министра и министров. Таким образом, Совет министров представляет собой более узкую в смысле формирования и компетенции часть Правительства Республики.

[26] Государства и религии в Европейском Союзе (опыт государственно-конфессиональных отношений). С.476.

[27] Подробнее см.: *Miranda J.* Manual de direito constitucional. T. III: Estrutura constitucional do Estado. Coimbra : Coimbra Editora, 1998.

ИСТОРИЧЕСКИЙ РАКУРС

Конституция 1924 года: как и где были заложены причины крушения СССР?

Часть 2*

Андрей Медушевский

На основе методов когнитивной юриспруденции автор реконструирует основные особенности советского псевдофедерализма, представленные в Конституции СССР 1924 года. Он анализирует такие ключевые аспекты этой оригинальной системы, как теоретические основы интеграционного проекта, правовая структура и институциональная динамика бикамерализма, конфликтные конституционные стратегии, конструкция законодательной, исполнительной и судебной ветвей власти в перспективе их создания, роли в крушении СССР, а также влияния на постсоветское конституционное развитие. Один из важных выводов статьи состоит в том, что переосмысление советского конституционного эксперимента может оказаться чрезвычайно полезным во избежание неправильных интерпретаций и ошибок на пути формирования полноценного федерализма в будущем.

Создание и крушение СССР; советский конституционализм; федерализм; бикамерализм; разделение властей; конституционные поправки

Вопреки своей декларируемой договорной природе советский федерализм изначально не предполагал равенства субъектов федерации, соблюдения гарантий их самоопределения и исключал их полноценное участие в решении вопросов государственного устройства и конституционных преобразований. Принятая модель советского бикамерализма не содержала конституционных механизмов разрешения конфликтов на почве федерализма, делегируя это право на внеконституционный уровень. Общая организация исполнительной власти, судебной системы и надзора вполне соответствовала логике централизма, делая невозможным **судебный** контроль конституционности принимаемых законов, а изъятия политических дел из формальных процедур судопроизводства в пользу чрезвычайных органов закрепляли приоритет карательных учреждений в структуре управления. По умолчанию признавалось, что гарантом Конституции и высшим арбитром в решении всех спорных вопросов является неконституционный институт — Коммунистическая партия, которая реально стоит за всеми конституционными органами законодательной и исполнительной власти и всецело определяет их деятельность. Эти принципы конституционной инженерии, вытекавшие из общей социальной природы большевизма как экстремистской идеологии[1], были сформулированы разработчиками, институционализированы в деятельности Конституционной комиссии и остались неизменными для всего советского номинального конституционализма. Предстоит выяснить, в какой мере они определили его крушение.

* Статья написана в рамках научного проекта (№ 15-01-0014), выполненного при поддержке Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2015–2016 годах.

Окончание. Начало см.: Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1 (104). С. 117–129.

4. Слияние властей: структура органов исполнительной власти

В Конституции Союза ССР 1924 года, принципиально отвергавшей принцип разделения властей, определение структуры и функций союзных институтов власти было проведено крайне непоследовательно. Концепция слияния властей, официально декларировавшаяся советской юриспруденцией[2], категорически отвергалась либеральными конституционалистами, которым было «как-то неуютно и дико в советской государственной системе с ее полным отсутствием разделения властей»[3], и стала для них воплощением «ужасов советизма»[4]. Но она вполне соответствовала европейскому послевоенному тренду, выдвигавшему идеи сильного «нового государства»[5] и полного отказа от парламентаризма в массовом обществе[6]. Неудивительно, что в государстве диктатуры, по определению не связанной никакими правовыми нормами, какое-либо фетишизирование закона и законности без извращения основных принципов этого государства было невозможно, а основным постулатом советского правового режима стал «принцип иерархии»[7].

Разграничение компетенции союзных органов (съезд, ЦИК и его Президиум, СНК) оказалось практически неразрешимой проблемой. Согласно Конституции, СНК издавал не только постановления, но и декреты, то есть имел и законодательные функции, правда, лишь в пределах, предоставленных ему ЦИК. Этим существенно ограничивалось положение нормы о том, что СНК ответствен перед ЦИК и его Президиумом и что постановления Совнаркома могут быть отменены ЦИК Союза и его Президиумом. В ходе острой дискуссии о положении СНК СССР в системе государственной власти было определено, что этот институт обладает законодательной властью: «в пределах предоставляемых ему ЦИК СССР прав он издает декреты и постановления, обязательные для непосредственного исполнения на всей территории Союза ССР», «рассматривает декреты и постановления, выносимые как отдельными наркоматами СССР, так и ЦИК и Советами Народных Комиссаров союзных республик»[8]. В документах Комиссии подчеркнута необходимость «уточнить разграничение функций законодательства центральных и союзных государственных органов власти»; решить «вопрос, каким образом будет исполняться законодательная и руководящая работа по тем наркоматам, которые при союзном ЦИК не организуются, а также каким аппаратом будут исполняться работы наркоматов, существующих при ЦИК СССР; выяснить, необходимо ли организовать самостоятельные аппараты или какие-либо секретариаты при наркоматах РСФСР или наоборот (хотя последний вопрос не конституционный, а требующий разрешения постановлением или Президиума ЦИК СССР, или Совнаркома Союза)»[9]. Эти вопросы были вынесены в специальные комиссии: по выработке Положения о ЦИК Союза и о членах ЦИК Союза; по выработке Положений о СНК, СТО и наркоматах; бюджетную; по составлению проекта руководящих органов наркоматов и намечению их персонального состава; по выработке Положений о Верховном Суде и об объединенном органе ГПУ; по выработке государственного флага и герба. Эти комиссии должны были представить проекты постановлений не позднее 10 февраля 1923 года[10].

Была предложена трехуровневая иерархия всех государственных учреждений (наркоматов), получивших союзную, объединенную (совместную) и республиканскую компетенцию[11]. Но вопрос об их прерогативах и соотношении стал предметом острых споров. Центр стремился к максимальному сосредоточению всех нитей управления в Совнаркоме и общесоюзных наркоматах. Республики, напротив, отстаивали приоритет собственных административных центров, подчеркивая разграничение общесоюзных, объединенных и республиканских органов власти и управления[12].

Белорусский проект, регламентируя деятельность союзных органов власти, выходил из положения путем ограничения их компетенции общесоюзными функциями. Более того, его разработчики считали, что постановления общесоюзных наркоматов могут «приостанавливаться» ЦИК союзных республик или их Президиумами «в случае их несоответствия Союзной Конституции, законодательству Союза, законодательству союзной республики и нарушения интересов последней с немедленным доведением о том до сведения Союзного СНК и соответствующего Наркомата Союза»; причем «в случаях чрезвычай-

ной важности и экстренности Правительствам Союзных республик принадлежит право распоряжения по всем вопросам, требующим немедленного решения, с немедленным доведением до сведения Совнаркома или ЦИК Союза». Для обеспечения интересов республик в состав коллегий общесоюзных и объединенных наркоматов вводятся их уполномоченные и представители, выдвигаемые Президиумами ЦИК и правительствами республик[13]. При этом «распоряжения народных комиссаров СССР могут быть приостановлены ЦИК союзных республик или Президиумами при несоответствии данного распоряжения законодательству Союза, законодательству союзной республики или нарушении интересов последней»[14].

Украинский проект еще более последователен в ограничении прерогатив союзной власти: он убирал из союзного Совнаркома ряд важных наркоматов (РКИ, Труда, Продовольствия), изменив статус других, и вводил дополнительную категорию «слитных» наркоматов (военный, морской, почт и телеграфов, путей сообщения), объявляя все остальные «объединенными». Совнаркомы союзных республик, исходя из этого, должны иметь те же основные наркоматы, что и центральный Совнарком (исключая стратегически важные наркоматы по иностранным делам, по военно-морским делам, внешней торговли и даже по делам национальностей), со своим кругом компетенции.

Обсуждение структуры наркоматов вело к ее централистской интерпретации. Рассмотрение Общего положения о Народных комиссариатах СССР (проект Курского) завершилось решением: «Все органы Народных комиссариатов СССР находятся в прямом и непосредственном подчинении общесоюзным наркоматам СССР. Все приказы и распоряжения этих наркоматов обязательны для всех центральных и местных органов на всей территории союзных республик и приводятся в исполнение непосредственно». Для проведения этих решений создавался институт «уполномоченных общесоюзных наркоматов», которые, впрочем, должны были назначаться и отзываться «по согласованию с Президиумами ЦИК союзных республик»[15]. Были отвергнуты предложения республик наделить Президиум ЦИК СССР общими функциями «руководства, контроля и согласования» деятельности союзных и республиканских законодательных и исполнительных институтов власти[16]. В дальнейшем тенденция к централизации власти шла по линии унификации и кодификации законодательства — принятия (на основании статьи 1 Конституции СССР) обязательных для всего Союза норм государственного строительства, которые именуются то «общими началами», то «основными началами», то «основами законодательства», охватывающими все прерогативы центра, за пределами которых союзным республикам (не без иронии) предоставлялась вся «свобода законодательного творчества»[17]. Исходя из этого, общесоюзные кодексы трансформировались в республиканские[18], проводились изменения Конституции РСФСР[19] и других республик. Конституционное решение проблемы «централистических извращений» подменялось административным — предложением о включении во все учреждения и особенно в объединенные наркоматы «националов»[20].

Тенденции Конституционной комиссии к унификации, проявившиеся в ходе разработки «общих начал в отдельных отраслях управления, подлежащих компетенции Союза ССР», развивались по линии расширенной трактовки норм. Конституция СССР, отмечали юристы (Э. Понтович), обладает необычной гибкостью, «которая достигается главным образом благодаря возможности распространения союзной законодательной власти на предметы, не отнесенные в ее исключительное ведение». Возможность издания «основных начал» законодательства в различных областях государственной жизни «дает федеральным органам широкие перспективы для развития их компетенции далеко за пределы, входящие в перечень статьи 1»[21]. Эти тенденции вызвали многочисленные протесты украинской делегации[22]. Констатировалось, что еще до введения в действие союзного договора и завершения формирования высших государственных органов Союза **решения союзных органов** подменялись решениями органов исполнительной власти России: проекты декретов писались наркоматами для СССР не от имени ВЦИК, а от имени РСФСР[23]. Представителями республик был «установлен факт ущемления Конституции новыми проектами»: «Некоторые товарищи думают, — говорил один из лидеров украинской делегации Н. А. Скрыпник, — что самый лучший способ

достижения единства — это тем путем, чтобы Союз держал в своих руках решение всех вопросов. Это не лучший способ, это худший способ. Нужно отучиться мыслить по старым дорожкам, которые даны нам со времен старого единоделимого государства»[24]. Их оппоненты определяли данную позицию как «уклонизм», не без основания доказывая, что без жесткой централизации «Союз лопнет»[25].

Вопрос о структуре исполнительной власти вышел за рамки дискуссии в Конституционной комиссии и ее секциях и был делегирован высшим партийным инстанциям. Политбюро закрепило централистскую позицию в вопросах о назначениях по объединенным наркоматам союзных республик, о рассмотрении разногласий между наркоматами Союза и Союзным Совнаркомом, об отмене Совнаркомом Союза постановлений союзных республик и распоряжений отдельных наркоматов. Республиканская оппозиция, настаивая на «неконституционности» данного решения и апеллируя к партийной ответственности, внесла предложение (от имени фракции РКП на третьей сессии ВЦИК 12 ноября 1923 года) «просить Политбюро отменить свои постановления и восстановить принятые Комиссией и секцией постановления по этим вопросам». Большинство членов фракции отвергли это предложение в силу неадекватности противопоставления законодательных прерогатив ВЦИК и СНК[26], союзных и республиканских органов власти, единство которых можно оспаривать только, «если встать на ложно-формальную точку зрения»[27]. При общем одобрении коммунистов[28] было решено оставить в силе «постановление Политбюро от 12 ноября по партийной линии о том, что назначения наркомов союзных республик по объединенным наркоматам проходят не иначе, как через Оргбюро ЦК РКП»[29]. Так была выстроена единая иерархия законодательных и исполнительных институтов, основанная на соединении партийной и государственной власти, ее законодательной и исполнительной ветвей, подчинении республиканских наркоматов центральным. Даже с формально-юридической точки зрения (не говоря о фактической) система власти в СССР на всем протяжении его существования действовала в режиме чрезвычайного законодательства.

5. Судебная система: Верховный Суд и прокуратура

Вопрос о судебной власти относился к числу принципиальных вопросов, так как от него зависела интерпретация федерализма — толкование Конституции и масштабы законодательной централизации. Ключевой темой стало соотношение Верховного Суда Союза и верховных судов республик, их компетенция и взаимоотношения с прокуратурой. Проекты республик стремились максимально отстоять их судебную автономию. Белорусский проект вообще уничтожал Верховный Суд СССР, заменяя его верховными судами республик. Уголовные и гражданские дела исключительной важности и дела персональной подсудности высших должностных лиц, затрагивающие интересы нескольких республик, предлагалось передавать по постановлению Союзного ЦИК на рассмотрение «либо в Верховный суд одной из союзных республик, либо в организуемые Президиумом ЦИК Союза специальные судебные присутствия (составы)»[30]. Украинский проект допускал создание Верховного Суда Союза, но рассматривал его лишь как орган конституционного надзора по вопросам общесоюзного законодательства (без права отмены решений республиканских судов). В этой конструкции вся законодательная, исполнительная, судебная и распорядительная власть концентрируется в ЦИК и СНК, а судебная политика проводится при помощи Наркомата юстиции. Верховный Суд ведает кассационной практикой, но действует не самостоятельно, а «по директивам, которые ЦИК и СНК дают через народного комиссара юстиции»[31]. «Верховный Суд каждой республики является кассационно-ревизионной инстанцией для всех судебных учреждений данной республики», кроме тех, которые создаются для наиболее важных дел; «верховному суду каждой республики принадлежит право рассмотрения, отмены и изменения приговора и решения любого суда данной республики в порядке и пределах, устанавливаемых каждой республикой самостоятельно»[32].

Проект комиссии ЦИК, напротив, рассматривал Верховный Суд СССР как высшую руководящую инстанцию для верховных судов республик. «Наказ Верховному Суду Союза ССР» (принятый Конституционной комисси-

ей 4–5 июня 1924 года) четко проводил этот принцип: «Верховный Суд Союза и его коллегии разрешают все вопросы и дела, относящиеся к их компетенции, на точном основании Конституции Союза, Положения о Верховном Суде Союза ССР, общесоюзных законов и законодательства союзных республик». Место Верховного Суда в системе союзных властных институтов имеет вспомогательный характер, его постановления утверждаются и пересматриваются Президиумом ЦИК. Но в области федерализма его функции очень значимы, поскольку Суд дает заключения о конституционности республиканского законодательства – соответствии постановлений ЦИК и совнаркомов союзных республик решениям Президиума ЦИК Союза по его требованию. В случае противоречия постановлений, решений и приговоров верховных судов союзных республик, вошедших в законную силу, общесоюзному законодательству или поскольку ими затрагиваются интересы других союзных республик, «пленарные заседания Верховного Суда Союза ССР, по представлению прокурора Верховного Суда Союза, рассматривают вопрос об опротестовании таковых через Президиум ЦИК Союза ССР». Та же процедура действует в отношении опротестования решения одной союзной республики по требованию другой[33]. Закрепление положения о деятельности Верховного Суда на основе общесоюзного законодательства, по мнению оппонентов, ставило под вопрос гарантии суверенитета республик[34].

Принципиальным недостатком этой конструкции стало поглощение республиканских интересов союзным центром. Республики не устраивало общее решение вопроса о подсудности – возможности изъятия определенных дел из республиканской компетенции. «Изъять из обычного течения любое дело любого человека, – считали они, – Президиум ЦИК не может, потому что это означало бы изъятие сего дела из ведения ЦИК Союза Республик и передачу учреждениям Союза. Это неправильно». Украинский проект настаивал на том, чтобы «военные суды при едином военном судоустройстве, едином кодексе военных преступлений и воинском уставе» подчинялись верховным судам отдельных республик. Представители Украины «не хотели военные дела передавать Союзу», но эта точка зрения была отвергнута. «Государству, – доказывали централисты, – нужно найти твердую линию, чтобы, с одной стороны, не умалять единства Союза, а с другой стороны, не умалять ваших прав». Им было заявлено, что «если вы расширяете ваши права, то умаляете права Союза», причем «вся постановка вопроса идет по линии умаления прав Верховного Суда»[35].

Особенно острая полемика развернулась в отношении структуры Верховного Суда и процедуры принятия им решений. Предполагалось, что Пленум Верховного Суда будет состоять из председателя, его заместителя, четырех председателей верховных судов союзных республик, председателя ОГПУ и четырех членов Суда, назначенных ЦИК СССР, председателей коллегий Верховного Суда – Гражданской, Уголовной, Военной и Военно-транспортной[36]. Противоречие федерализму усматривалось республиканской оппозицией в фактическом дезавуировании судебной автономии республик в том, что «обращение в центральные органы Союза и союзных республик происходит через председателя Верховного Суда, действует вовне через председателя»[37]. В связи с этим республиканские представители ставили под сомнение предложенную концепцию реализации Судом надзорных функций, соотношение позиций прокурора Союза и прокуроров республик, возможность закрытых заседаний Суда без участия их представителей и требовали их допущения с совещательными голосами. Позиция централистов, напротив, заключалась в проведении заседаний Суда с участием только полноправных членов – «членов пленарных заседаний плюс прокурор Союза, а остальных (прокуроров республик) вводить по мере необходимости»[38].

На доктринальном уровне все эти вопросы оказались неразрешимыми ввиду неприятия разработчиками концепции разделения властей (и даже их функций). Неопределенность теоретических представлений разработчиков (которые отвергали как модель Верховного суда США, так и европейский опыт организации судебной власти) вела к тому, что Верховный Суд с его пленумами, по свидетельству П. А. Красикова, рисковал «превратиться в чисто дискуссионный клуб или хаотичное заседание»: «Мы здесь путаемся в каком-то хаотическом учреждении, из которого, может быть, кое-что и выйдет, но пока мы не имеем опыта и практики, очень риско-

ванно вставать на этот путь»[39]. Решение проблемы некоторые участники усмотрели в привлечении старых юристов, ссылаясь при этом на «заветы Владимира Ильича» о привлечении «спецов». «Зачем, — спрашивали они, — заставлять коммунистов делать черную работу, когда коммунистов и так немного. Пускай эту работу делают спецы, не коммунисты». Коммунистический председатель Суда вполне способен использовать их идеи — «он просеет их через свое коммунистическое сознание и ненужное отвергнет, а спец сделает, подготовит работу». Воинствующие коммунисты, напротив, категорически отвергали всякие консультации. «Я знаю, — заявлял один из них, — что имеются знатоки, но у них нужно почерпать справки и сведения с большой осторожностью, ибо они вместо нашего советского права подложат нам что-нибудь другое. Вот почему я против того, чтобы иметь специалистов. Имейте свой аппарат, свою канцелярию, работайте при помощи членов Верховного Суда, но отбросьте конституционное бюро, группу консультантов, которые будут подготовлять вместо нашего конституционного права старую буржуазную конституционную дребедень и будут ее вносить в наш Верховный Суд». Отсюда следовал совершенно безапелляционный вывод. «Нам, — считал чекист Скрыпник, — нужны наши коммунистические специалисты. Мы вырабатываем конституционное право, новое советское право. Где вы найдете знающих конституционалистов? Мы с вами являемся конституционалистами. Я не знаю до сих пор других»[40]. Вопрос о согласовании разногласий по двум проектам наказа Верховному Суду СССР не был снят вплоть до вынесения его Комиссией на вторую сессию съезда Советов[41].

В конечном счете в ходе обсуждения основ судоустройства СССР возобладала «классовая» централистская версия, представленная проектом РСФСР, положения которого фактически были распространены на другие союзные республики[42]. Была выстроена единая судебная вертикаль, включавшая в республиках народный суд, губернский (или соответствующий) и верховный суды. Во главе иерархической системы был поставлен Верховный Суд Союза ССР, действовавший на основании общесоюзного законодательства и специального Положения о нем[43]. Строительство единой судебной вертикали было завершено.

6. «Секретное конституционное право»: карательные органы как рычаг централизации

Если в эпоху большевистского переворота и гражданской войны идея права как «последнего прибежища буржуазии» отвергалась в принципе во имя некоего «классового правосознания» и «революционной целесообразности»[44], то в период разработки Конституции СССР доминирующее значение приобрела доктрина так называемой «революционной законности»[45]. Она выражала общую тенденцию к расширению публично-правовых отношений за счет частноправовых и индивидуалистических отношений[46], стремление укрепить «авторитет существующего порядка, разумного хотя бы относительно»[47], создать новый советский правопорядок[48] и «классовое правосудие», реализация которого усматривалась в «защите класса в целом», а вовсе не отдельных его представителей[49]. Предполагалась замена террора «системой повиновения, основанной не на непосредственной расправе, а на формировании “общей привычки повиновения, безотносительно к тому или иному содержанию приказа”»[50]. Суть принципа «революционной законности» усматривалась в защите государства — того, что «считают целесообразным верховные органы диктатуры пролетариата»[51]. Это предполагало проведение определенного «единства революционной законности», «о которой говорил т. Ленин в записке “О двойном подчинении и законности”»[52].

