

ЖУРНАЛ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ

№ 4(52) / 2016

ТЕОРИЯ (И ПРАКТИКА) КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ
Зорькин В.Д. Конституционный Суд на переходном этапе исторического развития России 1

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

Бондарь Н.С., Чепенко Я.К. Пробелы в конституционном механизме реализации прав и свобод
(практика Конституционного Суда Российской Федерации по их преодолению) 8

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЯ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Вагин О.А. Правомерность оперативно-розыскных мероприятий и оценка действий лиц, их осуществляющих (на основе
правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека) 17

Ильин А.В. Предоставление межбюджетных субсидий и позиции Конституционного Суда Российской Федерации 24

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

Гриценко Е.В. Субъективное публичное право как объект судебной защиты 27

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Сонин В.В. Конституционный контроль в КНР: история и современное состояние 31

Шевелев С.Э. Эволюция правовых позиций Конституционного совета Франции
о действии налоговых норм во времени 35

Редакционная коллегия:

Князев Сергей Дмитриевич, судья Конституционного Суда Российской Федерации, главный редактор «Журнала конституционного правосудия», Заслуженный юрист РФ, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.
Антонов Алексей Владиславович, заместитель главного редактора «Журнала конституционного правосудия», советник Управления международных связей Конституционного Суда Российской Федерации
Автономов Алексей Станиславович, главный научный сотрудник Института государства и права РАН, д.ю.н., проф.
Арутюнян Гагик Гарушевич, Председатель Конституционного Суда Республики Армения, д.ю.н., проф.
Бондарь Николай Семенович, судья Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.
Гаджиев Гадис Абдуллаевич, судья Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Казанцев Сергей Михайлович, судья Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Кокотов Александр Николаевич, судья Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Красавчикова Лариса Октябрьевна, судья Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Кротов Михаил Валентинович, полномочный представитель Президента Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, к.ю.н.
Ливеровский Алексей Алексеевич, заведующий кафедрой конституционного права Санкт-Петербургского государственного экономического университета, д.ю.н., проф.
Маврин Сергей Петрович, заместитель Председателя Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.
Несмеянова Светлана Эдуардовна, директор Института государственного и международного права Уральской государственной юридической академии, д.ю.н., проф.
Овсепян Жанна Иосифовна, заведующая кафедрой государственного (конституционного) права Южного федерального университета, д.ю.н., проф.
Сивицкий Владимир Александрович, руководитель Секретариата Конституционного Суда Российской Федерации, профессор кафедры конституционного и административного права юридического факультета Санкт-Петербургского кампуса (филиала) Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», к.ю.н.
Стариков Юрий Николаевич, заведующий кафедрой административного и муниципального права Воронежского государственного университета, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.
Смирнов Александр Витальевич, советник Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Страшун Борис Александрович, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.
Танчев Евгений, Председатель Конституционного суда Болгарии (в отставке), член Венецианской комиссии Совета Европы от Болгарии, заведующий кафедрой конституционного права Софийского Университета имени Святого Климента Охридского, доктор права, проф.
Шевелева Наталья Александровна, заведующая кафедрой государственного и административного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, д.ю.н., проф.
Хохрякова Ольга Сергеевна, заместитель Председателя Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Цалиев Александр Михайлович, Председатель Конституционного Суда Республики Северная Осетия — Алания, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Эбзеев Борис Сафарович, судья Конституционного Суда Российской Федерации (в отставке), член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.

Конституционный Суд на переходном этапе исторического развития России*

*Зорькин Валерий Дмитриевич,
Председатель Конституционного Суда Российской Федерации,
Заслуженный юрист Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор
vzor@ksrf.ru*

В статье анализируются состояние и перспективы развития конституционного правосудия в России. Среди факторов, оказывающих заметное влияние на его отправление, особо отмечается наличие полноценной Конституции, закрепившей прочные основы (конструкции) демократического, правового и социального государства. Одновременно обращается внимание на ответственность Конституционного Суда за поддержание общественного консенсуса как фактора конституционной устойчивости и адекватную защиту политических, социально-экономических и иных прав граждан.

Ключевые слова: Конституция России, Конституционный Суд Российской Федерации, защита социально-экономических прав граждан, политические права граждан.

В рамках темы о вызовах, стоящих перед современной конституционной юстицией, и перспективах их преодоления я сосредоточусь на особенностях конституционной юстиции России как государства, находящегося на переходном этапе своего развития. Правовой барьер Россией еще не взят, а это значит, что переход к праву и демократии отнюдь не завершен. Мною выбран именно такой аспект темы прежде всего потому, что переходный характер переживаемого нашей страной исторического периода как раз и является тем главным вызовом, на который нам предстоит найти ответ, адекватный его значимости и масштабу. Решение этой задачи требует мобилизации усилий всех органов власти современной России, в том числе и Конституционного Суда РФ.

Сто лет назад Россия не смогла ответить на аналогичный по своей сути вызов Истории, и переход от самодержавия к конституционной монархии, а затем к буржуазной республике завершился исторической катастрофой в октябре 1917 г. Очень показательно, что сейчас, в преддверии столетней годовщины этих октябрьских событий, в нашей стране все еще нет единого подхода к их обозначению и оценке: одна часть общества расценивает произошедшее как Великую октябрьскую социалистическую революцию, а другая — как октябрьский переворот и захват власти большевиками. Здесь особенно ярко проявляется присущий нашему обществу идеологический раскол. Этот раскол, имеющий глубокие социальные корни, и стал в свое время причиной срыва страны в кровопролитие революции и гражданской войны. А утвердившийся в итоге этих событий советский

социализм в каком-то смысле можно рассматривать как насильственную попытку преодоления социального раскола.

Нынешний переход России от тоталитарно-авторитарной социалистической системы с присущим ей подавлением прав и свобод человека со стороны партийно-государственного аппарата — к правовому государству, в котором человек, его права и свободы являются высшей ценностью, совершается с учетом советского опыта бесправия. Осмысление этого опыта и причин, его породивших, — важное подспорье на пути нашей страны к праву. Другими значимыми факторами, облегчающими продвижение России к праву, являются наличие полноценной Конституции, закрепившей прочные государственно-правовые конструкции и гарантирующей пространство свободы в рамках этих конструкций, а также наличие Конституционного Суда как органа, способного, с одной стороны, охранять правовые начала Основного закона страны, а с другой — адаптировать положения Конституции к меняющимся социальным реалиям.

Создание в 1991 г. Конституционного Суда РСФСР стало значимой вехой на пути правового развития России. Впервые в истории страны в ее государственную систему был введен такой новый для нее орган судебной власти. Правда, у этого органа был предшественник — созданный в период перестройки (в 1989 г.) Комитет конституционного надзора СССР. Однако в силу отсутствия в СССР системы разделения властей функции указанного Комитета были существенно ограничены. В отличие

* На основе доклада на Международной конференции «Современная конституционная юстиция: вызовы и перспективы» (Санкт-Петербург: 17 мая 2016 г.).

от этого Комитета, Конституционный Суд РСФСР был наделен весьма широкими полномочиями. Что, кстати, и позволило ему принять активное и, как я считаю, конструктивное участие в урегулировании конституционного кризиса 1992–1993 гг.

В настоящее время основное направление работы Конституционного Суда РФ связано с рассмотрением жалоб на нарушение конституционных прав и свобод граждан. Ежегодно к нам поступает от 14 000 до 19 000 жалоб граждан, что свидетельствует о доверии людей к Конституционному Суду. При этом у защиты, которую может предоставить конституционная юстиция, есть два аспекта. Во-первых, это защита прав конкретного непосредственного заявителя. И во-вторых, как я считаю, еще важнее в контексте всего государственного механизма — системный аспект деятельности Конституционного Суда, который позволяет Суду предотвращать дальнейшее действие закона, нарушающего Конституцию, в отношении других граждан.

Говоря об особенностях конституционной юстиции государства, находящегося на переходном этапе своего исторического развития, нельзя не отметить, что Конституция постсоветской России была принята по следам серьезнейшего — не просто конституционного, а социально-политического — кризиса, близкого по своей напряженности к малой гражданской войне. И это, конечно же, наложило свой отпечаток на текст Конституции, в существенной степени определив как его достоинства, так и недостатки¹.

Об этом кризисе у нас не любят вспоминать. Думаю, прежде всего потому, что он обнажил тот застарелый раскол внутри российского общества, который до сих пор создает достаточно серьезные проблемы для социально-экономического и политико-правового развития страны. И преодоление которого является, на мой взгляд, одной из важнейших задач, стоящих перед российским государством.

Свой вклад в это общее дело Конституционный Суд РФ видит, прежде всего, в том, чтобы при решении любого спора о праве (имеет ли место спор между отдельным человеком, оспаривающим конституционность закона, и государством, издавшим это закон, или о спор о компетенции между органами государственной власти и т.д.) попытаться очертить правовое пространство возможного согласия и найти способ решения спора в рамках такого пространства.

Конституционный Суд нередко обвиняют в стремлении «служить и вашим и нашим». Но мы исходим из того, что все, кто обращается к нам, — это именно наши. Кроме того, практика работы Суда показывает, что у каждой из сторон спора, как правило, есть заслуживающие внимания правовые резоны и аргументы. Задача Суда — выявить и учесть их в рамках правового решения. Принципиально важным является то, что речь при этом идет не просто о согласовании позиций спорящих сторон. То есть речь

идет не о поиске политического компромисса, а о согласовании интересов в пространстве права.

Некоторые наши известные конституционалисты трактуют Конституцию как политико-правовой документ, отвечающий на политические запросы общества, а постановления Конституционного Суда — как инструмент своего рода политического реагирования на меняющиеся политические запросы.

Не могу согласиться с такой трактовкой.

Можно, конечно, сказать, что сегодня конституционные суды играют все большую роль в политике. Но только если не сводить политику к борьбе за власть, а понимать ее шире — в русле современной тенденции к изменению характера демократии, ее сближения с общественным дискурсом. То есть, если понимать под политикой постоянное взаимное сканирование и согласование мнений различных политических, социальных групп и индивидов, т.е. агрегацию интересов не только больших политических актеров, но и «всякого из малых сих». С позиций такой широкой трактовки термина «политика» конституционная юстиция обладает гигантским политическим потенциалом. В ней заключена мощь, которую образно можно уподобить энергии мирного атома. Юридическая сила итоговых решений конституционных судов превосходит любой закон, кроме самой Конституции, но и ее смысл на практике отождествляется с интерпретациями, исходящими от конституционной юстиции. Он уже не может быть понят автономно, в отрыве от результатов этих толкований, а тем более им вопреки. Ведь своими решениями конституционные суды способны преодолевать возведенную в закон волю политического большинства.

В связи с этим нередко высказывается мнение о том, что конституционный контроль является нелегитимным, ибо позволяет небольшому количеству судей преодолевать волю большинства, которая одна лишь и должна являться основой демократии. Однако вряд ли можно согласиться с этим утверждением. Во-первых, конституционная юстиция посредством легитимной интерпретации смыслов может не только селектировать «волю большинства», но и сглаживать возмущения, привносимые политическим меньшинством, т.е. фактически изымать отдельные вопросы государственного управления из сферы политической конкуренции, реализуя тем самым механизмы не столько нормативного, сколько коммуникативного способа действия, т.е. сохранения и обновления консенсуса как фактора социальной устойчивости. Таким образом, посредством конституционной юстиции удовлетворяется общественный заказ на взаимное понимание и политическую стабильность. Во-вторых, конституционные суды представляют и оберегают отнюдь не самих себя, а закон, причем не тот, который является основной прерогативой законодательной власти, а высший,

¹ В числе таких достоинств следует прежде всего отметить то, что российской Конституции присущ максимально высокий уровень гарантий защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина, а также то, что она закрепила природный и неотчуждаемый характер основных прав человека и их признание в качестве высшей ценности. К недостаткам же Конституции относится отсутствие должного баланса в системе сдержек и противовесов, перекос полномочий в сторону исполнительной власти, нечеткость в распределении полномочий между президентом и правительством страны, внутренняя противоречивость негосударственной концепции местного самоуправления и т.д.

что, собственно, и делает конституционный контроль легитимным и несводимым к другим элементам в системе разделения властей, где и так уже имеются и судебная, и законодательная ветви.

Думаю, что в подтексте подобных рассуждений о политическом характере деятельности Конституционного Суда лежит также и представление о том, что законотворческая деятельность представительного органа власти — это по природе своей деятельность политическая, поскольку она связана с согласованием социальных (и прежде всего социально-политических) интересов в рамках принимаемого законодательства. Соответственно, и деятельность Конституционного Суда по проверке конституционности законов рассматривается как своего рода политическая деятельность.

На мой же взгляд, законотворческая деятельность парламента — это деятельность по природе своей *правовая*, поскольку она ориентирована не на любой компромисс социальных интересов, а на их согласование на началах *формального равенства сторон*, т.е. на началах *сущностного правового принципа равенства*. А Конституционный Суд оценивает результаты этой деятельности с позиций конституционно-правового подхода, соотнося ее с положениями Конституции РФ как *правового документа*. Не случайно то обстоятельство, что, по данным поисковой системы «КонсультантПлюс», из всех принципов, имплицитно и эксплицитно содержащихся в Конституции РФ и составляющих ядро правовых позиций Конституционного Суда, чаще всего Судом применяется принцип равенства и такие его модификации, как принцип справедливости и принцип соразмерности. И когда мы говорим о том, что Конституционный Суд как хранитель Конституции интерпретирует дух и букву Конституции применительно к конкретно-историческим условиям, речь идет о деятельности исключительно в рамках правового пространства.

Если же парламент отступает от сущностного правового принципа формального равенства, то он принимает неправовой закон, допускающий создание привилегий для одних социальных групп и дискриминацию других. Обычно при этом мы имеем дело с нарушениями прав меньшинства, но бывает и так, что правотворческий орган слишком увлекается защитой прав тех или иных меньшинств в ущерб правам большинства граждан. В этих случаях Конституционный Суд (если к нему поступит соответствующее обращение) может доказать неконституционность подобного решения законодателя, поскольку Конституция РФ — это правовой по своей природе документ. В его основе лежит и принцип приоритета прав человека, и принцип правового равенства, согласно которому «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц» (ч. 3 ст. 17). Эти фундаментальные правовые принципы подкреплены развитой системой конституционных положений, вполне достаточных для защиты любого права, нарушенного неправовым законом.

Но при этом, повторю, Конституционный Суд РФ всегда стремится понять позицию законодателя и, по возможности, сохранить ее правовой резон. Мы учитываем то обстоятельство, что природа конституционного правосудия как институционально-

го средства ограничения власти законодателя несет в себе опасность антагонизма между судом и законодателем. Об этом предупреждал еще основатель конституционного правосудия Ганс Кельзен. Конституционный Суд РФ стремится избегать подобного антагонизма. Мы исходим из необходимости поддержания авторитета законодателя и видим свою задачу в совместной согласованной работе по совершенствованию действующего законодательства.

Поэтому Суд, как правило, не признает законодательные нормы полностью неконституционными. Обычно мы делаем оговорки: «в той мере, в какой...» и т.п., а нередко и вовсе ограничиваемся выявлением конституционного смысла нормы, с тем чтобы исключить возможность придания ей на практике неконституционного смысла и (или) снять ее неоднозначное истолкование правоприменителями, в конечном счете ведущее к нарушению конституционного принципа равенства.

Более того, мы стараемся в меру своих возможностей предотвратить законодательные ошибки путем соответствующей аналитической и своего рода просветительской работы. Так, одно из своих выступлений перед Государственной Думой пару лет назад я специально посвятил анализу и обобщению выявленных нами законодательных ошибок, сделав акцент на дефектах системного характера. Развернутый вариант этого анализа был опубликован в «Российской газете» (17 декабря 2014 г.) и, насколько я могу судить, был востребован нашим законодателем. Наряду с этим многие судьи Конституционного Суда ведут активную научную работу, в рамках которой также делаются предложения по совершенствованию законодательной деятельности. Мы проводим регулярные Сенатские чтения, где обсуждаются теоретические основы законодательства и актуальные проблемы законодательной деятельности.

В свою очередь, мы ожидаем от законодателя того, что учет решений Конституционного Суда не будет сводиться только к выполнению предписаний, сформулированных в резолютивной части решений. Важно принимать во внимание положения мотивировочной части, ориентирующие на совершенствование соответствующих норм.

Кроме того, несмотря на то что в последние годы наблюдаются заметные подвижки в деле исполнения решений Конституционного Суда, положение дел в этой области все еще нельзя назвать вполне благополучным. К настоящему времени законодатель «затянул» несколько десятков поправок, необходимых для выполнения решений Конституционного Суда. А ведь «кредитором» здесь выступает не Конституционный Суд, народ России.

Нельзя не сказать и о том, что суды общей юрисдикции и арбитражные суды также не в полной мере учитывают правовые позиции Конституционного Суда. В немалой степени это обусловлено отсутствием законодательства, закрепляющего процессуальные последствия решений Конституционного Суда в тех случаях, когда Суд, признавая конституционность оспариваемых норм, констатирует несоответствие правоприменительной практики выявленному им конституционно-правовому смыслу этих норм. Очевидно, что подобные пробелы должны быть преодолены.

Важное значение для выявления главных болевых точек в нашей правовой системе имеет работа Секретариата Конституционного Суда по сбору и анализу соответствующей статистической информации. Например, по данным за период с 2012 по 2015 г. поступило 45,7 тыс. обращений, из которых защиты конституционных прав и свобод граждан касались свыше 12,1 тыс. (в том числе охраны трудовых прав — около 1,1 тыс., охраны жилищных прав — свыше 2,3 тыс., социальной защиты — около 3,8 тыс.); конституционного права (организации публичной власти) — более 1,2 тыс.; гражданского права и процесса — свыше 8,8 тыс.; уголовного права и процесса — более 18,1 тыс.

Содержание этих обращений убеждает в стремлении граждан России к правовому равенству: равенству в праве на жизнь и жилище, равенству перед законом и судом, равенству в доступе для себя и своих детей к образованию, охране здоровья, культурным ценностям. Когда это стремление наталкивается на труднопреодолимые препятствия в виде тех или иных социальных, политических, экономических институтов, происходит деформация принципа верховенства права, возникает разрыв между законом и правом.

С учетом такого выраженного акцента в обращениях граждан на проблемы социальной справедливости представляется очень опасным то глубокое имущественное расслоение граждан, сложившееся по итогам проведенной в 90-е годы прошлого века широкомасштабной приватизации государственной собственности. Ведь даже по официальным данным децильный коэффициент у нас превышает 17 единиц.

На мой взгляд, такая ситуация выдвигает на первый план задачи, связанные с правовым обеспечением реализации государством своих социальных функций (и прежде всего с защитой социальных прав тех слоев населения, которые оказались в непростых жизненных обстоятельствах), а также с защитой права частной собственности и принципа свободы экономической деятельности². Конституционный Суд в своей работе уделяет значительное внимание этим проблемам.

В последовательном правовом решении названных задач с учетом их сложной (можно сказать — диалектической) взаимосвязи особенно ярко проявляется роль института конституционной юстиции в постсоветском государстве. При этом мы исходим из того, что в современной России реализация именно этих прав граждан наиболее тесным образом связана с сохранением социального мира и политической стабильности общества, а также с обеспечением его эффективного экономического развития. А без этого невозможно в должной мере гарантировать и иные права и свободы человека и гражданина.

Другая важная особенность конституционной юстиции России как государства, находящегося на переходном этапе своего развития, проявляется во взвешенном, можно сказать — осторожном подходе

к трактовке политических прав граждан. Не имея возможности подробно остановиться на этой проблеме, приведу лишь один, показательный, на мой взгляд, пример. В 2011 г. Европейский Суд при рассмотрении жалобы Республиканской партии России сформулировал правовую позицию, отличную от решения Конституционного Суда РФ, подтвердившего конституционность такого понятия «политическая партия Российской Федерации», которое не предполагает включение в него региональных партий. При этом Европейский Суд согласился, что «после распада Советского Союза и на заре демократических реформ, возможно, мог быть особый интерес, который требовал принятия мер по обеспечению стабильности».

В связи с этим я бы хотел обратить внимание на то обстоятельство, что от этой «зари демократических реформ» по историческим меркам прошло еще слишком мало времени. Кроме того, мы хорошо помним опыт столетней давности, когда стране не удалось реализовать глубоко верный, на мой взгляд, тезис нашего выдающегося правоведа Б.Н. Чичерина о том, что «России нужны либеральные меры и сильная власть». Не удалось не столько потому, что меры были недостаточно либеральны, сколько потому, что власть на тот момент уже не была достаточно сильна. Две недели назад я выступал на торжествах, посвященных 110-летней годовщине со дня начала работы Первой Государственной думы Российской империи, после чего газеты подхватили мою фразу о том, что «нельзя «подмораживать» Россию по рецепту обер-прокурора Синода Константина Победносцева. Но ведь в этом выступлении было сказано и другое: излишняя поспешность в проведении преобразований может навредить».

Следует отметить также и некоторые особенности в подходе Конституционного Суда РФ к трактовке понятия «достоинство личности». В частности, мы занимаем более сдержанную позицию в ситуациях, когда имеем дело с требованиями толерантности к сексуальной и гендерной «раскрепощенности», с эксцессами таких «ювенальных» подходов, которые создают угрозу изъятия детей из вполне благополучных семей, и иными проявлениями постхристианской реальности «старой Европы». Именно в этих вопросах Конституционный Суд РФ, пожалуй, наиболее тесно связан с национальным консенсусом, в основе которого лежат исторически и геополитически обусловленные традиции многонационального народа России. В этой связи не могу не сказать и о том, что в российскую традицию правовопонимания с присущим ей акцентом на солидаристские начала права плохо вписываются некоторые наиболее резкие проявления той ярко выраженной либерально-индивидуалистической трактовки прав человека, которой в целом придерживается ЕСПЧ.

Чтобы верно быть понятым, хочу подчеркнуть, что моя позиция и позиция моих коллег — судей Конституционного Суда РФ принципиально отлична от весьма популярных сейчас в среде российских

² Такой подход основан на ряде конституционных принципов, в силу которых Российская Федерация является правовым государством с социально ориентированной рыночной экономикой (Постановление от 24 февраля 2004 г. № 3-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 74 и 77 Федерального закона «Об акционерных обществах»). URL: www.ksrif.ru

политиков и экспертов представлений о том, что институты правовой демократии, сформировавшиеся на базе западноевропейской системы ценностей, не адекватны геополитическим условиям развития нашей страны и плохо согласуются с традиционными российскими ценностями. Подписав Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, Россия с достаточными на то основаниями признала себя частью европейского политико-правового пространства. Но мы вправе ждать, что особенности нашей страны и те трудности, с которыми она сталкивается в процессе своего вхождения в европейское правовое пространство, будут учтены при формировании правовых стандартов Совета Европы.

