

Сравнение методов интерпретации европейских конституционных судов и Европейского Суда по правам человека

Констанс Грeve *

**Профессор публичного права университета Роберта Шумана г. Страсбург, Исследовательский Институт Карре де Мальбер(г)а.*

"*Дайджест публичного права*" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автор за разрешение перевести и опубликовать данную статью. Оригинал статьи см. **C.Grewe, Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte**, опубликован в: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 2001, с. 459 и далее.

Введение	32
I. Методы интерпретации, не выходящие за рамки буквального значения текста	35
1. Историческое толкование.....	35
2. Низкая степень интенсивности контроля	37
II. Дальнейшее развитие прав человека и эволютивные методы интерпретации	41
1. Учет актуальных условий и требование эффективности	41
2. Принцип единообразного толкования.....	46

Введение

В настоящее время можно наблюдать в полном смысле слова конкуренцию различных интерпретаций в области основных прав и свобод человека, которые даются национальными конституционными судами, с одной стороны, и Европейским Судом по правам человека, с другой. Вполне закономерно поэтому встает вопрос о сравнении этих интерпретаций, выявлении сходства и различий между ними, а также о причинах этого явления.

При ответе на эти вопросы было бы заманчиво учесть соответствующую судебную практику всех европейских конституционных судов. Однако, в рамках настоящей статьи представляется возможным рассмотреть деятельность лишь относительно небольшого круга судов, ограничившись по возможности наиболее представительной судебной практикой. При этом речь идет также и о судах тех западноевропейских государств, в которых установлена и существует юрисдикция конституционных судов, даже если их деятельность не получила такого значимого развития, как например, в Германии. Более конкретно основное внимание будет уделено конституционным судам Франции, Германии, Австрии, Швейцарии, Италии, Испании, Португалии и Бельгии, что не исключает привлечения – по мере необходимости – примеров из практики также и других стран.

При постановке вопроса о сравнении методов интерпретации следует сразу подчеркнуть, что в целом ни национальные конституции¹, ни большинство международно-правовых договоров² не содержат специальных предписаний о формах и способах их толкования или о принципах, на которых такое толкование должно строиться. Соответствующие судебные органы располагают вследствие этого относительно большой свободой усмотрения в выборе методов интерпретации. В какой степени схожи или различны эти методы? И если они обнаруживают черты сходства, не означает ли это, что оба вида юрисдикций неизбежно разрабатывают одновременно как специфические, так и общие методы?

Действительно, судебные органы, о которых идет речь, связывают несколько общих элементов. Во-первых, это действует как в отношении

¹ См. *F. Ost/M. van de Kerchove*, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Brüssel 1989, 21–25.

² К немногим указаниям в ЕКПЧ, см. L.-E. Pettiti/E. Decaux/P.-H. Imbert (Hrsg.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris 1995, Art. 17 и 60.

самого предмета толкования, которым выступают, соответственно, права человека, так и в отношении исходного нормативного документа, а именно в одном случае - конституция, в другом - Европейская Конвенция прав человека, о которой Европейский Суд по правам человека говорит, что она представляет собой "конституционный инструмент европейского общественного порядка" ("*verfassungsrechtliches Instrument der europäischen öffentlichen Ordnung*").³ Во-вторых, это также справедливо в отношении системы гарантий защиты индивидуальных прав, а именно - индивидуальная жалоба в Европейский Суд по правам человека и конституционная жалоба в органы конституционного правосудия против нарушений основных прав, гарантированных национальными конституциями. Приводят ли эти общие черты также и к схожей интерпретации?

Утверждения подобного рода встречаются нередко, и, в свою очередь, они могут опираться на солидные аргументы. В их основании лежит предположение, что главной чертой как национальных конституционных актов, так и Конвенции является то, что речь идет о правовых текстах, которые содержат в целом довольно общие, "открытые" и неопределенные формулировки: их основным содержанием является скорее провозглашение определенных прав, чем конкретизация их действительных гарантий. Эта характерная особенность предполагает необходимость применения скорее динамического или телеологического метода интерпретации. Кроме того, признается и специфика природы непосредственного предмета регулирования - основных прав и свобод человека – что также требует использования специфических методов толкования: речь идет о материальном праве, основная проблематика которого состоит в достижении баланса фундаментальных индивидуальных прав с интересами общества. Именно этим, прежде всего, объясняется значение контроля пропорциональности в этой области

Однако, эта аргументация представляется небесспорной, причем в двух аспектах. С одной стороны, основные права принадлежат также и к сфере деятельности уголовных, административных или гражданских судов, и ими отнюдь не применяются какие-либо специфические методы толкования.⁴ С другой стороны, можно указать также на то, что интерпретация международно-правовых договоров о правах человека осуществляется не намного иначе, чем других договоров.⁵

³ Решение от 23.3.1995, *Loizidou*.

⁴ Специально в отношении судей уголовных судов: *Ost/van de Kerchove* (сноска 1), II. Teil: Les directives en droit pénal. La lettre plutôt que l'esprit?, 148–233.

⁵ *P. Wachsmann*, Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme, в: SFDI, Colloque de Strasbourg, La protection internationale des droits de l'homme, Paris 1998, 157 и далее.