Тенденции к унификации, иерархизации и централизации политической системы получили выражение при обсуждении Комиссией Основ судоустройства и Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик, определявших единый порядок производства уголовных дел в судебных учреждениях СССР. Данный порядок определялся принятыми Основами уголовного судопроизводства, уголовно-процессуальными кодексами союзных республик, Положением о Верховном Суде СССР, а также «изданным в порядке общесоюзного законодательства специальным Положением, определяющим особенности производства дел в военно-судебных учреждениях». На территории союзных республик вводилась единая система судебных учреждений: народный суд, губернский

(или соответствующий) и Верховный суды[53]. В ходе обсуждения этих документов выяснилось, однако, что жестко унифицированная система правосудия не предполагает правового регулирования его специфики по территориальному принципу и категориям дел. В связи с этим уже на начальной стадии формирования нового конституционного порядка предполагалось предусмотреть «отступления от этих правил, в зависимости от национальных культурных условий союзных республик по особым постановлениям ЦИК», провести «отступления в зависимости от особенностей в автономных республиках», зафиксировать, что «наиболее важные дела разрабатываются в особо организованных губернских судах, а дела исключительной важности в верховных судах, а в автономных республиках — в главных или высших судах»[54].

Центральной проблемой стал вопрос о правовом статусе чрезвычайных и карательных органов (Реввоенсовет, ОГПУ, военно-транспортные трибуналы и т. п.) в политической и судебной системе и возможности модификации этого статуса «в сторону единства судебной системы». Никто из коммунистов не смел, конечно, ставить вопрос о целесообразности ГПУ: с одной стороны, понимая, что сохранение чрезвычайных комиссий «есть продукт колонизаторства», с другой — они осознавали, что «партийные и советские съезды не заявили о своем желании расстаться с этим органом»[55]. Однако возможным стал спор по вопросу о том, каковы должны быть правовые основания существования карательных органов и как вынесение ими приговоров соотносится с существованием формальных конституционных судебных институтов. Одна позиция (Н. В. Крыленко) исходила из приоритета унификации судебной системы[56] и отстаивала требование подчинить ГПУ Наркомату юстиции в вопросах контроля над судопроизводством: «Когда, — заявлял Крыленко, — мы говорим о чрезвычайной сессии, то я говорю, что это не есть тот правильный политический путь, которым надо идти. Надо идти путем более трудным, более тяжелым, но более правильным». Другая позиция (Н. А. Скрыпник) защищала сохранение ГПУ как независимого чрезвычайного органа судопроизводства, исходя из «необходимости специальных мероприятий в отношении классовой борьбы рабоче-крестьянской республики». Внешне спор не ставил под вопрос целесообразность террора и имел ведомственный характер, но, по сути, касался принципиальной проблемы введения карательных мер в правовые рамки. Данный конфликт восходил к периоду гражданской войны, когда Наркомюст, отстаивая приоритет общей юстиции над карательной юстицией, требовал контроля над ЧК и даже расстрела наиболее кровожадных чекистов. Скрыпник заявлял тогда Крыленко: «На этой почве мы с вами сталкивались, когда вы требовали моей головы, но моя голова у меня осталась, а вы остались с той головой, которая у вас была в 1918 году, в этом отношении. Такое противопоставление мы отвергаем и говорим, что рабоче-крестьянская республика ведет борьбу с врагами через все имеющиеся органы, и для нас ГПУ является одним из таких органов. Чрезвычайные сессии нам необходимы». «Вы пророчите, как Кассандра, что мы обанкротимся, это мы еще посмотрим, обанкротимся ли мы или нет. Препятствовать нам в проведении этого опыта вы не имеете никакого права»[57]. Справедливости ради стоит отметить, что, как и большинство разработчиков советской Конституции, оба апостола террора[58] оказались плохими пророками и не смогли сохранить головы: Скрыпник под угрозой ареста покончил с собой в Харькове в 1933 году, а Крыленко, проиграв борьбу с прокурором СССР А. Я. Вышинским и А. Н. Винокуровым (председателем Верховного Суда СССР с 1924 по 1938 год), как враг народа окончил жизнь 29 июля 1938 года на расстрельном полигоне «Коммунарка» Московской области.

Растущее противоречие формального права и реального функционирования советских институтов, ставшее основой однопартийного режима, требовало создания особого «секретного конституционного права», то есть возможности изъятия отдельных (политических) дел из обычного формального уголовного судопроизводства в интересах чрезвычайных органов и установления особого порядка их рассмотрения. В этом отношении характерна дискуссия о сроках содержания подозреваемых под стражей. Если одни ее участники отстаивали необходимость четкой фиксации срока с учетом произвола на местах, то другие категорически отвергали такой подход, выступая «против этой лицемерной фразы» за увеличение сроков содержания и возмож-

ность их продления. Третий подход также чрезвычайно характерен: поскольку «приходится считаться с либеральными тенденциями Запада в этом отношении» (где такие сроки установлены), необходимо пойти на их юридическую фиксацию во избежание «агитации против Советской власти». Стремясь «сочетать в этом вопросе политику и дипломатию с действительной жизнью», советские юристы считали целесообразным, с одной стороны, «соблюдать кодекс», с другой — максимально развязать руки карательным учреждениям, ибо в случае подавления бунтов есть «такие дела, когда и выпускать нельзя и расстрелять нельзя, а надо держать и вести следствие». Поэтому предлагалось «дать такую формулировку, которая охватывала бы порядок производства арестов ГПУ различными органами ГПУ, чтобы мы могли сказать, что по всему Союзу производится надзор за ГПУ и чтобы не говорили, что за органами ЧК он не установлен». В результате родилась компромиссная формула: «продление срока выше установленного допускается лишь в самых исключительных случаях и не иначе, как по представлению прокуратуры, утвержденному ЦИК Союза или ЦИК союзных республик по принадлежности». Была принята та же формулировка, что и в отношении прокуратуры, которая «ничего не дает, кроме того, что унифицирует порядок в обоих случаях»[59]. Проблема соотношения формального и секретного права возникла и при решении вопроса о публичном объявлении судебных приговоров. Сохранение нормы о том, что «приговоры по всем делам подлежат публичной гласности», вступало в очевидный конфликт с тайным приведением приговоров в исполнение, а также тем фактом, что «пресса не имеет права ссылаться ни на один материал, фигурирующий на закрытом заседании». Выход предложил Крыленко: «Какой смысл, кроме либеральной болтовни? В газетах будет напечатано, что такой-то приговорен к расстрелу при закрытых дверях, и тогда все будут знать, а если не будет напечатано в газетах, то и знать не будут. Я предлагаю сказать “за исключением случаев, указанных в законе”»[60].

Вопрос об обжаловании судебных решений, как регулярных, так и, в особенности, секретных, в этой системе терял всякий смысл. «Поскольку в нашем советском государстве нет разделения властей, — констатировали эксперты, — судебные органы, в сущности, ничем принципиально не отличаются от административных», «между судебными и административными органами существует лишь распределение функций, в зависимости от удобства рассмотрения дел в том или ином порядке». Административная юстиция, следовательно, невозможна. «Поэтому у нас особое значение приобретает установление права жалобы на действия государственных учреждений и должностных лиц»[61].

Особенностью советской судебной системы стало отступление уже в начале ее существования от установленных основ судопроизводства путем внесения законодательных оговорок (по особым постановлениям ЦИК) об особых системах подсудности, особых судебных учреждениях и процедурах выведения дел из-под подсудности. Предполагалось, что наиболее важные дела разрабатываются «в особо организованных губернских судах, а дела исключительной важности — в верховных судах, а в автономных республиках — главных или высших судах»[62]. С этих позиций в особую категорию наиболее тяжких выносились «контрреволюционные преступления»[63]. Тенденция к чрезвычайным институтам судопроизводства, наметившаяся уже в период гражданской войны и сразу после нее (в деле Савинкова), отражена в выведении политически значимых дел из сферы конституционных судебных органов в некое специальное правосудие. Она нашла выражение в публичных политических процессах над основными оппозиционными политическими партиями — эсеров, меньшевиков, а затем и внутрипартийными оппозиционерами[64]. Постоянное повторение в законодательстве термина об «особых» мерах судопроизводства вполне закономерно. Именно они стали действующей нормой советского уголовно-процессуального права, в то время как формальные нормы были скорее исключением из правила.

7. Конституционная инженерия: механизмы принятия решений

Содержание и окончательный дизайн Конституции СССР 1924 года определялись взаимодействием советских и партийных институтов в процессе принятия решений. Принятие Конституции осуществлялось по решению

партии и легитимировалось решением I съезда Советов, утвердившим программные документы: Декларацию и Договор об образовании Союза ССР. Однако направления ее разработки и ключевые положения, как было показано, предопределялись XII съездом партии (1923), принявшим резолюцию о создании в составе Союзного ЦИК двух палат, одна из которых должна выбираться на Союзном съезде Советов, независимо от национальностей, а другая выбираться республиками, но утверждаться тем же съездом. Работа над Конституцией сосредоточилась в Особой комиссии ЦИК, но затем ее сменила Расширенная комиссия ЦИК с участием представителей республик, где и были выдвинуты альтернативные концепции Конституции[65]. Расширенная комиссия ЦИК СССР (в которую вошли представители союзных ЦИК), переработав проект Особой комиссии, выдвинула свой проект[66]. В первой его редакции суть заключалась в создании, наряду с ЦИК, особого Верховного совета национальностей, имеющего в своем составе представителей союзных и автономных республик. Это учреждение мыслилось как особая палата, существующая параллельно с ЦИК Союза, причем состав его должен был избираться непосредственно республиками (без утверждения на Союзном съезде Советов). Комиссия согласовывала свою работу с другими институтами — отмечался факт параллелизма работ Комиссии ЦИК и Комиссии законодательных предположений СНК СССР[67].

Косвенным свидетельством развернувшейся борьбы являются неоднократные изменения состава Конституционной комиссии, осуществлявшиеся вне каких-либо правовых рамок простым решением Президиума ЦИК. Первоначальная структура Комиссии ЦИК определялась в соответствии с Декларацией и Договором в составе 10 представителей от республик-учредителей (от РСФСР — 4 и от остальных по 2). Решающее изменение произошло в результате постановления Президиума ЦИК (от 27 апреля 1923 года) о создании Расширенной комиссии ЦИК для окончательной обработки текста Конституции с учетом всех представленных союзными республиками проектов и материалов. Отмечалось, «что членами комиссии могут быть не только члены Президиума союзных ЦИК, но и члены ЦИК Союза, а также особоуполномоченные для работы в комиссии, председатели отдельных ЦИК союзных республик»[68]. При формировании состава Комиссии и привлечении новых кандидатур имелось в виду, что они вносятся «не только для того, чтобы обеспечить представительство республик, но чтобы обеспечить полноту комиссии как таковой»[69]. В окончательном виде Комиссия включала 25 человек, причем пропорциональный состав представительства был резко изменен (от РСФСР — 14, от УССР — 5, от ЗСФСР — 3 и от БССР — 3 чел.). В ходе острой дискуссии большинство членов Комиссии навязали оппозиции централистскую концепцию организации экономики, компетенции союзных органов власти и известную двухпалатную систему ЦИК. Ее принятие Расширенной комиссией в качестве основополагающего принципа давало возможность принять Конституцию с резко выраженной унитарной и централистской концепцией власти. Качественный перевес представительства РСФСР над представительством других республик вместе взятых достигался включением в Российскую делегацию пяти так называемых «представителей от автономных национальных республик». В результате при внешнем демократизме (16 представителей национальных республик против 9 представителей центра) достигался результат, обратный сепаратистским стремлениям республиканских элит — определение Союза как «единого союзного государства».

Решающим фактором на всех этапах разработки Конституции стало вмешательство партийных инстанций. Во-первых, тот факт, что основы Конституции уже были приняты высшим законодательным органом — контролируемым съездом Советов, закреплены решением партийного съезда и лишь после этого октроированы республикам, облегчал задачу борьбы с оппозиционными проектами, которые были отвергнуты формальным образом как не соответствующие законодательно санкционированным основам советской федерации. Во-вторых, все спорные и нерешенные в Комиссии вопросы (соотношение Договора и Конституции, структура ЦИК и его палат, гражданство, бюджет и налогообложение, структура наркоматов, порядок изменения Конституции)[70] передавались ею на решение партийных инстанций — в Комиссию ЦК или Политбюро, причем участникам кон-

ституционных дебатов не всегда было очевидно, «имеются ли соответствующие решения соответствующего политического учреждения или же это есть решения той тройки, которая заседала по вопросу о выработке окончательного текста»[71]. В-третьих, вся работа Комиссии проходила под жестким контролем партийных инстанций, которым принадлежало последнее слово. Оппонентам разъяснялось (как это в отношении Раковского было сделано Рудзутаком), что «согласно постановлению Пленума о комиссии ЦК она должна руководить работой Комиссии Президиума ЦИК СССР», а следовательно, «постановления Комиссии ЦК являются директивными для постановлений комиссии»[72]. В-четвертых, окончательное решение по конституционному вопросу было принято не законодательным и даже не административным институтом, а высшей партийной инстанцией, что раскрывает реальный механизм власти формирующегося тоталитарного государства. Это ставило республиканскую оппозицию в заведомо проигрышную ситуацию, особенно в ее стремлении пересмотреть решения партийного ареопага или тем более «отстоять свое право и мнение партийным путем даже и после решения Политбюро»[73]. На заключительной стадии разработки Конституции оппонентам не оставалось ничего иного, кроме тактики молчаливого сопротивления — блокирования «окончательного принятия всех проектов» Комиссией «ввиду систематического отсутствия представителей Украины и Белоруссии»[74].

Специфика механизма разработки Конституции 1924 года (как и всех последующих) заключалась в тщательном камуфлировании процедур принятия решений партийными структурами, которые на всех этапах легитимировались параллельными решениями государственных (советских) институтов. Так, общее направление деятельности Конституционной комиссии ЦИК определялось решениями Комиссии ЦК РКП(б). Эти решения стали основой работы подкомиссии Президиума ЦИК; последние были вновь переработаны Комиссией ЦК, чтобы стать предметом рассмотрения Комиссии Президиума ЦИК[75]. Расширенная комиссия ЦИК, в соответствии с полученными директивами, внесла проект Конституции на вторую сессию ЦИК СССР (6 июля 1923 года). Для завершения работ был избран ряд согласительных комиссий по конституционным вопросам — от Совета Союза и Совета Национальностей[76]. Наконец, II съезд Советов СССР окончательно утвердил Конституцию Союза ССР на заседании 31 января 1924 года.

При таком механизме производства советского права вполне объяснимы последующие изменения Конституции СССР в 1925—1930 годах, которые определялись идеологическими установками на унификацию законодательства по линии расширения действия союзных норм[77], пересмотра союзными республиками постановлений, изданных с «нарушением» Конституции[78], окончательного изъятия из республиканских конституций отступлений, напоминавших об их прежней самостоятельности[79], усиления «контроля за правильным применением и исполнением Конституции» СССР[80]. Сходная логика характеризовала выстраивание отношений РСФСР и других союзных республик с входящими в них автономными республиками и областями[81], все запросы которых поступали на предварительное рассмотрение нового института — Отдела национальностей при Президиуме ВЦИК[82] и вносились во ВЦИК только по инициативе последнего[83]. Законодательная компетенция автономий также была ограничена изъятием из нее права принятия собственных кодексов и внесения изменений в них[84]. Решение этих вопросов все более напоминало логику унитарного государства — концентрировалось в Президиуме ЦИК СССР, постановления которого все чаще принимались без дебатов простым «опросом» его членов[85]. Эта унитаристская интерпретация федерализма завершилась с принятием сталинской Конституции СССР 1936 года.

Распад СССР в 1991 году воспроизводит всю логику создания этого государства в обратном порядке: пересмотр роли КПСС как гаранта Конституции поставил вопрос о движении к реальному конституционализму, но отсутствие адекватных механизмов правового разрешения конфликтов между республиками по линии бикамерализма и конституционного правосудия делали естественным прямое обращение к аутентичному смыслу конституционных (договорных) гарантий федерализма. Отказ от унитаристского начала вел к децентрализации власти по линии номинального федерализма, которая (децентрализация)

завершилась распадом страны на основе конфедеративного принципа самоопределения национальных государств. Описав полный круг, советский эксперимент в 1991 году вернул страну к начальной точке — ситуации распада Российской империи в 1917 году.

Конституция РФ 1993 года, отказавшись от советской концепции федерализма как способа решения национального вопроса, провозгласила принцип народного суверенитета и отвергла идею сецессии республик. Но она по-прежнему сохраняет опасный уровень преемственности в отношении советского государственного устройства: воспроизводит противоречивое соотношение конфедеративного (договорного), федеративного и унитаристского принципов; сохраняет асимметричную модель федерализма и неопределенность в разграничении компетенций центра и регионов[86]. Реализация принципа федерализма как элемента разделения властей сталкивается со слабостью верхней палаты, противоречивостью решений Конституционного Суда и конституционного правосудия в регионах, доминирующей ролью президентской власти в разрешении противоречий. Общий вектор современного конституционного законодательства вновь определяется как сворачивание федерализма и движение к унитаризму. Очевидно, что полноценная реформа российского федерализма должна преодолеть этот дьявольский круг — ориентироваться на последовательный пересмотр тех противоречий и сбоев, которые были заложены при создании Конституции СССР в 1924 году и продолжают спонтанно действовать до настоящего времени.

Медушевский Андрей Николаевич — ординарный профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (факультет социальных наук).

amedushevsky@mail.ru

---

1 См.: *Медушевский А.Н.* Феномен большевизма: логика революционного экстремизма с позиций когнитивной истории // Общественные науки и современность. 2013. № 5. С. 114—126; № 6. С. 111—120.

2 См.: *Турубинер А.М.* Государственный строй РСФСР. М. : Юриздат, 1923; *Он же.* Очерки государственного устройства СССР. М. : Госиздат, 1925.

3 *Гурвич Г.* Советское государство в иностранной научной литературе // Революция права. 1927. № 2. С. 134.

4 См.: *Рейснер М.А.* Советская Конституция (обзор литературы) // Печать и революция. 1921. Кн. 3. С. 124—133.

5 См.: *Ратенау В.* Новое государство. М., 1922 (см.: *Фридлянд Ц.* Рецензия на кн. Вальтера Ратенау // Печать и революция. 1922. Кн. 6).

6 См.: *Schmitt C.* Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. Berlin : Duncker und Humblot, 1926.

7 См.: *Архипов К.А.* Закон в советском государстве: Проблемы советского права / под общ. ред. Д.А. Мегеровского. М. ; Л. : Госиздат, 1926. С. 7, 45.

8 Протоколы заседаний подкомиссии по выработке Конституции СССР от 7 и 9 февраля 1923 года // ГА РФ. Ф. 3316. Оп. 1. Д. 9. Л. 13—15 и 16—19.

9 Записка т. Сапронова «Всем членам и кандидатам Президиума ЦИК Союза ССР и ЦК РКП» от 2 февраля 1923 года // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 10. Л. 13.

10 См.: Протокол № 1 заседания Президиума ЦИК СССР от 10 января 1923 года // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 9. Л. 5—8.

11 См.: *Ананов И.Н.* Очерки федерального управления СССР (Народные комиссариаты Союза ССР). М. ; Л. : Госиздат, 1925.

12 См.: *Магеровский Д.А.* Государственная власть и государственный аппарат. М. : Новая Москва, 1924.

13 См.: Белорусский проект: Положение о наркоматах Союза ССР // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 11. Л. 117—118 об.

14 Там же. Л. 105.

15 Вторая сессия ЦИК СССР первого созыва: протоколы № 1 и 4 подкомиссии Комиссии ЦИКа Союза // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 9. Л. 20—23.

16 См.: Вторая сессия ЦИК СССР первого созыва: протоколы 1—7 заседаний Расширенной комиссии по выработке Конституции Союза ССР от 8, 9, 13, 14, 15, 16 июня 1923 года // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 7. Л. 29—41.

17 Третья сессия ЦИК СССР первого созыва: тезисы доклада Курского «О порядке прохождения и пределах компетенции союзных республик в отношении вопросов, поименованных в статье 1 п. “и”, “п”, “р”, “с”, “х”, Союзной Конституции» (22.10.1923) // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 21. Л. 1—19.

[18] См.: Вторая сессия ЦИК СССР первого созыва: протоколы 1–7 заседаний Расширенной комиссии по выработке Конституции Союза ССР от 8, 9, 13, 14, 15, 16 июня 1923 года // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 8.