Касаясь взаимоотношений России и Совета Европы, остановлюсь лишь на наиболее актуальном аспекте этой темы — о соотношении юридической силы российской Конституции и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Свою позицию по этому вопросу Конституционный Суд изложил в Постановлении от 14 июля 2015 г.³, принятом в ответ на обращение со стороны депутатов, представляющих все парламентские фракции Государственной Думы. В их запросе оспаривалась конституционность норм российского законодательства, предписывающих органам власти страны необходимость исполнения постановлений Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) даже в случае, если они противоречат Конституции РФ.

Конституционный Суд признал *положения оспариваемых законов* не противоречащими Конституции РФ. Однако, по мнению Суда, данные законоположения не исключают того, что государственные органы, в чью компетенцию входит выполнение международных договоров, придя к выводу о невозможности исполнить постановление ЕСПЧ вследствие его расхождений с Конституцией РФ, могут обратиться в Конституционный Суд для решения возникшей проблемы в соответствии с Конституцией РФ. При этом Конституционный Суд в очередной раз подчеркнул признание фундаментального значения европейской системы защиты прав и свобод человека и гражданина, частью которой являются постановления ЕСПЧ, и готовность к поиску согласия ради поддержания этой системы.

Но степень такого согласия Конституционный Суд будет определять сам, поскольку границы компромисса в данном вопросе очерчивает именно Конституция РФ. Впоследствии законодатель закрепил в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации» специальный правовой механизм разрешения вопроса о возможности или невозможности с точки зрения принципов верховенства и высшей юридической силы Конституции России исполнить постановление Европейского Суда, в том числе в части мер общего характера.

При этом российские органы власти исходят из того, что участие России в различных международных конвенциях и соглашениях глобального и регионального уровня никак не означает делегирования на этот уровень той или иной части государственного суверенитета России. Членство в ООН подразумевает объединение, а не делегирование суверенитетов. ООН создавалась именно на основе идеи объединенных наций (*United Nations*) и объединенных суверенитетов (*joint Sovereignties*, «pooling» *Sovereignties*). Соответственно, участие России в международных соглашениях и конвенциях означает лишь то, что Россия добровольно возлагает на себя обязательства, перечисленные в этих международных документах. И оставляет за собой суверенное право окончательных решений в соответствии с Конституцией РФ в случае спорных моментов или правовых коллизий.

В практической плоскости этот вопрос встал перед Конституционным Судом после того, как к нам обратилось Министерство юстиции РФ с запросом о возможности исполнения решения ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России». Это дело, касающееся избирательных прав заключенных, было инициировано двумя российскими гражданами, каждый из которых отбывал наказание за убийство и ряд иных преступлений.

В свое время Конституционный Суд РФ отказал в принятии к рассмотрению соответствующей жалобы, исходя из того, что проверка одних положений Конституции РФ (в данном случае — нормы ч. 3 ст. 32) на предмет их соответствия другим положениям Конституции не входит в полномочия Конституционного Суда. А Европейский Суд, куда затем обратились заявители, признал, что имело место нарушение права на участие в выборах, гарантированного ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

При этом ЕСПЧ не стал принимать во внимание то обстоятельство, что заявителями оспаривалась не просто норма закона (что уже само по себе означало необходимость принятия государством мер общего характера), а норма Конституции страны. Да еще и такая норма, которая может быть изменена лишь в результате принятия новой Конституции. По этому поводу в Постановлении ЕСПЧ было лишь замечено, что государство-ответчик может достичь соблюдения Конвенции «за счет некой формы политического процесса или истолкования Конституции России...». Таким образом, России было предложено либо принять новую Конституцию в рамках соответствующей «формы политического процесса», либо дать весьма вольное толкование ее текста.

Что касается принятия новой Конституции, то эта идея уже много лет не сходит с повестки дня представителей самых разных флангов политической оппозиции. И совершенно очевидно, что реализация этой идеи (если бы даже с ней вдруг

³ Постановление от 14 июля 2015 г. № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». URL: www.krsf.ru

согласились обе палаты парламента, как это требуется согласно конституционной процедуре) явилась бы мощным фактором дестабилизации социально-политической ситуации в стране. А кроме того (и это не менее важно), здесь оказался затронутым принципиальный (и надо признать — болезненный для национального самосознания) вопрос о соотношении юридической силы российской Конституции и Европейской конвенции. По этому поводу, как я уже говорил, Конституционный Суд высказался в Постановлении от 14 июля 2015 г. Суд тогда признал, что Европейская конвенция в ее интерпретации ЕСПЧ обладает большей юридической силой, чем федеральный закон, но не равной и не большей, чем юридическая сила Конституции РФ.

Второе предложение ЕСПЧ — решить проблему путем толкования ч. 3 ст. 32 Конституции также, на взгляд Конституционного Суда, не учитывало ряд важных обстоятельств. Дело в том, что взгляды на эволютивное толкование, которых придерживаются национальные органы конституционного контроля, с одной стороны, и ЕСПЧ как орган наднационального правосудия — с другой, имеют существенные различия. Эти различия обусловлены разной природой актов, толкуемых Европейским Судом и Конституционным Судом соответственно. ЕСПЧ видит свою роль не только и не столько в толковании содержания защищаемых Европейской конвенцией прав (сформулированных, как известно, в самом общем виде), сколько в создании нового унифицированного европейского правового порядка. А национальная конституционная юстиция более тесно связана текстом национальной конституции и необходимостью следования не только ее духу, но и букве.

При этом Конституцию нельзя понимать исключительно как нормативный текст. Это прежде всего исторически сложившийся и развивающийся аксиологический набор принципов и норм, присущих конкретному обществу на данном этапе его развития и разделяемый большинством его членов. То есть это итог исторически обусловленного национального консенсуса. А в нашем случае — консенсуса, достигнутого, как я уже говорил, в очень непростых условиях. И со стороны Конституционного Суда было бы весьма опрометчивым ставить под сомнение те результаты этого «общественного договора», которые выражены в достаточно четкой нормативной форме. А именно так сформулирована ч. 3 ст. 32 Конституции РФ, где сказано: «Не имеют права избирать и быть избранными граждане... содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда». Кроме того, российская Конституция, в отличие от Европейской конвенции, — это гораздо более развернутый и детально разработанный документ, положения которого составляют единую внутренне согласованную нормативную систему. Все это в своей совокупности означает, что пределы юридического активизма национального органа конституционного контроля не так широки, как у его наднационального *vis-à-vis*.

Поэтому в своем Постановлении по запросу Министерства юстиции мы посчитали необходимым подтвердить высказанную ранее (в Постановлении от 14 июля 2015 г.) правовую позицию, согласно которой в силу ряда статей Конституции РФ (ч. 1 и 2 ст. 4, ч. 1 и 4 ст. 15, ст. 79 и п. «Г» ч. 2 и ч. 6 ст. 125), закреп-

ляющих суверенитет России, верховенство и высшую юридическую силу Конституции в российской правовой системе (в том числе по отношению к международным договорам), Россия не вправе заключать международные договоры, не соответствующие ее Конституции. В дополнение к этому мы отметили то обстоятельство, что в 1996 г. Россия подписала, а в 1998 г. ратифицировала Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, исходя из того, что ст. 32 (ч. 3) Конституции РФ полностью согласуется с предписаниями ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции и не нуждается в каком-либо изменении.

Никаких вопросов, связанных с возможными противоречиями между ними, не возникало и у Совета Европы. Иными словами, и Россия, и Совет Европы признавали, что соответствующие статьи Конвенции и Конституции РФ находятся в полном соответствии друг с другом. С этого момента и до настоящего времени указанные нормы текстуально никаких изменений не претерпели. В связи с этим Конституционный Суд констатировал, что вывод о нарушении Российской Федерацией ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции, к которому пришел ЕСПЧ, основан на истолковании ее положений, расходящемся с тем смыслом, из которого исходили Совет Европы и Россия на момент его подписания и ратификации. При таких обстоятельствах Россия вправе настаивать на интерпретации ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции и ее имплементации в российское правовое пространство в том понимании, которое имело место при введении в действие данного международного договора как составной части российской правовой системы.

Тем не менее Конституционный Суд нашел возможность для исполнения основного требования ЕСПЧ о дифференциации тех ограничительных мер в части избирательных прав, которые предусмотрены Конституцией РФ для лиц, содержащихся в местах лишения свободы.

Прежде всего, мы обратили внимание на то обстоятельство, что смысловое наполнение термина «лишение свободы» в российской правовой системе отличается от смысла соответствующего термина в Европейской конвенции. В российской правовой системе под «лишением свободы» понимается не любое ограничение свободы, связанное с изоляцией от общества, включая, например, арест и ограничение свободы (как в ч. 1 ст. 5 Конвенции), а особый вид наказания, предполагающий изоляцию осужденного от общества путем направления его в колонию-поселение, в воспитательную колонию, лечебное исправительное учреждение, исправительную колонию общего, строгого или особого режима либо в тюрьму. А это уже само по себе означает значительно большую дифференциацию в вопросе о специальных ограничениях избирательных прав, чем та, которая вытекает из трактовки понятия «лишение свободы», содержащейся в ч. 1 ст. 5 Конвенции.

При этом такое понимание данного термина дано не в самой Конституции, а в конкретизирующем ее Уголовном кодексе РФ, поскольку определение того, что собой представляет лишение свободы как вид уголовного наказания и в чем его отличие от других видов уголовного наказания, связанных с

ограничением свободы, а также от иных мер, связанных с содержанием под стражей, но не являющихся уголовным наказанием, равно как и определение самих мест лишения свободы и режимов отбывания наказания в них, являются прерогативой федерального законодателя в силу ст. 71 (п. «о») Конституции РФ. Данное обстоятельство дает нам возможность, не затрагивая текст Конституции, внести соответствующие изменения в законодательство, сузив, таким образом, то понятие «места лишения свободы», которое в тексте Конституции увязано с необходимостью специальных ограничений избирательных прав граждан, находящихся в местах лишения свободы.

Что мы и предложили сделать законодателю, призвав его оптимизировать систему уголовных наказаний посредством перевода отдельных режимов отбывания лишения свободы в альтернативные виды наказаний, связанные с таким ограничением свободы осужденных, которое не влечет за собой ограничения их избирательных прав. И я надеюсь, что наши депутаты отнесутся к этому предложению с пониманием, поскольку его реализация позволит более детально дифференцировать применение такой меры, как специальное ограничение избирательных прав рассматриваемой категории лиц. А то, что такая дифференциация дается законом, а не судебным решением, не меняет правовой сути дела. С чем, кстати, согласен и ЕСПЧ.

Однако в контексте обсуждаемой темы я хотел бы, прежде всего, обратить внимание наших коллег из ЕСПЧ на другую часть принятого нами Постановления от 19 апреля 2016 г., где отмечается, что, признавая объективную необходимость деятельности ЕСПЧ по выявлению структурных недостатков национальных правовых систем, мы рассчитываем на то, что Европейский Суд будет более последовательно придерживаться принципа subsidiarity. Мы рассчитываем на то, что нас не будут ставить перед фактом европейского консенсуса, достигнутого за нашей спиной. Соглашаясь в целом с данной формой легитимации решений ЕСПЧ, мы исходим из того, что европейский консенсус — это такая неформальная договоренность, которая достигается с нашим непосредственным участием и в ходе которой учитываются особенности исторического развития России и те объективные трудности, с которыми она сталкивается на своем пути к праву и демократии.

Эффективное взаимодействие европейского и конституционного правопорядков невозможно в условиях субординации. Только диалог и сотрудничество между различными правовыми системами являются основой их надлежащих согласованности и равновесия. Конституционный Суд и впредь готов действовать в духе сотрудничества и диалога с ЕСПЧ ради упрочения внутригосударственной и межгосударственной судебной защиты прав и свобод человека и гражданина.

Пробелы в конституционном механизме реализации прав и свобод (практика Конституционного Суда Российской Федерации по их преодолению)

*Бондарь Николай Семенович,
судья Конституционного Суда Российской Федерации,
Заслуженный юрист Российской Федерации,
Заслуженный деятель науки Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор
bond@ksrf.ru*

*Чепенко Яна Константиновна,
аспирант Санкт-Петербургского
государственного университета
chepenko55@mail.ru*

В статье предпринято исследование конституционных пробелов в соотношении со смежными понятиями (правовые пробелы, пробелы Конституции и др.) как относительно самостоятельной научной категории, которая имеет не только теоретическое, но и существенное практическое значение, в том числе в связи с реализацией прав и свобод граждан. Особая роль в преодолении конституционных пробелов принадлежит органам судебного конституционного контроля, в связи с чем анализируются проблемы преодоления конституционно-конфликтной противоречивости и пробельности правового регулирования на основе практики Конституционного Суда Российской Федерации.

Ключевые слова: Конституция, Конституционный Суд Российской Федерации, конституционные пробелы, права человека и гражданина.

Сама постановка проблемы конституционных пробелов как разновидности дефектов правового регулирования и практики правоприменения является свидетельством того обстоятельства, что нормы конституционного права, включая саму Конституцию РФ во всех ее нормативных проявлениях, могут и должны рассматриваться с позиций безусловного признания их прямого действия и необходимости последовательной реализации, в том числе по осуществлению прав и свобод человека и гражданина. Это имеет принципиальное значение, имея в виду, что в свете достижений современного конституционализма очевидным является тот факт, что эффективность конституционного регулирования, степень реальности провозглашаемых Конституцией демократических принципов во многом определяются глубиной проникновения в природу социальных

конфликтов, правовых коллизий и дефектов правопорядка современного общества и государства. Соответственно, исследование конституционных пробелов предполагает необходимость формирования устойчивой системы координат конституционного реализма и здорового конституционного прагматизма, ориентированного на повышение эффективности правоприменения.

1. Конституционные пробелы в соотношении со смежными категориями: правовые пробелы, пробелы конституционного права, «пробелы» Конституции.

В отличие от правовых (законодательных) пробелов, которые традиционно являются предметом исследования в зарубежной и отечественной юриспруденции как в общетеоретическом¹, так и в кон-

¹ В ряду первых отечественных исследователей это: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юрид. лит., 1974. См. также: Забигаило В.К. Проблема «пробелов в праве» (К критике буржуазной теории). Киев: Наукова думка, 1974; Подлесных С.Н. Проблемы понимания пробелов в праве // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2010. № 1; Герасимова Н.Р., Галеева А.Е. Пробелы в праве и способы их устранения // Проблемы российского законодательства. 2012. № 2.

ституционном² плане, а также в конкретно-отраслевых³ аспектах, конституционные пробелы относятся к недостаточно изученным, но имеющим важное практическое значение явлениям правовой дефектологии. Наличие конституционного пробела влечет ряд негативных последствий как для государства, так и для отдельно взятых граждан. Конституционные пробелы нарушают системность и согласованность правовых норм, затрудняют правоприменение, приводят к нарушению конституционных прав и свобод человека и гражданина, равно как и к дисфункциональности институтов публичной власти.

Исследование конституционных пробелов, проявляющихся в действующей правовой системе и правоприменительной практике, является необходимым условием и предпосылкой формирования режима конституционной законности. При этом само понятие конституционных пробелов — относительно самостоятельная категория, имеющая существенные особенности в соотношении со смежными категориями, в частности с такими, как «пробелы Конституции», с одной стороны, и «правовые (законодательные) пробелы» — с другой⁴.

При кажущейся на первый взгляд ограниченной (исключительно конституционно-правовой) сфере распространения конституционных пробелов в действительности они имеют более широкую сферу проявления; более того, конституционный характер они приобретают не в силу формально-юридических признаков, связанных, например, с характеристикой самого по себе правового акта, относительно которого выявляется пробельность в той или иной его нормативно-правовой части, а с природой самих по себе пробелов. Иными словами, правовой пробел становится конституционным не просто в силу своего формально-юридического «происхождения», имея в виду, что пробельностью обладает нормативный правовой акт, являющийся источником конституционного права (хотя это тоже может иметь важное значение), но по содержательным социально-правовым характеристикам и юридическим последствиям самого по себе пробела. Если, например, в отраслевом нормативном правовом акте отсутствует надлежащая регламентация (гарантия) конституционного требования равенства и если эта ситуация будет квалифицирована как правовой пробел, такой пробел, независимо от его отраслевой принадлежности (налогового, гражданского, уголовного законодательства и т.п.), приобретает конституционный характер в силу того, что с его наличием может быть связано претерпевание конституционно значимых последствий, нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина.

В этом плане конституционные пробелы включают в себя различные виды изъянов, недостатков

применительно не только к конституционно-правовой, но и ко всей системе правового регулирования, т.е. это могут быть также пробелы и дефекты отраслевого законодательства, которые при определенных обстоятельствах приобретают конституционное значение и соответственно с ними связываются конституционно значимые последствия. Поэтому исследование конституционных пробелов как разновидности правовых дефектов, уяснение их существа и на этой основе — способов преодоления не может ограничиваться формально-юридическим анализом соответствующих правовых актов.

Конституционный характер правовых пробелов и дефектов может проявляться независимо от их предметно-отраслевой принадлежности: ведь в институтах отраслевого законодательства также «присутствуют», нормативно выражаются интересы граждан и других субъектов права, напрямую затрагивающие конституционные ценности равенства, справедливости, принципы юридической безопасности, соразмерности ограничений прав и свобод, сбалансированности частных и публичных интересов и т.д. В конституционализированных нормах и институтах отраслевого законодательства вполне могут проявляться, таким образом, конституционные по своей природе правовые пробелы; их выявление сопряжено в этом случае с анализом соответствующего отраслевого правового регулирования в соотношении с принципами и ценностями Конституции и, не в последнюю очередь, с телеологическим толкованием, выявлением целей законодателя с точки зрения закрепления конституционно обоснованных, но не всегда совпадающих интересов, с поиском их баланса в реальной, в том числе межотраслевой, системе правового регулирования. Нарушение же такого баланса интересов в процессе отраслевого правового регулирования, в том числе по причине правового пробела, может иметь конституционно значимые последствия.

Ярким примером в этом плане может быть Постановление Конституционного Суда РФ (далее — КС РФ) от 14 мая 2012 г. № 11-П⁵. Речь шла в данном деле о поиске баланса, гармонизации ценностей конституционного характера, хотя они касались имущественных притязаний кредитора-взыскателя, с одной стороны, и прав гражданина-должника на обеспечение минимально необходимого для него уровня жизни, включая право на жилище, — с другой. Конституционные аспекты этой частно-отраслевой темы усиливались также требованиями обеспечения справедливости и юридического равенства: установление в отношениях, складывающихся в сфере исполнительного производства, имущественного (исполнительского) иммунитета неизбежно порождает исключения из принципа полной имуществен-

² См.: Авакьян С.А. Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 8; Кондрашев А.А. Пробелы в Конституции России: понятие, классификация и отграничение от смежных явлений // Российский юридический журнал. 2014. № 2.

³ См., например: Скачкова Г.С. Пробелы в трудовом праве и праве социального обеспечения и пути их устранения // Государство и право. 2009. № 8; Кауфман М.А. Пробелы уголовного законодательства // Законность. 2004. № 2; Туманов Д.А. Юридическое толкование и пробелы в гражданском процессуальном праве // Право и политика. 2006. № 6.

⁴ См. об этом: Бондарь Н.С. Судебный конституционализм: доктрина и практика: монография / Н.С. Бондарь. 2-е изд., перераб. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. С. 307–310.

⁵ Постановление КС РФ от 14 мая 2012 г. № 11-П // СЗ РФ. 2012. № 21. Ст. 2697.

ной ответственности и, соответственно, требований равенства, а отсутствие подобных ограничений, напротив, может породить социальную несправедливость, связанную с существенными нарушениями прав отдельных категорий должников, находящихся в уязвимом имущественном положении. Речь идет, стало быть, об установлении — в порядке преодоления существующего пробела — в рамках правового регулирования исполнительного производства начал, характеризующих определенные преимущества в защите кредитора-взыскателя, поскольку принцип равенства в этих отношениях не может пониматься в отрыве от учета конституционной проблемы — необходимости ограничения прав должника⁶.

Поэтому вряд ли можно согласиться с тем, что конституционный пробел предполагает отсутствие исключительно конституционных норм в системе правового регулирования, непринятие определенных актов, предназначенных для регулирования конкретных общественных отношений, составляющих предмет конституционного права⁷. Конституционный пробел в этом случае отождествляется, по существу, с пробелом в конституционном праве, хотя это — лишь одно из возможных его проявлений. Проблема конституционных пробелов имеет более широкое, межотраслевое значение.

В то же время вызывает сомнения и другая крайность, когда любой законодательный пробел связывается с последствиями конституционно-правового характера. «Законодательный пробел, — пишет, в частности, профессор В.И. Крусс, — есть то, вследствие чего надлежащее соблюдение и защита, обеспечение, гарантирование прав человека, иных конституционных ценностей — с опорой на действующее законодательство — невозможны⁸. При таком подходе следовало бы признать, что любой законодательный пробел должен признаваться предметом конституционно-судебного нормоконтроля, что противоречит, как это будет показано далее, сформулированной Судом правовой позиции и самой и практике КС РФ.

Тем более не могут отождествляться конституционные пробелы с понятием «пробелы Конституции».

При исследовании проблемы «пробелов Конституции» — независимо от того, признаются таковые или отрицается сама возможность их существования, — основное внимание уделяется прежде всего тексту Основного закона, особенностям его норм. В конечном счете ставится, таким образом, вопрос о том, пробельным или беспробельным является сам

по себе текст Конституции. При том что сама постановка такого вопроса вызывает сомнение, тем не менее нельзя не отметить, что позиции по этому вопросу имеются полярные.

Одни исследователи придерживаются той точки зрения, что «пробелов в Конституции нет и быть не может, так как конституционное регулирование является наиболее широким, а конституционные нормы — это нормы-принципы, имеющие так называемый каучуковый характер»⁹. Другая позиция сводится к тому, что пробелы в Конституции существуют, а способы их восполнения многообразны. Пробелы в Конституции возможны, но при этом устраняются посредством не изменения конституционного текста, а толкования или принятия законов и подзаконных актов. А. Бланкенгель утверждает, что при обсуждении этой проблемы часто видна «политическая предвзятость в восприятии пробелов в Конституции», а попытка обосновать пробелы с позиций недостаточности предмета конституционного регулирования ошибочна, поскольку принятие компактных либо объемных конституций отражает специфику страноведческих подходов¹⁰.

Сложность проблемы пробельности Конституции связана с вопросами о границах конституционно-правового регулирования общественных отношений, а в конечном счете с вопросом о сущности Конституции. Нельзя не учитывать, в частности, что Конституция по своей природе ориентирована на широкое использование надпозитивных подходов, связанных с сочетанием в конституционном регулировании позитивистских и весьма объемных естественно-правовых начал, а соответственно это лежит в основе возможностей для выведения правовых принципов, норм из общего смысла конституционных положений. В этом контексте следует оценивать и вопрос о возможности существования пробелов в Конституции в соотношении с обычными законами¹¹.