Если к этому еще добавить принципиальные различия систем проверки и юридических процедур, действующих в различных конституционных судах, то становится ясным, что уже на уровне конституционного судопроизводства следует неизбежно ожидать появления самых разнообразных толкований. Как можно сравнивать, например, технику интерпретации бельгийского или французского конституционного судьи с толкованием, осуществляемым немецким конституционным судьей? В Германии конституционные судьи обладают компетенцией в рамках абстрактного или конкретного нормоконтроля, они правомочны рассматривать конституционные жалобы или споры между государственными органами, а также любой вопрос конституционно-правового характера, если речь идет об акте органов государственной власти, включая решения судов. В противоположность этому, бельгийский конституционный судья может рассматривать исключительно проблемы распределения компетенции и споры о нарушениях принципа равноправия, принципа запрета дискриминации и свободы преподавания. С точки зрения материального права компетенция французского конституционного суда в этом отношении гораздо шире; тем не менее, он располагает только инструментарием превентивного абстрактного контроля норм. Ни во Франции, ни в Италии нет института индивидуальной конституционной жалобы. Там, где она существует, она не всегда может подаваться, например, и против решений судебных органов (Австрия, Бельгия, Португалия). В этом случае судья конституционного суда должен применять другие средства в целях достижения того, чтобы его толкованию следовали суды общей юрисдикции. Следовательно, вряд ли можно отрицать, что различия в организации конституционного судопроизводства оказывают влияние на судебный контроль и методы интерпретации.

В качестве предварительного вывода следует констатировать, что в принципе оба тезиса, а именно предположение о специфическом характере интерпретации прав человека или, наоборот, об отсутствии такового *prima facie* равнодоказуемы. Из этого также можно заключить, что, возможно, оба мнения лишь частично соответствуют реальному положению дел. Попытка разобраться в этом и будет предпринята в дальнейшем. Тем не менее, нельзя исключить, что один из этих тезисов может быть особенно симптоматичен с точки зрения тенденций развития рассматриваемой здесь судебной практики. В соответствии с этим целесообразно в последующем рассмотрении дифференцировать в судебной практике два отдельные группы в зависимости от того, использует ли она "традиционные" методы толкования прав человека или же применяет "специфические" методы.

Первая группа в значительной степени придерживается таких испытанных методов толкования, как например, грамматическое,

логическое или историческое толкование, в результате чего применяемые здесь способы интерпретации едва ли отличаются от толкования, предпринимаемого судами общей юрисдикции. Границей интерпретации служит при этом буквальное значение текста, выход за рамки которого, по общему правилу, не допускается. Этот массив, который не обязательно охватывает всю правоприменительную практику соответствующего суда (и это действует также для ЕСПЧ), таким образом, не является преимущественно специфическим или позитивистским (I). В отличие от этого, вторая группа выходит за рамки традиционных методов толкования и применяет, в первую очередь, телеологические или систематические аргументы с тем, чтобы динамично приспособлять права индивида к меняющимся с течением времени условиям или приближать их к целевым представлениям соответствующего текста, причем буквальное значение текста необязательно должен служить границей для интерпретации (II).

I. Методы интерпретации, не выходящие за рамки буквального значения текста

Эту категорию методов толкования можно обозначить также как строго позитивистское толкование. С его помощью основные права и свободы человека интерпретируются исключительно в тех рамках, в которых они нашли свое закрепление в соответствующем тексте.

Данный метод интерпретации характеризуется, в первую очередь, использованием исторического подхода (1.) и относительно низкой степенью интенсивности судебного контроля (*Prüfungintensität*) (2.).

1. Историческое толкование

Ссылки на исторический смысл и содержание основных прав и свобод человека можно обнаружить и в судебной практике конституционных судов, и практике конвенциональных органов ЕКПЧ, причем как в контексте субъективного толкования, так и в контексте объективного подхода.

Субъективный исторический метод интерпретации ставит во главу угла волю конституционного законодателя или, соответственно, волю "творцов" Конвенции. В области конституционного права это решения, в которых подробно исследуется история возникновения рассматриваемых норм и на этой основе конструируется принятое в данном случае постановление по

делу. В современной европейской системе конституционного правосудия такой подход наблюдается все реже.

ЕСПЧ время от времени использует подобный так называемый "консенсуальный метод" (*konsensuelle Methode*), например, когда он сформулировал свой вывод, что у создателей ЕКПЧ не было бы намерения предусмотреть в Конвенции гарантии социальных прав,⁶ или также, что государства-участники сознательно стремились исключить из регулирования в Конвенции вопрос о доступе к государственной службе.⁷ Очевидно, здесь тесно взаимосвязаны оба признака позитивистской интерпретации: субъективно-исторический метод функционально дополняет низкую степень интенсивности контроля или соответственно особое акцентирование свободы усмотрения (*margin of appreciation*).