[19] См.: XI съезд ВЦИК: тезисы докладов и проекты постановлений (15 января 1924 года) // Ф. 1235. Оп. 10. Д. 9. Л. 99.

[20] См.: Проект наказа ЦК РКП(б) коммунистическим фракциям ЦИКа, Совнаркома, СТО и членам РКП, народным комиссарам Союза ССР: проект (2.10.1923). // Ф. 3316. Оп. 16-а. Д. 48. Л. 89.

[21] *Понтович Э. Э.* О правах органов Союза и союзных республик в области законодательства // Право и жизнь. 1927. Кн. 5. С. 11.

[22] См.: Перечень протестов ЦИК Укр. ССР против постановлений и распоряжений ЦИК Союза ССР, СНК Союза ССР и Наркоматов Союза за период с 1 января 1924 по 22 октября 1924 года // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 51. Л. 36–37.

[23] См.: Письмо полномочного представителя УССР в РСФСР в Президиум ВЦИК, Б.СНК, Политбюро ЦК ВКП, копии т. Сталину, Калинину, Рыкову, Цюрупе // Ф. 3316. Оп. 16-а. Д. 48. Л. 36–37 об.

[24] Стенограмма заседаний Совета Национальностей второй сессии ЦИК СССР второго созыва от 21 октября 1924 года (утро и вечер) // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 80. Л. 198–202, 214–215.

[25] Там же. Л. 210, 233.

[26] См.: Заседание фракции третьей сессии ЦИК СССР. Вечернее заседание. Стенограмма // Ф. 3316. Оп. 16-а. Д. 40. Л. 13–32.

[27] Там же. Л. 5.

[28] См.: Заседание фракции 12 ноября 1923 года. Подлинник стенограммы // Ф. 3316. Оп. 16-а. Д. 38, 39.

[29] Стенограмма заседания фракции РКП(б) от 12 ноября 1923 года // Ф. 3316. Оп. 16-а. Д. 37. Л. 63.

[30] Ф. 3316. Оп. 1. Д. 11. Л. 113.

[31] Стенограмма заседания Конституционной комиссии Совета Национальностей второй сессии ЦИК СССР второго созыва от 26 октября 1924 года (утро) // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 92. Л. 1–199.

[32] Протоколы № 1, 2, 3, 4 и материалы к протоколам заседаний Комиссии ЦИК СССР по выработке основных положений по п. «н» «п» «р» «х» статьи первой Конституции Союза ССР (16, 17, 18, 19 апреля 1924 года) // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 35. Л. 7.

[33] См.: Наказ Верховному Суду Союза ССР (принят Конституционной комиссией 4–5 июня 1924 года) // Ф. 3316. Оп. 16. Д. 209. Л. 62–69.

[34] См.: Протоколы заседаний Конституционной комиссии ЦИК СССР с 16 апреля 1924 по 8 июня 1924 года // Ф. 3316. Оп. 16. Д. 209. Л. 50.

[35] Стенограмма заседания Конституционной комиссии ЦИК СССР от 5 июня 1924 года // Ф. 3316. Оп. 16. Д. 221. Л. 10–46.

[36] См.: Протоколы заседаний Конституционной комиссии ЦИК СССР с 16 апреля 1924 по 8 июня 1924 года // Ф. 3316. Оп. 16. Д. 209. Л. 46–63.

[37] Стенограмма Пленума Конституционной комиссии (4 июня 1924 года). Утреннее и вечернее заседания // Ф. 3316. Оп. 16. Д. 220. Л. 108.

[38] Стенограмма заседания Пленума Конституционной комиссии от 4 мая 1924 года // Ф. 3316. Оп. 16. Д. 218. Л. 1–67.

[39] Там же. Л. 29.

[40] Материалы предсессионного характера и порядок дня // Вторая сессия ЦИК СССР второго созыва. 1924 год // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 153. Л. 19–20.

[41] См.: Там же. Л. 2.

[42] См.: Протоколы заседания подкомиссии по выработке основных положений уголовного судопроизводства, образованной Конституционной комиссией ЦИК СССР от 30 мая 1924 года // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 40. Л. 1–10.

[43] См.: Протоколы 3–4 заседания Конституционной комиссии Союзного Совета второй сессии ЦИК СССР второго созыва // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 122. Л. 3–20.

[44] См.: *Стучка П.* Марксистское понимание права // Коммунистическая революция. 1922. № 13–14 (37–38). С. 132–151.

[45] См.: Революция и право. М., 1925; Маркс и Энгельс о праве. М., 1925; *Пашуканис Е.* Общая теория права и марксизм (опыт критики основных юридических понятий). М., 1924; *Разумовский И.* Социология и право. М. ; Л., 1924 и др.

[46] См.: *Канторович Я. А.* Правовые идеи в советском законодательстве // Право и жизнь. 1922. Кн. 2. С. 9.

[47] *Тоцкий Н.* Право и революция // Право и жизнь. 1922. Кн. 1. С. 10.

[48] См.: *Трайнин А. Н.* О революционной законности // Право и жизнь. 1922. Кн. 1. С. 8.

[49] См.: *Трайнин А.* К вопросу о классовом правосудии // Революционная законность. 1926. № 7–8. С. 1–3.

[50] См.: *Тоцкий Н. М.* Механизм действия нормы // Право и жизнь. 1927. Кн. 2. С. 3–8.

[51] *Антонов-Саратовский В.* О революционной законности // Революционная законность. 1926. № 1–2. С. 3.

[52] День Конституции Союза ССР // Власть Советов. 1926. № 27. С. 1–2.

[53] См.: Протоколы 3–4 заседания Конституционной комиссии Союзного Совета второй сессии ЦИК СССР второго созыва // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 122. Л. 13–22.

[54] Отчет старшего секретаря т. Трещалиной по конституционным вопросам к III съезду Советов СССР. 1925 год // Ф. 3316. Оп. 3. Д. 73. Л. 2.

[55] Заседание фракции третьей сессии ЦИК СССР. Вечернее заседание: стенограмма // Ф. 3316. Оп. 16-а. Д. 40. Л. 34–37, 61.

[56] См.: *Крыленко Н.В.* Право и суд в СССР. М. ; Л., 1924.

[57] Стенограмма заседания Пленума Конституционной комиссии от 18 апреля 1924 года // Ф. 3316. Оп. 16. Д. 214. Л. 27–28.

[58] См.: Об их участии в репрессиях см.: Архив ВЧК : сб. док. М. : Кучково поле, 2007.

[59] Стенограмма 4-го заседания Конституционной комиссии Союзного Совета второй сессии ЦИК СССР второго созыва от 25 октября 1924 года // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 136. Л. 14–16.

[60] Там же. Л. 32–34.

[61] *Турубинер А.* О жалобах // Власть Советов. 1925. № 17–18. С. 10–11.

[62] Отчет старшего секретаря т. Трещалиной по конституционным вопросам к Ш съезду Советов Союза ССР. 1925 год // Ф. 3316. Оп. 3. Д. 73. Л. 2.

[63] Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик (доклады т. Крыленко и Виноградова) // Власть Советов. 1926. № 20. С. 11.

[64] См.: Судебный процесс над социалистами-революционерами (июнь–август 1922 года). Подготовка. Проведение. Итоги : сб. док. М. : РОССПЭН, 2002; Меньшевистский процесс 1931 года: сб. док. М. : РОССПЭН, 1999. Кн. 1–2.

[65] См.: *Игнатьев В.И.* Советский строй: Возникновение и развитие Конституции Союза ССР. М. ; Л.: Госиздат, 1928. С. 123–137.

[66] См.: Проект текста Конституции Союза ССР в редакции особой подкомиссии // *Игнатьев В.И.* Указ. соч. Приложение 2. С. 120–122; Проект текста Конституции Союза ССР в редакции расширенной комиссии // Там же. Приложение 5. С. 138–146.

[67] См.: Материалы предсессионного характера и порядок дня // Вторая сессия ЦИК СССР второго созыва. 1924 год // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 153. Л. 1–69.

[68] Протокол № 2 заседания Президиума ЦИК СССР от 27 апреля 1923 года за подписью Енукидзе // Ф. 3316. Оп. 13. Д. 1. Л. 4.

[69] Стенограмма Пленума Конституционной комиссии от 2 июня 1924 года // Ф. 3316. Оп. 16. Д. 219. Л. 1–19.

[70] См.: Список вопросов по выработке Конституции, перенесенных на решение Комиссии ЦК // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 11. Л. 206–217.

[71] Стенограммы заседаний Редакционной комиссии по выработке Конституции Союза ССР (8–16 июня 1923 года) // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 25. Л. 2–8.

[72] Приложение к Протоколу № 1 заседания Расширенной комиссии ЦИК СССР по выработке Конституции Союза ССР от 8 июня 1923 года // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 7. Л. 8.

[73] Заседание фракции третьей сессии ЦИК СССР. Вечернее заседание : стенограмма // Ф. 3316. Оп. 16-а. Д. 40. Л. 11, 16–17.

[74] Письмо секретаря ЦИК СССР в Политбюро ЦК РКП(б) с ответом на запрос о работе Комиссии по выработке Конституции Союза ССР и Положений о СНК, СТО и Союзных наркоматах от 13 февраля 1923 года // Ф. 3316. Оп. 16-а. Д. 48. Л. 14.

[75] См.: Стенограммы заседаний Редакционной комиссии по выработке Конституции Союза ССР (8–16 июня 1923 года) // Ф. 3316. Оп. 1. Д. 25. Л. 1–501.

[76] См.: Стенограмма 9-го Пленарного заседания второй сессии ЦИК СССР второго созыва от 27 октября 1924 года // Ф. 3316. Оп. 2. Д. 64. Л. 67–68.

[77] См.: Ф. 3316. Оп. 13. Д. 4. Л. 45.

[78] См.: Протокол заседания ЦИК СССР четвертого созыва от 23 января 1929 года // Ф. 3316. Оп. 13. Д. 11. Л. 2.

[79] См.: Съезд Советов Союза ССР. Проекты Конституций УССР и РСФСР, май 1929 года // Ф. 3316. Оп. 5. Д. 9. Л. 2–13.

[80] См.: Стенограмма выступлений на XII Всероссийском съезде Советов по докладу наркома юстиции Курского о контроле за правильным применением и исполнением Конституции РСФСР (9 мая 1925 года) // Ф. 1235. Оп. 11. Д. 18. Л. 92–152.

[81] См.: Конституционная комиссия ЦИК СССР: Протокол заседания подкомиссии Конституци-

онной комиссии ВЦИК от 25 ноября 1924 года по автономным республикам // Ф. 3316. Оп. 16. Д. 5. Л. 1.

[82] См.: Постановление ВЦИК и СНК от 9 апреля 1924 года // Известия ВЦИК. 1924. 13 апреля. № 86.

[83] См.: Всем ЦИКам Автономных Социалистических Советских Республик и облисполкомов Автономных областей и губернским исполкомам РСФСР : циркулярное письмо // Ф. 3316. Оп. 16. Д. 5. Л. 2.

[84] См.: Переписка с Административной комиссией при Президиуме ВЦИК, местными исполнительными комиссиями и с другими учреждениями (1924–25) // Ф. 1235. Оп. 119. Д. 17. Л. 1.

[85] См., например: Протокол № 35 заседания Секретариата ЦИК СССР от 1 марта 1927 года // Ф. 3316. Оп. 13. Д. 7.

[86] См.: Основы конституционного строя России: двадцать лет развития / под ред. А. Н. Медушевского. М. : Институт права и публичной политики, 2013.

В КОНСТИТУЦИОННОМ СУДЕ РОССИИ

Обзор постановлений, вынесенных Конституционным Судом Российской Федерации

ДЕКАБРЬ • 2014

Постановление от 11 декабря 2014 года № 32-П по делу о проверке конституционности положений статьи 159.4 Уголовного кодекса Российской Федерации

(Официальный интернет-портал правовой информации (http://www.pravo.gov.ru); номер опубликования: 001201412160012; дата опубликования: 16.12.2014)

Правовые категории в Постановлении: предпринимательская деятельность; либерализация уголовного законодательства; мошенничество; уголовная ответственность субъектов предпринимательской деятельности.

Заявитель: Салехардский городской суд Ямало-Ненецкого автономного округа (в порядке части 4 статьи 125 Конституции РФ).

Предмет рассмотрения: положения статьи 159.4 УК РФ, как закрепляющие в системе норм, регулирующих уголовную ответственность за мошенничество, специальный состав преступления, а именно мошенничество, сопряженное с преднамеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, и предусматривающие за данное деяние наказание в виде лишения свободы, максимальный срок которого не превышает пяти лет.

Позиция заявителя: положения оспариваемой статьи 159.4 УК РФ, являющейся специальной нормой по отношению к статье 159 УК РФ, устанавливающей уголовную ответственность за мошенничество, нарушают принцип равенства всех перед законом и не обеспечивают адекватную защиту прав потерпевших от преступлений.

Итоговый вывод решения: Конституционный Суд признал положения статьи 159.4 УК РФ соответствующими Конституции РФ в той мере, в какой эти положения имеют целью отграничение уголовно наказуемых деяний от собственно предпринимательской деятельности, исключение возможности разрешения гражданско-правовых споров посредством уголовного преследования, создание механизма защиты добросовестных предпринимателей от необоснованного привлечения к уголовной ответственности, конкретизацию регулирования уголовной ответственности за совершение субъектами предпринимательской деятельности противоправных мошеннических действий, равно как и исключение возможности ухода виновных лиц от уголовной ответственности под прикрытием гражданско-правовой сделки, и тем самым направлены на защиту отношений собственности и стимулирование законной предпринимательской деятельности, осуществляемой ее субъектами самостоятельно, на свой риск и основанной на принципах юридического равенства и добросовестности сторон, свободы договора и конкуренции.

Суд признал оспариваемые положения не соответствующими Конституции РФ, ее статьям 19 (часть 1), 46 (часть 1) и 55 (часть 3), в той мере, в какой они устанавливают за мошенничество, сопряженное с пред-

намеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, если оно совершено в особо крупном размере, несоразмерное его общественной опасности наказание в виде лишения свободы на срок, позволяющий в системе действующих уголовно-правовых норм отнести данное преступление к категории преступлений средней тяжести, в то время как за совершенное также в особо крупном размере такое же деяние, ответственность за которое без определения его специфики по субъекту и способу совершения применительно к тем или иным конкретным сферам предпринимательской деятельности предусмотрена общей нормой статьи 159 УК РФ, устанавливается наказание в виде лишения свободы на срок, относящий его к категории тяжких преступлений, притом что особо крупным размером похищенного применительно к наступлению уголовной ответственности по статье 159 УК РФ признается существенно меньший, нежели по его статье 159.4.

В срок не позднее шести месяцев со дня провозглашения Постановления Конституционного Суда федеральному законодателю надлежит внести в УК РФ изменения, обеспечивающие устранение выявленных неконституционных аспектов правового регулирования ответственности за мошенничество в сфере предпринимательской деятельности. Если по истечении данного срока надлежащие изменения не будут изменены, статья 159.4 УК утратит силу.

Мотивы решения. УК РФ предусматривает в качестве единственного признака, служащего специфическим критерием квалификации мошенничества по его статье 159.4, неисполнение договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности. Федеральный законодатель, таким образом, вывел из-под действия данной статьи иные виды обмана и злоупотребления доверием в качестве способа хищения чужого имущества или приобретения права на чужое имущество, использование которых предполагает квалификацию одного и того же преступного деяния, если оно совершено теми же субъектами (лицами, вовлеченными в осуществление предпринимательской деятельности), либо по статье 159 УК РФ, являющейся общей нормой, либо по статьям 159.1—159.3, 159.5 и 159.6 данного Кодекса, предусматривающим специальные составы мошенничества.

В результате преступные мошеннические действия, причинившие равный (сопоставимый) ущерб, но отличающиеся лишь по способу совершения хищения (внешнему оформлению или проявлению), направленного на завладение чужим имуществом, получают различную правовую оценку с точки зрения квалификации преступления, а следовательно, и с точки зрения тяжести содеянного. Между тем размер ущерба, определяемый как крупный и особо крупный применительно к мошенничеству как преступлению, предусмотренному статьей 159 УК РФ, и мошенничеству в сфере предпринимательской деятельности, предусмотренному его статьей 159.4, различается принципиальным образом: в первом случае он определяется как превышающий двести пятьдесят тысяч рублей и один миллион рублей (пункт 4 примечаний к статье 158 УК РФ), а во втором — как превышающий один миллион пятьсот тысяч рублей и шесть миллионов рублей соответственно (примечание к статье 159.1 УК РФ).

Кроме того, при квалификации мошенничества в сфере предпринимательской деятельности как преступления, предусмотренного статьей 159.4 УК РФ, во внимание принимается только размер похищенного (то есть без учета имущественного положения потерпевших и их числа), который многократно превышает размер ущерба, установленный в качестве крупного или особо крупного применительно к статье 159 данного Кодекса, что не позволяет признать это деяние квалифицированным мошенничеством, совершение которого в отношении граждан влечет повышенную ответственность.

Не содержит статья 159.4 УК РФ также указания на такие перечисленные в статье 159 данного Кодекса квалифицирующие признаки состава преступления, как совершение мошенничества группой лиц по предварительному сговору, организованной группой, лицом с использованием своего служебного положения, а также совершение мошенничества, повлекшего лишение права гражданина на жилое помещение, а потому даже при наличии указанных квалифицирующих признаков мошенничество, сопряженное с преднамеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской дея-

тельности, не влечет повышенную ответственность, притом что квалификация по совокупности преступлений, предусмотренных общей нормой статьи 159 УК РФ и специальной нормой его статьи 159.4, исключается в силу принципа *non bis in idem*, согласно которому недопустима квалификация одного и того же преступного деяния по нескольким статьям уголовного закона, если содержащиеся в них нормы соотносятся между собой как общая и специальная (см.: *Постановление от 19 марта 2003 года № 3-П*).

Усиливают предпосылки к нарушению принципа равенства в отношении субъектов мошеннических посягательств на собственность и различия в размере санкций, установленных статьями 159 и 159.4 УК РФ, обусловливающие их отнесение к разным категориям преступлений — тяжких преступлений и преступлений средней тяжести соответственно согласно статье 15 УК РФ.

Отнесение мошенничества в сфере предпринимательской деятельности к категории преступлений средней тяжести имеет важные юридические последствия для применения к лицам, признанным виновными в его совершении, соответствующих институтов уголовного права — при определении рецидива преступлений, назначении осужденным к лишению свободы вида исправительного учреждения, применении обстоятельств, смягчающих наказание и др.

Тем не менее положения статьи 159.4 УК РФ нацелены, помимо прочего, на конкретизацию регулирования уголовной ответственности за совершение субъектами предпринимательской деятельности противоправных мошеннических действий, равно как и исключение возможности ухода виновных лиц от уголовной ответственности под прикрытием гражданско-правовой сделки, и тем самым направлены на защиту отношений собственности и стимулирование законной предпринимательской деятельности. Вместе с тем Конституционный Суд подчеркнул, что решение о неконституционности оспариваемой нормы не означает ни декриминализации деяния, ни иного улучшения положения лиц, осужденных на основании специальной нормы статьи 159.4 УК РФ. В связи с этим недопустимо не только придание данному решению обратной силы, но и утрата оспоренной нормой юридической силы на будущее время, что противоречило бы природе Конституционного Суд РФ как органа, решения которого не должны приводить к ухудшению правого положения граждан в отношениях с государством. С учетом этого Суд определил особенности исполнения Постановления, касающиеся сроков внесения изменений в законодательство и последствий отказа законодателя от внесения таких изменений.

Особое мнение к Постановлению высказал судья К. В. Арановский, критически оценив доводы заявителя по рассмотренному делу и перспективы исполнения Постановления Конституционного Суда РФ от 11 декабря 2014 года № 32-П.

Постановление от 16 декабря 2014 года № 33-П по делу о проверке конституционности ряда положений пунктов 17 и 18 статьи 71 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и частей 3 и 4 статьи 89 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»

(Официальный интернет-портал правовой информации (http://www.pravo.gov.ru); номер опубликования: 0001201412180001; дата опубликования: 18.12.2014)

Правовые категории в Постановлении: депутатский мандат; право на замещение депутатского мандата; добровольное прекращение депутатских полномочий досрочно.

Заявитель: гражданин Н. В. Гончаров (в порядке части 4 статьи 125 Конституции РФ).

Предмет рассмотрения: взаимосвязанные положения пункта 17 и подпункта «д» пункта 18 статьи 71 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», части 3 и пункта 4 части 4

статьи 89 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», на основании которых зарегистрированному кандидату в депутаты Государственной Думы, включенному в допущенный к распределению депутатских мандатов федеральный список кандидатов, получившему депутатский мандат и впоследствии добровольно прекратившему свои депутатские полномочия, предоставляется право вновь участвовать в замещении (получении) депутатского мандата, ставшего вакантным в связи с досрочным прекращением депутатских полномочий другим депутатом Государственной Думы, включенным в тот же федеральный список кандидатов.