Одновременно проблему пробельности Конституции невозможно раскрыть без учета соотношения буквы и духа Конституции, анализа того, насколько гармонично сочетаются текст и дух Конституции. Это предполагает необходимость исследования глубоких взаимосвязей, соотношения между внешними, лежащими на поверхности и очевидно воспринимаемыми характеристиками текста — буквами Конституции, и внутренними, скрытыми от внешнего восприятия, во многом сакральными свойствами — ее духом¹². Важно при этом учитывать, что вы-

⁶ См. об этом: Бондарь Н.С. В поиске баланса конституционных ценностей: еще раз об обращении взыскания на жилые помещения граждан-должников // *Цивилист*. 2012. № 4. С. 50–58.

⁷ Авакьян С.А. Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения. С. 3.

⁸ См.: Крусс В.И. Конституционализация права: основы теории. М.: Норма, 2016. С. 129. В то же время нельзя не согласиться с основной авторской идеей в этой части, что важным средством преодоления законодательных пробелов является конституционализация права (см.: Крусс В.И. Там же. С. 129–132).

⁹ Гаджиев Г.А. К вопросу о пробелах в Конституции // Пробелы в российской Конституции и возможности ее совершенствования: сб. докладов. М., 1998. С. 22.

¹⁰ Бланкенгель А. Пробелы в Конституции Российской Федерации и возможности ее совершенствования // Пробелы в российской Конституции и возможности ее совершенствования: сб. докладов. М., 1998. С. 7–8.

¹¹ Проблемы законодательных пробелов в конституционной юриспруденции // Национальный доклад XIV Конгрессу Конференции европейских конституционных судов. Вильнюс, 2008.

¹² Бондарь Н.С. Буква и дух российской Конституции: 20-летний опыт гармонизации в свете конституционного правосудия // *Журнал российского права*. 2013. № 11. С. 5–12.

явление духа Конституции — не вопрос политики (как это нередко представляется), а прежде всего проблема социокультурных основ данного документа, их влияние на толкование норм Конституции и, соответственно, на осуществление нормоконтрольных функций при проверке конституционности нормативных правовых актов на основе баланса буквы и духа Основного закона. Конституция, если иметь в виду ее текст, не является сводом законов, не содержит и не должна содержать правил для каждого конкретного случая, а она определяет принципы и ценности, в соответствии с которыми эти правила вырабатываются, объективируются и получают реализацию.

Именно поэтому можно говорить о беспробельности Конституции в смысле непротиворечивого, завершенного покрытия закрепленными в ней принципами, ценностями, целями, презумпциями всего нормативного массива государства и реальной правовой практики, что достигается через единство буквы и духа Конституции. Поэтому КС РФ может оценивать конституционность даже тех норм, которые регулируют общественные отношения, институты, не получившие непосредственно-текстовой фиксации в Основном законе. Например, дела, по итогам которых КС РФ принял Постановление о проверке конституционности отдельных норм КоАП РФ, устанавливающих ответственность за пропаганду нетрадиционных сексуальных отношений среди несовершеннолетних¹³, или Определение по суррогатному материнству¹⁴, рассматривались на основе и в соответствии с конституционными ценностями материнства, детства, семьи (ст. 7, 38 Конституции) безотносительно к тому, что сами по себе вопросы нетрадиционных сексуальных отношений, суррогатного материнства в Конституции напрямую не решаются. И ни о какой пробельности Конституции РФ в этом плане говорить не приходится.

В то же время о «пробельности» Конституции вполне можно говорить в субъективном плане: в той мере, в какой сам исследователь на своем уровне доктринального понимания или правоприменитель при толковании соответствующего акта «не замечает», «не обнаруживает» в тексте Основного закона интересующую его норму (институт). В нормативно-правовом же плане Конституция как метасистемный акт в самой себе содержит потенциал преодоления правовых пробелов и противоречий¹⁵, хотя нельзя не признать, что зачастую возникающие проблемы вызваны серьезной спецификой текста Конституции, сложностями в области конкретизации конституционных норм в текущем законодательстве и т.п.

Это в полной мере проявляется и при реализации конституционных прав и свобод. При всем

том, что возможны различные классификационные подходы к выявлению конституционных пробелов в механизме реализации прав и свобод граждан, пожалуй, наиболее важное значение имеют правовые пробелы:

а) в самой по себе сфере правового регулирования, регламентации прав и свобод, т.е. законодательская форма нарушения прав и свобод человека и гражданина;

б) пробелы в гарантийно-обеспечительном механизме реализации конституционных прав и свобод.

2. Устранение и (или) преодоление пробельности закона как сфера несовпадающих полномочий законодателя и Конституционного Суда.

Свойства Конституции как акта прямого действия (ст. 15, ч. 1), равно как и характеристика самих прав и свобод в качестве непосредственно действующих (ст. 18 Конституции РФ), не исключают необходимости последовательного законодательного регулирования прав и свобод человека и гражданина на основе Конституции РФ, что является прерогативой федерального законодателя (ст. 71, п. «б» Конституции РФ).

Тот факт, что в российской правовой системе прерогатива отменять, изменять и дополнять законы принадлежит законодателю, имеет важное значение и для решения вопроса о компетенционных полномочиях тех или иных органов государственной власти по восполнению, устранению и преодолению правовых пределов. При решении данного вопроса следует учитывать, что понятия «восполнение» («устранение») и «преодоление» пробелов не тождественны. Наиболее радикальной является *законодательская форма восполнения пробела путем ее устранения*, что реализуется посредством заполнения нормативно-правовой лакуны с помощью внесения дополнений в соответствующий (пробельный) нормативный правовой акт или принятия нового законодательного акта, призванного устранить правовой пробел. Что же касается *преодоления правовых пробелов*, то это относится к судебной-интерпретационной форме воздействия на такого рода дефекты в системе правового регулирования¹⁶.

Во многих решениях КС РФ акцентировал внимание на то, что восполнение пробелов в законодательстве — прямая функция законодательных органов (определения от 4 марта 1999 г. № 20-О, от 7 февраля 2003 г. № 65-О и др.). Более того, право восполнять законодательные пробелы было признано в свое время КС РФ не только за законодательным органом, но и за Президентом РФ¹⁷. КС РФ указал, что издание Президентом РФ указов, вос-

¹³ Постановление КС РФ от 23 сентября 2014 г. № 24-П // СЗ РФ. 2014. № 40 (ч. 3). Ст. 5489.

¹⁴ Определение КС РФ от 15 мая 2012 г. № 880-О // Архив КС РФ. 2012.

¹⁵ Бондарь Н.С. Социоисторический динамизм Конституции — без переписывания конституционного текста // Журнал конституционного правосудия. 2014. № 2. С. 29.

¹⁶ В литературе имеются и иные подходы к соотношению понятий «преодоление» и «устранение» правовых пробелов, в том числе в связи с ролью КС РФ в решении соответствующих задач (см., например: Кузнецова Е.В. Выявление, преодоление и устранение законодательных пробелов органами конституционной юстиции в Российской Федерации : автореф. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2015. С. 8–9, 14–18.

¹⁷ Постановление КС РФ от 30 апреля 1996 г. № 11-П // СЗ РФ. 1996. № 16. Ст. 2320 ; Постановление КС РФ от 30 апреля 1997 г. № 7-П // СЗ РФ. 1997. № 20. Ст. 2383.

полняющих пробелы в правовом регулировании по вопросам, требующим законодательного решения, вытекает из его конституционных полномочий по обеспечению исполнения конституционных предписаний и согласованного функционирования органов государственной власти, что не нарушает установленного Конституцией РФ разграничения компетенции между органами государственной власти на федеральном уровне при условии, что такие указы не противоречат Конституции РФ и федеральным законам и их действие во времени ограничивается периодом до принятия соответствующих актов законодателем.

Что же касается КС РФ, то этот орган призван не устранять правовой пробел, в частности путем создания, самостоятельного генерирования недостающего нормативного материала, а преодолевать его своими специфическими и весьма эффективными средствами конституционно-судебного воздействия на соответствующую сферу правового регулирования в процессе разрешения дела о соответствии Конституции РФ соответствующего нормативного правового акта.

При этом далеко не каждый пробел может быть предметом конституционно-судебного воздействия. Смысл «вычленения» из общей массы правовых (законодательных) пробелов конституционно значимых пробелов как раз и заключается в том, чтоб обосновать сферы и пределы воздействия КС РФ на правовые пробелы. В основе решения этих вопросов должны лежать выработанные КС РФ правовые позиции и подходы, связанные с тем, что *сама постановка вопроса о наличии пробела в законе не образует допустимости обращения в КС РФ*. Впервые такой вывод Суд сделал в Определении от 11 июля 1996 г. № 94-О. В дальнейшем он неоднократно обращал внимание, что восполнение пробелов не является его прерогативой¹⁸. В других случаях КС РФ указывает, что правоприменительный орган сам должен решать, какую норму применять при обнаружении пробела¹⁹.

Из правовых позиций КС РФ вытекает, таким образом, что Конституционный Суд по общему правилу рассматривает не сами по себе пробелы законодательства, а *вопросы о конституционности пробелов*, что связано с определенными условиями и обстоятельствами, характеризующими сами по себе такие пробелы как имеющие конституционное значение независимо от их отраслевой локализации. В ряду этих обстоятельств можно выделить следующие.

Во-первых, КС РФ рассматривает пробел, когда отсутствие соответствующей нормы в оспариваемом акте воспринимается в правоприменительной практике как указание на отсутствие у субъектов регулируемых отношений соответствующих конституционных прав, в то время как Конституция РФ

прямо эти конституционные права предоставляет. Во-вторых, пробел может быть рассмотрен КС РФ, когда законодатель определенным образом урегулировал общественные отношения, но допустил при этом нарушение принципа равенства всех перед законом (например, предоставил налоговую льготу одной категории субъектов и не предоставил другой, хотя никакой социально обоснованной дифференциации между ними нет), вследствие чего применительно к одной из категорий граждан возникает вопрос о наличии соответствующих льготных возможностей в соотношении с другой категорией, которой они прямо предоставлены законом. В-третьих, неясность формулировок, понятий, терминологии, а также пробельность оспариваемого акта могут являться основанием проверки его конституционности при условии, что это приводит в процессе правоприменения к неопределенности в толковании соответствующих норм, которое, в свою очередь, привело к нарушению конкретных конституционных прав²⁰.

В этом плане, по справедливому мнению Председателя КС РФ В.Д. Зорькина, выраженные в решениях КС РФ правовые позиции можно считать достаточными основаниями для преодоления пробелов в законодательстве; не вторгаясь в прерогативы других органов государственной власти, КС РФ может использовать различные правовые рычаги для преодоления конституционных пробелов, указывая законодателю и правоприменителям возможные или необходимые пути выхода из неконституционной ситуации, выступая в данном случае как «*позитивный законодатель*»²¹.

В этом плане сама возможность КС РФ преодолевать конституционно значимые пробелы определяется природой, статусом данного органа, функциональное значение которого не ограничивается юрисдикционной деятельностью, а имеет вполне определенное нормоустановительное значение.

Конституционный Суд РФ — квазиправотворческий орган, имея в виду, что «квази»-характеристикой подчеркивается не мнимый, а специфический характер, не классически-правотворческая природа данного органа. Соответственно, решения КС РФ и содержащиеся в них правовые позиции носят — и это, пожалуй, главное — нормативно-доктринальный характер, воплощают в себе единство нормативных и конституционно-доктринальных начал; в этом качестве они служат источником не только конституционного, но и других отраслей права — в зависимости от того, к какой отрасли права относится закон, являющийся предметом конституционного нормоконтроля.

Именно на этой основе, в рамках доктринально-концептуальных подходов становится возможным КС РФ вырабатывать специфическую «квазинорма-

¹⁸ Определение КС РФ от 7 февраля 2003 г. № 65-О // ВКС РФ. 2003. № 4; Определение КС РФ от 30 сентября 2004 г. № 299-О // ВКС РФ. 2005. № 1.

¹⁹ Постановление КС РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П // СЗ РФ. 1999. № 10. Ст. 1254; Определение КС РФ от 8 февраля 2007 г. № 288-О-П // Архив КС РФ. 2007.

²⁰ См., например: Определение КС РФ от 4 декабря 1995 г. № 116-0 // Архив КС РФ. 1995.

²¹ Зорькин В.Д. Проблемы законодательных пробелов в практике Конституционного Суда Российской Федерации // Конгресс Конференции европейских конституционных судов. Вильнюс, 2008.

тивную» энергию в процессе официального толкования Конституции, конституционного истолкования норм текущего законодательства, при осуществлении других форм конституционного контроля, благодаря которым происходит как бы заполнение нормативно-правовых пустот (конституционных пробелов) и тем самым преодолеваются конституционно-конфликтные пробелы. В конечном счете это и есть подтверждение специфической формы правотворческой деятельности КС РФ, так как в процессе преодоления конституционной пробельности:

а) происходит «приращение» нормативного материала с помощью ее конституционного истолкования;

б) преодолевается коллизия, внутренняя конфликтность между несколькими нормами (если даже она носит заранее заданный законодателем характер) путем поиска баланса содержащихся в них конкурирующих конституционных ценностей;

в) уточняется нормативное содержание статьи закона в случае, если элементы конституционно-конфликтной пробельности являются результатом неопределенности какой-либо структурной части соответствующей нормы, будь то гипотезы, диспозиции или санкции;

г) выявляются системные, иерархические связи и зависимости между отдельными нормами правовых институтов конкретной отрасли права и на этой основе в результате «смены (уточнения) мест слагаемых» меняется правовой результат в пользу усиления нормативной определенности, преодоления конфликтной пробельности.

В практике КС РФ имеют место и такие решения, когда с помощью конституционного истолкования «доконституционного» закона придается новое, в частности соответствующее конституционным принципам рыночной экономики, современное содержание старой норме и тем самым преодолевается пробельность правового регулирования реально существующих и развивающихся на новой основе общественных отношений²².

Наиболее значимой задачей органов конституционного судебного контроля является защита конституционных прав и свобод человека и гражданина. Данная задача выполняется КС РФ при осуществлении всех его полномочий, имея в виду не только рассмотрение жалоб на нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина или проверку конституционности законов и иных нормативных актов федерального и регионального уровней, но и разрешение споров о компетенции между органами государственной власти, официальное толкование Конституции и др. При этом и сама проблема пробельности применительно к реализации прав и свобод человека и гражданина рассматривается, как свидетельствует об этом опыт КС РФ, весьма широко: не только в связи с наличием нормативно-правовых лакун в самой по себе регламентации, конкретизации прав и свобод человека и гражданина, но и в обеспечительном механизме их реализации.

3. Конституционный Суд о конституционно-правовых пробелах в обеспечительном механизме реализации прав и свобод человека и гражданина.

Возможность признания конституционного значения за пробелами не только применительно к самому по себе закону, но и к обеспечительному механизму реализации на его основе прав и свобод человека и гражданина имеет принципиальное значение. Это в конечном счете означает, что, например, в силу отсутствия надлежащего материально-финансового обеспечения, ущербности, пробельности организационно-правовых процедур реализации конкретного конституционного права обращение в КС РФ может быть признано конституционно значимым, т.е. допустимым, и, стало быть, оно может быть рассмотрено КС РФ в силу пробельности самого механизма реализации конституционных прав и свобод.

Анализ практики КС РФ позволяет выделить ряд основных ситуаций пробельности в обеспечительном механизме реализации прав и свобод человека и гражданина.

Во-первых, это *пробелы в системе гарантирования прав и свобод человека и гражданина*. Соответствующие вопросы затрагивались в ряде решений КС РФ. Так, весьма серьезной формой проявления конституционной пробельности в механизме гарантирования конституционных прав является *неполнота урегулирования механизма судебной защиты*, имея в виду, что право на судебную защиту является абсолютным и универсальным. В Определении от 18 сентября 2014 г. № 1828-О КС РФ исследовался вопрос, касающийся отсутствия специального механизма судебного обжалования решений уполномоченных органов по вопросам об освобождении от уголовной ответственности и от наказания в связи с амнистией. КС РФ отметил, что правовой институт амнистии является межотраслевым и включает в себя нормы конституционного, уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного права. При наличии пробела в вопросах процедуры судебного обжалования решения должностного лица исполнительного учреждения или следственного изолятора должна применяться — впрямь до принятия нормативного правового акта, регулирующего эти вопросы, — непосредственно ст. 46 (ч. 1 и 2) Конституции РФ, которая гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод и по смыслу которой решения и действия (бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц, в результате которых нарушены права и свободы гражданина или созданы препятствия для осуществления гражданином его прав и свобод, в том числе права на доступ к правосудию, могут быть обжалованы в суд.

Пробел в системе гарантирования прав и свобод может быть обусловлен также *неурегулированностью порядка согласованной реализации коллизионных конституционных прав*. Например, в Постановлении КС РФ от 2 июня 2013 г. № 15-П²³ был сделан вывод о противоречии Конституции положений ч. 3 и 10 ст. 40 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской

²² См., например: Определение КС РФ от 8 февраля 2001 г. № 33-О // Вестник КС РФ. 2001. № 2.

²³ Постановление КС РФ от 27 июня 2013 г. № 15-П // СЗ РФ. 2013. № 27. Ст. 3647.

Федерации», поскольку эти законоположения — при отсутствии в системе действующего правового регулирования специальных правовых механизмов согласованного взаимодействия института судебной защиты прав лица, удаленного в отставку с должности главы муниципального образования, и института досрочных выборов главы муниципального образования — допускают в правоприменительной практике проведение таких досрочных выборов до разрешения судом вопроса о законности удаления главы муниципального образования в отставку и тем самым не гарантируют возможность реального восстановления его прав в случае признания судом соответствующего решения представительного органа местного самоуправления незаконным.

Разновидностью рассматриваемой категории пробелов является *неполнота финансового гарантирования реализации конституционных прав*. В Постановлении от 14 мая 2013 г. № 9-П²⁴ КС РФ дисквалифицировал положения п. 4 ст. 26 Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ, поскольку они, четко не определяя источник финансирования компенсации неработающим гражданам, получающим трудовую пенсию или пенсию по государственному пенсионному обеспечению, расходов, связанных с выездом из районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей, допускают — по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, — возможность лишения данной категории граждан права на эту компенсацию.

Во-вторых, следует выделить *пробелы в организационно-процедурном механизме реализации прав и свобод человека и гражданина*.

Так, неурегулированность вопроса о порядке подачи уведомления о проведении публичного мероприятия, когда общеустановленный срок подачи уведомления в целом приходится на нерабочие праздничные дни, была оценена КС РФ как влекущая нарушение права на свободу мирных собраний, поскольку это лишало заинтересованных лиц возможности правомерно провести желаемое мероприятие в значимую для них дату²⁵. Как установил КС РФ, для достижения целей мероприятия дата его проведения (число определенного месяца) может иметь особое значение. Например, если данное публичное мероприятие неразрывно связано с этой датой или годовщиной определенного события. Поэтому отсутствие возможности провести подобное мероприятие в указанном случае без конституционных оснований может рассматриваться как умаление права на свободу мирных собраний. Законодатель ввел конкретные временные границы для направления уведомлений (минимальный и максимальный срок). Вместе с тем случай, когда этот срок полностью приходится на нерабочие праздники, он не урегулировал. Предполагается, что субъекты РФ могут восполнить этот пробел. В частности, это может обеспечиваться на основе привлечения гражданских служащих соответствующих органов публичной вла-

сти к исполнению служебных обязанностей в нерабочие праздничные дни в целях гарантирования реализации гражданами права на свободу мирных собраний.

Вместе с тем в Постановлении от 22 декабря 2015 г. № 34-П²⁶ КС РФ в целях преодоления пробела, связанного с отсутствием в избирательном законодательстве прямо установленных правил представления в избирательную комиссию документов о выдвижении находящегося под домашним арестом гражданина кандидатом на выборах (при наличии регулирования такого порядка для случаев выдвижения кандидатом гражданина, содержащегося под стражей), воспользовался инструментарием конституционно-судебного истолкования. Было констатировано, что проверяемые нормы п. 5 ст. 33 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и ч. 8 ст. 32 Избирательного кодекса города Москвы по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего правового регулирования предполагают, что необходимые документы от указанного лица могут быть представлены в избирательную комиссию его защитником по уголовному делу, имеющим статус адвоката, на основании документов, подтверждающих полномочия защитника, а также иными лицами — на основании нотариально удостоверенной доверенности. При этом вместе с документами о выдвижении гражданина в качестве кандидата на выборах в органы государственной власти или органы местного самоуправления в соответствующую избирательную комиссию должна быть представлена копия постановления суда об избрании в отношении его меры пресечения в виде домашнего ареста; подпись гражданина на заявлении о согласии баллотироваться по соответствующему избирательному округу, а также копия паспорта, если закон требует ее представления, должны быть заверены нотариально, в связи с чем гражданину должна быть предоставлена возможность воспользоваться услугами нотариуса с учетом установленного постановлением о домашнем аресте запрета на общение с определенными лицами.

Пробельность организационно-процедурного механизма реализации конституционных прав может быть связана также с *рассогласованностью законодательства*, которая может возникать в рамках столкновения различных общих норм в отсутствие специальных правил, касающихся определенных групп правоотношений. Так, в Постановлении КС РФ от 17 июня 2014 г. № 18-П²⁷ выявлена рассогласованность в правовом регулировании порядка приобретения и хранения оружия, имеющего культурную ценность, в том числе старинного (антикварного) холодного оружия, и, соответственно, неопределенность в правилах его продажи гражданами. Данный пробел — отсутствие специальной правовой регламентации порядка продажи такого оружия — приводит, как установил КС, к необходимости выбора в

²⁴ Постановление КС РФ от 14 мая 2013 г. № 9-П // СЗ РФ. 2013. № 21. Ст. 2692.

²⁵ Постановление КС РФ от 13 мая 2014 г. № 14-П // СЗ РФ. 2014. № 21. Ст. 2764.

²⁶ Постановление КС РФ от 22 декабря 2015 г. № 34-П // СЗ РФ. 2015. № 52 (часть I). Ст. 7683.

²⁷ Постановление КС РФ от 17 июня 2014 г. № 18-П // СЗ РФ. 2014. № 26 (Ч. II). Ст. 3633.

конкретной правоприменительной ситуации между общими нормами различной отраслевой природы, одни из которых не учитывают возможную опасность этого оружия для жизни и здоровья людей, а другие — его культурную (историческую) значимость.