В отличие от этого, формы объективно-исторической интерпретации встречаются в судебной практике конституционных судов чаще. В этом случае вопрос о субъективной воле конституционного законодателя стоит на заднем плане, и при принятии решения судья исследует объективное содержание текста в его значении на момент принятия соответствующей нормы. Однако, нередко этот метод применяется только в ограниченной и избирательной форме, и можно сказать, скорее, собственно в виде исключения. Так например, французский Конституционный Совет довольно долгое время пользовался этим методом при определении сферы защиты свобод индивида. При этом он не опирался непосредственно на ст. 66 Конституции 1958-го года, которая четко - хотя и в несколько специальной форме - закрепляла индивидуальное право на личную свободу, а сферу ее защиты выводил на основании принципа исторического континуитета. Он рассматривал свободу индивида как один из фундаментальных принципов, признанных законами Республики ("*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*"), которые вследствие этого имеют ранг конституционных норм (Преамбула 1946-го года).⁸

В целом, насколько можно судить, лишь один единственный конституционный суд систематически применял этот метод, а именно Конституционный Суд Австрии. Но также и в его практике такой подход остался сегодня в прошлом. Известная "теория консервации" (*Versteinerungstheorie*) австрийского Конституционного Суда и в настоящее время все еще представляет интерес, поскольку в ней особенно показательно отражается влияние европейской судебной практики на

⁶ Например, Решение от 23.7.1968, *Belgischer Sprachenstreit* или Решение от 19.2.1998, *Botta*.

⁷ Так например, Решение от 28.8.1986, *Kosiek u Glasenapp*.

⁸ Решение Конституционного Совета, СС 76-75 DC, 12.1.1977, *Fouille des véhicules*.

внутреннее право. В действительности, метод "консервации" нередко приводил к неадекватным результатам, например, когда австрийский Конституционный Суд, констатируя, что регулирование, установленное в Основном Законе 1867-го года не соответствовало более современному положению, отказался, тем не менее, сделать из этого соответствующие выводы.⁹ Когда в конце 1980-ых и в начале 1990-ых годов Страсбургский Суд все чаще стал признавать нарушение конвенциональных положений Австрией, Конституционный Суд изменил свое отношение к этой доктрине. Хотя, определенно, для этого имелись также и внутренние причины, все же, здесь - со всей очевидностью - существенную роль сыграла и европейская судебная практика.¹⁰ С тех пор основные права и свободы человека стали также и в Австрии интерпретироваться преимущественно эволютивно, то есть адаптироваться к актуально действующим условиям.¹¹ Это было необходимо уже по той причине, что одним из наиболее важных элементов европейской судебной практики является тест на пропорциональность, который требует проверки ограничений основных прав с точки зрения их необходимости в демократическом обществе и в этом смысле предполагает необходимость так называемого актуализирующего толкования, и относительно высокую интенсивность и объем судебной проверки.

2. Низкая степень интенсивности контроля

Интенсивный контроль в преимущественно позитивистски ориентированных конституционных судах, действительно, скорее редкое явление. Прежде всего, это можно сказать о конституционных судах Бельгии, Франции и Австрии. Это чувствуется также и в странах Северной Европы; во всяком случае, авторитет закона в этих государствах все еще довольно непоколебим. В свою очередь, здесь имеется также достаточно сильная традиция неписаного права. Уже длительное время обычное конституционное право и писанные конституции сосуществуют и взаимодополняют друг друга. Это объясняет, вероятно, наличие существенных различий в позициях судов в северо-европейских государствах. Если судебную практику в Дании и Финляндии можно было

⁹ Th. Öhlinger, Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, с. 216 и далее.

¹⁰ По вопросу о взаимном влиянии см.: M. Oetheimer, L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe. Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni, Paris 2001, 230, 248, 262.

¹¹ Th. Öhlinger, Verfassungsrecht, WUV Studienbücher, 4. Aufl., Wien 1999, 284 и сл.

классифицировать (во всяком случае, до 2000-го года) как крайне позитивистскую, то в Швеции ситуация, частично под влиянием ЕКПЧ и европейской судебной практики, сильно изменилась. В Норвегии же суды при толковании основных прав всегда проявляли более решительную позицию относительно отхода от "чистого" позитивизма.

В этих странах относительно общим правилом является сравнительно низкая степень интенсивности судебного контроля. Тем не менее, также и здесь все более часто проводится контроль пропорциональности, хотя бы уже по той причине, что этого фактически требует Страсбург. Хотя эта проверка часто сводится к контролю потенциальной "очевидной непропорциональности",¹² тем не менее, можно наблюдать, что контроль пропорциональности, хотя и является в этих странах относительно новым явлением, имеет, вместе с тем все шансы на дальнейшее развитие.

Это не значит, что в других европейских национальных правовых порядках и на общеевропейском уровне систематически применяется более строгий масштаб проверки. В этих системах можно также скорее констатировать, прежде всего, постоянное колебание между ограниченным и интенсивным контролем.¹³ В теоретико-правовом аспекте различия в интенсивности судебной проверки нередко объясняются, во-первых, специфическими процессуальными особенностями разбирательства или, во-вторых, степенью свободы, которую соответствующий нормативный текст признает за судом, компетентным рассматривать обжалованное решение, а также, наконец, наличием общего европейского стандарта. Во всяком случае, в практике конституционных судов и в практике ЕСПЧ такой вывод не подтверждается.

