

Фонд Конрада Аденауэра
в Российской Федерации

**ИЗБРАННЫЕ РЕШЕНИЯ
ФЕДЕРАЛЬНОГО
КОНСТИТУЦИОННОГО
СУДА
ГЕРМАНИИ**



Москва
Инфотропик Медиа 2018



Konrad
Adenauer
Stiftung

СОСТАВИТЕЛИ

Проф., д-р Юрген Швабе
Торстен Гайсслер

ОТВЕТСТВЕННЫЙ РЕДАКТОР

Клаудиа Кроуфорд

КООРДИНАТОР

Анастасия Тимофеева

ПЕРЕВОДЧИКИ И РЕДАКТОРЫ

Под руководством Фалька Тишендорфа, адвоката, Главы Московского офиса
BEITEN BURKHARDT

Бильгеис Мамедова, магистр права (Бремен), к.ю.н. (§§ 1-11)

Камиль Карибов, к.ю.н., (§§ 12, 24, 25, 27)

Василий Ермолин, адвокат (§§ 13, 15-18, 23)

Алексей Кузьмишин, магистр права (Саарбрюкен) (§14)

Тарас Деркач, к.ю.н. (§§ 19-21)

Олег Лялюцкий (§§ 22, 26, 28)

Дмитрий Олейник (§§ 29-31)

Александр Безбородов, адвокат, магистр права (Пассау), Максим Южаков,
магистр права (Пассау), Екатерина Тетерюк (§§ 32-40)

Представительство BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
в г. Москве

Турчанинов пер., д. 6, стр. 2
119034, Москва

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.

Ратхаусаллее, 12
53757 Санкт-Августин
Германия
телефон: (+49) (0)30 24 60
телефакс: (+49) (0)30 2 46 25 91

Клингелхёферштрассе, д. 23
10785 Берлин
Германия
телефон: (+49) (0)30 269 96 453
телефакс: (+49) (0)30 269 96 555
www.kas.de

Фонд Конрада Аденауэра е.Ф. Представительство в Российской Федерации

Кузнецкий мост, 21/5, офис 4050
107031 Москва
Российская Федерация
телефон: (+7) (8) 495 626 00 75
телефакс: (+7) (8) 495 626 00 76
info.rusland@kas.de
www.kas.de/moskau

ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИЛЛЮСТРАЦИИ

Права на иллюстрации принадлежат
Федеральному Конституционному суду
Германии. Печатается с разрешения
правообладателя.

ПЕЧАТЬ

Infotropic Media
Ул. Красная Сосна, 3/1
Москва
Российская Федерация
info@infotropic.ru

ISBN: 978-5-9998-0296-5

© 2018 Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

Оглавление

Предисловие Клаудии Кроуфорд	XV
Предисловие проф. д-ра Андреаса Фоскуле	XVII
Предисловие к.ю.н. Бильгеис Мамедовой	XIX

Часть первая. Принципы

§ 1. Толкование законов

- 1) BVerfGE8, 28 (Besoldungsrecht / Право на выплату денежного содержания)..... 2
- 2) BVerfGE11, 126 (Nachkonstitutioneller Bestätigungswille / Подтверждение нормы, принятой после принятия Основного закона) . . 3
- 3) BVerfGE40, 88 (Führerschein / Водительские права) 6

§ 2. Проверка Федеральным Конституционным Судом толкования норм права и развития права судьями в судебной практике

- 4) BVerfGE18, 85 (Spezifisches Verfassungsrecht / Специальное конституционное право)..... 8
- 5) BVerfGE43, 130 (Flugblatt / Листовка)10

§ 3. Последствия неконституционности правовых норм

- 6) BVerfGE1, 14 (Südweststaat / Neugliederung von Bundesländern / Юго-западная земля/ Новое деление федеральных земель).....14
- 7) BVerfGE21, 12 (Allphasenumsatzsteuer / Налог с оборота на всех стадиях производства и обращения товара)15

§ 4. «Экономическая конституция»

- 8) BVerfGE50, 290 (Mitbestimmungsgesetz / Закон об участии работников в управлении предприятием).....17

§ 5. Защита основных прав в специальных правоотношениях

- 9) BVerfGE33, 1 (Strafgefangene / Заключенные)19

§ 6. Способность иметь основные права и обязанность соблюдать основные права

- 10) BVerfGE21, 362 (Sozialversicherungsträger / Организации социального страхования) 24
- 11) BVerfGE31, 314 (2. Rundfunkentscheidung [Umsatzsteuer] / 2-е Решение о телерадиовещании [Налог с оборота])..... 27

12) BVerfGE128, 226 (Frankfurter Flughafen / Аэропорт Франкфурта-на-Майне)	28
13) BVerfGE129, 78 (Anwendungserweiterung / Расширение сферы применения)	36

Часть вторая. Основные права (Ст. 1–19 Основного закона)

§ 7. Человеческое достоинство

14) BVerfGE30, 1 (Abhörurteil / Решение о прослушивании)	42
15) BVerfGE45, 187 (Lebenslange Freiheitsstrafe / Пожизненное лишение свободы)	43
16) BVerfGE115, 118 (Luftsicherheitsgesetz / Закон об авиационной безопасности)	45

§ 8. Всеобщее право на свободу действий (Ст. 2 I Основного закона)

17) BVerfGE6, 32 (Elfes / Элфес)	50
18) BVerfGE38, 281 (Arbeitnehmerkammer / Палаты наемных рабочих)	54
19) BVerfGE90, 145 (Cannabis / Конопля)	56

§ 9. Всеобщее личное немущественное право (Ст. 2 I Основного закона во взаимосвязи со ст. 1 I Основного закона)

20) BVerfGE27, 1 (Mikrozensus / Репрезентативная статистика населения и его занятости (Микроцenz))	69
21) BVerfGE34, 238 (Tonband / Магнитофон)	72
22) BVerfGE65, 1 (Volkszählung / Перепись населения)	75
23) BVerfGE96, 56 (Vaterschaftsauskunft / Сведения об отцовстве)	86
24) BVerfGE99, 185 (Scientology / Сайентология)	91
25) BVerfGE101, 361 (Caroline v. Monaco / Каролина, принцесса Монако)	94
26) BVerfGE106, 28 (Mithören am Telefon / Прослушивание телефонных разговоров)	101
27) BVerfGE112, 304 (GPS — Observation / GPS-наблюдение)	103
28) BVerfGE115, 320 (Präventive polizeiliche Rasterfahndung / Превентивный систематический полицейский розыск преступников с применением электронной системы обработки данных)	105
29) BVerfGE120, 274 (Heimliche Infiltration — «Online-Durchsuchung» / Тайная инфильтрация — «обыск онлайн»)	112
30) BVerfGE120, 238 (Automatische Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen / Автоматический учет номерных знаков автотранспортных средств)	115
31) BVerfGE128, 1 (Gentechnikgesetz / Закон о геномной инженерии)	121

§ 10. Право на жизнь и личную неприкосновенность (абз. 2 ст. 2 раздела 1 Основного закона)

32) BVerfGE16, 194 (Liquorentnahme / Анализ спинномозговой жидкости)	125
33) BVerfGE39, 1 (Schwangerschaftsabbruch I / Прерывание беременности I)	127
34) BVerfGE46, 16 (Schleyer / Шлейер)	132
35) BVerfGE52, 214 (Vollstreckungsschutz / Защита от принудительного исполнения решения)	136
36) BVerfGE53, 30 (Mülheim-Kärlich / Мюльхайм-Керлих (Атомная электростанция Мюльхайм-Керлих))	138
37) BVerfGE77, 170 (Lagerung chemischer Waffen / Хранение химического оружия)	144
38) BVerfGE88, 203 (Schwangerschaftsabbruch II / Прерывание беременности II)	146
39) BVerfGE115, 118 (Luftsicherheitsgesetz / Закон об авиационной безопасности)	167