Позиция заявителя: по мнению заявителя, оспариваемые законоположения в силу своей неопределенности допускают необоснованное оставление в федеральном списке кандидатов в депутаты Государственной Думы тех зарегистрированных кандидатов, которые, получив депутатский мандат, впоследствии добровольно сложили с себя полномочия депутата, и позволяют передавать им вакантные мандаты при наличии в соответствующей региональной группе федерального списка других зарегистрированных кандидатов, которым мандат еще не передавался, чем ставят зарегистрированных кандидатов в неравное положение, а потому противоречат Конституции РФ, в том числе ее статьям 19 и 32 (части 1 и 2).

Итоговый вывод решения: взаимосвязанные положения пункта 17 и подпункта «д» пункта 18 статьи 71 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», части 3 и пункта 4 части 4 статьи 89 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» не соответствуют Конституции РФ, ее статьям 3 (части 1—3), 10, 17 (часть 3), 19 (части 1 и 2), 32 (часть 2), 96 и 97 (части 1 и 3), постольку, поскольку эти положения, как не предусматривающие исключение получившего депутатский мандат лица из федерального списка кандидатов в депутаты Государственной Думы, допущенного к распределению депутатских мандатов, и при этом позволяющие передавать вакантный депутатский мандат лицу, ранее получившему депутатский мандат, а затем добровольно прекратившему исполнение депутатских полномочий досрочно, лишают зарегистрированного кандидата, входящего в состав федерального списка и не получавшего мандат депутата Государственной Думы, возможности реализовать в порядке очередности право на замещение депутатского мандата.

Мотивы решения. Ни Конституция РФ, ни действующее избирательное законодательство не рассматривают наполняемость состава Государственной Думы на уровне не ниже конституционно установленной численности как императивное требование. Признавая в качестве конституционно обоснованной цели, лежащей в основе законодательного регулирования порядка замещения вакантных мандатов депутатов Государственной Думы, наиболее рациональную организацию работы федерального парламента с учетом определенного по итогам состоявшихся выборов соотношения политических сил, федеральный законодатель исходил из того, что если в процессе первоначального распределения депутатских мандатов внутри федерального списка кандидатов не окажется зарегистрированных кандидатов, не получивших депутатских мандатов, то нераспределенные депутатские мандаты остаются вакантными до следующих выборов, за исключением случая, когда в результате реализации соответствующих законоположений Государственная Дума останется в неправомочном составе. Превышение количества кандидатов в списках над количеством мандатов в целом, само по себе служащее гарантией полноты состава Государственной Думы, обусловливается особенностями пропорциональной избирательной системы.

Обладание мандатом депутата Государственной Думы не может рассматриваться как личная привилегия гражданина, приобретшего соответствующий публично-правовой статус. Оно подразумевает необходимость ответственного отношения как к вступлению в соответствующую должность, так и к исполнению депутатских полномочий. Особый публично-правовой статус депутата Государственной Думы определяется природой федерального парламента и неразрывно связан с конституционно-правовым статусом самой Государственной Думы, в связи с чем соблюдение требований в отношении приобретения

депутатского статуса и осуществления депутатских полномочий является необходимой предпосылкой и условием реализации возложенных на Государственную Думу конституционных функций народного представительства.

Как следует из правовой позиции Конституционного Суда РФ, сформулированной применительно к вопросу об ограничениях, сопряженных с наличием депутатского мандата (см.: *Постановление от 27 декабря 2012 года № 34-П*), предоставление зарегистрированному кандидату, ранее получившему депутатский мандат, но досрочно отказавшемуся от него, в том числе для замещения должностей в органах исполнительной власти, права повторно претендовать на получение депутатского мандата приводит к тому, что добровольно сложившее с себя депутатские полномочия и перешедшее на должность в органах исполнительной власти лицо не утрачивает окончательно своей связи с парламентом и может вновь войти в его состав того же созыва. Между тем, реализовав свое право на замещение (получение) депутатского мандата повторно, гражданин, ранее перешедший из состава депутатов на должность в органе исполнительной власти, притом что очередное замещение им депутатского мандата непосредственно не обусловлено волеизъявлением избирателей, не может считаться полностью нейтральным во взаимоотношениях парламента и исполнительной власти, что объективно снижает его самостоятельность и независимость как народного представителя.

Тем самым, вопреки требованиям Конституции РФ (статья 94; статья 95, часть 5; статьи 96 и 97), не исключается формирование состава Государственной Думы на основании дискреционного решения политической партии из числа связанных своей профессиональной деятельностью с исполнительной властью лиц, в отношении которых воля избирателей на осуществление ими депутатских полномочий не была выражена.

Возможность в рамках действующей парламентской легислатуры чередования замещаемых гражданином должностей в Государственной Думе и органах исполнительной власти, когда добровольно сложивший свои депутатские полномочия и перешедший на должность в органе исполнительной власти гражданин вновь получает мандат депутата Государственной Думы того же созыва, не согласуется по своей сути с вытекающим из конституционного принципа разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную (статья 10; статья 11, часть 1, Конституции РФ) требованием недопустимости одновременного участия одного и того же гражданина (одних и тех же граждан) в деятельности органов различных ветвей государственной власти, предполагающим персональное разделение состава парламента и состава органов исполнительной власти. Как ранее указывал Конституционный Суд РФ, содержащаяся в пункте 9 раздела второго Конституции РФ норма, согласно которой депутат Государственной Думы первого созыва может одновременно являться членом Правительства Российской Федерации, носит строго целевой и временный характер, — она распространяется только на депутатов Государственной Думы первого созыва, и никаких исключений из этого правила не предусмотрено (см.: *Постановление от 29 мая 1998 года № 16-П*).

В силу взаимосвязанных положений статей 17 (часть 3) и 55 (часть 3) Конституции РФ осуществление прав и свобод человека и гражданина имеет в качестве своего объективного предела воспрепятствование реализации прав и свобод других лиц, а потому недопустим такой порядок замещения вакантного депутатского мандата в Государственной Думе, при котором повторное участие в замещении (получении) депутатского мандата в Государственной Думе гражданина, получившего депутатский мандат и затем добровольно прекратившего исполнять свои депутатские полномочия досрочно, приводило бы к тому, что пассивное избирательное право кандидатов, входящих в состав допущенного к распределению депутатских мандатов списка кандидатов, не замещавших депутатских мандатов, оказывалось бы ущемленным, а часть кандидатов из соответствующего списка в нарушение принципа равенства кандидатов ставилась бы в привилегированное положение, позволяющее замещать депутатский мандат более одного раза.

С получением зарегистрированным кандидатом депутатского мандата действие принципа очередности для него прекращается, право же политической партии отступить от очередности расположения кандидатов в фе-

деральном списке кандидатов распространяется только на граждан, включенных в соответствующую очередь, и не может предполагать такого отступления в пользу граждан, которые из нее уже выбыли в связи с получением ими депутатских мандатов.

Между тем рассматриваемые законоположения, не связывающие с замещением (получением) гражданином депутатского мандата утрату им статуса зарегистрированного кандидата в депутаты Государственной Думы и его исключение из федерального списка кандидатов, допускают вопреки конституционной природе парламентской легислатуры, что вакантный депутатский мандат может быть передан лицу, досрочно прекратившему свои депутатские полномочия и потому объективно утратившему как правовую связь с избирателями, так и принадлежность к очередности на получение депутатских мандатов, и тем самым влекут нарушение пассивного избирательного права того кандидата, остающегося в федеральном списке кандидатов, который претендует на получение вакантного депутатского мандата в порядке очередности.

Акты международного права, использованные в Постановлении: Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 25); Конвенция о защите прав человека и основных свобод (статья 3 Протокола № 1); Конвенция о стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах — участниках Содружества Независимых Государств от 7 октября 2002 года; Постановление Европейского Суда по правам человека от 2 марта 1987 года по делу «Матье-Моэн (*Mathieu-Mohin*) и Клерфейт (*Clerfayt*) против Бельгии».

ФЕВРАЛЬ • 2015

Постановление от 10 февраля 2015 года № 1-П по делу о проверке конституционности части 6 статьи 43 Федерального закона «О полиции»

(Официальный интернет-портал правовой информации (http://www.pravo.gov.ru); номер опубликования: 0001201502110002; дата опубликования: 11.02.2015)

Правовые категории в Постановлении: право на социальное обеспечение; служба в органах внутренних дел; принцип равенства.

Заявитель: гражданин П. Ф. Юхименко (в порядке части 4 статьи 125 Конституции РФ).

Предмет рассмотрения: часть 6 статьи 43 Федерального закона «О полиции» в той мере, в какой данная норма в системе действующего правового регулирования служит основанием для отказа в предоставлении предусмотренной ею ежемесячной денежной компенсации сотрудникам органов внутренних дел — инвалидам вследствие военной травмы, которым установлена пенсия за выслугу лет, выплачиваемая с учетом увеличения, определенного пунктом «а» статьи 16 Закона РФ «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей».

Позиция заявителя: часть 6 статьи 43 Федерального закона «О полиции» нарушает права, гарантированные статьями 19 (части 1 и 2), 39 (часть 1) и 55 (часть 3) Конституции РФ, поскольку данная норма позволяет отказывать в выплате предусмотренной ею ежемесячной денежной компенсации сотруднику органов внутренних дел, ставшему инвалидом вследствие военной травмы, на том лишь основании, что он является получателем пенсии за выслугу лет, а не пенсии по инвалидности.

Итоговый вывод решения: часть 6 статьи 43 Федерального закона «О полиции» не соответствует Конституции РФ, ее статьям 19 (части 1 и 2), 39 (часть 1) и 55 (часть 3), в той мере, в какой содержащаяся в ней норма служит основанием для отказа в предоставлении ежемесячной денежной компенсации тем со-

трудникам органов внутренних дел — инвалидам вследствие военной травмы, которым назначена пенсия за выслугу лет, выплачиваемая с учетом увеличения, предусмотренного пунктом «а» статьи 16 Закона РФ «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей».

Мотивы решения. Конституционный Суд указал, что служба в органах внутренних дел представляет собой особый вид государственной службы, непосредственно связанной с обеспечением общественного порядка, законности, прав и свобод граждан и, следовательно, осуществляемой в публичных интересах. Лица, несущие такую службу, выполняют конституционно значимые функции, чем обусловливается их правовой статус, а также содержание и характер обязанностей государства по отношению к ним. Поскольку обязанности, возлагаемые на сотрудников органов внутренних дел, предполагают необходимость выполнения ими поставленных задач в любых условиях, в том числе сопряженных со значительным риском для жизни и здоровья, государство — в силу статей 1 (часть 1), 2, 7, 37 (части 1 и 3), 39 (части 1 и 2), 41 (часть 1), 45 (часть 1) и 71 (пункт «в») Конституции РФ — обязано гарантировать им материальное обеспечение и компенсации в случае причинения вреда их жизни или здоровью в период прохождения службы (см.: *Постановление от 26 декабря 2002 года № 17-П*).

Федеральный законодатель закрепил в числе способов возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью сотрудников органов внутренних дел при выполнении ими служебных обязанностей, обязательное государственное страхование жизни и здоровья, специальное пенсионное обеспечение и систему мер социальной защиты, цель которых — обеспечить уровень возмещения вреда, соразмерный денежному довольствию, которое указанные лица получали на момент увольнения со службы.

К числу способов возмещения вреда, причиненного здоровью сотрудников органов внутренних дел в связи с выполнением ими служебных обязанностей, относится предоставление им в случае получения при выполнении служебных обязанностей увечья или иного повреждения здоровья, исключающих возможность дальнейшего прохождения службы, ежемесячной денежной компенсации. По своему целевому назначению и правовой природе такая компенсация аналогична ежемесячной денежной компенсации, выплачиваемой на основании части 13 статьи 3 Федерального закона от 7 ноября 2011 года № 306-ФЗ «О денежном довольствии военнослужащих и предоставлении им отдельных выплат» в случае признания военнослужащего или гражданина, призванного на военные сборы, в период прохождения военной службы (военных сборов) либо после увольнения с военной службы (отчисления с военных сборов или окончания военных сборов) инвалидом вследствие военной травмы.

Использование федеральным законодателем аналогичных механизмов возмещения вреда, причиненного здоровью сотрудников органов внутренних дел и военнослужащих при выполнении ими служебных обязанностей, обусловлено как схожестью поставленных перед ними задач, связанных с реализацией конституционно значимых функций, так и схожестью их публично-правового статуса, в том числе наличием общих положений в системе социальной защиты указанных категорий государственных служащих, а также единых правил их пенсионного обеспечения, осуществляемого с использованием единого понятия «военная травма».

Как неоднократно указывал Конституционный Суд, из конституционных принципов справедливости, равенства и соразмерности вытекает обращенный к законодателю запрет вводить не имеющие объективного и разумного оправдания различия в правовом положении лиц, принадлежащих к одной категории (запрет различного обращения с лицами, находящимися в одинаковых или сходных ситуациях). Поскольку механизм возмещения вреда здоровью сотрудников органов внутренних дел, признанных инвалидами вследствие военной травмы, в нарушение указанных принципов приводит к необоснованным различиям в объеме возмещения вреда, устанавливающая этот механизм часть 6 статьи 43 Федерального закона «О полиции» не соответствует Конституции РФ.

Постановление от 17 февраля 2015 года № 2-П по делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 6, пункта 2 статьи 21 и пункта 1 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»

(Официальный интернет-портал правовой информации (http://www.pravo.gov.ru); номер опубликования: 0001201502200032; дата опубликования: 20.02.2015)

Правовые категории в Постановлении: принцип правовой определенности; прокурорский надзор; некоммерческие организации.

Заявители: межрегиональная ассоциация правозащитных общественных объединений «АГОРА», межрегиональная общественная организация «Правозащитный центр “Мемориал”», международная общественная организация «Международное историко-просветительское, благотворительное и правозащитное общество “Мемориал”», региональная общественная благотворительная организация помощи беженцам и вынужденным переселенцам «Гражданское содействие», автономная некоммерческая организация правовых, информационных и экспертных услуг «Забайкальский правозащитный центр», региональный общественный фонд «Международный стандарт» в Республике Башкортостан, гражданка С. А. Ганнушкина (в порядке части 4 статьи 125 Конституции РФ).

Предмет рассмотрения: взаимосвязанные положения пункта 1 статьи 6, пункта 2 статьи 21 и пункта 1 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», в соответствии с которыми органами прокуратуры в рамках надзора за исполнением законов некоммерческими организациями проводятся проверки, в ходе которых требования прокурора, вытекающие из его полномочий, подлежат безусловному исполнению; осуществляя надзор за исполнением законов некоммерческими организациями, органы прокуратуры не подменяют иные государственные органы; прокурор вправе проверять исполнение законов в связи с поступившей в органы прокуратуры информацией о фактах нарушения закона, требующих принятия мер прокурором, и требовать от руководителей и других должностных лиц проверяемой организации представления необходимых документов, материалов, статистических и иных сведений, а также привлекать к участию в проверочных мероприятиях представителей (сотрудников) иных государственных органов.

Позиция заявителей: указанные положения вопреки конституционному требованию формальной определенности закона не содержат точного перечня оснований для проведения органами прокуратуры проверок исполнения законов некоммерческими организациями, не устанавливают конкретный порядок, периодичность и сроки их проведения, включая обязательное уведомление субъектов проверки о ее организации и составе участников, не закрепляют права и гарантии для проверяемых субъектов, что приводит к произвольному усмотрению органов прокуратуры при определении длительности и числа проверок, проводимых в отношении одной и той же некоммерческой организации за один и тот же период, и — при наличии установленных действующим законодательством полномочий Минюста России по осуществлению федерального государственного надзора за деятельностью некоммерческих организаций — свидетельствует о непропорциональном и чрезмерном ограничении права на объединение и свободы деятельности общественных организаций.

Итоговый вывод решения: взаимосвязанные положения пункта 1 статьи 6, пункта 2 статьи 21 и пункта 1 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» не противоречат Конституции РФ постольку, поскольку эти положения обеспечивают выполнение прокуратурой Российской Федерации возложенной на нее функции надзора как деятельности, обусловленной по своему предназначению требованиями Конституции РФ, и направлены на обеспечение законности, государственной и общественной безопасности, защиту прав и свобод других лиц, а также иных конституционно значимых ценностей.

Конституционно-правовой смысл оспариваемых законоположений, выявленный в Постановлении, является общеобязательным и

исключает любое иное их истолкование в правоприменительной практике.

В то же время оспариваемые положения признаны не соответствующими Конституции РФ, ее статьям 18, 19 (части 1 и 2), 46 (части 1 и 2) и 55 (часть 3), в той мере, в какой эти положения — в нарушение требования формальной определенности закона — не устанавливают общие (предельные) сроки проведения органами прокуратуры проверки исполнения законов некоммерческими организациями, а также, предусматривая безусловное исполнение требований прокурора, вытекающих из его полномочий по проведению проверки исполнения законов, не регламентируют конкретные сроки исполнения таких требований, несмотря на установленную законом административную ответственность за нарушение установленных прокурором сроков для исполнения требований.

Федеральному законодателю надлежит внести в правовое регулирование отношений, связанных с осуществлением органами прокуратуры надзора за исполнением законов, соответствующие изменения, в том числе определить предельные сроки проведения проверочных мероприятий и сроки исполнения проверяемыми организациями требований прокурора о представлении необходимых документов, материалов, статистических и иных сведений. До внесения в законодательство надлежащих изменений разумность этих сроков будет подтверждаться либо опровергаться при рассмотрении соответствующих споров судами. При этом бремя доказывания разумности сроков лежит на прокуроре.

Мотивы решения. Конституционный Суд указал, что федеральный законодатель призван не только создавать надлежащие условия реализации гражданами права на объединение, но и обеспечивать осуществление данного права в соответствии с конституционными требованиями всеми участниками соответствующих правоотношений, в том числе посредством введения механизмов государственного контроля (надзора).

Осуществляемая прокуратурой функция надзора за исполнением законов является самостоятельной формой реализации контрольной функции государства, в рамках которой обеспечивается неукоснительное соблюдение Конституции РФ и законов, действующих на территории России, в том числе теми государственными органами, на которые возложены функции специального (ведомственного) государственного контроля (надзора). Федеральный законодатель обладает достаточно широкой дискрецией по установлению полномочий прокурора, и оспариваемые положения Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», определяющие предмет и полномочия прокурора при осуществлении надзора, сами по себе не могут рассматриваться как нарушающие конституционные права и свободы.

Тем не менее присущее федеральному государственному надзору административное усмотрение проверяющих органов не исключает возможности использования имеющегося в их распоряжении правового инструментария вопреки его публичному предназначению, в том числе в понимаемых определенным образом ведомственных интересах, что предполагает необходимость обеспечения надлежащих гарантий прав граждан и их объединений в рамках правового регулирования федерального государственного надзора. Соответственно, законодательное регулирование контрольно-надзорных процедур, как и деятельность уполномоченных на проведение проверок государственных органов, должно отвечать конституционным критериям возможных ограничений прав и свобод человека и гражданина.

Конституционный Суд отметил, что осуществление органами публичной власти соответствующих контрольно-надзорных функций и полномочий требует надлежащих нормативных оснований, организационных и процедурных правил проведения проверочных мероприятий, чтобы проверяемые некоммерческие организации и причастные к их деятельности лица не оказывались в положении единственно объекта государственной деятельности, но имели реальные возможности для эффективной, включая судебную, защиты своих прав и законных интересов. Суд подчеркнул, что о начале проведения прокурорской проверки и о расширении в связи с выявленными признаками иных нарушений законов оснований ее проведения должно выноситься самостоятельное мотивированное решение, подлежащее доведению до сведения проверяемой некоммерческой организации, поскольку осуществление прокурором надзорной функции непосредственно затрагива-

ет права и свободы проверяемых лиц. Иной подход подрывал бы конституционный принцип поддержания доверия к действиям публичной власти и приводил бы к необоснованному ущемлению гарантированной Конституцией РФ государственной защиты прав и свобод человека и гражданина.

Кроме того, характер и степень обременений, возлагаемых на проверяемую некоммерческую организацию, должны соотноситься как с целями эффективной реализации задач прокурорского надзора, так и с необходимостью поддержания нормального режима работы самой некоммерческой организации. Поэтому требование прокурора о представлении ее руководителями и другими должностными лицами конкретных документов и материалов, относящихся к существу проверки, следует считать правомерным, если такие документы и материалы не могут быть получены у других государственных органов или из открытых источников и не передавались ранее в рамках данной прокурорской проверки. Кроме того, органы прокуратуры не вправе запрашивать документы, которые некоммерческая организация не обязана иметь в соответствии с законодательством, в том числе требовать формирования документов, не имеющихся на момент предъявления такого требования. При этом не исключается их представление в добровольном порядке, равно как не исключается запрос о представлении документов, касающихся деятельности проверяемой организации на территории Российской Федерации в переводе на русский язык.