В-третьих, к нарушению конституционных прав может приводить также *пробельность в регулировании порядка реализации мер ограничения конституционных прав*. В Постановлении от 6 декабря 2011 г. № 27-П²⁸ предметом проверки КС РФ были нормы, которые непосредственно ограничивали право человека на физическую свободу и личную неприкосновенность: законодатель четко не регламентировал предельную продолжительность такой меры пресечения, как домашний арест, в отличие от содержания под стражей. На практике это приводит к тому, что срок применения домашнего ареста не ограничивается (т.е. может реализовываться вплоть до вынесения судом приговора). Данный пробел приводит к тому, что названные временные пределы устанавливаются в произвольном порядке и исключительно по правоприменительному решению. Более того, подобное не исключает того, что лицо может пребывать под домашним арестом с превышением не только предельного времени содержания под стражей, но и сроков наказания.

В-четвертых, отсутствие дифференциации в правовом регулировании также рассматривается как разновидность пробела, например, в Постановлении КС РФ от 10 октября 2013 г. № 20-П²⁹. КС РФ констатировал, что недопустимо бессрочное и недифференцированное ограничение пассивного избирательного права в отношении граждан Российской Федерации, осужденных к лишению свободы за совершение тяжких и (или) особо тяжких преступлений.

В Постановлении КС РФ от 21 октября 2014 г.³⁰ предметом рассмотрения стали нормы о наложении ареста на имущество, находящееся у других лиц. Речь шла о лицах, которые не являются подозреваемыми, обвиняемыми или теми, кто по ГК РФ несет ответственность за вред, причиненный преступлением. Такой арест допускается, если есть достаточные основания полагать, что имущество получено в результате преступления. КС РФ счел нормы неконституционными. Они являются таковыми в той мере, в какой не предусматривают надлежащий правовой механизм, применение которого — при сохранении баланса между публично-правовыми и частноправовыми интересами — позволяло бы эффективно защищать в судебном порядке права и законные интересы лиц, не являющихся подозреваемыми, обвиняемыми или гражданскими ответчиками по уголовному делу, право собственности которых ограничено чрезмерно длительным наложением ареста на принадлежащее им имущество, предположительно полученное в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого, применение которого позволяло бы защитить в судебном порядке права и интересы упомянутых лиц. Имеются в виду ситуации,

когда такой арест применяется чрезмерно долго. Дело в том, что закон не устанавливает его максимальный срок. Причем первоначально такой арест накладывается в неотложной ситуации. Поэтому и пролонгироваться он должен с учетом данных, которые получены в результате дальнейшего расследования.

Не менее значимой является в этом плане частно-правовая сфера реализации прав граждан, требующая дифференцированного подхода в процессе правового регулирования. Сегодня проблема неформального, дифференцированного регулирования соответствующей сферы общественных отношений приобретает особое значение с точки зрения, например, требований социальной справедливости, с одной стороны, и исполнения судебных решений в сфере имущественных отношений гражданско-правового характера, а также развития рыночных отношений — с другой. Это находит свое подтверждение в деле, по итогам которого было принято Постановление от 24 марта 2015 г. № 5-П³¹. Предметом рассмотрения КС РФ стала норма ст. 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации», которой, в исключение из общего правила, не предусмотрено прекращение права пользования жилым помещением бывшими членами семьи собственника в отношении приватизированного жилого помещения, если в момент приватизации данного помещения указанные лица имели равные права пользования этим помещением с лицом, его приватизировавшим. Своего рода нормативно установленный «правовой пробел» в этой части был обусловлен тем, что наниматель жилого помещения по договору социального найма и проживающие совместно с ним члены (бывшие члены) его семьи до приватизации данного жилого помещения имеют равные права и обязанности, включая право пользования жилым помещением, и что реализация права на приватизацию жилого помещения поставлена в прямую зависимость от согласия всех лиц, занимающих его по договору социального найма, которое предполагает достижение договоренности о сохранении за теми из них, кто отказался от участия в приватизации, права пользования приватизированным жилым помещением.

Для иных лиц подобных гарантий законодательно не установлено, однако КС РФ столкнулся с тем, что сложившаяся правоприменительная практика расширила сферу действия приведенного законоположения путем его применения по аналогии к членам семьи собственника жилого помещения в доме жилищного или жилищно-строительного кооператива: защита их прав наравне с правами членом семьи собственника жилого помещения, отказавшихся от приватизации в его пользу, обосновывается на практике тем, что члены семьи лица, принятого в члены жилищно-строительного кооператива, приобретали право пользования предоставленным ему по ордеру жилым помещением, основанное на решении общего собрания членом кооператива, и сохраняли это право в дальнейшем. Обратившийся в КС РФ гражд-

²⁸ Постановление КС РФ от 6 декабря 2011 г. № 27-П // СЗ РФ. 2011. № 51. Ст. 7552.

²⁹ Постановление КС РФ от 10 октября 2013 г. № 20-П // СЗ РФ. 2013. № 43. Ст. 5622.

³⁰ Постановление КС РФ от 21 октября 2014 г. № 25-П // СЗ РФ. 2014. № 44. Ст. 6128.

³¹ СЗ РФ. 2015. № 14. Ст. 2197.

данин, ставший приобретателем заложенного жилого помещения в доме жилищно-строительного кооператива и столкнувшийся с невозможностью выселения проживающих в нем членов семьи бывших собственников, настаивал на том, что такое правовое регулирование в истолковании судебной практикой нарушает его конституционное право частной собственности.

При решении этого трудного вопроса КС РФ в принципиальном плане не отверг возможности установления специальных гарантий для членов семьи бывшего собственника жилого помещения в доме жилищно-строительных кооперативов, однако указал на то, что такие гарантии, поскольку они одновременно обременяют нового собственника, должны вводиться законодательно и быть четко формализованы. При отсутствии же законодательных норм, прямо регулирующих вопрос о возможности сохранения за членами семьи прежнего собственника жилого помещения в случае его отчуждения с публичных торгов права пользования этим жилым помещением, применение по аналогии закона оспариваемой нормы не только существенно ограничивает право собственности приобретателя такого жилого помещения и не обеспечивает адекватный механизм судебной защиты данного права, но и создает неопределенность в правовом положении чле-

нов семьи прежнего собственника отчуждаемого жилого помещения. Поэтому оспариваемое положение ст. 19 Вводного закона к Жилищному кодексу РФ было признано не соответствующим Конституции РФ, а федеральному законодателю поручено внести изменения в правовое регулирование, направленные на обеспечение баланса прав и законных интересов заинтересованных лиц.

Таким образом, критерием решения конкретных судебных споров, вытекающих из действующего отраслевого правового регулирования и его пробельности, должны быть конституционные начала поиска баланса ценностей и несовпадающих интересов участников как публичных, так и частноправовых отношений. В основе таких решений лежит Конституция РФ, сущностные и формально-юридические характеристики которой воплощают основополагающие аксиологические начала выявления, преодоления и устранения приобретающих конституционный характер правовых пробелов. При этом опыт конституционного судопроизводства свидетельствует о существенной роли КС РФ в обеспечении прав и свобод граждан посредством принятия мер, направленных на преодоление правовой пробельности, осложняющей или блокирующей реализацию конституционно защищаемых прав и законных интересов граждан.

Правомерность оперативно-розыскных мероприятий и оценка действий лиц, их осуществляющих (на основе правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека)

*Вагин Олег Александрович,
начальник Управления конституционных основ уголовной юстиции
Конституционного Суда Российской Федерации,
Заслуженный юрист Российской Федерации,
кандидат юридических наук, доцент
Oleg.Vagin@ksrf.ru*

В статье анализируются положения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», уголовного закона, правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека в контексте определения правомерности проведения оперативно-розыскных мероприятий и оценки действий лиц, их осуществляющих, на предмет провокации и уголовной противоправности.

Ключевые слова: безопасность, оперативно-розыскная деятельность, оперативно-розыскные мероприятия, права человека, провокация.

Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее — Закон об ОРД), определяющий содержание оперативно-розыскной деятельности (ОРД), осуществляемой на территории Российской Федерации, и закрепляющий систему гарантий законности при проведении оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ), ориентирует эту деятельность на защиту конституционно признанных ценностей — жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств, выступающих целью ОРД, инструментальным средством достижения которой являются именно оперативно-розыскные мероприятия. В случаях, когда эти конституционные ценности становятся объектом преступных посягательств, государство в силу требований ст. 71 (п. «в», «м» и «о») Конституции Российской Федерации обязано обеспечить их надлежащую защиту, в том числе путем применения гласных и негласных методов и средств, альтернативы которым ни мировое сообщество, ни российская практика на протяжении многовековой истории борьбы с преступностью так и не выработали. По существу, от того, что представляет собой этот инструментарий, кто и как использует его применительно к решению задач этой деятельности, зависит состояние общественной и государственной безопасности Рос-

сийской Федерации, а также находящееся в прямой взаимосвязи с ним состояние защищенности прав и свобод личности, поскольку именно безопасность и правопорядок выступают той благоприятной средой и почвой, на которых «вращиваются» эти права и свободы, обязанность соблюдения и защиты которых возлагается на государство.

Именно поэтому Конституция Российской Федерации (ст. 55, ч. 3) 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, допускает ограничение федеральным законом прав и свобод человека и гражданина, обязывая тем самым осуществлять такую защиту и связанные с ней ограничения исключительно в рамках правового поля. Лишь на основании федерального закона допускается ограничение прав и свобод, соразмерное ценности защищаемого права и общего блага. Как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации, публичные интересы, перечисленные в ст. 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации, оправдывают правовые ограничения прав и свобод, только если такие ограничения адекватны социально необходимому результату¹. При этом отказ государства или отдельных его органов, наделенных правом на осу-

¹ Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 14-П, от 11 марта 1998 г. № 8-П, от 18 февраля 2000 г. № 3-П, от 30 октября 2003 г. № 15-П, от 19 апреля 2010 г. № 8-П, от 22 июня 2010 г. № 14-П, от 29 июня 2012 г. № 16-П, от 5 декабря 2012 г. № 30-П и др. URL: www.ksrf.ru

шествление оперативно-розыскной деятельности, от использования оперативно-розыскных средств и методов для решения задач ОРД, в числе которых — выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, напротив, может свидетельствовать о халатности, попустительстве совершению преступлений, об отказе от выполнения органом, осуществляющим ОРД, своих обязанностей, предусмотренных законом, в том числе Законом об ОРД, а государством — от функции защиты физических и юридических лиц от преступных посягательств.

Тем самым на государство возлагается обязанность установить в законодательстве и обеспечить в правоприменении такой непротиворечивый и рациональный порядок, определяющий средства и тактику добывания информации о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу безопасности личности, обществу и (или) государству, противодействия преступности, который обеспечивал бы защиту личности от преступных посягательств, общественную и государственную безопасность, а также обеспечение и защиту прав и законных интересов всех участников этих правоотношений — потерпевших от преступлений, выявляемых и устанавливаемых лиц, причастных к подготовке или совершению преступлений, лиц, являющихся источниками информации о преступлениях и подозреваемых в них лицах, лиц, привлекаемых для участия в оперативно-розыскной деятельности, а также самих субъектов ОРД, деятельность которых характеризуется повышенным риском.

Это связано с тем, что оперативно-розыскная деятельность, имеющая во многом (преимущественно) негласный характер, по самой своей сути сопряжена с ограничениями прав граждан, в том числе не являющихся объектами этой деятельности. В рамках этой деятельности, хотя и при защите жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также для обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств, Законом об ОРД (часть четвертая ст. 16) допускается вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам должностным лицом органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо лицом, оказывающим ему содействие, совершаемое при правомерном выполнении указанным лицом своего служебного или общественного долга. С объективной стороны ряд оперативно-розыскных мероприятий имеет сходство с признаками отдельных составов преступлений². При этом спектр действий участников ОРД, напоминающих преступления, достаточно широк. В частности, в таких ОРМ, как оперативный эксперимент, оперативное внедрение, проверочная закупка, присутствуют как минимум элементы провокации преступления, не считая признаков получения-дачи взятки, приобретения предметов, изъятых из гражданского оборота, соучастия в преступлении и др. По существу, применительно к проведению этих мероприятий усматривает про-

вокацию и Европейский Суд по правам человека³. Многочисленные материалы жалоб, поступающих в Конституционный Суд Российской Федерации, также свидетельствуют о том, что в судебном процессе по уголовным делам о коррупции, о незаконном обороте наркотиков защита, как правило, ставит вопрос о провокационности действий субъектов ОРД, нередко требуя привлечения участников ОРМ к ответственности, квалифицируя их действия как превышение должностных полномочий или злоупотребление должностными полномочиями.

Для таких суждений и оценок есть как фактические (объективные), так и юридические (правовые) предпосылки и основания. Так, оперативный эксперимент, как оперативно-розыскное мероприятие, состоит в негласном контроле за специально созданной и управляемой ситуацией в целях выявления, предупреждения, пресечения, раскрытия преступлений и изобличения лиц, обнаруживших и (или) реализующих преступные замыслы. При этом провокацию взятки либо коммерческого подкупа, как преступления (ст. 304 УК Российской Федерации) образует попытка передачи должностному лицу либо лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческих или иных организациях, без его согласия денег, ценных бумаг, иного имущества или оказания ему услуг имущественного характера в целях искусственного создания доказательств совершения преступления либо шантажа. Тем самым содержание оперативного эксперимента включает специальное, а по сути искусственное, создание ситуации не только в целях предупреждения, пресечения, раскрытия преступлений, но и их выявления, а также изобличения лиц, не только реализующих преступные замыслы, но и лишь обнаруживших их. Кроме того, оно включает документирование (фиксацию) таких действий в качестве результатов ОРД, которые могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, использоваться в доказывании по уголовным делам, для подготовки и осуществления следственных и судебных действий. Искусственное же создание доказательств совершения преступления включено в качестве цели провокации взятки либо коммерческого подкупа как преступления. Следовательно, сам факт проведения оперативного эксперимента применительно к выявлению взятки может рассматриваться на предмет отсутствия или наличия признаков провокации в действиях лиц, проводивших это оперативно-розыскное мероприятие, завершившееся задержанием с поличным лица при получении взятки.

Основная масса фактов сбыта предметов и вещей, запрещенных в свободном обороте, выявляется и пресекается путем проверочной закупки, для проведения которой привлекаются лица, «заслуживающие доверие» у их сбытчиков, причем по существу самой такой сделки инициатива на приобретение предметов или вещей исходит от закупщика, поскольку сбытчики, как правило, сами первыми, прямо и недвусмысленно не предлагают предмет приобретения-сбыта, а скрывают свое противоправное

² Сам факт участия в ОРМ исключает противоправность в действиях лица, хотя и имеющих некоторое сходство с составами преступлений, например приобретение оружия, дача или получение взятки, перевозка наркотических средств и др.

³ Виткаускас Довидас, Диков Григорий. Защита права на справедливое судебное разбирательство в рамках Европейской Конвенции о защите прав человека. Серия пособий Совета Европы. Воронеж : ООО Фирма «Элист», 2014. С. 105–113.

поведение, используя конспирацию и иные приемы, маскирующие их противоправные намерения и преступные действия. Соответственно, применительно к выявленным и раскрытым путем осуществления ОРД преступлениям с проведением таких мероприятий нередко и ставится вопрос об имевшей место провокации в отношении лиц — объектов таких ОРМ. Судебная практика идет по пути выяснения при рассмотрении уголовных дел о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими веществами, обстоятельство проведения ОРМ на предмет отсутствия или наличия признаков провокации, что мотивируется в приговоре.

Учитывая, что Закон об ОРД прямо запрещает подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация) (часть восьмая ст. 5), поведение участников ОРМ, выходящих за рамки Закона об ОРД, или осуществленных в нарушение этого запрета, квалифицируется в качестве злоупотребления должностными полномочиями (ст. 285 УК Российской Федерации) или превышения должностных полномочий (ст. 286 УК Российской Федерации). В результате лица, осуществляющие ОРД и (или) оказывающие им содействие, выполняющие профессиональный или общественный долг, могут оказаться в числе подозреваемых в совершении преступления, а то и обвиняемыми в них за совершение действий, по сути предусмотренных законом.

Тем самым в оперативно-розыскной деятельности перед субъектами ОРД ставится весьма сложная проблема выбора и осуществления тактики проведения оперативно-розыскных мероприятий, обеспечивающей одновременно решение задач и достижение целей ОРД, соблюдение прав и законных интересов лиц — объектов оперативно-розыскных мероприятий, и при этом исключающей оценку их поведения в качестве провокации, гарантирующей сотрудникам оперативных подразделений собственную безопасность и уголовно-правовую неприкосновенность.

Вместе с тем в вопросе о понятии провокации преступления, ее отграничении от тактики и (или) содержания отдельных оперативно-розыскных мероприятий определенность отсутствует. По существу, закон не дает единого содержательного понятия провокации, как запрещенного законом, в том числе уголовным законом, деяния, позволяющего разграничить правомерное и противоправное поведение участников оперативно-розыскных мероприятий.

Так, применительно к провокации взятки либо коммерческого подкупа (ст. 304 УК Российской Федерации), признаком состава которой выступает искусственное создание доказательств совершения преступления, провокация может рассматриваться в качестве частного случая фальсификации результатов ОРД. Именно поэтому, как отмечается в п. 34 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2013 г. № 24 (ред. от 03.12.2013) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях», от преступления, предусмотренного ст. 304 УК Российской Федерации, следует отграничивать подстрекательские действия сотрудников правоохранительных органов, спровоцировавших должностное лицо или лицо, выполняющее управленческие функции в

коммерческой или иной организации, на принятие взятки или предмета коммерческого подкупа.

Соответственно, принятие должностным лицом либо лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, при указанных обстоятельствах денег, ценных бумаг, иного имущества или имущественных прав, а равно услуг имущественного характера, не может расцениваться как уголовно наказуемое деяние, предусмотренное ст. 304 УК Российской Федерации, поскольку такое лицо приняло предмет взятки, что исключает признак «без согласия». Тем самым и по смыслу уголовного закона, его ст. 304, и по смыслу, придаваемому этой статье судебной практикой, выраженной в указанном постановлении, выполнение взяткополучателем объективной стороны получения взятки не образует признаков ее провокации, что, однако, не исключает провокации в ином ее значении.

Так, в Законе об ОРД провокация отождествляется с подстрекательством, склонением, побуждением в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (часть восьмая ст. 5), что применительно к уголовному закону содержит признаки соучастия в преступлении (ст. 32 и 33, часть четвертая УК Российской Федерации).

Однако нельзя одновременно и соучаствовать в преступлении, и участвовать в его выявлении. Одно и то же действие лица, пресекающего преступное поведение задержанием лица с поличным, не может оцениваться одновременно и как соучастие в преступлении, и как участие в выявлении и пресечении того же преступления.

Следует отметить, что провоцировать можно на совершение любого преступления, в том числе на дачу взятки, а не только на ее получение, однако специальная норма, устанавливающая провокацию и ответственность за нее, определена лишь применительно к получению взятки или коммерческого подкупа. Оперативный эксперимент проводится не только применительно к пресечению взятки или коммерческого подкупа, но и иных преступлений, в том числе насильственных преступлений против личности, с целью побуждения объектов этого мероприятия, в том числе и не конкретизированных персонально, к поведению, обнаруживающему их преступные намерения, с тем чтобы обеспечить их изобличение и задержание с поличным, однако судебная практика не дает разъяснений на этот счет, а потому не ставит вопрос как об освобождении таких лиц от уголовной ответственности ввиду отсутствия события или состава преступления в их действиях, так и о наличии провокации в действиях субъектов ОРМ ввиду нарушения ими требований ст. 5 Закона об ОРД.

Таким образом, на сегодняшний день при однородных по своей природе правоотношениях и единых (равных или сходных) действиях, осуществляемых в рамках проведения одних и тех же оперативно-розыскных мероприятий, существуют различные правила как квалификации деяния лиц — объектов оперативно-розыскных мероприятий, так и правовой оценки в качестве провокации действий лиц, выявляющих и пресекающих деяния, образующие состав преступления.

Между тем, как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации, из принци-

па юридического равенства применительно к реализации конституционного права на судебную защиту вытекает требование, в силу которого однородные по своей юридической природе отношения должны регулироваться одинаковым образом; соблюдение конституционного принципа равенства, гарантирующего защиту от всех форм дискриминации при осуществлении прав и свобод, означает, помимо прочего, запрет вводить такие ограничения в правах лиц, принадлежащих к одной категории, которые не имеют объективного и разумного оправдания (запрет различного обращения с лицами, находящимися в одинаковых или сходных ситуациях)⁴. Соответственно, не должны иным образом толковаться и нормы, регулирующие такие однородные отношения, в том числе применительно к подобным или сходным ситуациям.

Термин «провокация» в его лексическом значении является синонимом слов «побуждение», «возбуждение», «подстрекательство». Провокация в различных словарях, рассматривается как действие с целью вызвать предсказуемую ответную реакцию; как диагностическая процедура; как подстрекательство кого-нибудь к таким действиям, которые могут повлечь за собой тяжелые для него последствия; как деяние, заключающееся в засылке в ряды организации (или вербовка из числа неустойчивых членов этой организации) своих тайных агентов, которые осведомляют полицию о деятельности лиц или организации, выдают полиции ее участников, а также вызывают организации на такие действия, которые могут вести к их ликвидации; деятельность тайных агентов, проникших с целью шпионажа и вредительства.

Поскольку оперативно-розыскная деятельность базируется на привлечении тайных источников информации, направлена на выявление и изболечение лиц, совершивших преступления, а потому ведет к неблагоприятным для них последствиям, постольку она может расцениваться в качестве провокации, как это следует из лексического значения и толкования провокации. Провокацией по указанному значению термина, во всяком случае, является проведение оперативного внедрения, а также любых других оперативно-розыскных мероприятий, направленных на выявление преступления, как диагностику преступного поведения.

Тем самым содержание термина «провокация» в качестве недопустимой формы поведения при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, придающее этой деятельности негативный оттенок, требует либо четкого его законодательного определения, адаптированного для целей ОРД, либо отказа от

его употребления в правоприменительной практике ввиду неопределенности его содержания и юридического значения. При этом следует учитывать, что введение в законодательный оборот такого термина, придающего установленной законом юридической деятельности заведомо негативную оценку, уже само по себе настраивает и на оценку в качестве противоправного поведения лиц, ее осуществляющих⁵.

Полагаю, что употребление термина «провокация» в содержании некоторых решений Европейского Суда по правам человека, а также его толкование, даваемое этим Судом, вряд ли может служить опорой и основанием для его использования в отечественной правоприменительной практике, а тем более в оценке отечественным правоприменителем поведения субъектов ОРД в качестве противоправных, а тем более криминальных действий.