§ 11. Свобода личности (абз. 2 ст. 2 Основного закона)

40) BVerfGE19, 342 (Wencker / Венкер)	168
41) BVerfGE20, 45 (Kommando 1005 / Команда 1005)	174
42) BVerfGE128, 326 (EGMR — Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung / ЕСПЧ — О превентивном аресте после отбывания наказания)	175

§ 12. Принцип всеобщего равенства (Ст. 3 I Основного закона)

43) BVerfGE9, 338 (Hebammenaltersgrenze / Предельный возраст для акушеров)	183
44) BVerfGE26, 302 (Einkommensteuer / Подоходный налог)	186
45) BVerfGE55, 72 (Präklusion I / Преклюзивность I)	187
46) BVerfGE116, 243 (Ausländische Transsexuelle / Транссексуалы — граждане иностранных государств)	195
47) BVerfGE124, 199 (Hinterbliebenenrente für eingetragene Lebenspartner / Пенсия по случаю потери кормильца для зарегистрированного гражданского партнера)	199
48) BVerfGE126, 400 (Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften / Налоговая дискриминация зарегистрированных гражданских партнерств)	202
49) BVerfGE133, 59 (Sukzessive Adoption durch eingetragene Lebenspartner / Последовательное (сукцессивное) усыновление зарегистрированными гражданскими партнерами)	207
50) 1 BvR990/13 и др. (Platzvergabe im NSU-Verfahren / Распределение мест в зале суда в судебном заседании по делу «Национально-социалистического подполья» (NSU))	211

51) BVerfGE114, 357 (Steuersplitting für eingetragene Lebenspartnerschaften / Раздельное налогообложение для зарегистрированных гражданских партнеров)	215
--	-----

§ 13. Особенные случаи реализации принципа равноправия (абз. 2 и 3 ст. 3 Основного закона)

52) BVerfGE39, 196 (Beamtenpension / Пенсия государственных служащих).	223
53) BVerfGE39, 334 (Extremistenbeschluß / Решение об экстремистах)	225
54) BVerfGE48, 327 (Familiennamen / Фамилии)	227
55) BVerfGE52, 369 (Hausarbeitstag / День для работ по дому)	229
56) BVerfGE84, 9 (Ehenamen / Фамилии супругов после заключения брака)	233
57) BVerfGE114, 357 (Aufenthaltsurlaubnis des Kindes / Разрешение на пребывание ребенка)	233

§ 14. Свобода вероисповедания и совести, свобода религиозных и мировоззренческих убеждений (Ст. 4 Основного закона)

58) BVerfGE24, 236 (Aktion Rumpelkammer / Акция «Чулан»)	236
59) BVerfGE33, 23 (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen / Отказ от принесения присяги по религиозным соображениям)	240
60) BVerfGE93, 1 (Kruzifix / Распятие)	246
61) BVerfGE102, 370 (Zeugen Jehovas / Свидетели Иеговы).	255
62) BVerfGE104, 337 (Schächten / Ритуальный забой сельскохозяйственного скота)	261
63) BVerfGE105, 279 (Osho / Ошо)	264
64) BVerfGE108, 282 (Kopftuch / Платок)	267

§ 15. Свобода слова, свобода печати, свобода радиовещания, свобода информации (Ст. 5 I Основного закона)

65) BVerfGE7, 198 (Lüth / Лют)	276
66) BVerfGE44, 197 (Solidaritätsadresse / Письмо солидарности)	283
67) BVerfGE93, 266 («Soldaten sind Mörder» / Солдаты-убийцы)	288
68) BVerfGE111, 147 (Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot / Запрет на собрание в связи с содержанием высказываний).	297
69) BVerfGE114, 339 (Stasi-Streit / Спор о Штази).	300
70) BVerfGE124, 300 (Rudolf Heß-Gedenkfeier / Торжество в честь памяти Рудольфа Гесса).	303
71) BVerfGE12, 113 (Schmid-Spiegel / Шмид-Шпигель)	307
72) BVerfGE20, 162 (Spiegel / «Шпигель»)	312
73) BVerfGE25, 256 (Blinkfüer)	319
74) BVerfGE102, 347 (Benetton-Schockwerbung / Шокирующая реклама Benetton)	326

75) BVerfGE103, 44 (Gerichtsfernsehen / Телевидение в суде)	329
76) BVerfGE113, 63 (Junge Freiheit / «Молодая Свобода»)	335
77) BVerfGE117, 244 (Cicero / «Цицеро»)	338
78) BVerfGE12, 205 (1. Rundfunkentscheidung / 1-е решение о радиовещании)	341
79) BVerfGE31, 314 (2. Rundfunkentscheidung / 2-е решение о радиовещании)	344
80) BVerfGE57, 295 (3. Rundfunkentscheidung / 3-е решение о радиовещании)	345
81) BVerfGE73, 118 (4. Rundfunkentscheidung / 4-е решение о радиовещании)	354
82) BVerfGE74, 297 (5. Rundfunkentscheidung / 5-е решение о телерадиовещании)	355
83) BVerfGE83, 238 (6. Rundfunkentscheidung / 6-е решение о радиовещании)	362
84) BVerfGE87, 181 (7. Rundfunkentscheidung / 7-е решение о радиовещании)	364
85) BVerfGE90, 160 (8. Rundfunkentscheidung / 8-е решение о радиовещании)	374
86) BVerfGE35, 202 (Lebach / Лебах)	375
87) BVerfGE90, 27 (Parabolantenne / Параболическая антенна)	380
88) BVerfGE119, 309 (Aufnahmen im Gerichtssaal / Съёмка в зале суда)	388
89) 1 BvF 1/11 и 1 BvF 4/11 (ZDF-Staatsvertrag / Государственный договор о Втором Германском Телевидении (ZDF))	396

§ 16. Свобода творческой и научной деятельности (Ст. 5 III Основного закона)

90) BVerfGE30, 173 (Mephisto / Мефистофель)	404
91) BVerfGE67, 213 (Anachronistischer Zug / «Анахроничное шествие» или «Свобода» и «Демократия»)	408
92) BVerfGE119, 1 (Roman «Esra» / Роман «Эсра»)	419

§ 17. Защита брака и семьи (Ст. 6 Основного закона)

93) BVerfGE6, 55 (Steuersplitting / Раздельный налоговый режим в отношении доходов супругов)	438
94) BVerfGE47, 46 (Sexualkundeunterricht / Уроки полового просвещения)	441
95) BVerfGE105, 313 (Lebenspartnerschaftsgesetz / Закон о гражданском партнерстве)	447
96) BVerfGE108, 82 (Schutz des biologischen Vaters / Защита биологического отца)	453
97) BVerfGE121, 69 (Elterliche Erziehungs- und Umgangspflicht / Обязанность родителей по воспитанию и общению)	458

**§ 18. Школьная система и свобода частных школ
(Ст. 7 Основного закона)**

98) BVerfGE52, 223 (Schulgebet / Школьная молитва) 463

§ 19. Свобода собраний (ст. 8 Основного закона)

99) BVerfGE) 69, 315 (Brokdorf / Брокдорф) 469
100) BVerfGE85, 69 (Eilversammlung / Срочные собрания) 487

§ 20. Свобода образования объединений (ст. 9 Основного закона)