Суд также подчеркнул, что повторное проведение в отношении данной некоммерческой организации проверочных мероприятий (то есть в связи с теми же фактами, которым по итогам ранее проведенной проверки уже была дана или должна была быть дана правовая квалификация, при отсутствии каких-либо новых или вновь открывшихся обстоятельств) приводило бы к необоснованному и чрезмерному стеснению деятельности некоммерческой организации, что несовместимо с конституционными принципами взаимоотношений институтов гражданского общества и публичной власти и противоречит целям прокурорского надзора. Вместе с тем проведение в разумный срок новой прокурорской проверки устранения нарушений законов, выявленных в ходе первоначальной проверки, представляется Конституционному Суду обоснованным.

Конституционный Суд отметил, что является допустимым участие в проведении прокурорской проверки представителей других государственных органов в целях осуществления вспомогательных (экспертно-аналитических) функций. Такое участие не предполагает самостоятельного осуществления ими проверочных действий в интересах соответствующих государственных органов, равно как и иных отступлений от установленных законодательством ограничений периодичности проводимых ими плановых контрольных мероприятий в отношении некоммерческих организаций.

Суд также обратил внимание на то, что отсутствие в Федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации» прямого указания на необходимость оформления в виде отдельного акта результатов прокурорской проверки, не выявившей нарушений законов, не освобождает прокурора от необходимости принятия по ее итогам соответствующего решения с доведением его до сведения проверяемой некоммерческой организации. Без принятия такого решения прокурорская проверка в формально-юридическом смысле не могла бы считаться завершенной, что позволяло бы прокурору использовать предоставленные ему властные полномочия в отношении некоммерческой организации неопределенно длительный срок.

Несмотря на то что суды не уполномочены проверять целесообразность решений органов прокуратуры, некоммерческие организации имеют право обратиться в суд за защитой от возможного произвольного правоприменения. Необходимость обеспечения баланса частных и публичных интересов при осуществлении прокурорского надзора предполагает возможность проверки законности соответствующих решений, принимаемых в ходе мероприятий прокурорского надзора (о проведении прокурорских проверок, представлении документов и материалов и т. д.).

Как следует из оспариваемых положений Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», требования прокурора, связанные с проведением в отношении некоммерческих организаций проверок в порядке надзора за исполнением законов, подлежат безусловному исполнению в установ-

ленный срок. Тем не менее ни Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации», ни иные нормативные правовые акты не определяют длительности и порядка исчисления этого срока, в связи с чем в правоприменительной практике за прокурором признается неограниченная дискреция в определении временных рамок реализации возлагаемых на проверяемую некоммерческую организацию и ее должностных лиц обязанностей, включая обязанность представить необходимые документы и материалы.

Наличие у прокурора возможности произвольно устанавливать временные границы исполнения своих требований и тем самым по собственному усмотрению определять в этой части порядок реализации закрепленных за ним властных полномочий не согласуется с принципом связанности органов прокуратуры законом и правом, вытекающим из Конституции Российской Федерации, ее статей 1 (часть 2), 2, 10, 11 (часть 1), 15 (части 1 и 2), 18 и 129, и создает условия для нарушения конституционных прав некоммерческих организаций и причастных к их деятельности лиц вследствие возложения на них объективно невыполнимых в установленный срок требований прокурора, законность которых — при отсутствии нормативно формализованных критериев определения этого срока — не может быть подвергнута эффективному судебному контролю.

Не ограничивается Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации» и общая (предельная) продолжительность проверочных мероприятий, проводимых в порядке осуществления надзора за исполнением законов некоммерческими организациями. Неурегулированность данного вопроса порождает правовую неопределенность относительно длительности применения режима такой проверки и ставит некоммерческую организацию и причастных к ее деятельности лиц при реализации конституционного права на объединение в недопустимое положение, с точки зрения требований статей 18, 19 (части 1 и 2), 46 (части 1 и 2) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации.

Акты международного права, использованные в Постановлении: пункт 1 статьи 20 Всеобщей декларации прав человека; пункт 1 статьи 22 Международного пакта о гражданских и политических правах; пункт 1 статьи 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; заключение Консультативного совета европейских прокуроров № 3 (2008) «О роли прокуратуры вне уголовно-правовой сферы».

Постановление от 26 февраля 2015 года № 3-П по делу о проверке конституционности положений части 1 статьи 9 Федерального закона от 25 декабря 2012 года № 269-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования системы оплаты труда судей Российской Федерации, а также признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации»

(Официальный интернет-портал правовой информации (http://www.pravo.gov.ru); номер опубликования: 0001201503020010; дата опубликования: 02.03.2015)

Правовые категории в Постановлении: конституционно-правовой статус судьи в Российской Федерации; квалификационные классы судей; уровни судебной системы; оплата труда судей.

Заявитель: гражданин В. П. Селезнев (в порядке части 4 статьи 125 Конституции РФ).

Предмет рассмотрения: часть 1 статьи 9 Федерального закона от 25 декабря 2012 года № 269-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования системы оплаты труда судей Российской Федерации, а также признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» в той мере, в какой на ее основании разрешается вопрос о преобразовании квалификационных классов в отношении судей, которые ранее замещали должность судьи областного

суда и затем были назначены на должность судьи (председателя, заместителя председателя) районного суда.

Позиция заявителя: нарушение положениями части 1 статьи 9 Федерального закона от 25 декабря 2012 года № 269-ФЗ требований Конституции РФ, ее статей 19 (часть 1), 55 (части 2 и 3) и 120 (часть 1), усматривается в том, что они позволяют снижать квалификационный класс, присвоенный судье в период его работы в вышестоящем суде и сохраненный за ним после назначения в нижестоящий суд, которое состоялось до 1 января 2013 года, исходя из необходимости соответствия квалификационного класса занимаемой должности согласно Закону РФ «О статусе судей в Российской Федерации» (в редакции данного Федерального закона), чем создают для таких судей худшие условия определения соответствия ранее присвоенных квалификационных классов вновь установленным по сравнению с судьями, назначенными на должность в нижестоящий суд после указанной даты, так как в отношении последних соответствие квалификационных классов определяется по должности, замещавшейся в вышестоящем суде.

Итоговый вывод решения: положения части 1 статьи 9 Федерального закона от 25 декабря 2012 года № 269-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования системы оплаты труда судей Российской Федерации, а также признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» признаны не противоречащими Конституции РФ в той мере, в какой эти положения предполагают, что преобразование квалификационного класса судьи производится с учетом того, к какому уровню судебной системы относится суд, в котором судья осуществляет свои полномочия, при условии, что преобразуемый квалификационный класс был присвоен ему в период замещения должности в суде того же уровня.

Эти же положения признаны не соответствующими Конституции РФ, ее статьям 19 (части 1 и 2), 21 (часть 1), 23 (часть 1), 55 (часть 3) и 120 (часть 1), в той мере, в какой они:

— позволяют снижать квалификационный класс судьям, которые ранее замещали должность судьи областного суда и затем были назначены на должность судьи (председателя, заместителя председателя) районного суда, исходя исключительно из замещаемой должности в районном суде, без учета достигнутого ими и отраженного в результатах квалификационной аттестации профессионального уровня;

— приводят к установлению в отношении судей, замещавших должность судьи областного суда и затем назначенных на должность судьи (председателя, заместителя председателя) районного суда, необоснованных различий в части приведения квалификационных классов в соответствие с Законом РФ «О статусе судей в Российской Федерации» в редакции данного Федерального закона в зависимости от момента такого назначения (до или после 1 января 2013 года).

Оспариваемые положения признаны не противоречащими Конституции РФ в той мере, в какой они предполагают установление судьям, ранее замещавшим должность судьи областного суда и назначенным на должность судьи (председателя, заместителя председателя) районного суда, ежемесячного денежного вознаграждения с учетом окладов за наиболее высокий (предельный) квалификационный класс, установленный для судей (председателя, заместителей председателя) районных судов.

Мотивы решения. В целях стимулирования профессионального роста судей и повышения тем самым качества отправления правосудия и эффективности функционирования судебной системы в целом федеральный законодатель вправе предусмотреть в рамках регулирования правового статуса судей институт аттестации, по результатам которой им присваиваются квалификационные классы, а также дифференцировать с учетом проведенной оценки (присвоенных квалификационных классов) оплату их труда.

При внесении же в ранее установленное регулирование необходимых, с его точки зрения, изменений федеральный законодатель обязан избегать произвольных решений и обеспечивать баланс конституционно защищаемых ценностей, публичных и частных интересов на основе принципов равенства и справедливости, не допуская несоразмерных ограничений прав и свобод, поддерживать доверие граждан к закону и действиям государ-

ства, а также разумную стабильность правового регулирования. Во всяком случае законодательные изменения, вносимые им в систему аттестации судей и связанные с этим условия оплаты их труда, не должны приводить ни к снижению материальных гарантий возможности полного и независимого осуществления правосудия, ни к умалению достоинства и подвергать сомнению профессиональную репутацию судьи.

Внесение в Закон РФ «О статусе судей в Российской Федерации» изменений обусловило необходимость преобразования квалификационных классов, ранее присвоенных действующим судьям на основании Положения о квалификационной аттестации судей. В качестве инструмента приведения ранее присвоенных квалификационных классов в соответствие с новой системой квалификационных классов выступает таблица соответствия, которая определяет их применительно к судейской должности, замещаемой на момент вступления в силу данного Федерального закона (1 января 2013 года), что само по себе не означает переоценку результатов ранее проведенной квалификационной аттестации.

Следовательно, таблица соответствия носит переходный характер, то есть рассчитана на однократное применение в ходе преобразования квалификационного класса судьи, что отвечает предназначению переходных положений как таковых и вполне оправданно по отношению к судьям, по состоянию на 1 января 2013 года продолжавшим осуществлять свои полномочия в той должности, по которой им был присвоен имеющийся у них квалификационный класс.

В то же время положения части 1 статьи 9 Федерального закона от 25 декабря 2012 года № 269-ФЗ не предусматривают каких-либо исключений из порядка преобразования квалификационных классов, которые были бы рассчитаны на применение к судьям районного суда, ранее замещавшим должность судьи в областном суде. Отсутствуют в данной статье и какие-либо специальные положения относительно преобразования квалификационных классов для тех судей, которые, замещая должность в областном суде, были затем назначены на должность судьи (председателя, заместителя председателя) районного суда, независимо от того, когда такой переход состоялся до или после 1 января 2013 года.

Судья областного суда при назначении на должность председателя районного суда, последствия чего непосредственно затрагивают его профессиональные интересы, вправе рассчитывать на то, что его законные ожидания, обусловленные достигнутыми результатами профессиональной деятельности и приобретенным опытом судейской работы, которые были признаны судейским сообществом и формально отражены в присвоенном ему квалификационном классе, будут реализованы.

Между тем часть 1 статьи 9 данного Федерального закона, включая предусмотренную ею таблицу соответствия, связывает преобразование квалификационных классов исключительно с должностью, которую судья замещал на 1 января 2013 года, и не принимает во внимание, к какому уровню судебной системы принадлежит суд, в котором судья осуществлял свои полномочия на момент присвоения ему преобразуемого квалификационного класса. В связи с этим квалификационные классы судей, ранее замещавших должность судьи областного суда и до 1 января 2013 года назначенных на должность судьи (председателя, заместителя председателя) районного суда, были приведены в соответствие с теми квалификационными классами, которые определены таблицей соответствия для должностей, замещаемых этими судьями в районных судах по состоянию на момент ее применения.

Присвоенный судье квалификационный класс как отражающий достигнутый им уровень профессионализма, при определении которого принимаются во внимание сложность рассматриваемых им дел и компетенция суда, в котором он осуществляет свои полномочия, не может быть изменен без учета всех имеющих значение обстоятельств, включая предыдущую профессиональную деятельность и ее официально признанную оценку, подтвержденную фактом присвоения квалификационного класса в суде более высокого уровня. Соответственно, правовое регулирование, имеющее целью совершенствование оплаты труда судей, сопровождающееся в том числе усилением ее дифференциации в зависимости от профессиональной квалификации судьи, недопустимо, если оно, будучи обусловлено одной лишь необходимостью упорядочения условий оплаты труда судей, приводит к изменению квалификационного класса судьи,

не основанному на всестороннем учете всех указанных обстоятельств, умаляя тем самым честь и достоинство судьи.

Применительно к законодательной конкретизации правового статуса судей в части, касающейся регулирования института квалификационной аттестации, это означает, что приведение квалификационных классов в соответствие с Законом РФ «О статусе судей в Российской Федерации» в редакции Федерального закона от 25 декабря 2012 года № 269-ФЗ в отношении всех судей, которым квалификационный класс был присвоен в период замещения должности в областном суде и которые впоследствии были назначены на должность судьи (председателя, заместителя председателя) районного суда, должно осуществляться равным образом.

Между тем нормативное содержание положений части 1 статьи 9 Федерального закона от 25 декабря 2012 года № 269-ФЗ не отвечает критериям формальной определенности, точности, ясности, однозначности, соблюдение которых позволяло бы распространять эти положения равным образом на всех судей, до своего назначения на должность судьи (председателя, заместителя председателя) районного суда замещавших должность судьи областного суда, — независимо от того, в какой период состоялось такое назначение.

Акты международного права, использованные в Постановлении: пункт «i» статьи 1 раздела II резолюции Res (2002) 12 Комитета Министров Совета Европы от 18 сентября 2002 года «Учреждение Европейской комиссии по эффективности правосудия»; пункты 1.6, 2.2, 3.1 и 6.7 Бангалорских принципов поведения судей, одобренных резолюцией Экономического и Социального Совета ООН 2006/23 от 27 июля 2006 года.

МАРТ • 2015

Постановление от 12 марта 2015 года № 4-П по делу о проверке конституционности положений части четвертой статьи 25^{10} Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию», подпункта 13 пункта 1 статьи 7 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» и пункта 2 статьи 11 Федерального закона «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)»

(Официальный интернет-портал правовой информации (http://www.pravo.gov.ru); номер опубликования: 0001201503160002; дата опубликования: 16.03.2015)

Правовые категории в Постановлении: свобода передвижения; охрана здоровья населения; правовой статус иностранных граждан; депортация; вирус иммунодефицита человека.

Заявители: гражданка Украины У. и гражданин Российской Федерации У., гражданин Украины Ш. и гражданка Российской Федерации М.-В., гражданка Республики Молдова К. и гражданин Российской Федерации К. (в порядке части 4 статьи 125 Конституции РФ).

Предмет рассмотрения: взаимосвязанные положения части четвертой статьи 25^{10} Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию», подпункта 13 пункта 1 статьи 7 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» и пункта 2 статьи 11 Федерального закона «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)», поскольку на их основании в отношении страдающих ВИЧ-инфекцией иностранных граждан и лиц без гражданства, члены семьи которых постоянно проживают на территории Российской Федерации, принимаются решения о нежелательности их временного проживания в Российской Федерации, об отказе в выдаче или об аннулировании ранее выданного разрешения на

временное проживание и об их депортации из Российской Федерации.

Позиция заявителей: по мнению заявителей, оспариваемые законоположения позволяют правоприменительным органам депортировать иностранных граждан, состоящих в браке с гражданами Российской Федерации, и (или) отказывать им во въезде в Российскую Федерацию, а также в выдаче разрешения на временное проживание в Российской Федерации по одному лишь формальному основанию — наличию ВИЧ-инфекции — и не обязывают эти органы учитывать гуманитарные соображения и соблюдать семейные права, а потому не соответствуют Конституции РФ, в том числе ее статьям 19 (части 1 и 2), 21 (часть 1), 38 (части 1 и 2) и 55 (часть 3).

Итоговый вывод решения: оспариваемые законоположения не соответствуют Конституции РФ, ее статьям 19 (части 1 и 2), 38 (части 1 и 2), 45, 46 (части 1 и 2) и 55 (часть 3), в той мере, в какой эти положения позволяют принимать в отношении иностранного гражданина или лица без гражданства, члены семьи которого постоянно проживают на территории Российской Федерации, решение о нежелательности его проживания в Российской Федерации и о его депортации либо об отказе такому лицу во въезде в Российскую Федерацию, в выдаче разрешения на временное проживание в Российской Федерации или об аннулировании ранее выданного разрешения исключительно на основании факта наличия у такого лица ВИЧ-инфекции, при отсутствии как нарушений с его стороны требований, которые установлены законодательством в отношении ВИЧ-инфицированных лиц и направлены на предотвращение дальнейшего распространения данного заболевания, так и иных обстоятельств, свидетельствующих о необходимости применения к этому лицу подобных ограничений.

Мотивы решения. Согласно статье 62 (часть 3) Конституции РФ иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации.

В России здоровье как неотъемлемое и неотчуждаемое благо, принадлежащее человеку от рождения и охраняемое государством, находится под защитой Конституции РФ (статья 7, часть 2; статья 17, часть 2; статья 41), что обязывает федерального законодателя принимать все меры, направленные на охрану здоровья населения, так как здоровье является конституционно значимой ценностью и вместе с тем составляет наряду с другими факторами основу национальной безопасности, угрозой для которой выступает возможность массового распространения на территории Российской Федерации ВИЧ-инфекции.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, неоднократно изложенной им в своих решениях, защита конституционно значимых ценностей предполагает возможность разумного и соразмерного ограничения прав и свобод человека и гражданина при справедливом соотношении публичных и частных интересов, без умаления этих прав и свобод, а также должна отвечать иным требованиям (см.: *постановления от 18 февраля 2000 года № 3-П*, *от 14 ноября 2005 года № 10-П*, *от 26 декабря 2005 года № 14-П*, *от 16 июля 2008 года № 9-П*, *от 7 июня 2012 года № 14-П* и др.).

Конституция РФ, предусматривая право каждого на свободный выезд за пределы Российской Федерации, признает право на беспрепятственный в нее въезд только за российскими гражданами (статья 27, часть 2), а право свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства на территории Российской Федерации гарантирует только тем, кто законно на ней находится (статья 27, часть 1). Кроме того, в понимании Европейского Суда по правам человека, статья 8 Конвенции о защите прав и основных свобод не гарантирует иностранным гражданам право въезжать в определенную страну или проживать на ее территории и не быть высланными, а лежащая на государстве ответственность за обеспечение публичного порядка обязывает его контролировать въезд в страну (решение от 9 ноября 2000 года по вопросу о приемлемости жалобы «Андрей Шебашов (*Andrey Shebashov*) против Латвии», постановление от 6 декабря 2007 года по делу «Лю и Лю (*Liu & Liu*) против России»).

Соответственно, федеральный законодатель вправе для целей защиты здоровья населения вводить запреты и ограничения на

въезд в Российскую Федерацию и пребывание на ее территории иностранных граждан и лиц без гражданства, состояние здоровья которых представляет угрозу для здоровья населения России, не допуская при этом умаления и отмены прав, которые Конституция РФ гарантирует им наравне с гражданами Российской Федерации.

Однако применительно к ВИЧ-инфекции в настоящий момент мировым сообществом признано, что наличие таковой у лица не должно рассматриваться как условие, создающее угрозу для здоровья населения, поскольку вирус иммунодефицита человека, хотя он и является инфекционным, передается не в результате присутствия инфицированного лица в стране или при случайном контакте через воздух или общие носители, такие как еда или вода, а через конкретные контакты, которые почти всегда являются частными.

Кроме того, буквально оспариваемые законоположения означают, что, выявление ВИЧ-инфекции у иностранных граждан или лиц без гражданства, законно находящихся на территории Российской Федерации, является безусловным основанием для запрета на их въезд Российскую Федерацию или проживание в Российской Федерации, притом что такой запрет носит бессрочный характер.

Обращаясь к вопросу об ограничении оспариваемыми законоположениями права ВИЧ-инфицированных иностранных граждан или лиц без гражданства, заключивших брак с гражданином Российской Федерации и имеющих детей, на временное проживание в Российской Федерации, Конституционный Суд сформулировал ряд правовых позиций (см.: *определения от 12 мая 2006 года № 155-О и от 4 июня 2013 года № 902-О*).

Регулирование, установленное частью четвертой статьи 25^{10} Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию», согласуется с закрепленным Конституцией РФ принципом, в силу которого права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Положения пункта 2 статьи 11 Федерального закона «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)» и подпункта 13 пункта 1 статьи 7 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» не исключают продиктованной гуманитарными соображениями необходимости учета правоприменительными органами, в том числе судами, семейного положения, состояния здоровья ВИЧ-инфицированного иностранного гражданина или лица без гражданства (в том числе клинической стадии заболевания) и иных исключительных, заслуживающих внимания обстоятельств при решении вопроса о необходимости депортации данного лица из Российской Федерации, а также о его временном проживании на территории Российской Федерации. Суды общей юрисдикции при проверке решений уполномоченного органа исполнительной власти о нежелательности пребывания ВИЧ-инфицированного иностранного гражданина в Российской Федерации или об отказе такому лицу во въезде в Российскую Федерацию не вправе ограничиваться установлением только формальных оснований применения норм законодательства и должны исследовать и оценивать наличие реально существующих обстоятельств, служащих основанием признания таких решений необходимыми и соразмерными. Однако названные правовые позиции не учитываются правоприменителями.