В частности, оценку действиям в качестве провокационных ЕСПЧ дает исходя из выработанных им критериев, оценивая, могло ли соответствующее преступление быть совершено без вмешательства властей. По мнению ЕСПЧ, «полицейская провокация случается тогда, когда задействованные должностные лица, являющиеся или сотрудниками органов безопасности, или лицами, действующими по их указанию, не ограничивают свои действия только расследованием уголовного дела, по существу, неявным способом, а воздействуют на субъект с целью спровоцировать его на совершение преступления, которое в противном случае не было бы совершено, с тем чтобы сделать возможным выявление преступления, то есть получить доказательства и возбудить уголовное дело...»⁶. ЕСПЧ оценивает, имели ли место объективные подозрения в том, что лицо задействовано в преступной деятельности или predisposed к совершению преступления⁷. Национальные власти должны обладать достаточными основаниями для подозрения заявителя в том, что он ранее принимал участие в преступлении (например, сбыте наркотиков)⁸. В соответствии с требованиями Европейского Суда любая предварительная информация, касающаяся существующего намерения совершить преступление, должна быть проверяема⁹. При этом национальные власти должны быть способны продемонстрировать на любой стадии, что они обладают достаточными основаниями для проведения оперативного мероприятия¹⁰.

Учитывает ЕСПЧ и такое обстоятельство — от кого исходила информация о совершающем преступление лице, от частного лица, которое не является представителем государства, не действует в интере-

⁴ Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 24 мая 2001 г. № 8-П, от 3 июня 2004 г. № 11-П, от 15 июня 2006 г. № 6-П, от 5 апреля 2007 г. № 5-П, от 25 марта 2008 г. № 6-П, от 26 февраля 2010 г. № 4-П и др. URL: www.kstrf.ru

⁵ Общеизвестно, что для того, чтобы заведомо «опорочить» действие или идею, достаточно уже того, чтобы придумать им и ввести в оборот неблагозвучный «ярлык». К примеру, «клеймо» — инквизиционный процесс, применяемое в качестве альтернативы процессу состязательному, придает ему негативную психологическую оценку, но стоит обозначить первый в качестве объективного, справедливого, а второй, к примеру, в качестве демагогического, — психологический акцент существенно меняется.

⁶ Постановление ЕСПЧ от 5 февраля 2008 г. по делу «Раманаускас против Литвы». URL: <http://hudoc.echr.coe.int>

⁷ Постановление ЕСПЧ от 4 ноября 2010 г. по делу «Банникова (Bannikova) против Российской Федерации» // Там же.

⁸ Постановления ЕСПЧ по делу «Тейксейра де Кастро против Португалии»; «Еврофинаком против Франции» (Eurofinacom v. France) // Там же.

⁹ Постановления ЕСПЧ по делу «Ваньян против Российской Федерации»; «Худобин против Российской Федерации» // Там же.

¹⁰ Постановление ЕСПЧ от 1 июля 2008 г. по делу «Малининас против Литвы» (Malininas v. Lithuania) // Там же.

сах полиции по ее указанию или под ее контролем, или же от лиц, сотрудничающих с полицией и являющихся их информаторами. При этом полиция, по мнению ЕСПЧ, должна ограничиваться пассивным, по сути, способом расследования преступной деятельности, а оперативно-розыскные мероприятия могут проводиться только после начала преступной деятельности (в переводе — совершения преступления), т.е. как минимум при наличии признаков приготовления к преступлению¹¹.

В делах по жалобам против Российской Федерации Европейский Суд также делал акцент на необходимость наличия ясного и предсказуемого порядка получения разрешения на проведение оперативно-розыскных мероприятий (в решениях — следственных действий), а также осуществления за ними надлежащего надзора со стороны суда или иного независимого органа, а не административного решения органа, который впоследствии и проводил мероприятие¹².

В решениях ЕСПЧ данные критерии применяются комплексно, в различном их сочетании. Вместе с тем представляется, что данные критерии, применяемые к оценке наличия или отсутствия провокации — как воздействия на субъекта с целью побудить (спровоцировать) его на совершение преступления, которое в противном случае не было бы совершено, противоречат правилам логики, а потому могут демонстрировать некую ангажированность Суда при оценке конкретных обстоятельств.

Так, санкционирование мероприятия независимым органом, прокурором или судом не свидетельствует и не может свидетельствовать о том, что при проведении конкретного мероприятия его участник не воздействует на субъект с целью спровоцировать его на совершение преступления, не нарушит требования о пассивности наблюдения за ситуацией, не выступит инициатором противоправных действий, а потому не может служить критерием оценки наличия или отсутствия провокации. Участие сотрудника полиции или лица, оказывающего ему содействие в ОРМ, само по себе также не свидетельствует о том, что сам этот факт уже и есть побуждение к действию, которое лицо в иной ситуации не совершило бы. Скорее сам факт отсутствия контроля за таким лицом, во всяком случае, как минимум снижает вероятность, а то и исключает выявление его противоправного (криминального) деяния и изобличение этого лица в его совершении, а не его совершение как таковое. В самом худшем случае — может привести к отсутствию возможности предотвращения общественно опасных последствий, нередко и необратимых.

В этой связи необходимо учитывать, что результативность борьбы с преступностью во многом зависит именно от активности и профессионализма сотрудников оперативных подразделений, которые должны действовать наступательно с тем, чтобы выявить и пресечь преступные действия, предотвратить наступление общественно опасных последствий подготавливаемых и совершаемых преступлений, что имеет большую ценность, чем раскрыть уже совершенное преступление, поскольку объекту посягательства

создается лишь угроза причинения вреда, но не сам вред. В этой связи пассивное наблюдение и выжидательная позиция сотрудников оперативных служб и лиц, оказывающих им содействие, может оказаться губительной для обеспечения безопасности, а потому и требование ЕСПЧ, касающееся их пассивности, может быть приемлемым далеко не всегда, а тем более, когда речь идет о выявлении латентной преступности и о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших такие преступления.

Кроме того, оперативно-розыскные мероприятия в своем большинстве по своей сути предполагают активные действия оперативных сотрудников, а основанием для их проведения выступает информация, в том числе от негласных источников, которую еще только предстоит проверить все теми же методами ОРД.

Согласно Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» основаниями для проведения оперативно-розыскных мероприятий являются ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. При этом эта деятельность, осуществляемая преимущественно негласно, по своему существу не относится к стадии предварительного следствия. Она осуществляется до начала расследования (следствия) как такового, а ее результаты служат (могут служить) основанием для начала уголовного судопроизводства. Информаторы же и на стадии предварительного расследования могут быть участниками уголовно-процессуальных правоотношений и использоваться как свидетели обвинения только после их расшифровки и только при наличии их письменного согласия и в случаях, предусмотренных федеральными законами (часть вторая ст. 12 ФЗ об ОРД). Более того, результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе норм уголовно-процессуального закона. Соответственно, на этой стадии еще нет и не может быть «конкретных и объективных доказательств, свидетельствующих о том, что имеют место приготовления для совершения действий, составляющих преступление, за которое лицо в дальнейшем преследуется, и любая используемая властями информация должна поддаваться проверке», как того требует Европейский Суд.

Кроме того, согласно прямому предписанию уголовно-процессуального закона в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам именно этим Кодексом (ст. 89), устанавливающим, что собирание доказательств осуществляется в ходе

¹¹ Постановления ЕСПЧ по делу «Шаннон против Соединенного Королевства»; «Тейксейра де Кастро против Португалии»; «Банникова (Bannikova) против Российской Федерации» // Там же.

¹² Постановления ЕСПЧ по делу «Ваньян против Российской Федерации»; «Худобин против Российской Федерации» // Там же.

уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных данным кодексом (часть первая ст. 86), а не Законом об ОРД или иным законодательным актом. Что, однако, не исключает признание доказательств, полученных на основе использования результатов ОРД, недопустимыми и не имеющими юридической силы, которые не могут быть положены в основу обвинения и использоваться при доказывании (часть первая ст. 75), что служит гарантией принятия законного и обоснованного решения по уголовному делу в отношении лица, изобличенного в преступлении в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Согласно Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления, является основанием для возбуждения уголовного дела (ст. 140, часть вторая). А потому, по смыслу некоторых приведенных выше правовых позиций ЕСПЧ, проведение негласных операций возможно только при наличии возбужденного уголовного дела, а следовательно, при имплементации решений ЕСПЧ на российскую правоприменительную практику образуется замкнутый круг. ОРМ проводятся потому, что нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела и для того, чтобы либо подтвердить, либо опровергнуть наличие оснований для возбуждения уголовного дела, а их негласное проведение с использованием негласных источников информации для того, чтобы избежать оценки в качестве провокации, возможно лишь тогда, когда есть доказательства приготовления к преступлению.

Более того, Закон об ОРД в качестве задачи оперативно-розыскной деятельности указывает выявление преступлений и лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, а также добывание информации об угрозах безопасности, т.е. проведение ОРМ, задействование лиц, оказывающих содействие органам — субъектам ОРД, когда еще нет сведений ни о конкретных лицах, ни о конкретных преступлениях, ни об угрозах безопасности. Именно поэтому последовательное проведение ОРМ позволяет сначала добыть оперативную информацию, которая может быть «полезна» не только тогда, когда она максимально достоверна и конкретна, но и когда достаточно убедительна, правдоподобна и может быть проверена при помощи иных гласных и негласных источников информации, оперативно-розыскных средств и методов. Именно при таком подходе, а не диктуемом ЕСПЧ, и возможно эффективно выявлять преступления уже на стадии обнаружения умысла и приготовления, предупреждать совершение конкретных преступлений, в том числе путем задержания с поличным лиц, реализующих преступные намерения. В случае же действий оперативных служб как пассивных наблюдателей было бы, по существу, невозможно предупреждать и пресекать на ранних стадиях убийства, теракты и другие тяжкие и особо тяжкие преступления¹³.

Тем самым прямое следование позициям ЕСПЧ и их применение позволяло бы не только стороне защиты ставить под сомнение законность таких оперативно-розыскных мероприятий, как оперативный эксперимент, проверочная закупка, и делать заявления о наличии признаков провокации взятки, злоупотребления полномочиями либо превышения должностных полномочий, а прокуратуре, следствию и суду оценивать действия лиц, выявивших и пресекших, например, коррупционные действия, в качестве провокационных, и квалифицировать их как преступные, но и ставило бы под сомнение саму возможность осуществления ОРД в полном объеме, в полной мере реализовать цели и задачи этой деятельности, достижение которых иными средствами в принципе невозможно.

В этой связи, учитывая, что проведение оперативно-розыскных мероприятий, в том числе проверочной закупки, оперативного эксперимента и других ОРМ, возможно лишь в целях выполнения задач, предусмотренных ст. 2 Закона об ОРД и только при наличии оснований, указанных в его ст. 7, проверочная закупка или контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказывающих им содействие, проводятся на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (часть седьмая ст. 8), чем обеспечивается подтверждение самого факта проведения ОРМ, а не осуществляемого под его видом противоправного деяния, а также наличие оснований для их проведения, что призвано подтвердить саму возможность совершения преступления без вмешательства сотрудников оперативных подразделений и лиц, оказывающих им содействие, а также пресечь преступное поведение лиц, обнаруживших свои намерения. Сам факт задержания лица за преступление при условии обоснованного проведения оперативно-розыскных мероприятий подтверждает осознанное и волевое поведение лица, направленное на преступление, и совершение его без принуждения, вмешательства и подавления свободы воли, а потому исключает оценку действий в качестве незаконных, а поведение объекта ОРМ — в качестве следствия провокации, в результате которой преступление оказалось мнимым, «срежиссированным» оперативными работниками. Тем более если речь идет о множественности эпизодов преступного поведения, в том числе подтвержденных результатами ряда ОРМ, направленных на добывание информации о лицах и фактах, представляющих оперативный интерес, на выявление лиц, чье поведение дает основания для подозрений в преступлении, на проверку и подтверждение информации о преступлении, причастности к нему конкретного лица, на установление проявления лицом противоправных намерений, выявление соучастников пре-

¹³ Согласно уголовному закону мысли о преступлении не являются уголовно наказуемыми. Вместе с тем обнаружение умысла уже не может оставаться без оперативного контроля, особенно когда он касается действий, имеющих повышенную общественную опасность.

ступления, на пресечение преступления и задержания лица с поличным.

Вместе с тем, учитывая неоднозначность правоприменительной практики, а также наличие множественных спорных вопросов, возникающих при проведении ОРМ и оценке их правомерности, в том числе высказанных автором статьи, который отдает себе отчет в том, что закон и практика его применения должны быть достаточно сбалансированы и служить надежным средством, обеспечивающим законность, защиту прав личности и иных конституционных ценностей, тем более когда речь идет о негласной деятельности, в обязательном порядке необходимо законодательно закрепить содержание всех ОРМ, предусмотренных ст. 6 Закона об ОРД, а также внести поправку в его ст. 5, устраняющую некорректность положения, определяющего содержание провокации. При этом если рассматривать провокацию в качестве правового явления, то должно иметь место и законодательное закрепление его сущности и содержания, позволяющее в равной мере применять это законоположение ко всем сходным или подобным правоотношениям, ко всем мероприятиям, проводимым для выявления или раскрытия любых преступлений, а не только имеющих коррупционную направленность или связанных с незаконным оборотом наркотических средств. В противном случае отсутствует единый и равный подход применительно как к оценке действий лиц, осуществляющих ОРД, так и к защите прав лиц, в отношении которых проводятся оперативно-розыскные мероприятия.

В этой связи и понимание сущности, и употребление критериев провокации требует критического осмысления как в законодательстве, так и в правоприменении. При этом с крайней осторожностью следует переносить критерии ЕСПЧ на почву российской правоприменительной практики с тем, чтобы в итоге не блокировать проведение ОРМ, не снизить защиту интересов личности от криминальных угроз, а также достигнутый уровень общественной и государственной безопасности, в целях защиты которого Конституция Российской Федерации и допускает ограничение прав и свобод человека и гражданина. С тем, чтобы в погоне за показателями ведомственной отчетности не прибегать к напрасному возбуждению уголовных дел в отношении лиц, осуществляющих ОРД, и не «подавить» их оперативную активность при исполнении своей функции в непростых условиях криминальной, коррупционной, политической, экономической, правовой действительности.

Лица, осуществляющие ОРД, действуют зачастую в ситуации непредсказуемости событий и действий объектов ОРМ, в ситуации риска, усугубляемого неопределенностью и сложностью правового регулирования, правильное применение которого и соответствующий которому адекватный выбор поведения, особенно в условиях ограниченности времени, крайне затруднен, а нередко и невозможен. Тем более с учетом позиции «высоких» стандартов

ЕСПЧ, по поводу применимости которых вступают в спор не только отдельные лица, но и государственные органы.

Как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, сила решений Европейского Суда по правам человека имеет определенные предметные и субъектные пределы и по общему правилу распространяется на судебные акты, вынесенные по конкретному делу и в отношении конкретного заявителя; такой вывод учитывает специфику судопроизводства в Европейском Суде, который выносит свои решения преимущественно на основе анализа фактических обстоятельств конкретного дела¹⁴, а потому содержащиеся в мотивировке постановлений ЕСПЧ правовые позиции сами по себе не порождают правовых норм прямого действия.

Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно отмечал, что заключение Россией, как членом мирового сообщества, в котором действуют общепризнанные принципы и нормы международного права, международных договоров и участие в межгосударственных объединениях с передачей им части своих полномочий (Преамбула; ст. 1, ч. 1; ст. 15, ч. 4; ст. 17, ч. 1; ст. 79 Конституции Российской Федерации) не означает ее отказ от государственного суверенитета, относящегося к основам конституционного строя и предполагающего верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти, полноту законодательной, исполнительной и судебной власти государства на всей его территории и независимость в международном общении¹⁵. Согласно ст. 71 (п. «в», «м», «о») Конституции Российской Федерации регулирование и защита прав и свобод человека и гражданина, оборона и безопасность, уголовное и процессуальное законодательство относится к ведению Российской Федерации, а потому решения Европейского Суда по правам человека, как непосредственно не рассчитанные на регулирование оперативно-розыскных, уголовно-правовых, уголовно-процессуальных правоотношений, нуждаются в критической оценке во всех случаях их имплементации в правовое обеспечение оперативно-розыскных действий, в особенности в контексте квалификации таких действий в качестве противоправных, а тем более преступных.

В этой связи именно российский законодатель и правоприменитель обязаны в рамках своей правовой системы, основанной на верховенстве Конституции Российской Федерации, определить правовое регулирование, отвечающее требованиям правовой определенности, и точное его применение, обеспечивающее правомерность действий и неприкосновенность лиц, осуществляющих свои обязанности в ОРД и применяющих средства и тактику защиты личности от преступных посягательств, а также общественную и государственную безопасность, заслуженное доверие к государству и его органам лиц, вовлеченных в оперативно-розыскные отношения.

¹⁴ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 7 июня 2011 г. № 853-О-О, от 4 апреля 2013 г. № 505-О, от 22 апреля 2014 г. № 914-О, от 24 марта 2015 г. № 620-О и др. URL: www.ksrf.ru

¹⁵ Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 7 июня 2000 г. № 10-П, от 14 июля 2015 г. № 21-П // Там же.

Предоставление межбюджетных субсидий и позиции Конституционного Суда Российской Федерации

*Ильин Антон Валерьевич,
доцент кафедры государственного
и административного права
юридического факультета СПбГУ,
кандидат юридических наук
Anton.Ilyin@ksrf.ru*

В статье рассматривается влияние правовых позиций Конституционного Суда на решение вопроса о необходимости предоставления Российской Федерацией межбюджетных субсидий субъектам Российской Федерации.

Ключевые слова: правовые позиции Конституционного Суда, расходы бюджета, межбюджетные трансферты.

Общеизвестно, что постановления Конституционного Суда Российской Федерации имеют огромное значение для развития отечественного законодательства, и мы не собираемся это здесь повторять. К примеру, несмотря на то что Конституционный Суд принял сравнительно немного постановлений в отношении норм бюджетного права, все они оказали и оказывают до сих пор существенное влияние на состояние законодательства в этой чрезвычайно важной области государственной жизни.

Подчас Конституционный Суд в своих решениях закладывает позиции, значительно опережающие развитие той или иной отрасли права, что влечет необходимость переосмысления (а зачастую и пересмотра) не только тех норм, что стали предметом рассмотрения Конституционного Суда, но и целых правовых институтов. Реже встречаются случаи, когда позиция Конституционного Суда, на первый взгляд кажущаяся революционной, в действительности полностью укладывается в логику развития соответствующих норм. Именно подобную ситуацию мы бы хотели проиллюстрировать на конкретном примере в настоящей статье.

Принцип самостоятельности бюджетов, состоящий, в частности, в том, что одно публично-правовое образование не может требовать от другого публично-правового образования предоставления бюджетных средств для исполнения собственных расходных обязательств (абз. 6 ст. 31 Бюджетного кодекса РФ), красной нитью пронизывает бюджетное законодательство. При этом допускается возможность для органов государственной власти и органов местного самоуправления предоставлять средства

из бюджета на исполнение расходных обязательств, устанавливаемых иными органами государственной власти и органами местного самоуправления (абз. 7 ст. 31 Бюджетного кодекса РФ), но это является именно правом, а не обязанностью публично-правового образования.

Между тем в п. 2.2 Постановления от 17 июня 2004 г. № 12-П¹ Конституционный Суд Российской Федерации указал на то, что недостаточность собственных доходных источников на уровне субъектов Российской Федерации или муниципальных образований влечет необходимость осуществлять бюджетное регулирование в целях сбалансированности соответствующих бюджетов, что, в частности, обеспечивается посредством оказания финансовой помощи из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации в форме предоставления дотаций на выравнивание уровня минимальной бюджетной обеспеченности субъектов Российской Федерации, субвенций и субсидий на финансирование отдельных целевых расходов, бюджетных кредитов, бюджетной ссуды на покрытие временных кассовых разрывов, возникающих при исполнении бюджета субъекта Российской Федерации. Тем самым предоставляется публично-правовой характер регулирования бюджетных отношений.

Означает ли приведенная позиция Конституционного Суда, что теперь Российская Федерация обязана предоставлять субсидии субъектам Российской Федерации в целях софинансирования расходных обязательств, возникающих при выполнении полномочий органов государственной власти субъектов Российской Федерации по предметам ведения

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 17 июня 2004 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 155, пунктов 2 и 3 статьи 156 и абзаца двадцать второго статьи 283 Бюджетного кодекса Российской Федерации в связи с запросами Администрации Санкт-Петербурга, Законодательного Собрания Красноярского края, Красноярского краевого суда и Арбитражного суда Республики Хакасия» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 4.

субъектов Российской Федерации и предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, поскольку именно на федеральном уровне осуществляется распределение и перераспределение финансовых ресурсов в целях финансового обеспечения осуществления публичных функций?

Полагаем тем не менее, что основанный на приведенном фрагменте постановления Конституционного Суда РФ довод о том, что из недостаточности собственных доходных источников на уровне субъектов РФ вытекает обязанность по предоставлению субсидий, подлежит отклонению по следующим основаниям.

Во-первых, приступая к анализу данного довода, следует сразу же обратить внимание на то, что приведенное утверждение не может толковаться буквально, поскольку, с одной стороны, необходимость предоставления перечисленных в указанном пункте постановления некоторых форм финансовой помощи (а именно субвенций), которую, как указано в постановлении, должен оказывать федеральный бюджет нижестоящим бюджетам, объясняется вовсе не недостаточностью собственных доходных источников на уровне субъектов Российской Федерации или муниципальных образований, как это обозначено в постановлении, а иными причинами, а с другой стороны, бюджетные кредиты по своей правовой природе вообще не могут являться формой финансовой помощи (и сегодня таковыми не являются даже формально). Здесь необходимо отметить, что Бюджетный кодекс РФ в первоначальной редакции указывал, что бюджетные кредиты являются одной из форм финансовой помощи (формой межбюджетных трансфертов в соответствии с принятой сегодня терминологией), оказываемой из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации (ст. 133). В настоящее время Бюджетный кодекс РФ не предусматривает такой формы межбюджетных трансфертов, как бюджетные кредиты (ст. 129 и 135 Бюджетного кодекса РФ).

Применительно к субвенциям названная необходимость в настоящее время обусловлена делегированием полномочий одним публично-правовым образованием другому публично-правовому образованию. При этом достаточность или недостаточность собственных доходных источников на уровне публично-правового образования, которому делегируются полномочия, во внимание вообще не принимается. Только из самого факта делегирования и возникает обязанность предоставить субвенцию. Поэтому сама по себе недостаточность собственных доходных источников на уровне субъектов РФ или муниципальных образований в настоящее время не порождает обязанности Российской Федерации предоставить субвенцию.

Что же касается предоставления бюджетных кредитов публично-правовым образованиям (ст. 93.3 Бюджетного кодекса РФ), то, с одной стороны, цель их предоставления состоит не только и столько в том, чтобы сократить недостаточность собственных

доходных источников на уровне субъектов РФ, ведь если бы предоставление бюджетных кредитов имело только ту цель, о которой говорит Конституционный Суд РФ, то невозможно обосновать необходимость возврата таких кредитов, поскольку такой возврат может еще более усугубить и без того сложное финансовое положение получателя. Коротко поясним этот вывод.