Подобные трудно предсказуемые колебания можно продемонстрировать на примере беглого сравнения постановления ЕСПЧ по вопросу о допустимых ограничениях свободы художественного самовыражения и соответствующего решения Высшего Федерального Суда Швейцарии, с одной стороны, и немецкого решения относительно размещения распятия в баварских школах и решения французского Конституционного Совета относительно статута Французской Полинезии, с другой.

Оба решения, названных первыми, подчеркивают свободу усмотрения государственных органов и вследствие этого ограничивают объем судебного контроля их решений. Так например, ЕСПЧ в решении по делу

¹² По данному вопросу см. *G. Xynopoulos*, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre*, L.G.D.J. 1995, 279–308, 353–414.

¹³ По данному вопросу в контексте ст. 10 ЕКПЧ см.: *P. Wachsmann*, *Une certaine marge d'appréciation*, в: *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en l'hommage à Pierre Lambert, Brüssel 2000, 1017 и далее.

*Müller*¹⁴ констатировал сначала, что национальные органы имеют больше возможностей, чем международный суд, оценить необходимость ограничения основного права в тех областях, в которых не существует установившегося общеевропейского стандарта. Вместе с тем, он одновременно допустил, что и на внутригосударственном уровне вполне могли существовать различные точки зрения по вопросу о необходимости такого ограничения и его границах. Поэтому запрет художнику выставлять свои картины, вынесенный в кантоне *Фрибург (Fribourg)*, тем не менее, не нарушает Конвенцию, несмотря на то, что в других кантонах он мог беспрепятственно выставлять свои произведения. Суд признает таким образом возможность существования "настоятельной общественной потребности", ограниченной в локальном отношении. Этот вердикт в принципе идентичен с аналогичным решением, принятым швейцарским Высшим Федеральным Судом 15 июня 1994 года по делу Т.¹⁵ В данном решении Суд сформулировал позицию, что Административный Совет *Санкт-Галлена (St. Gallen)* был знаком с реальным положением дел и настроениями местных жителей лучше, чем сам федеральный суд. Поэтому при проверке вынесенного Советом запрета федеральным судьям надлежало в этом случае проявить особую сдержанность. В принципе схожую логику обнаруживает также и столь часто критикуемое решение ЕСПЧ по делу *Otto Preminger Institut* от 20 сентября 1994 года.¹⁶

С подобной "судейской сдержанностью" явно контрастирует решение немецкого Федерального Конституционного Суда по вопросу о размещении распятия в школьных классах,¹⁷ особенно если принять во внимание, что конституция Баварии (принятая, кстати, на всенародном голосовании) непосредственно предусматривает учреждение межконфессиональных, то есть христианских, школ и что, помимо этого, федеральные земли в ФРГ обладают важными самостоятельными полномочиями в области организации школьного образования. В этом решении Конституционный Суд не только отказал государственным органам федеральной земли в наличии у них определенной свободы усмотрения, но и со всей определенностью также подчеркнул необходимость защиты прав отдельных групп, представляющих меньшинство населения. В противоположность этому, в двух вышеназванных случаях суды подтвердили позицию большинства в его

¹⁴ Решение от 24.5.1988, EUGRZ, 1988, с. 543.

¹⁵ EUGRZ, 1994, с. 567.

¹⁶ Критическую оценку см. *P. Wachsmann*, La religion contre la liberté d'expression sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme, в: RUDH 1994, 441 и далее.

¹⁷ Решение от 16.5.1995, JZ 1995, с. 942 и далее; по данному вопросу см. С. Grewe/A. Weber, Droit constitutionnel étranger. L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 16 mai 1995 relatif au crucifix, в: RFDC, 1996, 183 и далее.

оценках основополагающих ценностей. Хотя в решении по вопросу о Полинезии французский суд не проводил различие между большинством и меньшинством,¹⁸ он, также как и немецкий, все же сделал акцент на необходимости единообразного применения основных прав в различных регионах государства и по этой причине признал неконституционной норму, ограничивавшую компетенцию центрального законодателя установлением исключительно лишь "основных гарантий для осуществления публичных свобод".¹⁹

Подобный разброс мнений сложно объяснить и невозможно предсказать. Нередко утверждается, что степень интенсивности контроля ЕСПЧ зависит от наличия или отсутствия общеевропейского стандарта. Однако, как иначе, чем в результате судебной практики ЕСПЧ, который в конечном счете и решает, существует ли в той или иной области такой стандарт, должен формироваться этот европейский стандарт. Поэтому снижение интенсивности контроля объясняется, пожалуй, скорее субъективным судебским моментом, в котором выражается забота Суда о собственном авторитете и легитимности.

Если легитимность судебного органа оказывается, по мнению его судьи, поставленной на карту, то он ограничивает свой контроль. Судья конституционного суда вспоминает о разделении властей и объясняет, что у него нет такой же свободы усмотрения и оценки, как у законодателя. Аналогичным образом Европейский Суд подчеркивает, что он не хочет и не может подвергать внутреннее право детальной проверке, поскольку государства-участники при применении внутреннего права имеют определенную (иногда также и довольно значительную) свободу усмотрения (*marge d'appréciation*).