В отношении страдающих ВИЧ-инфекцией иностранных граждан и лиц без гражданства, члены семьи которых постоянно проживают на территории РФ, на Россию в силу статьи 62 (часть 3) Конституции РФ возложена обязанность защиты прав, вытекающих из ее статьи 38 (части 1 и 2), что не препятствует федеральному законодателю вводить в отношении иностранных граждан и лиц без гражданства, страдающих ВИЧ-инфекцией и проживающих на территории Российской Федерации, — с учетом специфики этого заболевания, его протекания, лечения и иных имеющих значение факторов — дополнительные требования, направленные на воспрепятствование распространению ВИЧ-инфекции, при условии, что они будут соразмерны, адекватны и пропорциональны преследуемой цели.

Вместе с тем следует учитывать, что действующее законодательство не требует обязательного медицинского обследования и получения сертификата об отсутствии заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции), от иностранных граждан и лиц без гражданства, которые временно пребывают на территории Российской Федерации — как на основании полученной визы на срок ее действия, так и без оформления визы на срок, который, по общему правилу, не может превышать девяноста суток суммарно в течение каждого периода в сто восемьдесят суток (пункт 1 статьи 5 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации». Тем самым режим временного пребывания, который используется большинством иностранных граждан и лиц без гражданства, не предполагает распространение на таких лиц ограничений, установленных действующим миграционным законодательством в отношении тех страдающих данным заболеванием иностранных граждан и лиц без гражданства, которые имеют намерение проживать в Российской Федерации длительное время, поскольку здесь постоянно проживают их семьи.

Исходя из этого принятие в отношении страдающего ВИЧ-инфекцией иностранного гражданина или лица без гражданства, члены семьи которого постоянно проживают на территории Российской Федерации, решения о нежелательности его проживания в Российской Федерации либо об отказе в выдаче ему разрешения на временное проживание в Российской Федерации или об аннулировании ранее выданного разрешения и о депортации такого лица, при отсутствии с его стороны нарушений требований, которые установлены законодательством в отношении ВИЧ-инфицированных лиц, а также при отсутствии иных обстоятельств, свидетельствующих о необходимости применения к нему подобных ограничений, не может быть признано соразмерным и адекватным конституционно значимым целям и ценностям.

Акты международного права, использованные в Постановлении: Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (пункт 2 статьи 2); Замечание общего порядка № 20 (2009) Комитета по экономическим, социальным и культурным правам ООН; Конвенция о защите прав человека и основных свобод (статьи 3 и 8); Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают (пункт 1 статьи 2); Декларация прав ребенка; Декларация о приверженности делу борьбы с ВИЧ/СПИДом; Заявление Объединенной программы ООН по ВИЧ/СПИДу и Международной организации по миграции об ограничениях права на передвижение в связи с ВИЧ/СПИДом (июнь 2004 года); Решение Европейского Суда по правам человека от 9 ноября 2000 года по вопросу о приемлемости жалобы «Андрей Шебашов (*Andrey Shebashov*) против Латвии»; Постановление Европейского Суда по правам человека от 6 декабря 2007 года по делу «Лю и Лю (*Liu & Liu*) против России»); Постановление Европейского Суда по правам человека от 10 марта 2011 года по делу «Киютин против России»; Постановление Европейского Суда по правам человека от 26 июня 2014 года по делу «Габлишвили против России».

Обзор подготовили: Тимофей Виноградов, Артем Маркин, Ольга Подоплелова. Редактор: Татьяна Храмова.

РЕЦЕНЗИИ

Конституция в судебной перспективе

Гадис Гаджиев, Павел Блохин

Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях : учебное пособие. М. : URSS; КРАСАНД, 2015. 720 с.

В рецензии авторы положительно характеризуют появившееся недавно научно-практическое учебное пособие по сравнительному конституционному праву, отмечая его ключевые достоинства: актуальность предлагаемого материала, стремление преодолеть «отвлеченную дедуктивность», свойственную порой юридической науке, необычную для российского читателя форму систематизации и подачи материала. Одновременно авторы данной статьи одобрительно высказываются о конкретных правовых проблемах, поднятых в работе (содержание понятия «человеческое достоинство», роль «принципа пропорциональности» как универсальной судебно-аналитической модели и др.). В итоге авторы приходят к заключению о том, что комментируемая работа непременно должна найти свое место в программе дисциплин конституционно-правового цикла.

Сравнительное конституционное право; судебная практика; кейсбук

Настоящая работа коллектива авторов из Московского государственного университета, недавно увидевшая свет, представляет собой род учебного пособия, известного западному юридическому образованию как «*casebook*» или «*cases and materials*», давно получившего там признание и широкое применение. Этот жанр предполагает помимо подобранных особым образом фрагментов судебных решений и научных работ также вопросы и пространные тематические комментарии авторов к соответствующим правовым позициям судов и доктринальным положениям. В отечественной литературе данная книга является, несомненно, одной из первых таких работ[1]. Основные сферы общественных отношений, составляющие предмет конституционного права (основы конституционного строя, правовой статус личности, организация и взаимоотношения различных ветвей власти государства, территориальное устройство) составляют ключевые главы книги.

Главной методологической особенностью пособия можно считать направленность на индуктивный метод познания рассматриваемых в нем явлений: так, двигаясь от частного к общему, от конкретных судебных решений и правовых проблем к конституционно-правовым принципам и идеям, студент скорее приобретает понимание логики конституционного права, нежели просто накапливает тяжелый и неповоротливый багаж информации. Предполагается, что учащиеся, работающие с данной книгой, знакомятся с правовыми решениями конкретных конфликтных ситуаций, возникавших на практике, выделяют их фактическую сторону, оценивают и обобщают правовые аргументы, на основе которых были приняты решения, и с опорой на эти знания конструируют теоретические позиции, значимые для осознания определенного круга проблем. «Изучение судебных решений позволяет, оттолкнувшись от фактических обстоятельств, увидеть нормы права, регулирующие определенные общественные отношения, сформулировать принципы и теории, применимые к этим обстоятельствам». На их глазах конституционное право «оживает»... В

этом состояла «революция» в юридическом образовании США, совершенная во второй половине XIX века К. К. Лэнгделлом, предложившим так называемый прецедентный метод (*case method*) юридического образования. Это соответствует и идеям О. Эрлиха, который упрекал юриспруденцию в «отвлеченной дедуктивности». Индуктивный метод продуктивен, «когда возникают юридические казусы, в которых присутствует что-то нетипичное, непонятное, запутанное. Чаще всего это юридические споры, в которых стороны опираются на равновеликие правовые ценности, а теория категорического силлогизма практически неприменима. Это, как правило, сложные конституционно-правовые споры, для разрешения которых необходимо применять особые юридические нормы, нормы конституционные»[2]. Учитывая, что конституционное право сплошь состоит из таких конфликтов «бинарных» ценностей, этот метод познания не должен игнорироваться.

Действующие стандарты юридического образования требуют приобретения студентами в процессе обучения не только знания нормативного материала и теоретических позиций, но также прикладных навыков, в том числе правоприменительной, правозащитной и правотворческой направленности. Данное пособие нацелено именно на «знакомство с разнообразными теориями в действии». Студент видит на конкретных примерах то, как абстрактная конституционная доктрина, принцип или конструкция применяются в практике конституционного (и не только) правосудия для разрешения возникающих споров. Более того, он видит, что схожие проблемы в зависимости от конкретных пространственно-временных условий могут решаться различным образом, что должно предостеречь его от абсолютизации собственного национального опыта. Перед студентами открыта возможность самостоятельной, в том числе критической, оценки примененной судами аргументации, выбора наиболее перспективного подхода к построению обоснования правовой позиции по делу. Этому способствуют и авторские вопросы, и комментарии к доктринальным текстам и решениям судов. Они, с одной стороны, дают ключи к интеграции документальных и теоретических фрагментов в рамках тематики разделов книги, а с другой стороны, выполняя функцию интеллектуальной провокации, побуждают читателей к осмыслению заявленных проблем, акцентируя их внимание на моментах пересечения научной мысли с практическим опытом. В идеале избранный авторами метод должен способствовать осознанию студентами практической полезности конституционного права, формированию самостоятельности и вариативности мышления, а также навыков использования теоретического знания на практике.

При желании можно найти и недостатки той формы подачи материала, которая избрана авторами. Само по себе соединение сравнительного (зарубежного) и отечественного конституционного правоведения «представляется небесспорным и в силу этого не лишенным некоторых недостатков», о которых рассуждают К. В. Арановский и С. Д. Князев[3]. Авторы и сами осознают опасность «ошибок в методологии исследований и оценке их результатов» и стараются, надо полагать, всячески их избежать, тщательно выбирая в каждом случае объект и «географию» исследования, а также снабжая каждый параграф полезными примечаниями и вопросами для размышления. Более того, во введении к книге авторы прямо предостерегают от механического заимствования чужих решений собственных проблем (например, неуместных ссылок на практику иных судов) — этому посвящен и отдельный параграф работы. В любом случае данная работа определенно не стремится заменить собою классический вузовский учебник, однако она может стать весьма полезным хрестоматийным, библиографическим дополнением к нему.

По нашему мнению, все же структура и логика изложения материала, избранные авторами (как и само название настоящей работы), заслуживают приветствия и согласия. Содержание каждого конституционно-правового института, каждого основополагающего принципа и каждого фундаментального права раскрывается, прежде всего, через обращение к целому ряду важнейших судебных решений. Кажется, что вольно или не вольно тем самым авторы напоминают читателю известную мысль, озвученную Чарльзом Эвансом Хьюзом в речи перед Торговой палатой США более столетия назад: все мы подчиняемся Конституции, но Конституция — это то, что говорят о ней судьи[4]. Идея о том, что ос-

новной закон государства «живет» в решениях высших органов юстиции кажется сегодня вполне применимой не только к традициям англо-саксонского правового мира, но и к отечественной или иной континентальной правовой системе: недаром рядом с решениями Конституционного Суда России или Федерального конституционного суда Германии в западной литературе все чаще звучит термин «прецедент». Следует заметить, что авторы обращаются к таким историческим судебным актам, ставшим уже классикой правовой мысли, как «дело Мэрбери против Мэдисона» (1803) или «дело Миранды против Аризоны» (1966) Верховного суда США, «дело Люта» (1958) или «дело о переписи» (1969) Федерального конституционного суда Германии. Одновременно приводятся резонансные решения, относящиеся уже к новейшей правовой истории, которым еще предстоит подвергаться критике и утверждаться в юридической доктрине: это «дело о ношении хиджаба» (2001, 2008) Европейского Суда по правам человека или «дело о погребении террористов» (2007) Конституционного Суда РФ. Данная работа тем самым становится, пожалуй, достойным ответом австрийскому профессору Бернду Визеру, который, возможно, не без оснований критиковал российскую традицию комментирования конституции, утверждая, что современные работы иногда «не уделяют должного внимания многочисленным решениям Конституционного Суда», «не проводится научная систематизация судебной практики» и что, напротив, методологически неверно основывать комментирование конституционных норм через изложение «положений отраслевых предписаний»[5], ибо последние как раз и должны выдержать проверку на прочность доктриной и судебной практикой, прежде чем стать ориентиром.

Вторым измерением, в котором на страницах данной работы «оживает» скупой конституционный текст, становятся научные труды по юриспруденции, к отбору и изложению которых авторы подходят столь же тщательно и с несомненным вкусом. Во-первых, правовая мысль у них предстает в динамике: например, труды выдающихся ученых, Г. Кельзена или Т. Маунца, о конституционном правосудии в Германии и о конституции сменяются исследованиями блестящих современных ученых, таких как А. Бланкенагель или Б. Шлинк, демонстрируя эволюцию взглядов и идей. Во-вторых, авторы не замыкаются лишь на работах правоведов, органично соединяя с юриспруденцией наблюдения, граничащие с экономикой, политологией, социологической наукой (например, в подразделе, посвященном понятию демократии, мы видим извлечения из: «Открытое общество и его враги» К. П. Поппера, «Дорога к рабству» Ф. А. Хайека и др.). Хорошим примером служит и использование работы Е. В. Спекторского, который призывал юристов обратить самое серьезное внимание на философию[6]. Обращение к этим источникам, хотя бы поверхностное, заставляет задуматься об утопичности идей о «самодостаточности права» и о том, что экономические, философские, религиозные идеи, являясь, своего рода, «мускулами культуры», «неизбежно проникают в право, как бы оно ни стремилось к автономизации»[7]. В-третьих, авторы обращаются ко многим теоретическим проблемам, которые, несомненно, находятся сегодня в авангарде юридической мысли — так, отдельный подраздел посвящен критериям проверки конституционности ограничений (так называемому «тесту на пропорциональность»). Благодаря таким публикациям поднятая проблема, долгое время находившая отражение лишь в решениях Конституционного Суда РФ (который активно использует понятия «необходимости», «адекватности», «соразмерности», «пропорциональности», «справедливости» ограничения), стала изредка освещаться на страницах юридической печати[8]. Эта юридическая методология между тем должна рано или поздно заинтересовать не только теоретиков-компаративистов, но и юристов-практиков, в том числе адвокатов и правозащитников, судей и вообще «всех, кого интересует защита прав в Конституционном Суде»[9].

Принципиально интересно выделение авторами некоторых отдельных самостоятельных тем и особое к ним отношение. Так, мы можем легко заметить, что разделу 6 «Различные группы конституционных прав» предшествует раздел 5 «Достоинство личности». Выходит, авторы сознательно выделяют эту фундаментальную правовую категорию из общего ряда иных, смежных с нею, отдавая ей главенствующее, всему предшествующее значение? Такое выделение едва ли можно назвать необоснованным. Как пишет извест-

ный ученый Отто Люхтерхандт, Федеральный конституционный суд Германии искал определение этой философско-правовой категории (зафиксированной в самой первой статье Основного закона ФРГ как реакция на тоталитарные режимы XX века) у Иммануила Канта, который писал, что из-за своей ценности человек сам по себе является самоцелью и не может восприниматься лишь как объект государственной деятельности[10]. Эту формулировку мы можем часто встретить и в решениях российского Конституционного Суда со ссылкой на статью 21 Конституции. Интересно и то, какими примерами авторы демонстрируют проявление этой конституционной ценности: это дела, связанные с захоронением умершего лица, с обращением с его органами и тканями после его смерти. С этими непростыми проблемами рано или поздно сталкиваются многие высокие судебные юрисдикции (не исключение и российский Конституционный Суд): из их практики следует, что ценность этого конституционного права столь велика, что ее действие не прекращается и после завершения жизненного пути человека (и в этом смысле широкое, конституционное понимание способности человека иметь права и узкое, отраслевое (ст. 17 Гражданского кодекса РФ) не совпадают)!

Судебная практика и научные труды, относящиеся к странам Восточной Европы, только сбрасывающих оковы тоталитарного прошлого и потому не прошедших еще долгий путь конституционно-правового развития, не без основания широко используются авторами хрестоматии. Решения венгерского Конституционного суда или польского Конституционного Трибунала, а равно статьи Р. Уитц и Л. Гарлицкого, хотя и известны научной юридической общественности, вряд ли скоро займут прочное место в учебных программах высшей школы (где сама дисциплина «Конституционное право зарубежных стран» постепенно сдает свои прежние позиции, что вызывает критику ученых[11]). В настоящей работе авторы приводят эти решения и научные труды, многие из которых публиковались ранее на страницах журнала «Сравнительное конституционное обозрение». Одновременно твердые конституционные традиции таких государств, как Франция или Великобритания, столь основательно укоренились в российской науке, что на многие современные изменения она «забывает» реагировать, отчего до сих пор не только студенты, но и преподаватели часто не знают о существовании Верховного суда в Соединенном Королевстве[12] или об эволюции французского органа конституционной юстиции! В последнем случае, например, можно поприветствовать актуальность представленного материала, обращение авторов к целому ряду решений Конституционного совета Франции, к работам О. Пферсманна, упоминание о Л. Фаворо. Стоит ли говорить о ценности источников, относящихся, к примеру, к Индии (с ее уникальной судебной системой) и Южной Корее, судебной практике которых вовсе не уделяется у нас внимания?

За время подготовки данной книги в области конституционного права происходили и продолжают происходить важные явления и события, которые, возможно, когда-нибудь, подвигнут ее авторов на обращение к новым проблемам. Например, принятие Федеральным конституционным судом Германии постановления по делу «о Европейском стабилизационном механизме» или Конституционным Судом РФ постановления по делу «о принятии Крыма и Севастополя в состав Российской Федерации» (2014) в очередной раз высвечивает тему взаимоотношения национального, конституционного и наднационального, международного правопорядков и места в этих взаимоотношениях высоких судов. Поскольку здесь не затихает доктринальный спор между «суверенистами» и «активистами», требуется корректное изложение этих проблем. Как с пониманием замечают сами авторы, «материал, содержащийся в книге, обширен, но далек от того, чтобы быть исчерпывающим».

Возможно, пожеланием к авторам на будущее могло бы стать дальнейшее обращение к текстам особых мнений судей, подготовленных ими в связи с принятием того или иного решения, которые не только демонстрируют в ряде случаев отсутствие кажущейся в решении «монолитной солидарности» в понимании тех или иных конституционных принципов, но и становятся иногда, по выражению Антонина Скалиа, чем-то вроде «истории... правовой философии с комментариями»[13]. Поистине, этот единственный порой способ заглянуть за закрытые двери совещательной комнаты, чтобы лучше понять, все-таки, «как

думают судьи», вызывает неподдельный интерес у профессиональных исследователей и любознательных студентов! Недаром особые мнения российских судей уже начинают сегодня становиться предметом самостоятельного анализа и систематизации[14].

С учетом сказанного в совокупности можно заключить, что представленная книга, полезная самому широкому кругу читателей от студентов и ученых-компаративистов до практикующих юристов и судей, способна стать значимым вкладом в «конституционализацию всего учебного процесса», без которого, по словам Н. С. Бондаря, «невозможна подготовка современного правоведа университетского (а не милицейского или иного узковедомственного) профиля»[15].

Гаджиев Гадис Абдуллаевич — судья Конституционного Суда РФ, доктор юридических наук, профессор, научный руководитель Юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Санкт-Петербург).

gadg@ksrf.ru

Блохин Павел Дмитриевич — главный консультант аппарата судьи Конституционного Суда РФ, преподаватель Юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Санкт-Петербург).

dartpaulus@mail.ru

---

[1] Стоит также упомянуть книгу, которая охватывает, впрочем, лишь проблематику основных прав: Конституционные права в России: дела и решения : учеб. пособие / отв. ред. А. Шайо. М. : Институт права и публичной политики, 2002.

[2] *Гаджиев Г. А.* Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности) : монография. М. : Норма; ИНФРА-М, 2013.

[3] *Арановский К. В.*, *Князев С. Д.* Курс конституционного права: Следуя университетской традиции... : [рецензия] // Журнал российского права. 2015. № 2. С. 158—161.

[4] Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906—1908. New York : G. P. Putnam's Sons, 1908. P. 139.

[5] Стенограмма круглого стола «Прямое действие Конституции: 20 лет российского опыта», 20—21 сентября 2013 года, Санкт-Петербург.

[6] См.: *Гаджиев Г. А.* Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности).

[7] *Гаджиев Г. А.* Социологизация, морализация и экономизация конституционного правосудия в XXI веке // Материалы Международной конференции, посвященной 15-летию Конституционного Суда Азербайджанской Республики, на тему «Конституционное правосудие в XXI веке: особенности и пути развития», 12 июля 2013 года, Баку.

[8] Несомненного внимания заслуживает и работа одного из авторов коллективного учебного пособия: *Шустров Д. Г.* Принцип пропорциональности в конституционном праве Израиля. М. : URSS ; Ленанд, 2015.

[9] *Евсеев А. П.* Рецензия на книгу: Блохин П. Д., Кряжкова О. Н. Как защитить свои права в Конституционном Суде: Практическое руководство по обращению с жалобой в Конституционный Суд России. М., 2014. 208 с. // Российский судья. 2014. № 10. С. 45.

[10] См.: *Люхтерхандт О.* Человеческое достоинство как основная ценность Конституции Германии и его значение для конституционной практики // Альманах. Ереван: Центр конституционного права Республики Армения, 2008.

[11] См.: *Бондарь Н. С.* Реформированию юридического образования — конституционные ориентиры // Lex Russica. 2013. № 11. С. 1248—1250.