101) BVerfGE19, 303 (Dortmunder Hauptbahnhof /
Центральный вокзал г. Дортмунда) 490
102) BVerfGE28, 295 (Mitgliederwerbung / Привлечение новых членов) 496
103) BVerfGE42, 133 (Wahlwerbung / Предвыборная агитация) 496
104) BVerfGE50, 290 (Mitbestimmungsgesetz / Закон об участии
представителей наемных работников
в управлении предприятием) 498
105) BVerfGE84, 212 (Aussperrung / Локаут) 504
106) BVerfGE92, 365 (Kurzarbeitsgeld /
Пособие по неполной занятости) 508
107) 1 BvR3017/11 (Rauchverbot bei öffentlichen Veranstaltungen /
Запрет на курение на общественных мероприятиях) 515

**§ 21. Тайна переписки и почтовых сообщений
(ст. 10 Основного закона)**

108) BVerfGE107, 299 (Fernmeldegeheimnis /
Тайна телефонных сообщений) 517
109) BVerfGE113, 348 (Telekommunikationsüberwachung Niedersachsen /
Контроль телекоммуникаций в Нижней Саксонии) 522
110) BVerfGE125, 260 (Vorratsdatenspeicherung /
Резервное хранение личных данных) 527

§ 22. Свобода передвижения (Ст. 11 Основного закона)

111) BVerfGE2, 266 (Notaufnahme / Экстренный прием беженцев) 545
112) BVerfGE110, 177 Freizügigkeit für Spätaussiedler /
Свобода передвижения для поздних переселенцев) 546

§ 23. Свобода выбора профессии (Ст. 12 Основного закона)

113) BVerfGE7, 377 (Apotheken-Urteil / Решение об аптеках) 550
114) BVerfGE11, 30 (Kassenarzt-Urteil /
Решение о врачах страховой кассы) 563
115) BVerfGE13, 97 (Handwerksordnung /
Положение о ремеслах) 566
116) BVerfGE19, 330 (Sachkundenachweis /
Доказательство компетентности) 574

117)	BVerfGE33, 303 (Numerus Clausus / Numerus Clausus)	578
118)	BVerfGE53, 135 (Puffreisschokolade / Шоколад с воздушным рисом)	589
119)	BVerfGE95, 173 (Tabakwarnhinweis / Предупредительная надпись на табачных изделиях)	591
120)	BVerfGE98, 169 (Arbeitspflicht / Трудовая обязанность)	597
121)	BVerfGE102, 197 (Spielbankengesetz Baden-Württemberg / Закон Баден-Вюртемберга о казино)	602
122)	BVerfGE105, 252 (Glykol / Гликоль)	609
123)	BVerfGE115, 276 (Sportwetten / Спортивный тотализатор)	612
124)	BVerfGE121, 317 (Rauchverbot in Gaststätten I / Запрет на курение в заведениях общественного питания I)	617
125)	1 BvR1746/10 (Запрет курения в ресторанах II)	623

§ 24. неприкосновенность жилища (Ст. 13 Основного закона)

126)	BVerfGE32, 54 (Betriebsbetretungsrecht / Право на вход на территорию предприятия)	625
127)	BVerfGE103, 142 (Wohnungsdurchsuchung / Обыск жилища)	631
128)	BVerfGE109, 279 (Großer Lauschangriff / Большое наступление посредством прослушивания жилища)	636
129)	BVerfGK 13, 482 (Durchsuchung der Anwaltskanzlei / Обыск в адвокатской конторе)	644

§ 25. Гарантии права собственности, экспроприация, компенсации (Ст. 14 Основного закона)

130)	BVerfGE14, 263 (Feldmühle-Urteil / Решение Фельдмюле)	646
131)	BVerfGE21, 73 (Grundstücksverkehrsgesetz / Закон об обороте земельных участков)	649
132)	BVerfGE25, 112 (Niedersächsisches Gesetz / Нижнесаксонский закон)	654
133)	BVerfGE31, 229 (Schulbuchprivileg / Привилегия на школьные учебники)	657
134)	BVerfGE38, 348 (Zweckentfremdung von Wohnraum / Использование жилых помещений не по назначению)	662
135)	BVerfGE46, 325 (Zwangsversteigerung II / Принудительный аукцион II)	665
136)	BVerfGE52, 1 (Kleingarten / Небольшой садово-огородный участок)	667
137)	BVerfGE58, 300 (Naßauskiesung / Добыча песка со дна водоема)	676
138)	BVerfGE68, 361 (Eigenbedarf I / Собственная потребность I)	691
139)	BVerfGE93, 121 (Einheitswerte II / Имущественные единства II)	695

140) BVerfGE100, 226 (Denkmalschutz / Защита памятников архитектуры)	698
141) 1 BvR31/08 und 1 BvR3386/08 (Garzweiler II / Гарцвейлер II / Решение по делу «Шахта Гарцвейлер по добыче бурого угля открытым способом» — правовая защита при экспроприации и переселении)	702

**§ 26. Лишение гражданства, выдача преступников, право на убежище
(Ст. 16 и ст. 16 а Основного закона)**

142) BVerfGE74, 51 (Nachfluchtatbestände / Обстоятельства, возникающие после бегства)	711
143) BVerfGE80, 315 (Tamilen / Тамилы)	715
144) BVerfGE81, 142 (Terroristische Betätigung im Exil / Террористическая деятельность в эмиграции)	717
145) BVerfGE94, 49 (Sichere Drittstaaten / Безопасные третьи государства)	720
146) BVerfGE113, 273 (Europäischer Haftbefehl / Европейский ордер на арест)	724

**§ 27. Эффективная правовая защита и гарантия права на обращение
в суд (Ст. 19 IV Основного закона)**

147) BVerfGE10, 264 (Vorschuss für Gerichtskosten / Предоплата судебных расходов)	730
148) BVerfGE24, 33 (AKU-Beschluß / Решение об AKU)	731
149) BVerfGE35, 382 (Ausländerausweisung / Высылка иностранца)	733
150) BVerfGE37, 150 (Sofortiger Strafvollzug / Немедленное исполнение приговора)	738
151) BVerfGE84, 34 (Gerichtliche Prüfungskontrolle / Судебный контроль за экзаменами)	740
152) BVerfGE104, 220 (Rehabilitierung bei Abschiebebehalt / Реабилитация при взятии под стражу на основе постановления о высылке)	744
153) 2 BvR1596/10 и 2 BvR2346/10 (Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen Richtervorbehalt / Недопустимость использования доказательств при нарушении прерогативы судьи)	747

**Часть третья. Основы государственного строя
(ст. 20 Основного закона)**

§ 28. Государство (абз. 1 ст. 20 Основного закона)

154) BVerfGE12, 205 (1. Rundfunkentscheidung / 1-е решение о телерадиовещании)	752
---	-----