Разумеется, подобные "кризисы легитимности" особенно вероятны при рассмотрении наиболее спорных в социальном или политическом отношении вопросов, то есть тогда, когда ЕСПЧ не хочет устанавливать определенный стандарт. В этой связи можно упомянуть судебную практику относительно права на жизнь и проблем допустимости аборт, а также столь угрожающе уклончивые решения французского Конституционного Совета,²⁰ австрийского Конституционного Суда,²¹ Бельгического

¹⁸ СС 96–373 DC, 9.4.1996.

¹⁹ По поводу данного сравнения, следует, впрочем, добавить, что два последних из вышеназванных решений были приняты в рамках процедуры абстрактного нормоконтроля, и поэтому предметом рассмотрения в этом случае были нормативные тексты общего действия, предназначенные для неопределенного круга субъектов, а не судебные решения или индивидуальные акты.

²⁰ СС 74–54 DC, 15.1.1975.

²¹ VfGH, 11.10.1974, EuGRZ 1975, с. 74.

Арбитражного Суда,²² и, наконец, также и самого ЕСПЧ²³. В решении этого вопроса, собственно, только германский Федеральный Конституционный Суд²⁴ и португальский Конституционный Суд²⁵ отличились решительной позицией и проведением детальной судебной проверки, хотя и с противоположным результатом.

Это постоянные колебания между интенсивным и сокращенным контролем ограничений основных прав наглядно показывает, что при сравнении, подобном нашему, следует отказаться от слишком категоричного подхода и нельзя считать, что всю судебную практику какого-либо суда можно привязать к одному единственному методическому направлению. Это, естественно, делает общую оценку более сложной, не должно, однако, оставаться без внимания при анализе второго метода интерпретации, в рамках которого правовые тексты при необходимости интерпретируются с учетом меняющихся условий.

II. Дальнейшее развитие прав человека и эволютивные методы интерпретации

Здесь можно вспомнить равным образом об итальянском понятии "живого права" (*lebendes Recht*), а также идею эффективности прав человека. Понятием "эволютивные" должны обозначаться любые систематические или обусловленные целью толкования методы, которые позволяют судье адаптировать писанные основные права и свободы человека к актуальным условиям конкретного периода времени (1) и привести их в соответствие с принципом единства текста (2).

1. Учет актуальных условий и требование эффективности

Сегодня применение эволютивных методов интерпретации практически стало правилом, и это характерно как для национального конституционного права, так и для европейского права. Действительно, представляется совершенно необходимым, чтобы основные права и свободы человека интерпретировались в контексте актуального развития.²⁶

²² Решение от 19.12.1991, EuGRZ 1992, с. 363.

²³ Решение от 29.10.1992, *Open Door and Dublin Well Women c/Ireland*.

²⁴ BVerfGE 39, с. 1 и решение от 28.5.1993, EuGRZ 1993, с. 229 и далее.

²⁵ Решение Nr. 288/98, *Diario da Republica*, I-A Nr. 91, 18.4.1998.

²⁶ Что не означает, что автор разделяет т.н. "теорию исторического развития".

Прежде всего, это следует из природы релевантных в рассматриваемом отношении нормативных текстов: исключительно лишь открытые и неопределенные регулирования могут обладать необходимой стабильностью, чтобы в течение длительного периода выдерживать проверку временем. Кроме того, согласно широко распространенной сегодня точки зрения, фундаментальные принципы правовых систем, как например, демократия или основные права никогда не являются свершившимся и законченным фактом, а находятся в процессе постоянного дальнейшего развития.

Эта идея в большинстве случаев не нашла непосредственного отражения в соответствующих нормативных текстах, тем не менее была подтверждена в новейших конституциях, в частности, путем провозглашения определенных государственных целей или директив либо путем поручения органам государственной власти уделять особое внимание определенным областям и развивать гарантии защиты основных прав.²⁷ Такие положения содержатся, в частности, в германском Основном Законе, в конституциях Италии, Испании, Португалии и в несколько урезанном виде в конституции Греции. Также и на европейском уровне имеются аналогичные положения в преамбуле ЕКПЧ.²⁸ Эти динамичные (или открытые) элементы нормативных текстов имеют особое значение для судей, так как они легитимируют к расширительному толкованию соответствующих норм. По аналогии с кодификацией международного права здесь также можно говорить, вероятно, о "прогрессивном развитии", показывая, что эти эволютивные методы, несмотря на присущий им динамичный элемент, имеют в своей основе сам нормативный текст.

В нормативной системе ЕКПЧ эту функцию выполняет преамбула, где закрепляются принципы верховенства права, развития прав человека и усиления интеграции. К этому следует добавить ст. 8 – 11 Конвенции, в которых демократическое общество служит как критерий для установления пределов допустимых ограничений (*Schrankenschränken*). Все эти элементы позволили ЕСПЧ не только использовать консенсуальные и исторические методы интерпретации, но и дополнять Конвенцию актуализирующим образом или даже "модернизировать" её. Так, ЕСПЧ часто подчеркивает, что требование обеспечения эффективной защиты прав человека требует интерпретации в свете современной ситуации.²⁹ Понятие европейского стандарта и обязательство государств-участников соответствовать этому стандарту могут быть правильно поняты только на фоне актуализирующей интерпретации. В основании последней лежит, прежде всего, предмет и цель Конвенции. Путем соответствующих

²⁷ C. Grewe/H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris 1995, 42 и далее

²⁸ J. A. Frowein/W. Peukert, *EMRK-Kommentar*, 2. Aufl., Kehl 1996, "Präambel".