[12] Незамеченными остаются и немногочисленные работы, посвященные этим изменениям. См., например: *Евсеев А. П.* Верховный Суд Соединенного Королевства: становление : монография. Харьков : Юрайт, 2014.

[13] *Скалиа А.* Выступление, представленное на заседании Исторического общества Верховного суда США 13 июня 1994 года.

[14] См.: *Дегтярев К.* Краткий обзор особых мнений судьи Европейского Суда по правам человека Анатолия Ивановича Ковлера // Международное правосудие. 2013. № 1 (5). С. 54—65.

[15] *Бондарь Н. С.* Конституционная модель современного юриста: Соответствует ли ей нынешняя система юридического образования? // Человек и закон. 2010. № 1. С. 18—27.

Менять или не менять – вот в чем вопрос: новый взгляд на будущее Конституции США

Алим Ульбашев

Stevens J. P. Six Amendments: How and Why We Should Change the Constitution. New York ; Boston ; London : Little, Brown and Company, 2014

В статье представлена рецензия на книгу судьи Верховного суда США в отставке Дж. П. Стивенса, посвященную вопросам реформирования Конституции США. Автором статьи излагается суть поправок к Конституции, предлагаемых судьей Стивенсом, а также проводится их комплексный анализ с учетом сложившейся политической культуры и конституционной истории США. В заключение делается вывод о перспективах развития американской Конституции.

Конституция США 1787 года; стабильность Конституции; феномен «живой Конституции»; проекты поправок к Конституции

Светлой памяти профессора
Теодора Айзенберга
посвящаю[1]

1. О Конституции США глазами судьи

В 2014 году вышла в свет книга судьи Верховного суда США в отставке Дж. П. Стивенса «Шесть поправок: как и почему мы должны поменять Конституцию».

Повышенный интерес не только представителей судейского корпуса, но и простых американцев к публикации был обеспечен уже тем, что ее автор — человек, долгие годы бывший знаковой фигурой в американском правосудии. Он стал третьим судьей в истории Верховного суда США по длительности исполнения своих обязанностей. При этом Стивенсу, которого назначил судьей Президент-республиканец Дж. Р. Форд и который придерживался в основном консервативных взглядов, по многим вопросам (включая права сексуальных меньшинств, разрешение абортов и т. п.) удавалось рассматривать дела и с учетом либеральных позиций. Этот факт не может не убедить читателей книги в подлинной беспристрастности и объективности автора.

Состоящая из введения, шести глав и специальных приложений книга написана удивительно легким, ясным и четким слогом. Порой кажется, что судья Стивенс намеренно избегает использования юридической терминологии, обращаясь не только к профессиональному сообществу служителей Фемиды, но и ко всей американской нации, которой в будущем предстоит развивать национальное конституционное законодательство. При этом каждая глава посвящена отдельной поправке из тех, которыми предлагается усовершенствовать Конституцию США.

Принципиально важно то, что судья Стивенс прямо или косвенно затрагивает проблему стабильности Конституции, являющуюся, наверное, одной из самых непростых проблем в американской конституционно-правовой доктрине.

2. О сущности конституции: проблемы стабильности и эффективности

Конституция США 1787 года является уникальным памятником правового развития. Например, американские конституционалисты М. Шапиро и Д. Хоббс утверждают, что американская «Конституция стоит в ряду наиболее противоречивых, смутных и неполных законов»[2]. Однако приведенные характеристики позволяют В. И. Лафитскому заключить, что «именно эти недостатки обернулись ее долголетием и удивительной пластичностью ее норм»[3]. Л. Фридмэн, автор уже легендарного курса «Введение в американское право», сравнивая лаконичную и в то же время пространную Конституцию США с «раздутой», предельно детализированной Конституцией Луизианы 1898 года, состоявшей из 326(!) статей, приходит к выводу: «Конституции наподобие Конституции Луизианы 1898 года представляют на самом деле своего рода суперстатуты. Нет ничего удивительного в том, что эти конституции постоянно "ремонтируются" и заменяются. Такие детализированные конституции ужасно хрупки. Федеральная Конституция, широкая и гибкая, гнется под ветром и не ломается»[4].

Вопрос о стабильности конституции обсуждается и в отечественной литературе. Например, С. А. Авакьян утверждает, что, «если день ото дня будет очевидно несоответствие основного закона жизни, конституция превратится в суперконсервативный документ. Общественное развитие будет задерживаться ею или пойдет вперед, не обращая внимание на конституцию. Приобретая в данном случае как бы "антиконституционный" характер, оно неизбежно поставит вопрос о соответствии конституции потребностям общества. И каким бы усложненным ни был порядок ее изменения, это произойдет. Не надо забывать и о том, что усложненный порядок изменения конституции не исключает разработки новой конституции, принятием которой попросту "опрокидывается" данный основной закон»[5].

Признаться, раньше мы также придерживались данной — несколько крайней и страдающей излишней простотой — позиции. Однако опыт, в первую очередь, США, показал, что такая точка зрения не может быть универсальной: конституционное право в целом и конституция в частности могут развиваться эволюционно, без каких-либо «опрокидываний» и задержек общественного развития. Для этого изначально конституция не должна быть написана в целях удовлетворения сиюминутных интересов конкретных политических акторов, в ней должен быть заложен некий люфт, определенное пространство для гибкого толкования в будущем. Перефразируя известное изречение А. Линкольна, можно сказать, что конституция людей должна быть написана *людьми* и *для людей*. Но в случае, когда слово «*люди*» заменяется словом «*политика*», сама конституция становится недолговечной: жизнь Основного закона ограничена сроком политической активности конкретных людей. При этом, конечно, конституция сама по себе может и должна оставаться стабильной. Так, поправки, вносимые в Конституцию США начиная еще с Билля о правах (1791), по своей сути, не ломают уже сложившуюся конституционно-правовую модель, а лишь дополняют и развивают ее. По большому счету, история американской Конституции напоминает приготовление пирога: новый слой равномерно наносится на предыдущий. К сожалению, у многих других стран опыт иной: нанесению нового слоя предшествует полное уничтожение предыдущего, его полное выкорчевывание, в результате чего конституционное право непрерывно находится в зоне повышенной турбулентности, теряет свою преемственность.

Здесь вспоминается наша беседа с Т. Айзенбергом, профессором Корнелльского университета (США), о стабильности конституции. На наш «упрек», не лишенный юношеского максимализма, о том, что в современной американской конституционно-правовой практике сложился определенный дуализм — фактическая конституция не соответствует формальной, юридической (во многом благодаря феномену «*alive Constitution*», то есть «живой Конституции»[6]), профессор Айзенберг со свойственной ему прямолинейностью ответил: «Зато наша Конституция работает».

Безусловно, конституция должна быть «работающей», не только развивающей правопорядок, но и саморазвивающейся. Но каковы пределы такого саморазвития? Насколько далеко она может уходить от той модели, которая заложена и запрограммирована в ней ее авторами? С ответа на эти вопросы и начинает судья Стивенс.

3. О «детских болезнях» Конституции

Судья Стивенс напоминает, что Конституция США была принята в совершенно экстраординарных исторических условиях, когда решался вопрос о будущем американского государства, его единстве и целостности. Именно поэтому Конституция стала своего рода компромиссом между большими и малыми штатами, между Севером и Югом, между рабовладельцами и, по большей мере, свободными штатами. Но как можно сравнивать Америку трехсотлетней давности, стоявшую перед угрозой окончательного краха и упадка, с современными Соединенными Штатами Америки, занимающими одну из ведущих позиций на мировой арене? Не скрывая провокационного характера своей работы и даже настаивая на этом (уже потому, что он бросает вызов сложившейся практике Верховного суда), судья Стивенс не сомневается в том, что его предложения обоснованы, и со временем все более очевидной станет их польза, в силу чего они найдут реализацию в тексте Конституции. «Цель настоящей книги — ускорить данный процесс и позволить избежать в будущем различного рода кризисов», — заключает автор[7].

В целом готовность судьи Стивенса кроить и перекраивать американскую Конституцию не характерна для заатлантической юриспруденции (в первую очередь, для представителей судейского сообщества, которому в принципе свойственна некоторая консервативность). Напротив, отношение к Конституции как к «священной корове» — важнейшая черта развития правовой доктрины и законодательства в США. Каждая поправка — результат кропотливого поиска компромисса, нахождения баланса интересов штатов и Союза. Поправка принимается лишь тогда, когда американской нации становится ясно, что другого выхода в сложившейся ситуации быть не может. Все это придает весьма дискуссионный характер анализируемой работе Стивенса и в какой-то мере сближает ее по своему духу с европейскими конституционалистами (в том числе российскими)[8].

Тем не менее нам не удалось найти в публикациях и воспоминаниях отцов-основателей каких-либо указаний на то, что Конституция должна быть «вечной» и «монументальной». Вообще вопросам поправок и изменения Конституции по сравнению с другими институтами внимания практически не уделялось[9].

Судья Стивенс цитирует преамбулу Конституции США, в которой указывается, что причиной принятия Основного закона страны явилось то, что американский народ (а не отдельные его штаты) желал «образовать более совершенный Союз, установить правосудие, гарантировать внутреннее спокойствие, обеспечить совместную оборону, содействовать всеобщему благополучию и утвердить торжество свободы для себя и своих потомков».

Для того времени, когда отцы-основатели работали над текстом Конституции в рамках Филадельфийского конвента, она была революционной, поскольку содержала положения, не имевшие аналогов ни в одном существовавшем тогда правопорядке (включая европейские).

Безусловно, есть конституционные ценности, которые можно рассматривать в качестве правовой константы, в силу чего они не требуют ревизии. Так, Конституция США пронизана и «одухотворена» уже упоминавшимся принципом, сформулированным еще А. Линкольном, согласно которому «правительство людей создается людьми для людей». Эта важнейшая гуманистическая идея имеет непреходящий характер и не подвластна времени. Однако, по мнению судьи Стивенса, некоторые, на первый взгляд, «технические» вопросы, разрешенные при принятии Конституции определенным образом (и даже несколько наспех), сегодня уже мало соответствуют политико-правовым реалиям.

4. О «способах лечения» Конституции

Так, в первой главе своей работы (*The «Anti-Commandeering» Rule*) в качестве примера судья Стивенс приводит практику применения Верховным судом положений статьи VI Конституции США, устанавливающих верховенство федерального законодательства (так называемая *Supremacy Clause*). Как известно, эта статья формализует приоритет федерального законодательства перед правом штатов: «Судьи в каждом штате должны следовать ему [федеральному законодательству. — *А. У.*], что́ бы ему ни противоречило в конституции или законах штатов». Буквальное толкование данной нормы было предло-

жено в решении по делу *Printz v. United States* (1997)[10]: высшая судебная инстанция тогда сочла, что правила статьи VI применяются лишь в отношении судей. Иными словами, лишь судьи штатов обязаны исполнять нормы федерального законодательства, в то время как административные органы штатов (составляющие ветвь исполнительной власти), а также легислатуры освобождены от этой обязанности. Судья Стивенс полагает, что такой подход Верховного суда США является в корне ошибочным, поскольку «порождает серьезные риски» в осуществлении федеральной политики (в том числе в борьбе с терроризмом и в выполнении иных общенациональных задач). Анализируя позицию большинства судей по делу *Printz v. United States*, автор заключает, что она «лишена логики» и соответствуют духу не Конституции США, а скорее Статей Конфедерации, даровавших штатам практически неограниченные полномочия, в силу чего, как известно, было лимитировано и, по существу, сведено к профанации фактическое единство страны[11]. Заслуживает поддержки мнение автора книги о том, что реализация многих программных задач федерального правительства (в сферах энергетики, окружающей среды, образования и т. д.) требует не только координации деятельности органов власти как на федеральном уровне, так и на уровне штатов, но и беспрекословного подчинения нижестоящих органов вышестоящим. Гармонизация их деятельности является условием полноценного достижения национальных задач.

Необходимо отметить, что решение по делу *Printz v. United States* было принято при участии самого судьи Стивенса. Тогда он оказался в меньшинстве, отстаивая расширительное толкование статьи VI Конституции США. Оппонируя Стивенсу, судья Брейер указывал, что безусловное обязывание административных органов штатов исполнять предписания и нормы федерального законодательства означало бы, что штаты, лучше знакомые со своими проблемами, нежели федеральное руководство, были бы лишены возможности осуществлять наиболее правильную и необходимую для них политику. Судья Брейер тогда сослался на опыт Европейского Союза, Швейцарии и Германии, сочтя, что опыт этих стран по предоставлению широких полномочий «местам» (государствам, кантонам и землям соответственно) заслуживает поддержки.

С позиций сегодняшнего дня судья Стивенс признает, что логика Верховного суда США в отношении статьи VI, изложенная в деле *Printz v. United States,* была выработана до трагических событий 11 сентября 2001 года, когда государство не осознавало в полной мере необходимости в слаженной и согласованной работе государственного аппарата. Именно поэтому, по его мнению, часть вторая данной статьи должна быть дополнена всего лишь пятью словами: «*и другие государственные должностные лица*» должны следовать Конституции и законам США, что бы в конституции и в законах отдельных штатов не противоречило им[12]. Мы полагаем, что реализация указанной инициативы автора укрепит основы американского федерализма, однако, судя по предшествующему опыту конституционной истории США, эта реализация весьма проблематична, так как текст Конституции США никогда не корректировался, а лишь дополнялся поправками.

Вторая глава книги («*Political Gerrymandering*») посвящена не менее дискуссионной проблеме, имеющей не столько юридическое, сколько политическое значение. Это конституционное регулирование избирательной геометрии, часто именуемой как джеррименде-ринг. Стивенс критикует своих коллег по «судейскому цеху» за их «толерантное» отношение к джеррименде-рингу, их нежелание решать реально существующие проблемы, о которых так «трубят» СМИ. Больше всего досталось суперконсервативному судье Верховного суда США А. Скалии, судебные решения которого Стивенс назвал «несовместимыми с принципами демократии»[13]. Как известно, джеррименде-ринг представляет собой произвольную демаркацию избирательных участков, имеющую своей главной задачей искусственное изменение соотношения политических сил в этих участках. На конкретных исторических примерах судья Стивенс показывает, что в разное время джеррименде-ринг служил средством нарушения избирательных прав темнокожего населения США и недопущения участия их представителей в работе законодательных органов страны. Сегодня джеррименде-ринг стал инструментом в борьбе между демократами и республиканцами. В связи с этим судья Стивенс

предлагает различные выходы из сложившейся ситуации (включая пересмотр весьма неоднозначной судебной практики), в том числе *прямое закрепление в Конституции США правила об обязательности формирования избирательных округов на основе принципов разумности и, кроме того, обязательности включения в состав таких округов лишь смежных участков. Любое отступление от такого жесткого правила (в силу демографических, естественных, исторических и иных причин), продолжает судья Стивенс, должно быть легализовано на уровне штата. При этом изменение параметров округов в исключительно политических целях судья Стивенс предлагает признавать неконституционным*[14]. Сложно сказать, насколько эта инициатива реализуема. Судьи и политики, конечно, понимают рациональность и разумность доводов Стивенса, но им также известно, какие колоссальные политические дивиденды стоят на кону. Так что мало кто осмелится выступить с подобным предложением: такой «храбрец» тем самым либо совершит политическое самоубийство, либо войдет в историю конституционного права США.

Третья глава («*Campaign Finance*») посвящена не менее щекотливой для американского политического истеблишмента теме — конституционности финансирования избирательных кампаний. Если учитывать, что в США избирается огромное количество должностных лиц (в том числе определенные категории судей), начиная от самого низового (муниципального) уровня и заканчивая федеральным (включая должность главы государства) уровнем, то судья Стивенс взял на себя определенный риск подвергнуться жесточайшей критике за свои революционные предложения. Вообще в США отношение и политиков, и обывателей к финансированию избирательных кампаний весьма неоднозначно. Взять хотя бы Президента Т. Рузвельта, который призывал всячески ограничивать возможность участия крупных корпораций в финансировании избирательных кампаний. Конечно, в последующем такое мнение было существенно скорректировано, поскольку сами политики и кандидаты в президенты, а также судьи, конгрессмены бывают весьма заинтересованы в пополнении бюджетов своих избирательных кампаний за счет транснациональных корпораций и бизнес-гигантов. Тем не менее нельзя забывать и об интересах гражданского общества и демократии: зная сегодня, кто оплачивает агитацию и продвижение того или иного кандидата, мы можем предвидеть, какую политику завтра он будет вести как выбранное лицо, сидя в судейском кресле или даже в Овальном кабинете.

В этом контексте Стивенс достаточно подробно изучает дело *Buckley v. Valeo* (1976)[15], рассмотренное Верховным судом США. Решение по нему, написанное на 294 страницах, на десятилетия вперед предопределило саму логику судей и их отношение к вопросам финансирования избирательных кампаний. Следует отметить, что апелляционный окружной суд в решении по этому же делу сначала пришел к выводу, что различного рода ограничения в возможности финансировать избирательные кампании, не могут рассматриваться как нормы, нарушающие поправку I к Конституции США. Однако в последующем Верховный суд США поправил своих коллег из нижестоящего суда и направил дело на новое рассмотрение. В Верховном суде США тогда сочли, что финансирование корпорацией избирательной кампании того или иного кандидата является реализацией свободы слова, гарантированной поправкой I к Конституции США. Хотя при этом Верховный суд США не стал отрицать, что финансирование избирательной кампании является благодатной почвой для коррупции и давления на кандидата. Такая двойственность позиции Верховного суда США стала причиной того, что судебная практика штатов, последовавшая вслед за прецедентным решением по делу *Buckley v. Valeo*, стала исходить, со ссылкой на поправку I к Конституции США, из недопустимости ограничения финансирования кандидатов на выборные должности.

Однако судья Стивенс полагает, что все же на конституционном уровне нужно ограничивать не сторонников кандидатов и лоббистов в возможности финансировать предвыборные кампании, а самих кандидатов на выборные должности в их возможности тратить определенные суммы на свою агитацию. Иными словами, на законодательном уровне должны быть определены максимальные суммы, которые могут быть потрачены кандидатами в ходе предвыборных гонок.

Такая логика судьи Стивенса вызывает некоторые сомнения ввиду ее непоследовательности: с одной стороны, Стивенс критикует корпорации как основных лоббистов и промоутеров определенных кандидатов; с другой стороны, он предлагает ограничивать кандидатов (а не спонсоров) в возможности тратить слишком большие суммы на свои кампании. Да, судья Стивенс апеллирует к тому факту, что не все кандидаты имеют равные возможности в привлечении больших денежных средств в ходе предвыборных кампаний, в силу чего они не обладают равными возможностями для ведения агитации. Но насколько это соответствует традиционному американскому представлению о том, что побеждает сильнейший, как убедительно — пусть художественным и образным языком — показано в романе А. Рэнд «Атлант расправил плечи»? Видится, что данная инициатива судьи Стивенса имеет слабые перспективы, ее «уравнительный характер» весьма далек от американских ценностей.

Более того, такая поправка, предложенная судьей Стивенсом, не снимает проблему зависимости кандидатов от их спонсоров. Представим такую ситуацию: по закону штата *X* кандидат на пост губернатора может потратить не более 1 миллион долларов на свою кампанию, а из этого миллиона 900 тысяч долларов внесены крупнейшей сетью фастфудов *Y* и 100 тысяч — иными лицами (рядовыми американцами, мелкими служащими и т. п.). Возникает вопрос, насколько инициатива судьи Стивенса сможет минимизировать зависимость будущего губернатора от председателя совета директоров *Y*? Ответ очевидный.

Тем не менее, резюмируя сказанное, судья Стивенс предлагает проект будущей поправки к Конституции: «*Ни поправка I, ни какое-либо иное положение настоящей Конституции не могут толковаться как норма, ограничивающая полномочия Конгресса или штатов в установлении обоснованных ограничений тех сумм, которые кандидаты или их сторонники могут тратить на проведение избирательных кампаний*»[16].

Нам представляется, что судья Стивенс в этом вопросе хотел бы, скорее всего, поменять судебную практику, а не саму Конституцию США. Можно задаться вопросом: стоит ли «латать» Конституцию или все же задуматься над совершенствованием судебной практики?

Попытка найти ответ на поставленный вопрос приводит автора, а вслед за ним и читателя к главе четвертой («*Sovereign Immunity*»). По всей видимости, это самый «исторический» раздел книги. Судья Стивенс обращается к истокам американской государственности и демократии, к основанию объединенного союза тринадцати колоний. Известно, что представители бывших английских колоний, создавая новое государство, преследовали несколько целей. Во-первых, они хотели создать государство качественно нового типа, отличное от монархии, не имеющее какого-либо сходства с Британской империей. Во-вторых, бывшие колонии, штаты хотели сохранить достаточно широкую автономию. Но было очевидно и то, что модель отношений между штатами, заложенная в Статьях Конфедерации (1781)[17], нежизнеспособна: тот документ в большей мере разъединял штаты, нежели объединял. Очевидность и непоправимость ошибок, допущенных при подготовке Статей Конфедерации, побудила отцов-основателей собраться в Филадельфийском конвенте в целях ревизии Статей и усиления значения и функционала Союза (федерального уровня)[18].