§ 29. Принцип социального государства (абз. 1 ст. 20 Основного закона)	
155) BVerfGE40, 121 (Waisenrente II / Пенсия для сирот II)	755
156) BVerfGE59, 231 (Freie Mitarbeiter / Внештатные сотрудники)	756
157) BVerfGE100, 271 (Lohnabstandsklausel / Оговорка об уровне заработной платы)	757
158) BVerfGE125, 175 (Hartz IV / Хартц IV)	761
§ 30. Принцип демократии (абз. 1 ст. 20 в сочетании с абз. 2 ст. 20 Основного закона)	
159) BVerfGE44, 125 (Öffentlichkeitsarbeit / Работа по связям с общественностью)	772
§ 31. Принцип правового государства (ст. 20 абз. 2 предл. 2 в сочетании со ст. 20 абз. 3 Основного закона)	
160) BVerfGE17, 306 (Mitfahrzentrale / Система совместного использования транспортных средств)	776
161) BVerfGE21, 378 (Wehrdisziplin [Doppelbestrafung] / Воинская дисциплина [Двойное наказание])	779
162) BVerfGE30, 367 (Bundesentschädigungsgesetz / Федеральный закон о компенсациях жертвам нацистских преследований)	781
163) BVerfGE34, 269 (Soraya / Сорайя)	786
164) BVerfGE48, 210 (Ausländische Einkünfte / Доходы, полученные за рубежом)	789
165) BVerfGE49, 89 (Kalkar I / Калькар I)	792
166) BVerfGE98, 218 (Rechtschreibreform / Реформа правописания)	799
167) BVerfGE111, 307 (EGMR-Würdigung / Признание решений ЕСПЧ)	800
168) BVerfGE129, 300 (Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG / Пятипроцентный барьер Закона о европейских выборах)	805
169) BVerfGE131, 316 (Landeslisten / Земельные списки)	811
170) 2 BvE2/13 u. a. (Drei-Prozent-Sperrklausel EuWG / Трехпроцентный барьер Закона о европейских выборах)	817
§ 32. Партийная привилегия (ст. 21 Основного закона)	
171) BVerfGE12, 296 (Parteienprivileg / Партийная привилегия)	825
172) BVerfGE107, 339 (NPD-Verbotsverfahren / Производство по делу о запрете Национал-демократической партии Германии [НДПГ])	831
173) 2 BvE11/12 (Negative Feststellung der Verfassungswidrigkeit / Заявление о признании того, что партия не является антиконституционной)	839
174) 2 BvE4/13 (Äußerungsbefugnis des Bundespräsidenten / Право Федерального президента высказывать свое мнение)	842

**Часть четвертая. «Открытая государственность»
и международное сотрудничество**

**§ 33. Передача суверенных прав, Европейский союз, НАТО,
международное публичное право, международные договоры
(ст. 23, ст. 24, ст. 25 и ст. 59 абз. 2 Основного закона)**

175) BVerfGE6, 309 (Reichskonkordat / Имперский конкордат)	848
176) BVerfGE37, 271 (Solange I / Пока I)	849
177) BVerfGE68, 1 (Atomwaffenstationierung / Размещение атомного оружия)	854
178) BVerfGE73, 339 (Solange II / Пока II).	861
179) BVerfGE89, 155) (Maastricht / Маастрихт)	867
180) BVerfGE90, 286 («Out-of-Area»-Einsätze / Использование Бундесвера за рубежом).	882
181) BVerfGE102, 147 (Bananenmarktordnung / Положение о регулировании торговли бананами)	892
182) BVerfGE104, 151 (Strategisches Konzept der NATO / Стратегическая концепция НАТО)	897
183) BVerfGE113, 273 (Europäischer Haftbefehl / Европейский ордер на арест).	900
184) BVerfGE111, 307 (EGMR-Würdigung / Признание решений ЕСПЧ).	901
185) BVerfGE118, 244 (Afghanistan-Einsatz / Участие в операции в Афганистане).	901
186) BVerfGE123, 267 (Lissabon / Лиссабон).	905
187) BVerfGE126, 286 (Ultra-vires-Kontrolle Mangold / Контроль актов, принятых с превышением полномочий. Дело «Мангольд»).	916
188) BVerfGE129, 124 (Mechanismus zur Stabilisierung des europäischen Finanzmarktes [EFS] / Механизм стабилизации европейского финансового рынка)	921
189) BVerfGE132, 195 (Europäischer Stabilitätsmechanismus / Европейский механизм стабилизации).	926
190) 2 BvR1390/12 и другие (Ultra vires-Kontrolle OMT / Контроль актов, принятых с превышением полномочий. Прямые денежные операции)	935

**Часть пятая. Правосудие и основные права в связи с ним
(Ст. 100 далее Основного закона)**

§ 34. Конкретный нормоконтроль (ст. 100 Основного закона)	
191) BVerfGE1, 184 (Normenkontrolle I / Нормоконтроль I)	946
192) BVerfGE2, 124 (Normenkontrolle II / Нормоконтроль II).	949
§ 35. Право на рассмотрение дела законным судьей (ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона)	
193) BVerfGE4, 412 (Gesetzlicher Richter / Право на рассмотрение дела законным судьей)	950
194) BVerfGE42, 237 (Vorlagepflicht / Обязанность передать дело)	954
§ 36. Запрет смертной казни (ст. 102 Основного закона)	
195) BVerfGE18, 112 (Auslieferung I / Выдача I)	955
§ 37. Право быть заслушанным в суде (ст. 103 абз. 1 Основного закона)	
196) BVerfGE9, 89 (Gehör bei Haftbefehl / Заслушивание при постановлении об аресте).	958
197) BVerfGE25, 158 (Rechtliches Gehör bei Versäumnisurteilen / Заслушивание в суде при заочных решениях).	961
198) BVerfGE41, 246 (Baader-Meinhof / Баадер-Майнхоф)	963
199) BVerfGE107, 395 (Gehörsrüge vor Fachgerichten / Жалоба на нарушение права быть заслушанным в специализированных судах)	965
200) BVerfGE133, 168 (Absprachen im Strafprozess / Соглашения в уголовном процессе)	969
§ 38. Nulla poena sine lege (нет наказания без закона) и запрет обратной силы (ст. 103 абз. 2 Основного закона)	
201) BVerfGE14, 174 (Gesetzesgebundenheit im Strafrecht / Связанность законом в уголовном праве).	974
202) BVerfGE25, 269 (Verfolgungsverjährung / Срок давности привлечения к уголовной ответственности).	977
203) BVerfGE26, 41 (Grober Unfug / Хулиганство (грубое нарушение общественного порядка))	982
204) BVerfGE32, 346 (Strafbestimmungen in Gemeindefestsetzungen / Положения о наказаниях в уставах муниципальных образований) . . .	984
205) BVerfGE92, 1 (Sitzblockaden II / «Сидячие блокады» II)	986

206) BVerfGE104, 92 (Sitzblockaden III [Blockadeaktionen] / «Сидячие блокады» III [блокадные акции])	992
207) BVerfGE105, 135 (Vermögensstrafe / Наказание имущественного характера).	995

§ 39. *Ne bis in idem* (невозможность повторного осуждения за одно и то же преступление) (ст. 103 абз. 3 Основного закона)

208) BVerfGE23, 191 (Dienstflucht / Уклонение от прохождения службы).	1000
209) BVerfGE95, 96 (Mauerschützen / «Стрелки» на защите внутригерманской границы, Берлинской стены).	1003

§ 40. Правовые гарантии в случае лишения свободы (ст. 104 Основного закона)

210) BVerfGE10, 302 (Vormundschaft / Опека)	1015
211) BVerfGE22, 311 (Arreststrafe / Наказание в виде ареста).	1020
212) BVerfGE105, 239 (Richtervorbehalt / Прерогатива судьи)	1023
213) 2 BvR388/09 (Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen / Принцип ускорения рассмотрения дел в связи с содержанием под стражей)	1026

Список принятых сокращений

ВЗС	Высший земельный суд
ГГУ	Германское гражданское уложение
ЕКПЧ	Европейская конвенция по правам человека
ЕСПЧ	Европейский суд по правам человека
ЗТК	Закон о связи
ОЗ	Основной закон
РАЗИ	Закон об изменении и дополнении правовых норм, регулирующих вопросы садоводства от 28 июля 1969 г.
РАСП	Закон о защите при расторжении договора и иные нормы, регулирующие вопросы садоводства
РАФ	Леворадикальная террористическая группировка «Фракция Красной Армии»
УПУ	Уголовно-процессуальное уложение
ФЗКС	Федеральный закон о Федеральном Конституционном Суде

Предисловие

Конституционные Суды следят за тем, чтобы действия государства соответствовали Конституции. За ними остается последнее слово, когда речь заходит об интерпретации положений основного закона страны, их толкованию этого закона обязаны следовать все. Если слова о верховенстве права записаны в Конституции не просто для красоты, в государстве должна существовать по-настоящему работающая система конституционного правосудия, которая может при необходимости напомнить другим ветвям государственной власти о правовых рамках, в которых они действуют. Без Конституционного Суда невозможно представить себе правовое государство, он защищает основные права граждан и стоит на страже демократии. Все органы государственной власти должны уважать независимость Конституционного Суда и обеспечивать ее.