Предоставление бюджетных кредитов в отличие от предоставления межбюджетных трансфертов осуществляется на возмездной и возвратной основе, поэтому к наступлению срока возврата бюджетный кредит должен быть погашен, даже несмотря на то, что это может привести к образованию дефицита бюджета получателя такого кредита. За нарушение сроков возврата кредита наступают неблагоприятные для должника последствия, что уже само по себе может увеличить дефицит бюджета получателя. Так, согласно абз. 3 п. 1 ст. 93.3 Бюджетного кодекса РФ в случае, если предоставленные бюджетные кредиты не погашены в установленные сроки, остаток непогашенных кредитов, включая проценты, штрафы и пени, взыскивается за счет межбюджетных трансфертов (включая даже дотации, но за исключением субвенций), а также за счет отчислений от федеральных налогов и сборов, налогов, предусмотренных специальными налоговыми режимами, подлежащих зачислению в бюджет получателя бюджетного кредита. Таким образом, сам характер обозначенных санкций недвусмысленно показывает, что предоставление бюджетного кредита не только помогает временно сократить дефицит бюджета получателя, но и может способствовать его значительному увеличению.

Если бы обязанность Российской Федерации предоставить субъектам РФ бюджетный кредит была обусловлена причиной недостаточности собственных доходных источников получателей кредита, то публичный субъект — кредитор не должен был бы взыскивать долг и применять штрафные санкции к неисправному должнику — получателю бюджетного кредита. Между тем запрещение кредитору требовать возврата долга противоречило бы как природе кредита, так и действующему законодательству.

С другой стороны, законодатель напрямую не связывает необходимость выделения бюджетного кредита с недостаточностью собственных доходных источников на уровне субъектов РФ. Так, в силу абз. 2 п. 1 ст. 93.2 Бюджетного кодекса РФ, п. 9 Правил предоставления (использования, возврата) из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации бюджетных кредитов на 2015 г.² бюджетный кредит вообще не предоставляется бюджету субъекта РФ, имеющему просроченную задолженность по бюджетным кредитам, полученным ранее из федерального бюджета. Следовательно, сама по себе недостаточность средств у субъектов РФ в настоящее время не порождает обязанности Российской Федерации предоставить им бюджетный кредит.

² Постановление Правительства РФ от 27 декабря 2014 г. № 1567 «Об утверждении Правил предоставления (использования, возврата) из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации бюджетных кредитов на 2015 год» // СЗ РФ. 2015. № 3. Ст. 580.

Поэтому, на наш взгляд, на основании одного лишь приведенного фрагмента постановления Конституционного Суда РФ нельзя делать какие-либо общие выводы относительно наличия или отсутствия обязанности у Российской Федерации предоставить субъектам РФ или муниципальным образованиям какие-либо денежные средства.

Во-вторых, в указанном пункте постановления речь идет не о любых субсидиях, а только о субсидиях на финансирование отдельных целевых расходов (п. 2 ст. 132 Бюджетного кодекса РФ). Мы полагаем, что на публичном субъекте не лежит обязанность по предоставлению другому публично-правовому образованию такого рода субсидии. Более того, мы полагаем, что подобный отказ не идет вразрез с анализируемым здесь Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации.

Выраженная в данном постановлении позиция Конституционного Суда РФ, состоящая в том, что недостаточность собственных доходных источников на уровне субъектов РФ или муниципальных образований влечет необходимость осуществлять бюджетное регулирование в целях сбалансированности соответствующих бюджетов, должна пониматься, на наш взгляд, в контексте правовой позиции Конституционного Суда РФ, изложенной в абз. 3 п. 2 Постановления от 11 ноября 2003 г. № 16-П³, в силу которой справедливое перераспределение публичных финансов имеет своей целью выравнивание уровня минимальной бюджетной обеспеченности публично-правовых образований. Исходя из указанных правовых позиций, можно сделать вывод о том, что Конституционный Суд видит целью предоставления Российской Федерацией межбюджетных трансфертов также выравнивание уровня минимальной бюджетной обеспеченности субъектов РФ или муниципальных образований.

В соответствии с п. 2 ст. 132 Бюджетного кодекса РФ указанные субсидии предоставляются для выравнивания обеспеченности получателей в целях реализации ими их отдельных расходных обязательств.

Безусловно, принятие получателем расходных обязательств уменьшает уровень бюджетной обеспеченности получателя. Однако отдельные расходные обязательства имеют особое социальное экономическое значение, поэтому их принятие, как правило, необходимо, и потому приветствуется публичным субъектом. В случае уменьшения поступления в бюд-

жет получателя доходов он должен в установленном порядке сокращать свои расходы для поддержания необходимого уровня бюджетной обеспеченности. Между тем публичный субъект может быть заинтересован в том, чтобы финансирование по отдельным расходным обязательствам не сокращалось. Публичный субъект может косвенно повлиять на указанный процесс, предоставляя получателю субсидии не на софинансирование самого расходного обязательства, а на выравнивание обеспеченности получателя с тем, чтобы получатель не уменьшал финансирование особо значимого расходного обязательства субъекта.

Однако сам по себе отказ публичного субъекта предоставить такого рода субсидию в случае принятия получателем рассматриваемого расходного обязательства не приводит непосредственно к дефициту бюджета получателя, так как упомянутый отказ может привести к тому, что уровень расчетной бюджетной обеспеченности получателя станет ниже уровня, установленного в качестве критерия выравнивания расчетной бюджетной обеспеченности, а значит, такой получатель все равно получит межбюджетный трансферт, но не в виде субсидии, а в виде дотации (п. 4 ст. 131, п. 3 ст. 137, п. 3 ст. 138, п. 4 ст. 142¹ Бюджетного кодекса РФ). Поэтому в указанном случае отсутствует недостаточность собственных доходных источников получателя. Если же уровень расчетной бюджетной обеспеченности получателя будет, несмотря на отказ в предоставлении субсидии, превышать критерий выравнивания расчетной бюджетной обеспеченности, то в этом случае вообще не приходится говорить об объективной нуждаемости (в смысле, указанном Конституционным Судом РФ в п. 2.2 анализируемого постановления) получателя в предоставлении этой субсидии.

Следовательно, действующее правовое регулирование не исключает отказа публичного субъекта в предоставлении субсидии получателю на финансирование отдельных целевых расходов.

Подводя итог сказанному, еще раз отметим, что наш вывод о том, что одно публично-правовое образование не может требовать от другого публично-правового образования предоставления бюджетных средств для исполнения собственных расходных обязательств, не противоречит позиции Конституционного Суда РФ, изложенной в Постановлении от 17 июня 2004 г. № 12-П.

³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 11 ноября 2003 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 81 Закона Челябинской области «О бюджетном устройстве и бюджетном процессе в Челябинской области» в связи с запросом Челябинского областного суда» // Российская газета. 2003. № 233. 18 ноября.

Субъективное публичное право как объект судебной защиты*

*Гриценко Елена Владимировна,
профессор кафедры государственного и административного права
Санкт-Петербургского государственного университета,
доктор юридических наук
gricenko.e@jurfak.spb.ru*

Настоящая статья посвящена анализу различных подходов к субъективному праву, эволюции теоретических основ доктрины субъективных публичных прав в немецком государствоведении, проблеме соотношения субъективных публичных прав и конституционных прав и свобод, оценке применимости и значения доктрины субъективных публичных прав для российской теории и практики в целях обеспечения эффективной судебной защиты прав.

Ключевые слова: субъективное право, субъективное публичное право, конституционные права и свободы, административное судопроизводство, гражданский процесс, конституционное судопроизводство

Выделение субъективных публичных прав как самостоятельного объекта судебной защиты приобретает ныне особую актуальность в российской теории и правоприменительной практике в связи с необходимостью дифференциации способов судебной защиты в целях обеспечения ее эффективности. В основе проводимого в российском законодательстве разграничения гражданского и административного судопроизводства лежит стремление через установление особенностей каждого вида судебного процесса выработать различные процессуальные формы защиты субъективных прав с учетом их различного материально-правового содержания. В то же время эти различия субъективных прав как в теории, так и в правоприменительной практике усматриваются далеко не всегда¹. Следствием подобного подхода является вывод о том, что всякий спор о праве есть спор о субъективном гражданском праве и должен решаться в рамках гражданского искового производства. Тот факт, что этот спор может касаться субъективных публичных прав в отношениях лица с государством и что это обстоятельство имеет существенное значение для квалификации возникающих между пу-

бличным субъектом и гражданином отношений как публичных, а следовательно, влияет на выбор способа судебной защиты, при котором стороны не находятся в равном состязательном положении, вовсе игнорируется. В этой связи представляется важным подойти к решению задачи обеспечения правосудием прав и свобод и к раскрытию права на судебную защиту с конституционных позиций, обратиться к трактовкам и назначению доктрины субъективных публичных прав, к соотношению субъективных прав, субъективных публичных прав и конституционных основных прав, обосновать дифференцированный подход к способу судебной защиты в зависимости от характера защищаемого субъективного права.

1. Немецкая доктрина субъективных публичных прав, ее назначение и развитие

Характер подлежащего защите субъективного права — вопрос материального права, который имеет принципиальное значение для определения и выбора способа судебной защиты, а значит, вида судопроизводства. Отсюда вытекает необходимость уяснения природы защищаемых субъектив-

* Публикация подготовлена в рамках поддержанного РГНФ научного проекта №16-03-00465.

¹ Примечателен в связи с этим подход к выделению различных категорий гражданских дел, высказанный Председателем Судебной коллегии по гражданским делам в письме председателям судов субъектов РФ от 5 ноября 2015 г. № 7-ВС-7105/15. К гражданским делам, подлежащим рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства, предлагается относить и дела по спорам об осуществлении гражданских прав и обязанностей, возникающих из актов государственных органов и органов местного самоуправления, когда эти споры соединены с требованиями о признании недействительными (незаконными) таких ненормативных актов органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных или муниципальных служащих, а также дела по спорам о признании таких актов недействительными (незаконными), если их исполнение привело к возникновению, изменению или прекращению гражданских прав и обязанностей. Соответственно в разряд «гражданских дел», по мнению Верховного Суда РФ, попадают все дела об оспаривании актов и действий публичных субъектов в рамках реализации гражданами социальных прав, прав в сфере государственно-служебных отношений и др. См.: Письмо Верховного Суда РФ от 5 ноября 2015 г. № 7-ВС-7105/15 «Председателям верховных судов республик, краевых и областных судов Московского и Санкт-Петербургского городских судов, судов автономной области и автономных округов Российской Федерации, Апелляционных судов Республики Крым и города федерального значения Севастополя» // СПС «КонсультантПлюс».

ных прав: идет ли речь о субъективных гражданских или субъективных публичных правах.

Первоначально в теории категория субъективного права воспринималась сугубо как феномен частного права. Доктрина субъективных публичных прав получила свое развитие в немецком публичном праве лишь начиная с середины XIX в. В ее разработке участвовали известные немецкие государственоведы и административисты — Карл Фридрих фон Гербер (Carl Friedrich von Gerber)², Отто фон Сарвэй (Otto von Sarwey)³, Отто Майер (Otto Mayer)⁴, Конрад Борнак (Conrad Bornhak)⁵. Однако особая заслуга в становлении современного понимания субъективных публичных прав, по единодушному мнению немецких государственоведов⁶, принадлежит Рудольфу фон Йерингу (Rudolf von Jhering), давшему актуальное по сей день определение субъективных прав⁷, и Георгу Еллинеку (Georg Ellinek), автору знаменитого труда «Система субъективных публичных прав»⁸.

Р. Йеринг впервые обратил внимание на особую функцию публично-правовой нормы, состоящую в индивидуализации объективного права и защите определенных интересов. При этом он указывал на то, что законы не всегда придают защищаемым интересам ранг субъективных прав. В этом случае, по мнению Р. Йеринга, речь идет о «рефлективном действии» объективного права («Reflexwirkungen» des objektiven Rechts). Субъективные же права представляют собой защищаемые правом интересы, нарушение которых является предметом обжалования.

Г. Еллинек в своем исследовании субъективных прав соединил догматику воли с теорией интереса. По его мнению, формальной стороной субъективного права является его волевая власть или мощь (Willensmacht), в то время как материальную сторону субъективного права составляют благо или интерес. На различных модификациях этих двух сторон или элементов субъективного права и основано его разграничение на частное и публичное. Если в частном праве субъективное право имеет своим содержанием правовую возможность выбора варианта поведения с учетом действия общедозволительного метода (Dürfen), то субъективное публичное право добавляется в качестве нового элемента в статус носителя права, поскольку оно не вытекает из обычных жизненных условий и не основывает-

ся на простом нормативном признании естественной свободы человека и гражданина. Субъективное публичное право предоставляет гражданину возможность использовать деятельность государства и объективный правопорядок в собственном интересе (Können). Эта прибавочная возможность действовать есть результат отношений индивида с государством в отличие от дозволенного поведения в рамках естественной свободы, которая реализуется в частных отношениях. Как заметил Б.А. Кистяковский, комментируя данную теорию: по мнению Г. Еллинека, «субъективное частное право складывается из дозволенных действий, в основании которых лежит естественная возможность проявления человеческой деятельности. В противоположность этому субъективное публичное право состоит из новых способностей действовать, создаваемых благодаря отношениям между государством и лицом»⁹. Хотя разграничение частного и публичного субъективного права по формальному критерию проводится достаточно четко, трудности возникают при разграничении по материальному критерию, т.е. в зависимости от характера интереса. Однако для точной квалификации субъективного права необходимо использовать комбинацию обоих критериев. Соответственно, что касается материального критерия разграничения субъективного частного и публичного права, Г. Еллинек усматривает их различие в мотивах, побуждающих правовой порядок к признанию индивидуального интереса, на который нацелено субъективное право. И хотя правовое признание любого индивидуального интереса происходит лишь тогда, когда он связан с общим интересом, степень и характер такой связи отличаются. Соображения общего интереса при признании индивидуального интереса в субъективном публичном праве являются преимущественными, поскольку это право реализуется индивидом как членом государственной корпорации.

Г. Еллинек видит различия субъективного частного и публичного права не только в материальных и формальных элементах, но и в их функциях и проявлениях. Одним из таких проявлений является характер и направленность конкретных действительных требований, проистекающих из субъективного права, т.е. притязаний лица. В то время как притязания, вытекающие из субъективного частного права, направлены на другое лицо, притязания из

² Gerber C.F. von. Über öffentliche Rechte, Tübingen: Verlag der H. Lauppischen Buchhandlung, 1852.

³ Sarwey O. von. Öffentliches Recht und Verwaltungspflege. 1880. S. 73, 405. Сарвэй обращался к субъективным публичным правам в контексте их судебной защиты: он полагал, в частности, что защита субъективных публичных прав есть функция административной юстиции.

⁴ Mayer O. Theorie des französischen Verwaltungsrechts. Strassbur: Trübner, 1886. S. 157 f.

⁵ Bornhak C. Das preussische Staatsrecht I, Akademische Verlagbuchhandlung, 1888. S. 268 II.

⁶ См., например: Kersten J. Einleitung, in: Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. v. 1905 / Hrsg. v. Jens Kersten. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. S. 32 ff.; Voßkuhle A. / Kaiser A.-B. Grundwissen — Öffentliches Recht: Das subjektiv-öffentliche Recht, in: JuS 1/2009. S. 17–19; Henke W. Das subjektive öffentliche Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968. См. также на русском языке: Кистяковский Б.А. Философия и социология права. Переиздание. СПб.: Изд-во Русского Христианского гуманитарного института, 1998. URL: http://www.kursach.com/biblio/0010016/310_3.htm

⁷ Jhering R.v. Geist des römischen Rechts auf verschiedenen Stufen seine Entwicklung. 3. Teil. Leipzig, 1865. Der Kampf um's Recht (1872), 10. Aufl., Wien, 1891.

⁸ Jellinek G. System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg: Akademische Verlagbuchhandlung von J.C.B. Mohr, 1892.

⁹ Кистяковский Б.А. Указ. соч. С. 303.

субъективного публичного права обращены к государству.

Кроме того, Г. Еллинек, продолжая и развивая идеи Р. Йеринга, связывает субъективные публичные права с защитной функцией прав и теорией самообязывания государства (связанности государства признанием личности своих граждан). Он выделяет соответственно четыре измерения субъективных публичных прав — четыре статуса — в зависимости от характера притязаний носителя прав к государству и его роли как члена государственной корпорации.

Это, во-первых, пассивное состояние (*status subjectionis*), предполагающее распространение на индивида власти и юрисдикции государства, исполнение им обязанностей по отношению к государству. Во-вторых, речь идет о негативном статусе (*status libertatis, status negativus*), предполагающем притязание к государству на свободу от его вмешательства в сферу частной жизни. Третьей стороной публично-правового статуса лица является притязание на совершение государством положительных действий, связанных с предоставлением лицу определенных благ или услуг (*status civitatis, status positivus*). Наконец, четвертым состоянием личности выступает ее активный статус, когда лицо действует за государство, участвует в управлении его делами (*status activus*).

Таким образом, в немецкой государственно-правовой науке во второй половине XIX в. произошел серьезный прорыв в восприятии человека как носителя субъективных публичных прав по отношению к государству, выразившийся в «субъективизации» объективно-правового порядка. Субъективные публичные права воспринимались при этом прежде всего через конструкцию конституционно гарантированных основных прав. Соответственно и в Основном законе Германии (ОЗ) 1949 г. государству противостоит свободный человек, обладающий достоинством (ст. 1 ч. 1 ОЗ) и являющийся личностью (ст. 2 ч. 1 ОЗ), в качестве субъекта права, который может требовать от государства соблюдения своих прав в судебном порядке (ст. 19 ч. 4 ОЗ).

Вместе с тем понятие субъективных публичных прав и в немецкой доктрине до сих пор остается спорным. Можно констатировать, что оно претерпело серьезную эволюцию. В настоящий момент господствующим является прикладное понимание субъективного публичного права, которое направлено в первую очередь на обеспечение административно-судебной защиты граждан. Соответственно, оно трактуется как признание в силу норм публичного права правомочие индивида требовать от государства в целях удовлетворения собственных интересов определенного поведения — действия, воздержания от действия или бездействия¹⁰. При этом преобладает узкая трактовка субъективного публичного права, которое реализуется только в отношениях граждан — госу-

дарство, но не в отношениях между публичными субъектами. Кроме того, субъективное публичное право в немецкой доктрине связано с теорией защитной нормы, которая предполагает выполнение достаточно жестких требований по выявлению затронутого нормой индивидуального интереса как условия доступа к судебной защите.

Между конституционными правами и субъективными публичными правами не ставится знак равенства, хотя эти категории тесно взаимосвязаны. Так, с одной стороны, конструкция субъективных публичных прав имеет конституционные основания и связана с реализацией конституционного права на судебную защиту, и соответственно принципа эффективной судебной защиты, который предполагает различную роль суда в целях обеспечения объективного судебного разбирательства в зависимости от характера спора. С другой же стороны, субъективные публичные права проистекают из защитной функции конституционных основных прав и выступают их гарантиями в ситуации, когда в процессе реализации конституционного права индивид сталкивается с государством.

2. Значение немецкой доктрины субъективных публичных прав для российской теории и практики

Доктрина субъективных публичных прав не получила развития в российской юридической науке. Господствующим мнением в науке процессуального права продолжает оставаться взгляд на субъективное право как целостную и неделимую категорию гражданского права. В связи с этим всякий спор о (субъективном) праве рассматривается как предмет гражданского процесса. Вместе с тем в целях дифференциации гражданского и административного процесса применение немецкой доктрины субъективных публичных прав представляется оправданным.

В то же время это не должно означать зеркального восприятия современного немецкого подхода к субъективным публичным правам и способам их защиты в российской теории и практике. Представляется возможным учесть не только современное узкое понимание субъективных публичных прав, но и более широкое, включающее в себя конституционные субъективные публичные права. В зависимости от характера субъективных публичных прав можно вести речь об использовании средств административного или конституционного судопроизводства для их защиты.

В отличие от субъективного гражданского права, реализуемого в гражданских правоотношениях, в которых обязанности одного субъекта корреспондирует право другого — выгодоприобретателя, в публичном праве это соотношение обязанности и правопритязания не является универсальным. Причина этого в различных целях правового регулирования: если гражданское право нацелено на согласование индивидуальных интересов и в связи

¹⁰ Voßkuhle Berger. Op. cit. S. 17.

с этим оно предоставляет индивидам субъективные права, то в фокусе публичного права находится публичный интерес. Данный факт не исключает возможности и необходимости учета параллельно возникающих индивидуальных интересов и их защиты. Однако это принципиально иная конструкция по сравнению с гражданско-правовой.

Соответственно и задача суда в рамках защиты субъективных публичных прав — это в первую

очередь контроль за законностью или конституционностью актов и действий и в связи с этим защита прав. А применяемые средства защиты таких прав — средства административного и конституционного судопроизводства, которые должны предполагать существенные особенности организации судебного процесса в отличие от процесса гражданского — реализацию принципа «активного суда», не связанного доводами заявителя.

Конституционный контроль в КНР: история и современное состояние

*Сонин Вадим Вадимович,
научный сотрудник кафедры конституционного и административного права
Юридической школы Дальневосточного федерального университета,
Ph.D. in Law
vsonin@yahoo.com*

В статье рассматривается используемая в КНР при описании конституционного контроля терминология, дается обзор истории и современного состояния данного института в КНР. В настоящее время в КНР существует механизм конституционного контроля советского происхождения и обсуждаются варианты его реформирования. Впервые норма о конституционном контроле появилась в Конституции КНР 1954 г., будучи заимствована из Конституции СССР 1936 г. Вплоть до настоящего времени функция конституционного контроля принадлежит высшему представительному органу и его постоянному комитету. На практике немногочисленные случаи проверки законодательства на соответствие конституции производятся при участии партийных органов и вне установленных процедур. Работа выполнена на основе анализа китайской и англоязычной литературы, а также наиболее иллюстративных случаев из практики китайского конституционного контроля.

Ключевые слова: конституционный контроль, Китай, КНР, конституционное право, Конституция КНР, конституционный суд, комитет конституционного контроля, конституционная академия, конфуцианский конституционализм.

В октябре 2014 г. 4-й Пленум 18-го созыва Центрального комитета Коммунистической партии (ЦК КПК) принял «Постановление о некоторых основополагающих вопросах всестороннего продвижения правления государством на основе закона»¹. Совершенствование механизма применения конституции провозглашено одним из векторов развития китайской версии «правового государства». Между тем в настоящее время в КНР уже существует механизм конституционного контроля советского происхождения и обсуждаются варианты его реформирования. Развитие данного института составляет предмет активного обсуждения в китайской юридической науке, рассматривается как важное направление эволюции китайской государственности.