Практика Верховного суда США на протяжении практически всего времени существования североамериканской федерации развивалась в направлении обеспечения подлинной независимости штатов, их автономии от федерального правительства. Здесь судья Стивенс излагает аргументы, близкие к приводимым им в первой главе своей книги. Он выступает за сильную федерацию, за выстраивание, как говорят в России, «вертикали власти». В первую очередь, судья Стивенс отстаивает идею необходимости привлечения к ответственности представителей администрации штатов за нарушение федерального законодательства. Иными словами, он предлагает отменять иммунитет штатов за нарушение ими норм федерального права. Свой тезис судья Стивенс подкрепляет примером: факт, что больница находится в ведении штатов, не должен освобождать такую больницу от обязанности соблюдать требования федеральных законов, в то время как аналогичная больница, находящаяся в ведении муниципа-

литета, будет отвечать по всей строгости федерального законодательства[19].

Глава заканчивается традиционно: судья Стивенс предлагает свой проект поправки: «*Ни поправки X и XI, ни какое-либо иное положение Конституции США не должны толковаться как норма, предоставляющая иммунитет штату, органу штата или служащему штата от несения ответственности за нарушение актов Конгресса или положений настоящей Конституции*»[20].

На этом заканчивается блок поправок, касающихся государственного строительства и укрепления федеративных начал. В целом можно сказать, что именно в этой части судья Стивенс проявляет себя как убежденный консерватор, республиканец, который с возрастом лишь укрепился в своих консервативных, федералистских убеждениях. Однако уже в пятой и шестой главах читателя ждут большие «потрясения» — судья Стивенс из умеренного республиканца перевоплощается в демократа-гуманиста, в поборника прав человека, что лишний раз подтверждает то, что автор — крупнейший интеллектуал в современной юридической доктрине США, это величина, атлант судейской и правовой мысли. Судья Стивенс парит над политикой, его нельзя уложить в достаточно примитивную парадигму «республиканец — демократ», он сложный и многогранный.

Видимо, самый «скучный» раздел книги — глава пятая («*Death Penalty*»). «Скучный» лишь потому, что тема, затрагиваемая судьей Стивенсом, уже становилась как в самой Америке, так и далеко за ее пределами предметом ожесточенных дискуссий, да и все основные аргументы «за» и «против» уже высказывались неоднократно. Речь идет о практике применения такого вида уголовного наказания, как смертная казнь. Однако здесь судья Стивенс эмоционально выступает как последовательный гуманист. Вспоминая свой собственный судейский опыт, обращаясь к смертным приговорам, выносившимся в Америке в разные исторические периоды, автор убеждает читателя в том, что принцип «око за око» не самым лучшим образом соответствует демократическим принципам. Судья Стивенс вспоминает далекий 1982 год, когда он заседал в Верховном суде по делу, в котором рассматривался вопрос, связанный со смертной казнью. Один из участников процесса встал перед публикой и стал снимать с себя одежду. Нарушителя судебного порядка сразу же вывели из зала суда, но на судей и на все американское общество этот жест произвел колоссальное впечатление: человек, переступая дворец правосудия, не должен чувствовать бессилие и беспомощность. Суд не может лишать человека его главной надежды на справедливость и законность. Руководствуясь этими соображениями, *судья Стивенс предлагает запретить на уровне конституционной поправки смертную казнь, дополнив тем самым поправку VIII к Конституции США*[21].

Шестая и последняя по очередности, но не по своему значению глава посвящена переосмыслению поправки II (*The Second Amendment (Gun Control)*). Судья Стивенс обращается к историческим условиям принятия Билля о правах. Он напоминает, что данный акт был принят в период разграничения полномочий Союза и штатов в целях защиты суверенитета последних. Как известно, поправка II гласит: «Поскольку для безопасности свободного штата необходима хорошо организованная милиция, то право народа — иметь и носить оружие — не может быть нарушено». По словам судьи Стивенса, на протяжении двух столетий после принятия данной нормы федеральные судьи следовали ее ограничительному толкованию. Так, по делу *United States v. Miller* (1939)[22] Верховный суд постановил, что нахождение обрезов во владении у граждан не предусматривается поправкой II, поскольку не направлено на обеспечение деятельности «хорошо организованной милиции». Ограничительное толкование поддерживалось в период с 1969 по 1986 год также и благодаря личной позиции председателя Верховного суда У. Бургера.

Перелом в судебной практике начался в 2008 году, когда Верховный суд США с перевесом в один голос по делу *District of Columbia v. Heller*[23] пришел к выводу, что право гражданских лиц владеть оружием гарантируется поправкой II в целях самообороны и охраны собственного жилища. Однако, как настоятельно подчеркивает судья Стивенс, по данному делу не было учтено то, что поправка II упоминает о «хорошо организованной милиции», а не о простых гражданах (гражданском населении). Когда принималась по-

правка II, была высока угроза вмешательства Союза (в том числе военного) в дела штатов. Указанное конституционное положение предполагало право штатов обороняться против агрессивных действий федеральных властей, что обеспечивалось правом использовать оружие. Однако отцы-основатели и подумать не могли, считает судья Стивенс, что их инициатива «дарует» любому и каждому американцу право владеть оружием. Стивенс напоминает, что в США ежегодно умирает около 30 тысяч человек от огнестрельных ранений — таковы кровавые дары поправки II. Ввиду сказанного судья Стивенс предлагает уточнить поправку II словами: «*не может быть ограничено право лиц, служащих в милиции, иметь и носить оружие*»[24].

Таковы предложения судьи Стивенса, искреннего патриота США, всю свою жизнь служившего народу, Америке и ее Конституции.

5. О наших собственных выводах

Думается, что книга Дж. П. Стивенса «Шесть поправок: как и почему мы должны поменять Конституцию» вызовет большой интерес у российских конституционалистов, юристов и простых граждан, интересующихся историей и современными тенденциями развития западной правовой мысли. Книга ценна уже тем, что в ней обобщен и систематизирован колоссальный опыт толкования норм Конституции США Верховным судом, выстроены траектории развития американского конституционного правосудия. Более того, автором выдвинуты конкретные предложения по совершенствованию Основного закона США.

В России, где нередко встают вопросы о «латании» Конституции, особенно важно учитывать и зарубежный опыт в целях выяснения того, когда реформирование конституционного законодательства действительно нужно, а когда оно носит популистский характер или направлено на удовлетворение личных политических амбиций отдельных лидеров.

Никто не возьмется утверждать, что в истории США не бывало бездумных, глупых и даже забавных инициатив по изменению Конституции, среди которых предложения по ликвидации Сената США (1876), переименованию страны в Соединенные Штаты Земли (1893), роспуску армии и флота (1893), признанию незаконными межрасовых браков (1912) и разводов (1914), установлению запрета для граждан владеть собственностью, стоимость которой превышает 1 миллион долларов (1933), предоставлению гражданам права на самосегрегацию от окружающих (1948) и др.[25] Однако благоразумие и осторожность американцев берегли страну от опрометчивых поступков и позволяли сберечь конституционное наследие отцов-основателей.

Главная заслуга судьи Стивенса в том, что он ставит перед американцами простые вопросы. В какой момент нация подходит к той черте, когда уже не менять Конституцию нельзя? Где проходит условная «линия аллигатора»? Судья Стивенс дает свои ответы на эти вопросы. Каков будет ответ американской нации — покажет время.

Ульбашев Алим Хусейнович — аспирант кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова.

alim-ulbashev@mail.ru

---

[1] Теодор Айзенберг (1947—2014) — профессор Корнелльского университета, приглашенный профессор в Гарварде и Стэнфорде, в университетах Тель-Авива и Хайфы, автор более 125 статей и около 20 книг. См.: URL: http://www.news.cornell.edu/stories/2014/02/law-professor-ted-eisenberg-dies-66 (дата обращения: 05.04.2015). Сферу научных интересов профессора Айзенберга составляли общие вопросы конституционного права, проблемы осуществления гражданских прав, теоретические и практические аспекты банкротства. На протяжении длительного времени он занимался вопросами конституционного ограничения смертной казни в США. По словам его коллег, профессор Айзенберг был признанным специалистом в указанных областях права и пользовался безусловным авторитетом в научной среде. Он всегда опирался на инновационные методы в научной и учебной деятельности, формируя у студентов, в первую очередь, практико-ориентированное мышление.

[2] *Shapiro M. M.*, *Hobbs D. S.* American Constitutional Law: Cases and Analyses. Cambridge, MA :

Winthrop Publishers, 1978. P. 13. Цит. по: *Лафитский В.* Конституционный строй США. М. : Статут, 2011. С. 110.

[3] Там же.

[4] *Фридмэн Л.* Введение в американское право. М. : Прогресс-Универс, 1992. С. 154.

[5] *Авакьян С.А.* Конституция России: природа, эволюция, современность. М. : РЮИД «Сашко», 2000. С. 30.

[6] См. подробнее: *Straus D.A.* The Living Constitution. Oxford; New York : Oxford University Press, 2010.

[7] *Stevens J.P.* Six Amendments: How and Why We Should Change the Constitution. New York; London; Boston : Little, Brown and Company, 2014. P. 3–13.

[8] Наиболее радикально готовность «обновлять» конституцию выражал В.И.Ленин, которому приписывают слова о том, что Советская власть при необходимости перепишет Основной закон своего государства в течение 24 часов. См., например: *Ленин В.И.* Полное собрание сочинений: в 55 т. М., 1969. Т. 37. С. 21, 282–338.

[9] См., например: *Hamilton A.*, *Madison J.*, *John J.* The Federalist Papers. New York : Bantam Classic, 2010. P. 233–234, 268–269, 535–537.

[10] См.: United States Supreme Court. Printz v. United States, 521 U.S. 898 (1997). (No. 95-1478). Judgment of 27 June 1997 // The U.S. Reports. 1997. Vol. 521. P. 898.

[11] См.: *Stevens J.P.* Op. cit. P. 27.

[12] См.: Ibid. P. 29–31.

[13] Ibid. P. 33.

[14] Полный текст предлагаемой поправки см.: Ibid. P. 55.

[15] United States Supreme Court. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). (No. 75-436). Judgment of 30 January 2006 // The U.S. Reports. 1976. Vol. 424. P. 1.

[16] *Stevens J.P.* Op. cit. P. 79.

[17] О ходе подготовки Статей Конфедерации, об основных положениях и недостатках этого документа см. подробнее: *Hamilton A.*, *Madison J.*, *John J.* Op. cit. P. 3–210.

[18] См.: *LaCroix A.L.* The Ideological Origins of American Federalism. Cambridge, MA ; London : Harvard University Press, 2010. P. 1–10.

[19] См.: *Stevens J.P.* Op. cit. P. 105–106.

[20] Ibid.

[21] См.: Ibid. P. 123.

[22] United States Supreme Court. United States v. Miller, 307 U.S. 174 (1939). (No. 696). Judgment of 15 May 1939 // The U.S. Reports. 1939. Vol. 307. P. 174.

[23] United States Supreme Court. District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008). (No. 07-290). Judgment of 26 June 2008 // The U.S. Reports. Vol. 554. P. 570.

[24] *Stevens J.P.* Op. cit. P. 132.

[25] См.: *Jordan T.* The U.S. Constitution and Fascinating Facts About It. Naperville, IL : Oakhill Publishing, 2011. P. 58.

CONTENTS

CONSTITUTIONAL WATCH

DECEMBER • 2014 – MARCH • 2015

Austria, Armenia, Canada, Egypt, Estonia, Germany, Italy, Israel, Russia, Slovakia, Slovenia, South Korea, Ukraine, Uzbekistan, Yemen

FOCUS: MODELS OF FISCAL FEDERALISM

Christian Waldhoff

GERMANY'S FINANCIAL ADJUSTMENT SYSTEM AND ITS REFORM.

The article analyses basic aspects of fiscal federalism in Germany: the regulation of taxation; the financial adjustment system among the states, on the one hand, and between the Federation and the states, on the other hand; and aspects of the reform of this system which, for constitutional reasons, will have to be realised by 2019. The German taxation system is special in that the power to levy taxes is mainly federal, whereas the income from these federal taxes is, on the basis of constitutional regulation, distributed between the Federation and the states – which somewhat neutralises the surplus of federal power in levying taxes. The financial adjustment system is based on the idea of federal solidarity of all members of the Federation, while the fair measure of this solidarity is a question repeatedly disputed in the Constitutional Court. Reform of the adjustment system should open the gates for more financial responsibility of the states, with the consequence of their democratic accountability before their respective state electorates.

Key words: fiscal federalism; power of taxation; distribution of taxes between Federation and states; financial adjustment system; democratic accountability in taxation.

Alexander Blankenagel

THE BURDEN OF BUDGET EXPENSES IN THE GERMAN FEDERAL STATE

The article analyses a vital aspect of fiscal federalism in Germany: the so-called «burden of spending», that is, the distribution of costs between the Federation and the states as regulated in the Constitution. The Basic Law links the burden of spending to the distribution of competencies: whichever level of the Federation is empowered with a certain competence will also have to finance the realisation of these competencies. Problems are caused by tensions with the regulation of the power of taxation (which is mainly federal) and by the fact that practically all federal laws are executed by the states in their own right (executive federalism) – including those which imply spending money. The article analyses how these problems are solved. Furthermore the article covers the vital question of the limitations of federal financing of state functions, in other words the constitutional barriers against federal purchase of state powers.

Key words: burden of spending; powers of taxation; costs of execution of federal laws; safeguards against federal financing of state functions.

Natalia Sheveleva

BUDGET SYSTEM IN RUSSIA: FISCAL EQUALIZATION AS A WAY OF HARMONIZING INTER-BUDGETARY RELATIONS (2000–2015)

The article focuses on the problems of fiscal federalism in Russia and its current system of allocating budget revenue sources and expenditure obligations among the Federation, federal subjects, and municipalities. The author analyzes the issue of additional expenditure obligations which federal subjects, municipal districts, urban districts and settlements are required to undertake and implement. The paper gives examples of court decisions ambiguously interpreting the power of federal subjects regarding these additional expenditure commitments. The author assesses the Russian model of fiscal equalization and its changes in the period 2000–2015.

Key words: fiscal revenue sources; expenditure powers; expenditure obligations; federal subjects' own budget revenues; additional expenditure obligations; interbudgetary transfers; budget alignment.

THE WORLD OF PROPORTIONALITY

Alexandra Troitskaya

LIMITS OF RIGHTS AND ABSOLUTE RIGHTS: ARE THEY BEYOND PROPORTIONALITY?

THEORETICAL QUESTIONS AND THE RUSSIAN CONSTITUTIONAL COURT'S JURISPRUDENCE

Contemporary constitutions contain not only impressive lists of rights but also possibilities for their restriction. In this situation we must discuss and resolve not the restrictions as such, but their boundaries, which protect rights from complete dilution. Many bodies of constitutional review use the principle of proportionality as a substantive requirement for lawful restrictions. In this paper the meaning and frameworks of proportionality are investigated in light of constitutional limits of rights which are characteristics of elements beyond the scope of constitutional right, and in view of the logic of identifying absolute rights whose realization cannot depend on the results of balancing with other constitutional values. Particular attention is paid to the foundations of limits of rights and the foundations of absolute rights and to the question whether their identification is completely without reference to the principle of proportionality.

Key words: principle of proportionality; limits and restrictions of rights; absolute rights; Constitutional Court of the Russian Federation.

Dmitry Shustrov

LIMITATION CLAUSE AND PROPORTIONALITY TEST IN THE PRACTICE OF THE SUPREME COURT OF ISRAEL

The article analyzes the limitation clause and proportionality test in Israeli constitutional law. On the basis of decisions of the Supreme Court of Israel and the major theoretical approaches to the problem, the author analyzes mechanisms of limitations of human rights, stages of constitutional judicial review of limitations on human rights, burden of proof, difference between the scope and the limitation of human rights, issue of derivative rights, of absolute rights and of limitations de minimis, content of the limitation clause and its four elements, values of the State of Israel, proper purpose, proportionality test and its three components (the subtests of suitability and reasonable connection between means and ends, of necessity and least drastic means, and of proportionality stricto sensu and balancing), and limitations on the limitation clause, including the validity of laws clause and the notwithstanding clause.

Key words: scope and limitation of rights; proportionality; principle of proportionality; proportionality test; weighing; balance; reasonableness; Basic Laws of Israel.

REDESIGN OF THE JUDICIAL SYSTEM: UKRAINE

Oleksandr Yevsieiev

JUDICIAL POWER IN UKRAINE: BETWEEN LAW AND POLITICS

The article describes the main stages of the judicial reforms going on in Ukraine since 2010. It distinguishes the features that allow Ukraine to be designated as a country with transitional justice. The specific initiatives aimed at improving the administration of justice which were implemented after the victory of the Euromaidan are analyzed. It notes the growth of crisis tendencies in the sphere of the judiciary in Ukraine.

Key words: transitional justice; «political justice»; judicial system of Ukraine; legal reform; Euromaidan; International Criminal Court; Constitutional Court of Ukraine; truth commissions.

LAW & RELIGION

Anastasia Shashkova

EVOLUTION OF THE LEGAL STATUS OF RELIGIOUS ORGANIZATIONS IN PORTUGAL FROM THE NINETEENTH TO THE EARLY TWENTY-FIRST CENTURY

The article reviews features of the constitutional and legal status of religious organizations in Portugal at the present time and in historical prospect. The author explores major provisions of current Portuguese legislation in this area, as well as basic problems of its legal regulation. In addition, emphasis is placed on the peculiarities of the legal status of the Catholic Church in the Portugal.

Key words: freedom of conscience; right to religious belief; religious organization; concordat; Catholic Church; Portugal.

HISTORICAL PERSPECTIVE

Andrey Medushevsky

THE CONSTITUTION OF 1924: HOW AND WHERE WERE THE GROUNDS FOR THE USSR'S DECONSTRUCTION CREATED?

PART 2

On the basis of cognitive jurisprudence methodology the author reconstructs the main features of Soviet pseudo-federalism as represented in the Constitution of 1924. He analyzes key aspects of this original system including the theoretical grounds of the integration project, the legal structure and institutional dynamic of bicameralism, conflicting constitutional strategies, the construction of legislative, executive and judicial branches of power in terms of their creation, the role in the USSR's collapse, as well as their impact on post-Soviet constitutional development. One of the important conclusions of this article is that rethinking the Soviet constitutional experiment could be very instructive in avoiding misinterpretations and errors in full-scaled federalism-building in the future.

Key words: creation and collapse of USSR; Soviet constitutionalism; federalism; bicameralism; separation of powers; constitutional amendments.

IN THE RUSSIAN CONSTITUTIONAL COURT

REVIEW OF JUDGEMENTS OF THE RUSSIAN CONSTITUTIONAL COURT

DECEMBER ● 2014 – MARCH ● 2015

BOOK REVIEW

Gadis Gadzhiev, Pavel Blokhin

JUDICIAL PERSPECTIVES ON CONSTITUTIONS

REVIEW OF: *KENENOVA I., TROITSKAYA A., SHUSTROV D.* COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW IN DOCTRINE AND JUDICIAL DECISIONS: A TUTORIAL. M. : URSS ; KRASAND, 2015

In the present review the authors positively characterize a recent scientific and practical publication: «Comparative Constitutional Law in Doctrine and Judicial Decisions: A Tutorial». The book's key features are the relevance of the material, its intention to overcome «an abstract deductive» sometimes inherent to jurisprudence, and its form and systematization of the material, which are unusual for a Russian reader. At the same time the authors of this paper express their approval of specific legal issues raised in the work (the concept of «human dignity», the role of the «principle of proportionality» as a universal forensic analytical model and others). As a result, the authors conclude that the referred work must necessarily find its place in the program of constitutional-legal disciplines cycle.

Key words: comparative constitutional law; judicial practice; casebook.

Alim Ulbashev

TO CHANGE OR NOT TO CHANGE: THAT IS THE QUESTION. A NEW LOOK AT THE FUTURE OF THE U.S. CONSTITUTION

REVIEW OF: *STEVENS J. P.* SIX AMENDMENTS: HOW AND WHY WE SHOULD CHANGE THE CONSTITUTION. NEW YORK ; BOSTON ; LONDON: LITTLE, BROWN AND COMPANY, 2014.

The article presents a review of a book by retired Associate Justice of the U.S. Supreme Court John Paul Stevens on reform of the U.S. Constitution. The author of the article describes the essence of amendments to the U.S. Constitution that are suggested by Justice Stevens, and gives them a comprehensive analysis, taking into account the established political culture and constitutional history of the United States. The author concludes by giving his thoughts on the prospects for development of the U.S. Constitution.

Key words: U.S. Constitution (1787); stability of the Constitution; the phenomenon of «the living Constitution»; draft amendments to the Constitution.