²⁹ Например, Решение от 23.3.1995, *Loizidou*.

указаний ЕСПЧ дополнил непосредственный текст Конвенции, признав, несмотря на то, что эти вопросы вообще не нашли никакого упоминания в Конвенции, специфическое положение иностранцев³⁰ или заключенных³¹ и вследствие этого необходимость специальных гарантий для них, прежде всего, принимая во внимание нормы, установленные статьями 2, 3 и 8 Конвенции. Демократические целеустановки ЕКПЧ Суд использовал часто для того, чтобы "модернизировать" текст с помощью констатации общеевропейского стандарта или по пути автономной интерпретации. Для этих целей правовая фигура позитивных обязанностей государств является решающим инструментом. Подобное амбициозное толкование договорных обязательств привело к такой ситуации, что, с одной стороны, гарантии правовой защиты были частично распространены также и на нарушения, совершаемых частными лицами и тем самым было в известном смысле признано их действие в отношении "третьих лиц" (*Drittwirkung*; этот принцип предполагает, что положения, касающиеся прав человека, применимы не только в правовых отношениях между частными лицами и государственной властью, но и в правовых отношениях между частными лицами – прим. *Дайджеста*). С другой стороны, следствием этого стало то, что традиционные гражданские и политические права нередко добавляются социальным измерением.

Эволютивные методы толкования получают все большее распространение также и во внутреннем праве. Частично они даже почти предписываются национальными конституциями. Это справедливо, прежде всего, для Испании и для Португалии, где существует как абстрактный, так и конкретный нормоконтроль и где принятые в конкретном процессе решения пользуются лишь относительным авторитетом, в результате чего соответствующие акты могут быть в другом процессе обжалованы снова. Регулирование подобного рода со всей необходимостью предполагает принцип, что любой акт органа государственной власти может в определенный момент времени стать неконституционным, без того, чтобы он непременно был таковым с самого начала. В принципе и немецкий судья приходит к похожему результату, когда он проводит различие между недействительностью и неконституционностью; итальянский судья пользуется с этой целью теорией "живого права".³²

В этих странах, особенно, однако, в Италии и в Германии, эта актуализирующая интерпретация способствовала также дополнению и модернизации конституции. Так, в Италии важную роль при утверждении открытого каталога основных прав играла ст. 2 Конституции.

³⁰ См. например, решения *Berrehab*, 21.6.1988, EuGRZ 1993, с. 547 и сл., и *Beljoudi*, 26.3.1992, EuGRZ 1993, с. 556 и далее.

³¹ *Golder*, 21.2.1975, EUGRZ, 1975, с. 91, EUGRZ, 1975, с. 100.

³² G. Zagrebelsky, La doctrine du droit vivant, A.I.J.C. 1986, 55 и далее.

Определенные в этой статье "неприкосновенные права" человека трактовались как общее понятие, которое не ограничивается только непосредственно перечисленными правами. На этой основе итальянский Конституционный Суд в качестве прав конституционно-правового ранга признал такие права, как охраняемые правом личные свободы (*persönliche Freiheitsrechte*), право распоряжаться собственным телом, или право на информацию.

Аналогичную роль играла в немецком праве статья 2 Основного Закона. Гарантированное в абз. 1 данной статьи право на свободное развитие своей личности послужило для Федерального Конституционного Суда основанием для того, чтобы сформулировать общий принцип свободы действий и прав личности, который позволяет признать и защитить любые незапрещенные действия, непосредственно не закрепленные в качестве основных прав.

Гораздо труднее динамично интерпретировать конституцию, если она не предоставляет для этого никаких оснований. Такое положение характерно для старых и неполных конституционных текстов, которые, однако, именно поэтому должны приводиться на актуальный уровень развития. Судья сталкивается здесь со значительно большей проблемой легитимации. Пожалуй, по этой причине "смелые" интерпретации или систематические модификации можно наблюдать здесь реже.

На таких старых текстах строится, во всяком случае частично, французское право, так как основные права уходят своими истоками в 1789-ый год. Тем не менее, это не помешало Конституционному Совету, основываясь на европейской судебной практике, реконструировать право на свободное выражение мнения в том числе и как право на свободное получение информации.³³ Схожим образом он признал право на личную свободу³⁴, полностью неизвестное французским конституционным текстам, или, например, правовую фигуру "конституционных целей" (*objectifs à valeur constitutionnelle*),³⁵ к которым в частности относится принцип человеческого достоинства.³⁶

К категории старых и неполных конституций можно отнести, кроме того, Норвегию, конституция которой является сегодня старейшей в Европе (1814 год), и - до недавнего времени - Швейцарию. Пример норвежской конституции является в этом отношении особенно показательным. Каталог закрепленных здесь основных прав в высшей степени "скуден". Необходимость как можно быстрее разработать конституцию с тем, чтобы

³³ CC 84-181 DC, 10./11.10.1984, *Entreprises de presse*.