1. Терминология

Прежде чем обратиться к содержательной характеристике конституционного контроля в КНР, следует определиться в терминах, поскольку состав слов и выражений передает состояние взглядов и даже конфликтов в китайской перспективе конституционного контроля. Согласно анализу частоты употребления, проведенному профессором университета Цинхуа Линь Лайфанем², с момента появления соответствующей проблематики в китайском юриди-

ческом дискурсе в конце 70-х годов XX в. и до 2001 г. наиболее распространенным был термин «конституционный контроль», воспринятый из Советского Союза и закрепленный в Конституциях КНР 1954 г. и 1982 г.³ С 2001 г. на фоне усиления влияния в Китае американской конституционно-правовой науки на первое место вышло понятие «проверка неконституционности», сохраняющее лидирующие позиции и поныне. В развитие этого термина в начале 2000-х годов сторонниками американской модели конституционного контроля было также выдвинуто понятие «внедрение конституции в судопроизводство». Данная категория подверглась критике со стороны государственных и партийных органов в рамках кампании по борьбе с конституционализмом и другими «западными веяниями» и постепенно сошла на нет.

Как отмечает профессор Линь Лайфань, «термин «проверка неконституционности» хотя и довольно точен, но в современной китайской языковой картине выделяется своим пристрастным активизмом, выражает чрезмерные ожидания, вызывающие тревогу у власти предрешающей («меняться в лице при упоминании тигра»»). Озаботившись необходимостью «спрятать когти» данной категории, китайская доктрина в последнее время склоняется к употреблению осто-

¹ Постановление ЦК КПК о некоторых основополагающих вопросах всестороннего продвижения правления государством на основе закона : 28 октября 2014 г. URL: http://news.xinhuanet.com/ziliao/2014-10/30/c_127159908.htm

² Линь Лайфань. «Проверка неконституционности» в Китае: специфика и обстоятельства развития : на кит. яз. // Социальные науки в Чжэцзяне. 2010. № 5. С. 34.

³ При этом значимое для отечественной юридической науки разделение форм охраны конституции на конституционный контроль и конституционный надзор не было воспринято в Китае. См., напр.: Лю Сяньвэнь, Хань Бин, Ван Гуйюй. Исследование института конституционного правосудия в Российской Федерации : на кит. яз. Пекин : Юридическое издательство, 2012. 350 с.

рожного эвфемизма «проверка на соответствие конституции», звучащего с необходимой умеренностью⁴.

2. История конституционного контроля в КНР

История конституционного контроля в КНР берет свое начало со ст. 27 Конституции КНР 1954 г., закреплявшей полномочие ВСНП по контролю за соблюдением конституции, а также по внесению изменений в ее текст⁵. Данная норма была воспринята из Конституции СССР 1936 г., сохранив отличительные черты оригинала: демократический централизм, неконкретность формулировок, отсутствие процедуры реализации⁶. Норма о контроле ВСНП за соблюдением конституции, как и ее советский прототип, не применялась на практике и оказалась не в состоянии предотвратить массовые политические репрессии периода «культурной революции» 1966–1976 гг.

Лейтмотивом процесса разработки и принятия Конституции КНР 1982 г. стали вопросы: если институт собраний народных представителей так хорош, как могла произойти «культурная революция»? сможет ли новая конституция предотвратить ее повторение?⁷ В первоначальный проект конституции была включена норма о создании специализированного конституционного комитета по образцу конституции Румынии. Однако после 31 октября 1981 г. данное положение было изъято из проекта и более не возобновлялось. Сохранившиеся воспоминания участников процесса разработки конституции отчасти позволяют понять причины отказа от создания специализированного органа конституционного контроля. Решающую роль сыграла позиция политического руководства КНР. Так, Дэн Сяопин не одобрил создание конституционного комитета, заявив, что «с учреждением такого органа ведение дел значительно затруднится».

Заместитель председателя комиссии по подготовке проекта конституции и член Политбюро ЦК КПК Пэн Чжэнь также сомневался в необходимости создания такого органа: «Председатель Мао [Цзэдун] и премьер Чжоу [Эньлай] умерли, товарищ Дэн Сяопин занимает должность в ПК ВСНП и не сможет участвовать, Хуа Гофэн также не сможет войти в состав, так что неизвестно, из кого формировать [комитет]». По его мнению, «конституционный контроль должен в первую очередь опираться на многомиллионный народ, так что конституционный комитет если и можно создать, то только под началом ВСНП и ПК ВСНП. Структура ВСНП должна быть централизованной, а не раздробленной». Пэн Чжэнь пришел к мысли, что, какой бы орган ни создали в

свое время для охраны Конституции 1954 г., он не смог бы решить проблему «культурной революции». В результате всех дискуссий был сделан вывод, что условия для создания специализированного органа конституционного контроля еще не созрели, поэтому в окончательной редакции Конституции КНР 1982 г. контроль за соблюдением конституции был возложен на ВСНП и его Постоянный комитет⁸.

Между тем нарушения конституции происходили регулярно и устранялись весьма характерными способами. Когда в одном из автономных районов КНР выдвинутая комитетом КПК кандидатура начальника управления внешней торговли не была утверждена постоянным комитетом местного собрания народных представителей, партийный комитет в нарушение положений конституции опубликовал решение о назначении и настоял на вступлении своего кандидата в должность. Дело получило широкую огласку, Пэн Чжэнь собрал партийное совещание заместителей председателя и секретарей ПК ВСНП, на котором данные действия партийного комитета автономного района были признаны нарушающими конституцию и недопустимыми; по результатам совещания был подготовлен доклад в секретариат ЦК КПК. После этого ответственный представитель ЦК КПК провел беседу с секретарем указанного партийного комитета автономного района, подверг его критике и указал на необходимость исправить допущенное нарушение конституции⁹. Таким образом, на практике контроль за соблюдением конституции осуществлялся партийными органами вне какой-либо четкой процедуры.

3. Современное состояние

Пункт 2 ст. 62 Конституции КНР закрепляет за ВСНП полномочие по внесению изменений в конституцию и контролю за ее исполнением, а п. 11 той же статьи — право отменять «ненадлежащие» постановления ПК ВСНП. К числу таких «ненадлежащих» постановлений китайская доктрина относит в первую очередь неконституционные. Пункт 2 ст. 67 наделяет ПК ВСНП полномочиями по толкованию конституции и контролю за ее исполнением, а п. 7 и 8 — правом отменять административные постановления¹⁰, решения и распоряжения Государственного совета КНР, противоречащие конституции, а также местные подзаконные акты и решения органов государственной власти провинций, автономных районов и городов центрального подчинения, противоречащие конституции, законам и административным постановлениям.

Истолкование «ненадлежащих» нормативных правовых актов в первую очередь как неконститу-

⁴ Сохраняя в памяти сложившееся в китайской юридической науке терминологическое многообразие при отсутствии существенных расхождений в определяемом предмете, в настоящей работе мы станем держаться традиционного для отечественной науки понятия «конституционный контроль».

⁵ Фань Цзиньсюэ. Переосмысление и переустройство отечественного института конституционного контроля : на кит. яз. // Правоведение. 2012. № 10. URL: <http://cnki.net>

⁶ У Цзялин. О необходимости и возможности учреждения органа конституционного контроля: к восьмилетию принятия действующей конституции : на кит. яз. // Вестник правоведения. 1991. № 2. С. 3.

⁷ Шэнь Синьван. Неизбежный конституционный контроль — специальный доклад к 30-летию Конституции : на кит. яз. // Китайский новостной еженедельник. 2012. № 9. С. 15.

⁸ Там же. С. 17

⁹ Там же. С. 21.

¹⁰ О системе источников права КНР см. подр.: Современное законодательство Китайской Народной Республики / сост. Л.М. Гудошников. М. : Зерцало-М, 2004. С. 56–58 ; Трошинский П.В. К вопросу об источниках современного права Китайской Народной Республики // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2015. № 6-2. С. 58–59.

ционных позволило китайским ученым причислить к конституционному контролю в широком смысле также закрепленные Конституцией КНР полномочия Госсовета КНР по изменению или отмене ненадлежащих приказов, распоряжений и правил центральных и местных административных ведомств (п. 13, 14 ст. 89), полномочия местных собраний народных представителей всех уровней по отмене ненадлежащих решений собственных постоянных комитетов и народных правительств соответствующего и нижестоящего уровня, а также полномочия народных правительств уровня уезда и выше отменять ненадлежащие решения подведомственных им государственных органов, а также нижестоящих народных правительств¹¹.

Процессуальное содержание китайского механизма конституционного контроля закреплено в законах КНР «Об организации Всекитайского Собрания Народных Представителей» и «О правотворчестве». Статья 9 Закона КНР «Об организации Всекитайского Собрания Народных Представителей» устанавливает, что в период проведения сессий ВСНП высшие государственные органы (Президиум ВСНП, ПК ВСНП, профильные комитеты ВСНП, Госсовет КНР, Центральный военный совет (ЦВС), ВНС, ВВП), а также делегация либо группа числом более 30 депутатов вправе внести на рассмотрение ВСНП вопросы в рамках его полномочий (в том числе и в рамках конституционного контроля), которые поступают в Президиум ВСНП, передаются для дачи заключений профильным комитетам и затем выносятся на рассмотрение в пленарном заседании. Статья 32 указанного закона предусматривает право того же круга высших органов вносить на рассмотрение ПК ВСНП вопросы, относящиеся к его компетенции (в том числе в рамках его полномочий по конституционному контролю). Данные предложения рассматриваются на заседании председателей профильных комитетов и передаются непосредственно на рассмотрение ПК ВСНП либо направляются в один из профильных комитетов для дачи заключения.

Статьи 90 и 91 Закона «О правотворчестве» регулируют процедуру конституционного контроля в ПК ВСНП. Согласно ст. 90 Госсовет КНР, ЦВС, ВНС, ВВП и постоянные комитеты собраний народных представителей провинциального уровня могут обратиться в ПК ВСНП с письменным запросом о проверке конституционности административных постановлений, местных подзаконных актов, положений об автономии и отдельных местных постановлений и регламентов. Данные запросы направляются для рассмотрения и дачи заключения в профильные комитеты ПК ВСНП. Кроме указанных субъектов, иные государственные органы, общественные организации, учреждения, а также граждане могут обра-

титься с предложениями о проверке конституционности указанных нормативных правовых актов в ПК ВСНП. Такие предложения поступают в отдел по регистрации и проверке нормативных правовых актов, учрежденный в 2004 г. в структуре комитета по законодательству ПК ВСНП, и в случае необходимости направляются в профильные комитеты ПК ВСНП для проверки и дачи заключения.

Статья 91 указанного закона предусматривает порядок проверки конституционности. В случае, если профильный комитет ПК ВСНП в процессе проверки подзаконного акта пришел к выводу о его противоречии конституции либо законодательству, он направляет письменное заключение о результатах проверки принявшему данный акт органу либо созывает совместное заседание комитета по законодательству и иных профильных комитетов ПК ВСНП, на которое вызывается представитель принявшего органа для дачи объяснений и вручения ему письменного заключения по результатам проверки. Принявший орган в течение двух месяцев после получения заключения вносит изменения в указанный нормативный правовой акт либо направляет мотивированное возражение в комитет по законодательству и иные профильные комитеты ПК ВСНП. В случае отказа принявшего органа изменить или отменить нормативный правовой акт, признанный противоречащим конституции или законодательству, комитет по законодательству ПК ВСНП передает заключение о результатах проверки и рекомендацию к отмене неконституционного акта на рассмотрение заседания председателей профильных комитетов ПК ВСНП, которое дает рекомендацию ПК ВСНП принять решение об отмене неконституционного акта.

Еще в 1987 г. механизм конституционного контроля был дополнен институтом регистрации нормативных правовых актов. Тогда Канцелярия ПК ВСНП и Канцелярия Госсовета КНР выпустили «Извещение о ведении регистрации нормативных правовых актов местного характера», в котором предписывали местным органам власти в течение 30 дней после утверждения нормативных правовых актов направлять их текст с пояснительной запиской для регистрации в ПК ВСНП и Госсовет КНР. Статья 89 Закона КНР «О правотворчестве» предусматривает, что такие разновидности подзаконных актов, как административные постановления, местные постановления, положения об автономии, а также отдельные местные постановления и регламенты в течение 30 дней с момента опубликования подлежат регистрации в ПК ВСНП, Госсовете КНР и других органах власти¹². При регистрации нормативного правового акта регистрирующий орган проводит проверку соответствия конституции, хотя ввиду большого объема она зачастую носит формальный характер¹³.

¹¹ Чэнь Чжэн. Возможность и необходимость осуществления конституционного контроля китайскими судами : на кит. яз. // Обучение и исследования. 2011. № 5. С. 104.

¹² Ван Чжэньминь. Китайский институт конституционного контроля : на кит. яз. Пекин : Изд-во Китайского политико-юридического ун-та, 2004. С. 126, 126. См. подр.: ст. 89 Закона КНР «О правотворчестве» // Современное законодательство Китайской Народной Республики... С. 75.

¹³ Между тем увлечение регистрацией законов и иных нормативных правовых актов вовсе не так безобидно, как представляется на первый взгляд. Известен пример старорежимной Франции, где в XVII–XVIII вв. суды (под наименованием парламентов Парижа и провинций) присвоили право «свободно проверять акты королевской власти и регистрировать их постольку, поскольку они соответствуют учредительным законам провинции и основным законам государства» (см. подр.: Арановский К.В., Князев С.Д. Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений. М. : Проспект, 2016. С. 112–113).

Из приведенного описания видно, что китайский механизм конституционного контроля не ограничивается контрольными полномочиями высшего представительного органа государственной власти, но представлен практически на всех уровнях государственной власти и управления. Такая широкая трактовка позволяет китайским ученым обнаруживать параллели между механизмом конституционного контроля в КНР и американской распределенной системой *judicial review* и *constitutional review*. Вместе с тем многое из описанного в строгом значении не относится к конституционному контролю и является, по сути, различными проявлениями контрольных полномочий законодательных (представительных) органов государственной власти, контрольных полномочий вышестоящих органов государственной власти по отношению к нижестоящим и т.д.

Специфику функционирования этого механизма показывает «Дело Сунь Чжигана» 2003 г. Уроженец провинции Хубэй Сунь Чжиган в 2001 г. окончил институт и в 2003 г. устроился на работу в частную компанию в г. Гуанчжоу провинции Гуандун. 17 марта того же года в 10 часов вечера Сунь Чжиган был задержан без документов в г. Гуанчжоу и препровожден в отделение полиции. На следующий день задержанный пожаловался на недомогание и был отправлен в специальное медучреждение. Там он подвергся избиению со стороны соседей по палате и от полученных травм скончался. Его смерть вызвала большой общественный резонанс, став объектом внимания партийных властей центрального уровня.

Помимо уголовно-правовой стороны дела встал вопрос о конституционности опубликованных 12 мая 1982 г. Госсоветом КНР «Правил задержания и высылки из городов бездомных и нищенствующих лиц», на основании которых и был задержан Сунь Чжиган. 15 мая 2003 г. три сотрудника Пекинского университета направили в адрес ПК ВСНП предложение о проверке конституционности указанных «Правил»¹⁴.

Однако официальной реакции на данные предложения и обращения о проверке конституционности, равно как и публичной процедуры конституционного контроля, не последовало. 18 июня 2003 г. вопрос «Правил» обсуждался на заседании президиума Госсовета КНР, где был сделан вывод о несоответствии правил требованиям времени и принят проект новых «Правил организации помощи бездомным и нищенствующим лицам без определенного места жительства в городах». 20 июня того же года новые «Правила» были утверждены постановлением Госсовета КНР № 381 с вступлением в силу с 1 августа 2003 г., одновременно прежние «Правила» утратили силу. По свидетельству профессора Ван Чжэньминя, в этом деле орган, принявший оспоренный нормативный правовой акт, самостоятельно отменил его,

тем самым устранив основание для проведения конституционного контроля; хотя процедура конституционного контроля ПК ВСНП и не была приведена в действие, но цель его была достигнута (!)¹⁵.

Таким образом, вместо официального механизма конституционного контроля на практике действует неформальная процедура внутреннего урегулирования спорных случаев, сохраняющая «лицо» принявшему органу, обеспечивающая незыблемость авторитета власти и скрывающая межведомственные конфликты (к которым в обыденном сознании сводится признание нормативных правовых актов неконституционными).

Список литературы

1. Арановский К.В., Князев С.Д. Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений. М.: Проспект, 2016. 208 с.
2. Ван Чжэньминь. Китайский институт конституционного контроля: на кит. яз. Пекин: Изд-во Китайского политико-юридического ун-та, 2004. 408 с.
3. Ли Вэйдун. Проверка конституционности и укрепление судебной власти: на кит. яз. // Китайские общественные науки. 2002. № 2. С. 4–16.
4. Линь Лайфань. «Проверка неконституционности» в Китае: специфика и обстоятельства развития: на кит. яз. // Социальные науки в Чжэцзяне. 2010. № 5. С. 33–40.
5. Лю Сянвэнь, Хань Бин, Ван Гуйюй. Исследование института конституционного правосудия в Российской Федерации: на кит. яз. Пекин: Юридическое издательство, 2012. 350 с.
6. Трошинский П.В. Влияние доктрины «управление государством на основе закона» на правовую систему современного Китая // Актуальные проблемы развития КНР в процессе ее регионализации и глобализации: Материалы VII Международной научно-практической конференции 12–13 марта 2015 г. Чита: Изд-во Забайкальского государственного ун-та, 2015. С. 189–203.
7. Трошинский П.В. К вопросу об источниках современного права Китайской Народной Республики // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2015. № 6-2. С. 57–60.
8. У Цзялин. О необходимости и возможности учреждения органа конституционного контроля: к восьмилетию принятия действующей конституции: на кит. яз. // Вестник правоведения. 1991. № 2. С. 1–15.
9. Фань Цзиньсюэ. Переосмысление и переустройство отечественного института конституционного контроля: на кит. яз. // Правоведение. 2012. № 10. URL: <http://cnki.net>
10. Чэнь Чжэн. Возможность и необходимость осуществления конституционного контроля китайскими судами: на кит. яз. // Обучение и исследования. 2011. № 5. С. 103–107.
11. Шэнь Синьван. Неизбежный конституционный контроль — специальный доклад к 30-летию Конституции: на кит. яз. // Китайский новостной еженедельник. 2012. № 9. С. 12–20.

Это способствовало разобщению правового пространства, препятствовало развитию национальной правовой системы и в конечном итоге привело к Фронде и стало одной из причин Революции. В Китае регистрация проводится вышестоящими органами в отношении актов нижестоящих, поэтому не несет прямой опасности раздробления правового пространства. Однако, как и во Франции прежних времен, проверка конституционности нормативного правового акта при его регистрации проводится по инициативе регистрирующего органа, а не по заявлению заинтересованного лица, что увеличивает опасность произвольного использования контрольных полномочий.

¹⁴ Ван Чжэньминь. Указ. соч. С. 157–159.

¹⁵ Ван Чжэньминь. Указ. соч. С. 165.

Эволюция правовых позиций Конституционного совета Франции о действии налоговых норм во времени

*Шевелев Сергей Эдуардович,
заместитель председателя Коллегии адвокатов
Санкт-Петербурга «Юридическая бизнес коллегия»,
соискатель кафедры государственного и административного права
юридического факультета Санкт-Петербургского
государственного университета
s_sh2001@mail.ru*

Действие налоговой нормы во времени — один из важнейших вопросов налогообложения. Опыт решения данного вопроса в правовых системах различных государств представляет несомненный теоретический и практический интерес. Конституционным советом Франции на протяжении последних тридцати лет принимались важнейшие постановления, посвященные рассматриваемой проблеме. В статье рассмотрена эволюция правовых позиций Конституционного совета Франции о действии налоговых норм во времени.

Ключевые слова: действие налоговой нормы во времени, правовые позиции Конституционного совета Франции, налогообложение, налог.

Конституционный совет Франции, являющийся органом конституционного правосудия Французской Республики, на протяжении последних 30 лет неоднократно рассматривал вопросы действия во времени налоговых норм. Конституционные положения, содержащиеся в Декларации прав человека и гражданина 1789 г., Конституции Французской Республики 1958 г. и иных актах, входящих в так называемый конституционный блок, позволили Конституционному совету Франции сформулировать важнейшие правовые позиции, гарантирующие права налогоплательщиков.

Ежегодно принимаемые во Франции законы о финансах, регулирующие вопросы налогообложения, подлежат обязательному предварительному конституционному контролю. Реформа Конституционного совета Франции, осуществленная 23 июля 2008 г., существенно расширила его компетенцию, наделив его также правом последующего конституционного контроля в рамках процедуры рассмотрения так называемых приоритетных вопросов о конституционности (QPC; la question prioritaire de constitutionnalite). Расширение компетенции Конституционного совета Франции значительно увеличило число рассматриваемых им дел¹, что придало в последние годы новый импульс развитию сформулированных ранее правовых позиций.

Примеры совершенствования правовых позиций о действии налоговых норм во времени можно видеть в практике Конституционного совета Франции и в 2016 г. Эволюция подходов французского

конституционного правосудия представляет существенный теоретический и практический интерес.

«Конституционный блок» как совокупность правил и принципов Французской Республики, имеющих конституционную значимость

Анализ правовых позиций Конституционного совета Франции следует начать с того, каким образом французская конституционная доктрина определяет совокупность правил и принципов, имеющих конституционную значимость. В основе действующей в настоящее время концепции лежит правовая позиция, первоначально сформулированная Конституционным советом Франции в решении от 16 июля 1971 г. № 71-45 DC² и состоящая в том, что наряду с текстом Конституции Французской Республики 1958 г. имеет юридическую силу и Преамбула к ее тексту. Преамбула же к Конституции 1958 г., в свою очередь, подтверждает приверженность французского народа правам и принципам, определенным Декларацией прав человека и гражданина 1789 г. (далее — Декларация 1789 г.), подтвержденной и дополненной Преамбулой Конституции 1946 г. Таким образом, решение от 16 июля 1971 г. подтвердило, что конституционно значимые нормы содержатся не только в действующей Конституции Французской Республики 1958 г.

Правовая позиция Конституционного совета Франции получила поддержку и развитие в трудах французских конституционалистов. В 1975 г. профессор конституционного права Л. Фаворо внес важнейший вклад в развитие конституционной док-

¹ Подробнее см: Антонов А.В. Реформа Конституционного совета Франции // Журнал конституционного правосудия. 2011. № 2. С. 27–38; Антонов А.В. Конституционный совет Франции: порядок формирования и проекты реформирования // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 6.