Конституционные Суды стран Европы интенсивно обмениваются между собой опытом в сфере процессуальной практики и конституционного правосудия. Институциональные условия для этого создает Конференция европейских конституционных судов, созданная в 1972 году. Федеральный Конституционный Суд Германии входил в число ее учредителей, Конституционный Суд Российской Федерации присоединился к Конференции в 1996 году.

Многие Конституционные Суды публикуют свои решения не только на государственном языке своей страны, нередко по крайней мере самые важные, основополагающие решения переводятся и на английский. Однако переводы на другие языки — скорее исключение.

За прошедшие годы Фонд Конрада Аденауэра неоднократно готовил переводы решений Федерального Конституционного Суда ФРГ на различные языки, эта работа неизменно встречала положительный отклик. Поэтому сама собой напрашивалась мысль перевести актуализированное собрание решений Федерального конституционного суда и на русский язык. Мы видим, что сейчас возрастает важность сравнительного анализа конституционного права и конституционного правосудия, данная публикация — наш вклад в этот процесс.

У каждой страны свои традиции, каждый Конституционный Суд использует собственные методы толкования основного закона своего государства, основываясь на вынесенных ранее решениях. Поэтому очевидно,

что Конституционные Суды других стран не могут в точности скопировать практику Федерального Конституционного Суда Германии. У этой книги и нет такой задачи. Она скорее призвана помочь понять причины, по которым немецкий Конституционный Суд, имеющий уже достаточно давнюю историю, вынес те или иные решения, и дать пищу для размышлений. Поэтому мы сознательно сделали упор на решения суда в области основных прав и свобод.

Конституционный Суд Российской Федерации, пока еще сравнительно молодой, и Федеральный Конституционный Суд ФРГ много лет успешно и тесно сотрудничают. Наряду со взаимными визитами членов судов следует особо отметить Диалог судей высших судов Германии и России, который московское представительство Фонда Конрада Аденауэра регулярно проводит с 1998 года. Эта публикация должна стать еще одним вкладом Фонда в углубление этих отношений. Кроме того, она предназначена для всех, кто занимает ответственные государственные и общественные должности. Мы надеемся, что она также будет интересна многим представителям других юридических профессий и молодым ученым.

Я хочу сердечно поблагодарить всех, кто участвовал в подготовке этого издания, и желаю ему найти своего читателя.

*Клаудия Кроуфорд,
руководитель московского представительства
Фонда Конрада Аденауэра*

Предисловие

Самые обсуждаемые сейчас темы в области юриспруденции — интернационализация и, в частности, европеизация права. Европейская система состоит из нескольких уровней, Конституционные Суды стран-членов Европейского союза сотрудничают в ней с Европейским судом в Люксембурге и Европейским судом по правам человека в Страсбурге. В результате диалога между национальными и европейскими юрисдикциями возникает своего рода «общее право в сфере прав человека» как часть складывающейся европейской правовой системы. Однако сотрудничество судов в пространстве европейского конституционного правосудия осуществляется именно между Конституционными Судами отдельных стран-членов.

Важной составной частью этого сотрудничества является диалог между судьями, в ходе которого они обмениваются мнениями и личным опытом. Но основная форма существования такого сотрудничества — восприятие судебных решений. Хотя конституционное правосудие особенно тесно связано с национальными особенностями и традициями и не в последнюю очередь обусловлено различиями конституционных текстов, перед всеми Конституционными Судами стоят схожие по своей структуре задачи — они должны обеспечить приемлемое равновесие трех параметров, которым соответствует любая работающая конституция — это стабильность, восприимчивость к изменениям, которые приносит время, и способность сохранять многообразие. С этой точки зрения решения связанных друг с другом европейских Конституционных Судов можно рассматривать как дискурсивное соревнование в том, кто вынесет «лучшее решение» по каждому конкретному делу.

Разрабатывая общие стандарты в сфере основных прав и свобод, европейские конституционные суды как бы закладывают основы европейской архитектуры прав человека. Если задуматься о том, как идет процесс европеизации, каковы его содержательные рамки и структуры, станет ясно, что восприятие имеющихся подходов к выработке судебных решений и проверка их на переносимость в условия иной правовой системы идут нам всем только на пользу. Так пространство конституционного правосудия становится «пространством обучения».

Поэтому перевод ключевых решений Конституционных Судов является важной основой описанного диалога. Чтобы сплести сеть, которая

свяжет в единое целое пространство европейского конституционного правосудия, нужно много умелых рук. Создавая это пространство, не следует забывать о культуре сотрудничества и диалога. В этот сборник вошли переводы на русский язык важнейших решений, вынесенных до 2006 года, а за период до 2014 года — как минимум сообщения для прессы о ключевых решениях Федерального Конституционного Суда. Он станет существенным вкладом в развитие такой культуры.

*Проф. д-р Андреас Фоскуле,
Председатель Федерального Конституционного Суда ФРГ*

Уважаемые читатели, уважаемые коллеги!

Вы держите в руках сборник избранных решений Федерального Конституционного Суда Германии, впервые переведенных нашими коллегами на русский язык.

Федеральный Конституционный Суд Германии следит за тем, чтобы законодательная, исполнительная и судебная власти соблюдали Конституцию Германии — Основной закон — и придерживались единого ориентира для всех действий государственной власти. Представленный вам на рассмотрение сборник содержит наиболее значимые решения, затрагивающие гарантированные Конституцией Германии основные права и свободы, а также основополагающие конституционные принципы.

Основные права являются субъективными публичными правами отдельного гражданина, которые государство обязано соблюдать. Все чаще в повседневной жизни гражданин зависит от государства, соприкасается с государственной деятельностью. Изучение собранных в настоящем сборнике решений позволит вам лучше понять, каким образом Конституционный Суд принимает решение в каждом конкретном случае. При этом для юристов будет особенно интересно ознакомиться с догматическим подходом и методами толкования, используемыми в практике Конституционного Суда.

Однако настоящий сборник может быть интересен не только юристам. Собранные здесь решения в отношении целого ряда жизненных ситуаций могут затронуть каждого из нас. Так, «классические» вопросы права собственности рассматриваются наряду с вопросами информационной безопасности, сбора персональных данных, контроля за транспортными средствами посредством камер слежения, гарантий авиационной безопасности при наличии террористической угрозы, строительства атомных электростанций вблизи населенных пунктов и многими другими актуальными вопросами.

Но какое обременение основных прав представляет собой вмешательство в основные права и почему? Влечет ли любое вмешательство в основное право, гарантированное Конституцией, нарушение этого права, или вмешательство может быть оправданным? При каких условиях такое вмешательство может быть оправданным?

Если исходить из того, что любое вмешательство в основные права должно служить конституционным целям, быть подходящим, соразмерным

и представлять собой наиболее мягкий способ для их достижения, то становится очевидным тот факт, что анализ решений, содержащихся в настоящем сборнике, станет предметом обсуждения не только среди юристов, поскольку каждое отдельное решение должно справедливым образом учитывать права и интересы всех участников.

Я не сомневаюсь, что прилагаемые судебные решения породят многочисленные дискуссии в среде ваших коллег, друзей и близких, как это имело место в кругу наших коллег из Московского офиса юридической компании Байтен Буркхардт, когда мы переводили решения на русский язык по поручению Фонда Конрада Аденауэра.