³⁴ CC 91-294 DC, 25.7.1991, *Accord de Schengen*.

³⁵ CC 84-181 DC, 10./11.10.1984, в нем плюрализм обозначается в качестве такой цели.

³⁶ CC 94-359 DC, 19.1.1995.

добиться государственной независимости, побудила "отцов" конституции в тот исторический период, вопреки их намерению подробно урегулировать права человека по американскому образцу, к тому, что они в значительной степени оставили этот аспект без внимания, не установив хотя бы обязанность для государственных органов содействовать развитию прав человека. Американский пример был, тем не менее, настолько вдохновляющим, что благодаря нордической традиции обычного права в Норвегии в середине 19-ого века был введен институт конституционного контроля.³⁷

В рамках этой судебной практики однозначно применяются эволютивные методы интерпретации.³⁸ С одной стороны, норвежские суды дают расширительное толкование уже существующих прав и, с другой - интенсивно дополняют их международно-правовыми нормами. Так например, еще до инкорпорации ЕКПЧ во внутреннее право национальные суды, в частности, на основе предположения о соответствии между внутренним правом и международным правом, систематически интерпретировали и развивали нормы конституции и законодательства в свете ЕКПЧ.

Также в Швейцарии Федеральный Суд не избегал применять эволютивные методы толкования. Как и в Норвегии, Суд давал расширительное толкование федеральной Конституции, оставшейся до апреля 1999-го года достаточно пробельной, за счет активного привлечения положений ЕКПЧ, которая фактически приобрела конституционный ранг. Помимо этого, его судебная практика показывает, как практически без всякого сложного перехода дальнейшее развитие основных прав дополняется признанием новых прав. Например, Федеральный Суд дал расширительное толкование, прежде всего, закрепленному в ст. 4 Конституции принципу равноправия и обосновал, в частности, из этого положения общий запрет произвола и многочисленные процессуально-правовыми гарантии.³⁹ Когда подобная техника не представлялась более достаточной, Суд стал непосредственно и однозначно признавать новые права, обосновывая это потребностями осуществления принципов демократической федерации.⁴⁰ Таким образом в качестве основных прав были признаны право на личную свободу,⁴¹ которое охватывает право на

³⁷ R. Slagstad, *The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System*, в: E. Smith (Hrsg.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Den Haag 1995, 81 и далее.

³⁸ H. Ch. Brugge, "Constitution" and "Constitutional Law" in Norway, в: Smith (сноска 37), 293 и далее.

³⁹ J. P. Müller, *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Bern 1983, 24–31.

⁴⁰ Эти права вошли в новую конституцию, принятую в апреле 1999 года и являются сегодня в этом смысле "нормальными" писаными основными правами.

⁴¹ BGer 89 I, 98.

жизнь, на физическую и психическую неприкосновенность и свободу передвижения, свобода выражения мнения,⁴² языковые права,⁴³ свобода собраний⁴⁴ и право на обеспечение прожиточного минимума.⁴⁵ Кроме того, Федеральный Суд после некоторых колебаний признал допустимость контроля связанных с принципом федерализма гарантий кантональных конституций также и с точки зрения изменений федерального права.⁴⁶ Развитие права в подобных масштабах, осуществляемое судебной практикой – явление относительно редкое. Оно объясняется, пожалуй, с одной стороны, сильной легитимацией Федерального Суда и, с другой стороны, федеративной (в тексте статьи "федеральной" - *прим. Дайджеста*) структурой, так как многие неписаные права либо уже вошли в соответствующие кантональные конституции, либо обсуждались в рамках многочисленных конституционных ревизий. По этой причине даже эти неписаные права не могут квалифицироваться в качестве чисто судебного развития права. После исследования этого варианта эволютивной интерпретации следует в заключении остановиться на систематическом толковании, важным элементом которого является акцентирования принципа единства конституции или Конвенции.

2. Принцип единообразного толкования

Также и в этом случае речь идет о об одной из форм дальнейшего развития основных прав и свобод человека в ходе судебного правоприменения. Если судья национального конституционного суда или европейского суда пользуются систематическими методами толкования, в большинстве случаев это происходит, чтобы интерпретировать нормативный текст не грамматически, а в соответствии с его смыслом, значением и целью. Сюда относится также метод конститутивной интерпретации, который предложили *Франсуа Ост (François Ost)* и *Мишель ван де Керхове (Michel van de Kerchove)*⁴⁷ и который в Германии рассматривался бы, пожалуй, скорее как аспект теории прав человека (*Grundrechtstheorie*).⁴⁸ Эта теория исходит из предпосылки, что каждое провозглашение прав основывается на общей концепции, на определенной

⁴² BGer 87 I, 117.

⁴³ BGer 91 I, 480.

⁴⁴ BGer 96 I, 224.

⁴⁵ BGer, 29.9.1995, EuGRZ 1996, с. 207.

⁴⁶ *P. Garonne*, Le suffrage universel et égal en Suisse, Rev. fr. drt. const. 1992, 251 и далее.