² Текст решения Конституционного совета Франции от 16 июля 1971 г. № 71-45 DC опубликован на его официальном сайте www.conseil-constitutionnel.fr

трины Франции, определив совокупность правил и принципов, имеющих конституционную значимость, и дав ей наименование «конституционный блок»³. Данная концепция получила поддержку и развитие в трудах других видных французских ученых-конституционалистов, таких как профессор М. Верпо⁴ и профессор Э. Олива⁵.

Согласно указанной доктрине, в настоящее время в состав конституционного блока наряду с Конституцией 1958 г. входят Декларация 1789 г., Преамбула Конституции 1946 г., Преамбула Конституции 1958 г., Хартия окружающей среды 2004 г., а также фундаментальные принципы, признанные законами Французской Республики.

Конституционные правила и принципы, регулирующие действие налоговых норм во времени во Франции и России

В соответствии со ст. 8 Декларации 1789 г. никто не может быть наказан иначе, как в силу закона, принятого и обнародованного до совершения проступка и примененного в установленном порядке. Данная норма близка по содержанию ст. 54 Конституции Российской Федерации и, так же как она, является важной конституционной гарантией, устанавливающей во Франции запрет на придание обратной силы нормам, устанавливающим ответственность. Распространение данного запрета на нормы о налоговой ответственности было подтверждено еще в решении Конституционного совета Франции № 82-155 DC от 30 декабря 1982 г. (в рамках данного дела рассматривался вопрос о конституционности корректировочного закона о финансах на 1982 г. — *Loi de finance rectificative pour 1982*)⁶ и не вызывает в настоящее время каких-либо дискуссий.

В то же время представляет интерес важное различие в регулировании на конституционном уровне во Франции и России действия во времени регулятивных налоговых норм. Статья 57 Конституции Российской Федерации содержит специальную норму, устанавливающую запрет на придание обратной силы законам, устанавливающим новые налоги или ухудшающим положение налогоплательщика. На основании ст. 57 Конституции Конституционным Судом Российской Федерации были сформулированы важнейшие правовые позиции по вопросам налогообложения, и данная норма стала действенной конституционной гарантией прав российских налогоплательщиков. Конституционный же блок Французской Республики не содержит нормы, схожей по содержанию со ст. 57 Конституции Российской Федерации. На первый взгляд данный факт может означать, что ретроактивность (обратная сила)

налоговой нормы находится во Франции вне сферы конституционного контроля.

Однако практика Конституционного совета Франции показывает, что отсутствие в конституционном блоке специальной налоговой нормы во многом восполняется наличием целого ряда иных правил и принципов, имеющих конституционную значимость и существенно ограничивающих ретроактивность налоговых норм, ухудшающих положение налогоплательщиков.

Эволюция правовых позиций Конституционного совета Франции о действии налоговых норм во времени

1. Одним из самых первых решений Конституционного совета Франции, связанных с действием во времени налоговых норм, стало решение № 97-391 DC от 7 ноября 1997 г.⁷ В рамках данного дела рассматривался вопрос о конституционности ст. 2 закона, содержащего срочные меры фискального и финансового характера. Обжалуемая статья закона с обратной силой с 1 января 1997 г. ухудшала положение налогоплательщиков по налогу на общества (*l'impôt sur les sociétés*). Конституционный совет Франции отказал в признании нормы закона неконституционной, указав, что принцип запрета на придание законам обратной силы (*le principe de non retroactivité des lois*) действует в силу ст. 8 Декларации 1789 г. только в отношении норм об ответственности.

2. В решении № 98-404 DC от 18 декабря 1998 г.⁸ Конституционный совет Франции также рассматривал ситуацию, связанную с ретроактивностью налогового закона, ухудшившего положение налогоплательщиков. Статьей 10 Закона о финансировании социальной защиты на 1999 г. (*lois de financement de la sécurité sociale pour 1999*) была увеличена налоговая база налогоплательщиков — фармацевтических компаний, причем увеличение налоговых обязательств затронуло и уже завершившиеся налоговые периоды 1995 и 1996 гг. В решении по данному делу Конституционный совет Франции, так же как и ранее, подчеркнул, что принцип запрета на придание закону обратной силы действует в силу ст. 8 Декларации 1789 г. только в отношении норм об ответственности.

В то же время Совет дополнил высказанную им ранее правовую позицию, указав, что придание обратной силы налоговым законам, ухудшающим положение налогоплательщиков, законодатель должен в обязательном порядке обосновать наличием мотива достаточного общего интереса (*un motif d'intérêt général suffisant*). При этом законодатель не имеет права допустить нарушения каких-либо законных гарантий, обеспечивающих конституционные требо-

³ Favoreux L. Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975. P. 33.

⁴ Подробно см.: Verpeux M. *Droit constitutionnel français*. Paris : Presse Universitaire de France, 2013. P. 483–490 ; Verpeux M. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris : Hachette livre 2013. P. 125–126.

⁵ Oliva E. *Droit constitutionnel*. Paris : Sirey, 2014. P. 117–129 ; Gaia P., Ghevontian R., Melin-Soucramanien F., Oliva E., Roux A. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 17e ed. Paris : Dalloz, 2013. P. 331–344.

⁶ Текст решения Конституционного совета Франции № 82-155 DC от 30 декабря 1982 г. опубликован на его официальном сайте www.conseil-constitutionnel.fr

⁷ Текст решения Конституционного совета Франции № 97-391 DC от 7 ноября 1997 г. опубликован на его официальном сайте www.conseil-constitutionnel.fr

⁸ Текст решения Конституционного совета Франции № 98-404 DC от 18 декабря 1998 г. опубликован на его официальном сайте www.conseil-constitutionnel.fr

вания (*garanties legales des exigences constitutionnelles*). Приняв во внимание то, что в рассматриваемом деле законодатель увеличил налоговую базу по налоговым периодам, завершившимся более двух лет назад, Конституционный совет Франции признал факт отсутствия в данном случае достаточного общего интереса. Совет указал, что в данном случае законодатель имел возможность увеличить финансовые поступления на цели социальной защиты без принятия экстраординарных мер ретроактивного действия. По данным основаниям оспариваемая норма была признана неконституционной.

3. В 2005 г. Конституционный совет Франции вернулся к рассмотрению вопроса о том, в каких пределах мотивом достаточного общего интереса может быть обосновано придание обратной силы налоговому закону. В решении № 2005-530 DC от 29 декабря 2005 г.⁹ Советом в порядке предварительного конституционного контроля рассматривался Закон о финансах на 2006 г. (*Loi de finance pour 2006*). Статья 7 указанного закона изменяла в худшую для налогоплательщиков сторону правила налогообложения дохода, получаемого ими по сберегательным жилищным вкладам (*plans d'épargne — logement*). В связи с тем что подобные вклады осуществлялись налогоплательщиками на длительные сроки порядка 10–12 лет, актуальным стал вопрос о пределах действия во времени вновь принятых норм.

В своем решении Конституционный совет Франции подтвердил право законодателя модифицировать в пределах своей компетенции ранее существовавшее налоговое регулирование. В то же время Совет обратился к ст. 16 Декларации 1789 г. и пришел к выводу, что в силу данной конституционной нормы новое регулирование, ухудшающее положение налогоплательщиков, не должно применяться в отношении уже легально приобретенных прав (*situations legalement acquises*).

4. Важные решения по вопросам действия налоговых норм во времени были приняты Конституционным советом Франции в 2012 г.

4.1. В п. 17–19 решения от 29 декабря 2012 г. № 2012-661 DC¹⁰, принятого Конституционным советом Франции по результатам рассмотрения третьего корректировочного закона о финансах на 2012 г. (*la troisième loi de finances rectificative pour 2012*), был рассмотрен вопрос о допустимости придания обратной силы мерам по пресечению налоговой оптимизации при осуществлении физическими лицами операций с ценными бумагами. Конституционный совет установил, что предусмотренные ст. 18 закона меры затронут ряд операций, совершенных в 2012 г. до его вступления в силу. В то же время законодателем было предусмотрено, что новые правила налогообложения будут применяться лишь к операциям, совершенным после даты внесения проекта закона в Национальную ассамблею (14 ноября 2012 г.). Конституционный совет Франции установил, что в

данном случае принятые меры оправданы достаточным общим интересом, не противоречат каким-либо конституционным требованиям, а ретроактивное применение нового регулирования ограничено датой внесения в парламент проекта закона. С учетом совокупности данных обстоятельств Совет пришел к выводу о соответствии закона конституционным требованиям.

4.2. В п. 36–44 решения от 29 декабря 2012 г. № 2012-662 DC¹¹, принятого по результатам рассмотрения закона о финансах на 2013 г. (*Loi de finances pour 2013*), Конституционный совет Франции проверил конституционность придания обратной силы налоговому регулированию, усиливающему налогообложение доходов, полученных в 2012 г. Придание обратной силы новому регулированию законодатель в ст. 9 закона обосновал достаточным общим интересом, состоящим исключительно в необходимости получения дополнительных доходов бюджета в 2013 г.

По результатам рассмотрения дела Конституционный совет Франции сформулировал важнейшую правовую позицию о том, что получение дополнительных доходов бюджета само по себе не может быть признано достаточным общим интересом, обосновывающим придание обратной силы новому налоговому регулированию. С учетом данного вывода Совет признал обжалуемую норму неконституционной, противоречащей ст. 16 Декларации 1789 г.

5. Приведенные выше решения демонстрируют, что в период с 1997 по 2012 г. правовые позиции Конституционного совета Франции о действии налоговой нормы во времени были значительно усовершенствованы и существенно ограничили возможность законодателя произвольно придавать обратную силу новым налоговым нормам. В то же время неопределенность понятия «мотив достаточного общего интереса», используемого законодателем для оправдания ретроактивности налоговых норм, создавала риски нарушения прав налогоплательщиков.

По указанной причине представляет значительный интерес дальнейшая эволюция правовых позиций Конституционного совета Франции, которая привела к качественному повышению требований к обоснованию законодателем необходимости придания налоговым нормам обратной силы.

В настоящее время ретроактивное применение новой налоговой нормы, ухудшающей положение налогоплательщиков, должно быть обосновано законодателем не просто наличием «мотива достаточного общего интереса» (*un motif d'intérêt général suffisant*), а наличием «императивного мотива общего интереса» (*motif impératif d'intérêt général*). Впервые подобное качественное повышение требований к обоснованию ретроактивности было сформулировано Конституционным советом Франции в решении № 2013-366 QPC от 14 февраля 2014 г. по делу, не связанному с вопросами налогообложения.

⁹ Текст решения Конституционного совета Франции № 2005-530 DC от 29 декабря 2005 г. опубликован на его официальном сайте www.conseil-constitutionnel.fr

¹⁰ Текст решения Конституционного совета Франции № 2012-661 DC от 29 декабря 2012 г. опубликован на его официальном сайте www.conseil-constitutionnel.fr

¹¹ Текст Решения Конституционного совета Франции № 2012-662 DC от 29 декабря 2012 г. опубликован на его официальном сайте www.conseil-constitutionnel.fr

Значимость нового подхода и для отрасли налогового права была высоко оценена французскими правоведами. Как отметил профессор налогового права М. Колле, решением № 2013-366 QPC от 14 февраля 2014 г. Конституционный совет Франции установил баланс таких ценностей, как необходимость обеспечения хорошего функционирования государства, с одной стороны, и защищенность прав налогоплательщиков, с другой стороны¹².

6. Важнейшее усовершенствование правовых позиций Конституционного совета Франции имело место и в 2016 г.

В п. 8 решения по делу № 2015-522 QPC от 19 февраля 2016 г.¹³ Совет указал, что сформулированное им понятие «императивного мотива общего интереса» подразумевает, что в основе такого интереса в обязательном порядке должны лежать ценности конституционного значения (*de valeur constitutionnelle*).

В решении № 2015-525 QPC от 2 марта 2016 г.¹⁴ Конституционный совет Франции впервые применил обновленный подход при рассмотрении вопроса о действии во времени налоговой нормы. В указанном деле предметом рассмотрения была конституционность параграфа III ст. 32 корректировочного закона о финансах на 2014 г. № 2014-1655 от 29 декабря 2014 г. Оспариваемая норма с обратной силой изменяла правила определения налогоплательщиками стоимости жилых и нежилых помещений для целей налогообложения в порядке ст. 1498 Налогового кодекса Франции (*Code general des impots*). При этом новая норма ухудшала положение налогоплательщика.

Весьма важным является то, что в п. 3 решения № 2015-525 QPC Совет указал, что ретроактивность нормы закона, посягающей на права граждан и в сфере налоговых правоотношений, может быть обоснована лишь наличием императивного мотива общего интереса конституционно значимого уровня. В п. 10 решения № 2015-525 QPC от 2 марта 2016 г. Конституционный совет Франции пришел к выводу, что никакой императивный мотив общего интереса не оправдывал в данном случае посягательства на права налогоплательщиков. В результате рассмотрения дела обжалуемая норма была признана неконституционной.

7. В 2016 г. Конституционным советом Франции был рассмотрен и вопрос о правовых последствиях признания налоговой нормы неконституционной. Данный вопрос стал актуальным после реформы Конституционного совета Франции в 2008 г., в результате которой им стал осуществляться последующий конституционный контроль налоговых законов в рамках процедуры QPC.

Поскольку данная процедура (QPC) применяется в связи с жалобами конкретных налогоплательщиков, являющихся сторонами по налоговым спорам, приобрел актуальность вопрос о том, с какого момента для этих и иных налогоплательщиков

наступают правовые последствия признания закона неконституционным.

Правовая позиция Конституционного совета Франции по данному вопросу также была сформулирована в решении № 2015-525 QPC от 2 марта 2016 г. В соответствии со ст. 2 резолютивной части данного решения его эффект для целей регулирования налоговых правоотношений наступает с даты его официальной публикации. В то же время в п. 11 указанного решения Совет признает за налогоплательщиком, явившимся подателем конституционной жалобы, особое право получить дополнительную выгоду от удовлетворения его требований в виде права на рассмотрение его налогового дела без применения неконституционной нормы. В данном случае такое право было признано за налогоплательщиком компанией *Societe civile immobiliere PV 12*.

Таким образом, при определении правовых последствий утраты силы неконституционным налоговым законом Конституционный совет Франции признает принцип «трофея». В основе данного принципа лежит идея стимулирования (вознаграждения) налогоплательщика за действия, направленные на устранение из правовой системы неконституционной нормы.

Выводы

1. Конституционные нормы и принципы Французской Республики, так же как и ст. 54 Конституции Российской Федерации, предусматривают безусловный запрет на придание обратной силы охранительным нормам, предусматривающим установление или отягчение ответственности. Данный запрет основывается на ст. 8 Декларации прав человека и гражданина 1789 г., признаваемой вплоть до настоящего времени неотъемлемой частью французских конституционных норм. Правовые позиции Конституционного совета Франции подтверждают, что конституционный запрет на придание обратной силы в полной мере распространяется на нормы, устанавливающие или отягчающие налоговую ответственность.

2. В отличие от Конституции Российской Федерации, устанавливающей в ст. 57 безусловный запрет на придание обратной силы регулятивным нормам, ухудшающим положение налогоплательщика, конституционный блок Французской Республики не содержит в себе схожей по содержанию нормы. Однако практика Конституционного совета Франции показывает, что отсутствие в конституционном блоке специальной налоговой нормы во многом восполняется наличием целого ряда иных правил и принципов, имеющих конституционную значимость и существенно ограничивающих возможность придания обратной силы налоговым нормам, ухудшающим положение налогоплательщиков.

3. Анализ судебных решений свидетельствует о значительной эволюции на протяжении последних 30 лет правовых позиций Конституционного совета Франции о действии налоговых норм во времени.

¹² Collet M. *Droit fiscal*. 5-e ed. Paris : Presse Universitaire de France, 2015. P. 47.

¹³ Текст Решения Конституционного совета Франции № 2015-522 QPC от 19 февраля 2016 г. опубликован на его официальном сайте www.conseil-constitutionnel.fr

¹⁴ Текст Решения Конституционного совета Франции № 2015-525 QPC от 2 марта 2016 г. опубликован на его официальном сайте www.conseil-constitutionnel.fr

Результатом этой эволюции стало повышение защищенности налогоплательщиков от ретроактивного ухудшения их прав. Конституционное правосудие Французской Республики в настоящее время обеспечивает налогоплательщику высокую защищенность от произвольного увеличения государством его налоговых обязательств или возложения на него каких-либо дополнительных обязанностей.

4. При определении правовых последствий утраты силы неконституционным налоговым за-

коном Конституционный совет Франции признает принцип «трофея». В основе данного принципа лежит идея стимулирования (вознаграждения) налогоплательщика за действия, направленные на устранение из правовой системы неконституционной нормы. При этом стимулом (вознаграждением за удовлетворение требований) является признание за налогоплательщиком права на рассмотрение его налогового дела без применения нормы, признанной неконституционной.

Table of Contents

THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Valery Zorkin. The Constitutional Court in the Transition Phase of the Historical Development of Russia

The article analyses the state and prospects of development of constitutional justice in Russia. Among the factors having a significant impact on its administration, existence of a full-fledged Constitution which enshrined a solid foundation (design) of a democratic, legal and social state is highlighted. In the meantime the Constitutional Court's responsibility for maintaining social consensus as a factor of constitutional stability and adequate protection of political, socio-economic and other rights of citizens is stressed.

Keywords: the Constitution of the Russian Federation, the Constitutional Court of the Russian Federation, protection of social and economic rights, political rights of citizens; the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights

ZORKIN Valery Dmitrievich — President of the Constitutional Court of the Russian Federation, Honoured Lawyer of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor

Contacts: vzor@ksrf.ru

CONSTITUTIONAL LAW

Nicolai BONDAR, Yana CHEPENKO. Gaps in the Constitutional Mechanism of Realisation of Rights and Freedoms (the Practice of the Constitutional Court of the Russian Federation to Overcome them)

The article studies constitutional gaps in correlation with related concepts (legal lacunas, gaps of the Constitution etc.) as a comparatively independent scientific category, which has not only theoretical, but an essential practical significance, including the aspect of exercise of rights and freedoms of citizens. A special role in overcoming constitutional gaps belongs to the bodies of judicial constitutional control. Problems of overcoming the constitutional-conflict contraventions and contradictions of legal regulation are analysed in the light of the practice of the Constitutional Court of the Russian Federation.

Keywords: the Constitution, the Constitutional Court of the Russian Federation, constitutional gaps, human and civil rights.

BONDAR Nikolai Semenovich — judge of the Constitutional Court of the Russian Federation, Honoured Lawyer of Russia, Honoured Scientist of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor

Contacts: bond@ksrf.ru

CHEPENKO Yana Konstantinovna — postgraduate student, St. Petersburg State University

Contacts: chepenko55@mail.ru

CONSTITUTIONALISATION OF LEGAL BRANCHES

Oleg VAGIN. The Legality (Appropriateness) of the Operational Search Activities and the Evaluation of Actions of Persons engaged therein (Based on the Legal Position of the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of Human Rights)

The article analyses the provisions of the Federal Law No. 144-FZ on Operational — Search Activities, criminal legislation, legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of Human Rights. The author determines the legality of operational search activities and evolution of the actions of persons and delimitates it from provocation and criminal illegality.

Keywords: the Constitution, the Constitutional Court of the Russian Federation, the European Court of Human Rights, legality of operational search activities, provocation and criminal illegality.

VAGIN Oleg Alexandrovich — Head of the Department of the constitutional foundations of the criminal justice of the Constitutional Court, Honoured Lawyer of Russia, PhD, Associate Professor

Contacts: Oleg.Vagin@ksrf.ru

Anton ILYIN. Granting of Interbudgetary Subsidies and the Position of the Constitutional Court of the Russian Federation

The article deals with the question of the impact of the legal positions of the Constitutional Court regarding the necessity of interbudgetary subsidies to the Russian Federation Subjects.

Keywords: Constitutional Court's legal positions, expenses of budget, interbudgetary transfers.

ILYIN Anton Valerievich, Assoc. Prof. of Dept. of State and Administrative Law of Saint Petersburg State University, PhD

Contacts: Anton.Ilyin@ksrf.ru

COMPARATIVE STUDIES

Elena GRITSENKO. A Subjective Public Right as an Object of Judicial Protection

The article is devoted to the analysis of different approaches to the subjective right, the evolution of the theoretical foundations of the doctrine of subjective public rights in German constitutional law, the problem of relations of subjective public rights and constitutional rights and freedoms, the applicability of the assessment and the value of the doctrine of subjective public rights for the Russian theory and practice in order to ensure effective judicial protection of rights.

Keywords: a subjective right, a subjective public rights, constitutional rights and freedoms, administrative proceedings, civil procedure, constitutional proceedings

GRICENKO Elena Vladimirovna — Professor of the Department of State and Administrative law of the St-Petersburg State University, Doctor of Law, Professor

Contacts: gricenko.e@jurfak.spb.ru

FOREIGN EXPERIENCE

Vadim SONIN. Constitutional Review in PRC: The History and Current State

At the present time there is a mechanism of constitutional control of Soviet origin existing in China and its reform is being discussed now. The article deals with the terminology used while describing constitutional control in PRC, provides an overview of the history and current state of this institution in China. The norm about constitutional control borrowed from the USSR Constitution of 1936 appeared in the 1954 PRC Constitution for the first time. Until now the function of constitutional review has belonged to the supreme representative body and its Standing Committee. In practice there were only few cases of checking laws for compliance with the law of constitution, and they were decided by Party bodies out of prescribed legal procedure. The article is based on Chinese and Western literature, as well as some illustrative Chinese constitutional review cases.

Keywords: constitutional review, China, the PRC, constitutional law, the PRC Constitution, a constitutional court, the Constitutional Review Committee, the Constitutional Academy, Confucian constitutionalism.

SONIN Vadim Vadimovich — Research Fellow in the Department of Constitutional and Administrative Law, School of Law, Far Eastern Federal University, Ph.D. in Law

Contacts: vsonin@yahoo.com

Sergey SHEVELEV. Evolution of Legal Positions of the Constitutional Council of France on the Matter of Temporal Effect of Tax Regulation.

Temporary effect of tax norms is one of the most important issues of taxation. Experience of solving this issue in the legal systems of different states has undoubted theoretical and practical interest. Constitutional Council of France over the last thirty years has made important decisions, devoted to this issue. The article describes evolution of the legal positions of the Constitutional Council of France on the matter of the temporary effect of tax norms.

Keywords: Temporal effect of tax law, legal positions of Constitutional Council of France, taxation, tax.

SHEVELEV Sergey Eduardovich — deputy director of Saint-Petersburg bar association «Juridicheskaya Business Kollegia», doctorate candidate at the State and Administrative Law Department of the Law Faculty of the Saint-Petersburg State University

Contacts: s_sh2001@mail.ru