Прочтите решения. Поставьте себя на место судьи. Какое решение приняли бы вы, ваши коллеги или ваши друзья? Вероятно, ваши мнения не всегда будут совпадать, но вам предстоит интересные и увлекательные дискуссии.

Я желаю вам успехов!

*Бильгеис Мамедова, к.ю.н., магистр права (Бремен),
Московский офис BEITEN BURKHARD*

Часть первая

ПРИНЦИПЫ

§ 1. Толкование законов

1) BVerfGE 8, 28

(Besoldungsrecht / Право на выплату денежного содержания)

1. Однозначный по содержанию и смыслу закон не может быть иным образом истолкован судьей со ссылкой на «соответствие толкования положениям Конституции».

[...]

Решение Первого Сената от 11 июня 1958 г.

– 1 BvL 149/52 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

[...]

Б.

2. [...] воля законодателя, однозначно следующая из буквального и исторического толкования закона, не допускает дополнительного расширительного толкования нормы судьей, даже в том случае, когда суд захотел бы обосновать принятие того или иного решения возложенной на него обязанностью толкования закона «в соответствии с Конституцией».

Так, Федеральный Конституционный Суд в решении от 7 мая 1953 г. BVerfGE 2, 266 (282) указал, что «в случае возникновения сомнений необходимо толкование закона в соответствии с Конституцией». Однако суд также указал, что при этом однозначно «нельзя не учитывать цели закона». В деле, по которому принималось решение, суд отказался от расширительного толкования закона, не совместимого с Конституцией, даже если такое толкование — что не требовало рассмотрения — само по себе отвечало бы представлениям законодателя. Вместо этого Федеральный Конституционный Суд признал необходимым более узкое толкование закона, которое в меньшей степени удовлетворяло представлениям законодателя, но соответствовало положениям Конституции. Таким образом, указанное решение по делу сохранило от намерения законодателя максимум того, что можно было сохранить в соответствии с Конституцией; нерешенным мог остаться только вопрос о том, не выходили ли намерения законодателя за данные пределы.

В текущем деле рассматривался вопрос о том, в какой мере требование толкования «в соответствии с Конституцией» позволяет судье в целом ограничить или расширить волю законодателя. В решении от 17 июня 1953 г. (BVerfGE 2, 336 (340, 341)) Федеральный Конституционный Суд подтвердил подобную возможность с условием, что согласно законодательным основам только позитивное регулирование может способствовать становлению принципов равноправия, а это, в свою очередь, соответствует букве закона. Однако ни при каких обстоятельствах такое толкование «в соответствии с Конституцией» не должно существенным образом упускать из виду или подменять поставленные законодателем цели. Но именно это имело бы место в данном случае. Положения § 6 абз. 1 Закона о внесении изменений однозначны. «Конституционное толкование», преследуемое Высшим земельным судом, как раз искажало бы смысл понятной законодательной нормы, не требующей дополнительного толкования. Суд, тем самым, вмешался бы не только в компетенцию законодателя, но и Федерального Конституционного Суда, который согласно абз. 1 ст. 100 Основного закона обладает исключительной компетенцией — признавать закон, принятый в соответствии с Основным законом, противоречащим положениям Основного закона — в рассматриваемом случае однозначно противоречащим ст. 3 Основного закона по смыслу и содержанию.

2) BVerfGE 11, 126

(Nachkonstitutioneller Bestätigungswille / Подтверждение нормы, принятой после принятия Основного закона)

Норма, действовавшая до принятия Основного закона, включается в содержание воли законодателя после принятия Основного закона лишь в том случае, если воля законодателя о подтверждении нормы объективно вытекает из содержания самого закона или, при внесении в него изменений, также из тесной предметной взаимосвязи неизменных и измененных норм.

Решение Второго Сената от 17 мая 1960 г. – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

[...]

Б.

[...]

1.

1. Согласно судебной практике Федерального Конституционного Суда нормы, принятые до вступления в силу Основного закона от 24 мая 1949 г. (так называемые «доконституционные» законы (*vorkonstitutionelle Gesetze*)), по общему правилу не подлежат проверке согласно предл. 1 абз. 1 ст. 100 Основного закона (см. BVerfGE 2, 124 [128 и далее]; 3, 45 [48]; 4, 331 [341]; 10, 129 [131]).

Исключение из данного принципа, согласно решению Федерального Конституционного Суда от 17 января 1957 г., составляют те доконституционные нормы, которые законодатель после вступления в силу Основного закона «включил в содержание своей воли» (BVerfGE 6, 55 [65]; далее 7, 282 [290]; 8, 210 [213 и далее]; 9, 39 [46]; 10, 129 [132]; 10, 185 [191]).

Обоснованность данного решения была частично поставлена под сомнение.

[...]

Некоторые авторы полагают, что суд принял во внимание волю законодателя и в том случае, когда она не была выражена в принятом законе. Однако подобная точка зрения не отражена в решении от 17 января 1957 г. Она также противоречила бы признанным Федеральным Конституционным Судом основным принципам относительно целей и методов толкования законов.

В то время как «субъективная» теория исходит из исторической воли законодателя = автора закона, его мотивов в их исторической взаимосвязи, «объективная» теория, которая получила большее признание в судебной практике и доктрине, обращается к самому закону как к предмету толкования, к объективированной в законе воле законодателя. «Государство не говорит от имени отдельных лиц, участвующих в законотворчестве, а говорит только словом самого закона. Воля законодателя совпадает с волею закона» (Радбрух, *Философия права*, 4. изд. 1950, стр. 210 и далее).

Данной цели толкования служит толкование, исходящее из буквы соответствующей нормы (грамматическое толкование), из системы ее взаимосвязей (систематическое толкование), из ее цели (телеологическое толкование), а также нормотворческих документов и истории принятия нормы (историческое толкование).

Все эти методы толкования допустимы для того, чтобы определить объективную волю законодателя. Они не исключают, а дополняют друг друга. Это относится и к использованию проектов законодательных актов в той мере, в какой они позволяют определить объективное содержание нормы. Однако указанные «предварительные материалы по разработке нормы следует использовать для его толкования с осторожностью, как правило, лишь для дополнительного уточнения» (Решения Имперского верховного суда по гражданским делам (RGZ) 128, 111). Они не должны приводить к отождествлению представлений, существующих в рамках отдельных законодательных чтений, с объективным содержанием закона [...]. Воля законодателя может учитываться при толковании закона лишь в той мере, в которой она получила достаточно определенное выражение в самой норме (см., например, BGH L/M № 3 о § 133 ГГУ).

Федеральный Конституционный Суд еще в своем решении от 21 мая 1952 г. отметил (BVerfGE 1, 299 [312]), что для толкования нормы закона решающей является выраженная в ней объективированная воля законодателя в том виде, в каком она вытекает из буквы закона и смысловой взаимосвязи; а история разработки нормы права имеет значение для толкования лишь в той мере, в какой «она подтверждает правильность толкования, установленного согласно указанным принципам, или устраняет сомнения, которые не могут быть устранены, основываясь только на указанных принципах». В своем решении от 15 декабря 1959 г. (BVerfGE 10, 234 [244]) суд вновь подтвердил данные принципы.

2. «Воля законодателя» — это воля, объективированная в законе. Доконституционная норма включена в постконституционную волю («*nachkonstitutioneller Wille*») законодателя только в том случае, если воля к подтверждению нормы объективно вытекает из содержания самого закона или, при изменениях закона, также из тесной предметной взаимосвязи с неизменными и измененными нормами. Мотивы и представления участников законодательного процесса при этом не являются решающими, если они не нашли отражения в законе.