⁴⁷ *Ost/van de Kerchove* (сноска 1), 41 и сл.

⁴⁸ В этом смысле *E.-W. Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, в: Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt/M. 1991, 115 и далее.

системе. Каждая система обладает своей логикой. Так, в рамках либерализма свобода считается ценностью как таковой. Вмешательство государства всегда понимается как вторжение, которое необходимо подлжит оправданию. Это означает также, что финализация какого-либо права (например, свободы слова через демократию) чужда либеральной системе и должна, скорее, быть отнесена к институциональным или демократическим системам. Также и в отношении соображений эффективности либерализм проявляет сдержанность; они характерны более для более социально ориентированных теорий. Для оценки судебного понимания теории основных прав важно поэтому сначала сформулировать эту теорию непосредственно из нормативного текста, прежде чем приступать к собственно интерпретации.

Большинство национальных конституционных судов, так же как и ЕСПЧ, стремится сначала определить контуры общей концепции прав человека, чтобы затем руководствоваться ей в своих решениях. Тем не менее, иногда они оставляют содержание теории несколько в тени или даже дают противоречащее толкование, в результате чего не всегда ясно, была ли теория основного права развита на основе релевантного нормативного текста или же она является изобретением судьи. Впрочем, нередко, пожалуй, имеет место и то, и другое.

В европейской судебной практике ссылки на систему прав человека являются вполне распространенным явлением, даже если, как и в случае большинства конституционных судов, при этом иногда возникают определенные внутренние противоречия.⁴⁹ Европейский Суд, в частности, опираясь на преамбулу Конвенции, развивает собственную теорию, которая, в свою очередь, зиждется на принципах демократии, верховенства права и общего наследия ценностей. Кроме того, он подчеркивает необходимость дальнейшего развития и совершенствования прав человека в целях обеспечения эффективности их защиты.

Немецкая конституционная судебная практика особенно богата указаниями на такую теорию основных прав. Представление об основных правах как системе ценностей, объективно-правовое содержание этих прав, их институциональное значение и демократическая функция, а также обусловленная ими защитная обязанность государства, и наконец, понятие правового государства и его связь с демократическими принципами и основными правами являются ее элементами. Уже только попытка систематизации этих принципов и понятий показывает потенциальную

⁴⁹ Так например, комбинированное рассмотрение принципа демократического общества и верховенства права - не всегда простая задача: см. *P. Wachsmann* (сноска 5), 26. Также и "иерархия" между статьей 2 и статьей 3 является небеспроблемной: *V. Maurer*, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, Paris 1999, 374-410.

противоречивость этой судебной практики. В этом отношении швейцарский Федеральный Суд оказывается более последовательным. Он ссылается исключительно на принцип демократической федерации. Тем не менее, в итальянской и в австрийской судебной практике также можно обнаружить присутствие элементов теории основных прав.

В отличие от этого, французский Конституционный Совет избегает общих суждений и констатаций и лишь редко раскрывает исходные интерпретационные послышки. Подоплека и мотивы остаются здесь большей частью скрытыми или отражаются в решениях только косвенно, несмотря на то, что Конституционный Совет, как представляется, все же имеет также теорию основных прав. Нередко его заключения основывались именно на ней, как например, решение, когда Совет в 1993-ем году закрепил конституционный статус иностранцев.⁵⁰ То же самое можно, пожалуй, утверждать о бельгийском Конституционном Суде.

В качестве обобщающего заключения следует констатировать, что судебная практика в области основных прав и свобод человека в Европе обнаруживает существенные различия, а также не свободна от внутренних противоречий. Почти всеми судами используются практически весь арсенал различных методов интерпретации. Несмотря на такое неудовлетворительное положение, можно предположить наличие определенных координирующих тенденций, которые позволяют постепенно приводить расходящиеся точки зрения к общей цели. Что касается судебной практики, которая пользуется эволютивными методами, то, все же, удивительно, насколько параллельно проходят здесь линии развития. Все-таки, по-видимому, европейские судьи сходятся в определении целей и направления защиты основных прав и свобод человека. Подобная конвергенция показывает, насколько сильными в течение последних лет стали взаимодействие и взаимозависимость между судебной практикой различных европейских судов. В этом отношении контакт в Европе можно считать восстановленным. Характерным и важным является то, что взаимное влияние особенно выражено именно там, где специфика применяемых методов интерпретации проявляется наиболее всего, а именно - в области судейского развития основных прав и свобод человека. Если в этой области один суд заимствует в своей практике методы, применяемые другим судом, то это вовсе не происходит в большинстве случаев по техническим, инструментальным или эстетическим причинам, а в силу стремления достигать содержательного соответствия. В этом смысле в итоге, скорее, все же можно согласиться с тезисом о гармонизации методов интерпретации, вопреки определенной специфичности исследованной судебной практики различных судов, каждый из которых на свой лад пытается решать сегодняшние общие

⁵⁰ CC 93-325 DC, 13.8.1993, *Maîtrise de l'immigration*.

проблемы, которые приносят с собой демократия, правовое государство или верховенство права, но также и признание действия прав человека для третьих лиц, плюрализм или право на справедливое судебное разбирательство.