По этой причине оставление без внимания (допущение существования) доконституционной нормы без внесения в нее изменений или ее отмены еще не является подтверждением ее действия со стороны законодателя. Также не является свидетельством проверки и подтверждения остальных положений закона со стороны законодателя внесение изменений

в отдельные положения доконституционного закона. Позиция, согласно которой изменение законодателем отдельных положений доконституционного закона придает всему закону статус постконституционного, поскольку законодатель таким путем подтверждает соответствие неизменившейся части положениям Основного закона, не соответствует действительности. Особенно в отношении объемных законов нельзя допустить ложное предположение о том, что законодатель, внося в закон отдельные изменения, проверил и подтвердил конституционность всего закона.

Более того, чтобы придать доконституционной норме постконституционный статус, законодатель должен прямо выразить свою волю к подтверждению *в законе*. Это имеет место, например, когда действовавшая ранее норма обнародуется в виде нового закона, либо когда в новой (постконституционной) норме делается ссылка на старую норму, либо когда отдельная область права изменяется законодателем коренным образом после принятия Основного закона, и из тесной предметной связи измененной нормы с ранее действовавшей однозначно следует, что законодатель не мог бы принять (перенять) ранее действовавшую норму без ее должной проверки.

[...]

3) BVerfGE 40, 88

(Führerschein / Водительские права)

1. Толкование и применение обычных законов (кроме конституционных) относится к компетенции специализированных судов. Федеральный Конституционный Суд, в свою очередь, определяет основанные на Конституции масштабы или пределы толкования закона с приданием им обязательной силы.

2. Если Федеральный Конституционный Суд в рамках «конституционного толкования» нормы отмечает, что определенное толкование нормы, возможное как таковое, несовместимо с Основным законом, ни один другой суд не может считать подобное толкование соответствующим положениям Основного закона.

[...]

Решение Второго Сената от 10 июня 1975 г.

– 2 BvR1018/74 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

[...]

Б.

[...]

І.

[...]

2. [...] Федеральный Конституционный Суд определил, что гражданин, имеющий постоянное место проживания (квартиру) и отсутствующий в нем только во время отпуска, не должен предпринимать на указанный период отсутствия каких-либо мер по принятию адресованной ему корреспонденции. Более того, он может рассчитывать на восстановление своего статуса, если в период его отсутствия на его имя будет выслан судебный приказ о наложении штрафа (или уведомление о штрафе), который будет считаться врученным адресату при оставлении его на почте, а адресат пропустит сроки обжалования вследствие того, что он не знал о вручении документа не ему лично.

[...]

3. Если земельный суд со ссылкой на решение Высшего суда Западного Берлина от 2 января 1974 г. [...] посчитал возможным отклониться от разработанных в судебной практике Федерального Конституционного Суда принципов восстановления права на правосудие в случае первого обращения, он, нарушая положения Основного закона, недооценивает пределы действия и обязательную силу данной судебной практики.

§ 31 ФЗКС связывает суды при постановке вопроса о действии закона решениями Федерального конституционного суда. Если Федеральный конституционный суд признает то или иное положение закона ничтожным или действующим, его решение по данному вопросу согласно абз. 2 § 31 ФЗКС будет иметь общеобязательную силу. Но и в других случаях решения Федерального Конституционного Суда согласно абз. 1 § 31 ФЗКС обладают преюдициальным характером, выходящим за пределы конкретного дела в том смысле, что суды обязаны во всех последующих делах при толковании Конституции учитывать выводы, сделанные судом в резолютивной части и обосновании решения (BVerfGE 19, 377 [391 и далее]; 20, 56 [87]; 24, 289 [297]).

§ 31 ФЗКС признает обязательную силу за судебными решениями Федерального Конституционного Суда в той мере, в которой того требует его

функция главного толкователя и гаранта Основного закона. Обязательную силу имеют, соответственно, те части решения, которые касаются толкования и применения Основного закона. Она не распространяется на пояснения, в которых приводится толкование обычных законов. Толкование и применение обычных законов является компетенцией специальных судов. В отличие от них Федеральный Конституционный Суд определяет с обязательной силой вытекающие из конституционного права масштабы или пределы толкования закона. Если Федеральный Конституционный Суд в рамках «конституционного толкования» нормы отмечает, что определенное толкование нормы, возможное как таковое, несовместимо с Основным законом, ни один другой суд не может считать подобное толкование соответствующим положениям Основного закона. Напротив, согласно абз. 1 § 31 ФЗКС решение Федерального Конституционного Суда, как обязательной инстанции по конституционно-правовым вопросам, о противоречии нормы положениям Основного закона имеет обязательную силу для всех остальных судов. С точки зрения цели положений абз. 1 § 31 ФЗКС для других судов не имеет значения, признал ли Федеральный Конституционный Суд ничтожной норму в целом или лишь определенный «вариант нормы», полученный в результате соответствующего толкования.

[...]

§ 2. Проверка Федеральным Конституционным Судом толкования норм права и развития права судьями в судебной практике

4) BVerfGE 18, 85

(Spezifisches Verfassungsrecht / Специальное конституционное право)

1. О пределах проверки судебных решений Федеральным Конституционным Судом.

[...]

Решение Первого Сената от 10 июня 1964 г.

– 1 BvR 37/63 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

Б.

[...]

II.

[...]

3. В этой связи, если положения закона, примененные Федеральным патентным судом, не противоречат положениям ст. 14 Основного закона, остается рассмотреть обоснованность основного нарушения, указанного заявителем в конституционной жалобе, а именно осуществление Федеральным патентным судом толкования и применения положений закона, нарушающих основное (конституционное) право на собственность.

а) При толковании и применении права, особенно общих положений, суды должны учитывать основные ценностные ориентиры Основного закона. Если суд не руководствуется данными ориентирами, он, как носитель государственной власти, нарушает не принятые во внимание положения об основных правах; его решение подлежит отмене Федеральным Конституционным Судом на основании поступившей конституционной жалобы (BVerfGE 7, 198 [207]; 12, 113 [124]; 13, 318 [325]).

С другой стороны, если бы Федеральный Конституционный Суд, подобно судам кассационной инстанции, осуществлял бы неограниченную последующую проверку судебных решений лишь на том основании, что неверное решение возможно затрагивает основные права проигравшей стороны, то это не соответствовало бы сути конституционной жалобы и особой задаче Федерального Конституционного Суда. Организация судебного процесса, установление и оценка обстоятельств дела, толкование закона и применение его положений в рамках конкретного дела являются исключительной компетенцией судов согласно подсудности и не являются предметом последующей проверки со стороны Федерального Конституционного Суда; лишь в случае нарушения специального конституционного права Федеральный Конституционный Суд может рассмотреть дело по поступившей конституционной жалобе (см. BVerfGE 1, 418 [420]). Однако специальное конституционное право не считается нарушенным уже в том случае, если какое-либо решение является согласно положениям закона объективно ошибочным; ошибка должна заключаться именно в несоблюдении основных прав.

Тем не менее не всегда представляется возможным абсолютно точно определить возможность вмешательства Федерального Конституционного Суда; должна оставаться возможность для судебсого усмотрения, позволяющая учитывать особые обстоятельства конкретного дела. В общем и целом можно сказать, что текущие процессы юридической оценки при применении обычных норм права не подлежат проверке со стороны Федерального Конституционного Суда до тех пор, пока не обнаруживаются ошибки толкования, основанные на принципиально ошибочном представлении об основных правах, в частности сферы их охранительного действия, а также их материально-правовом значении для конкретного дела. Речь еще не идет о нарушении основных прав, если применение нормы права уполномоченным судьей привело к результату, «правильность» которого (в общепринятом смысле «соответствия предмету» или «справедливости») спорна, в частности, оценка противоположных интересов сторон, проводимая судьей в соответствии с общими положениям, может быть спорной, если при проведении оценки суд придавал интересам той или иной стороны слишком большое или слишком малое значение.

б) Федеральный Конституционный Суд не установил, что оспариваемое решение нарушает основные права в этом смысле.

[...]

5) BVerfGE 43, 130 (Flugblatt / Листовка)

1. При установлении содержания одного из политических высказываний, положенного в основу приговора согласно с § 186, 187а Уголовного уложения, инструменты и оценки, при помощи которых установлено содержание данного высказывания, должны быть совместимы с положением абз. 1 ст. 5 Основного закона.

2. Ввиду существенности ограничения прав в случае вынесения обвинительного приговора данный вопрос подлежит полноценной проверке на соответствие положениям Основного закона.

Решение Первого Сената от 7 декабря 1976 г. **– 1 BvR 460/72 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

1.

[...]

2. Заявителю жалобы было предъявлено обвинение в распространении политической клеветы (§ 186, 187а Уголовного уложения). Участковый суд оправдал его — согласно требованию прокуратуры — с обоснованием, что утверждаемые им факты по сути оказались истинными. При рассмотрении апелляционной жалобы, поданной У., который был допущен в процесс в качестве частного обвинителя [...], земельный суд — вопреки требованию прокуратуры — отменил оправдательный приговор и приговорил истца к денежному штрафу в размере 2000 немецких марок. Одновременно он признал за частным обвинителем право опубликовать резолютивную часть судебного решения в трех газетах за счет заявителя жалобы.

Земельный суд признал доказанным, что учреждение, в котором служил частный обвинитель, занималось не только размещением немецких крестьян, но и изгнанием польских крестьян с их хозяйств. Также доказано, что частный обвинитель однажды сравнил поляков с клопами. Однако заявитель жалобы, помимо этого, в прикрытой форме высказал подозрение в отношении частного обвинителя в том, что он был причастен к уничтожению польских жителей. Именно в этом контексте и следует трактовать содержание листовки, если читать все утверждения во взаимосвязи.

[...]

Б.

Конституционная жалоба обоснована.

1.

1. Конституционная жалоба была подана на решения судов общей юрисдикции в уголовном деле. Являясь решением компетентных специализированных судов, они не подлежат конституционно-правовой проверке: ход процесса, установление и оценка обстоятельств дела, толкование положений закона и его применение в конкретном деле не подлежат проверке со стороны Федерального Конституционного Суда; только в случае нарушения специального конституционного права Федеральный Конституционный Суд может вмешиваться на основании поступившей конституционной жалобы (BVerfGE 18, 85 [92]). Подобное нарушение может

заключаться, например, в том, что влияние основных прав на уголовное право или уголовно-процессуальное право не было учтено или было ошибочно определено. С учетом указанных правовых рамок для определения области конституционно-правовой проверки имеет значение существенность ограничения соответствующих основных прав: чем больше приговор по уголовному делу ограничивает сферу основных прав осужденного, тем более строгие требования следует предъявлять к обоснованию такого ограничения и тем шире должна быть компетенция Федерального Конституционного Суда (см. BVerfGE 42, 143 [148 и далее] — DGB (Объединение немецких профсоюзов)).

Даже если назначается лишь денежный штраф, в случаях подобного рода наказание, как санкция за совершение уголовного преступления, само по себе гораздо существеннее, чем гражданско-правовое решение, обязывающее ответчика воздержаться от определенного действия, сделать опровержение или возместить убытки. К этому добавляется и то, что оспариваемое конституционной жалобой посягательство на основные права существенно: если земельный суд, установив «прикрытое» утверждение фактов, приписал заявителю жалобы высказывание, которое тот не произносил, но его, тем не менее, за это подвергли наказанию, то это было бы таким серьезным вмешательством, которое затрагивает важнейшие сферы личности, защищенной основными правами. Наряду с ограничением личной свободы мнений заявителя жалобы имели бы место существенные отрицательные последствия для реализации основного права на свободу выражения мнения в целом (см. BVerfGE 42, 143 [156] — особое мнение). Ибо подобное действие государственной власти, не в последнюю очередь ввиду своего отпугивающего влияния, существенно ограничило бы свободу слова, свободу информации и свободу формирования мнения и, тем самым, существенно затронуло бы саму сущность свободы выражения мнения.

Следовательно, в данном случае нельзя ограничиваться вопросом о наличии ошибок в оспариваемых решениях, основанных на принципиально неверном взгляде на значение основного права, его охранительной сфере действия (см. BVerfGE 18, 85 [93]). Федеральный Конституционный Суд, напротив, должен проверить в конкретных случаях, нарушили ли данные решения при установлении и оценке обстоятельств дела и при толковании и применении права свободу выражения мнения, гарантированную конституционным правом.

2. В делах о правонарушениях, связанных с высказыванием мнения, уже само установление фактов судом первой инстанции может содержать подобное нарушение, когда устанавливается содержание письменного высказывания, и высказыванию дается трактовка, которая не следует из текста или следует не с достаточной ясностью. В таком случае «фактом» является лишь текст, имеющийся в судебном деле. Его содержание устанавливается посредством интерпретации. Если высказывание имеет своей целью влияние на процесс формирования мнений, то методы и пределы, применяемые судом к его интерпретации, должны соответствовать абз. 1 ст. 5 Основного закона. В этом смысле конституционно-правовой проверке фактических обстоятельств не препятствует тот факт, что в иных случаях всегда подлежат обязательному учету фактические обстоятельства, уже установленные специализированными судами; кроме того, вывод, сделанный на основе интерпретации текста, находящегося в материалах дела, не основывается на уникальности общего восприятия единственного устного слушания. Такой вывод можно в любое время повторить и потому проконтролировать.

II.

Решение земельного суда было принято с нарушением предл. 1 абз. 1 ст. 5 Основного закона, поэтому и решение высшего земельного суда об отказе в пересмотре решения нижестоящего суда противоречит предл. 1 абз. 1 ст. 5 Основного закона.

1. Листовка заявителя жалобы содержит утверждения о фактах и оценочные суждения, призванные оказать влияние на формирование мнений и способствующие этому. Речь шла о вкладе в духовную борьбу мнений по вопросу, существенно затрагивающему общество, то есть фактических обстоятельствах, обладающих особым значением для определения соотношения свободы мнения и защиты достоинства (BVerfGE 7, 198 [212] — Lüth; 12, 113 [127] — Schmid-Spiegel; 24, 278 [282 и далее] — Tonjäger; 42, 163 [170] — Echternach). Тем не менее в решении земельного суда отсутствует какой-либо анализ вопроса о том, какое значение имеет основное право для принимаемого решения. Земельный суд в конкретном деле не просто неправильно определил область действия ст. 5 Основного закона, он не учел в своем решении основное право на свободу выражения мнения.

2. Уже установление фактов, лежащее в основе обвинительного приговора, свидетельствует о том, что земельный суд в своем выводе не принял во внимание положения ст. 5 Основного закона.

Тем самым земельный суд пришел к допущению скрытого утверждения заявителя жалобы о том, что прямо изложенные в листовке факты, которые не затрагивали непосредственно прошлое частного обвинителя, «сами по себе не имели смысла»: сообщения о публичных расстрелах, проводимых СС и полицейскими, о растущем числе «ликвидированных» поляков, о чрезвычайных «акциях по усмирению» и об уничтожении польской интеллигенции вопреки возражению заявителя жалобы не только свидетельствуют о самих фактах. Именно это приводит к той интерпретации листовки, которая стала основой данного вывода.

Данная исходная точка лишена обоснованности.

[...]

а) Земельный суд исходит из того, что в интересах эффективной защиты чести требуется «широкое толкование»; таким образом, он руководствуется принципом признания, по меньшей мере, в случае сомнений, что заявитель жалобы выдвинул вменяемое ему скрытое утверждение факта. Подобные границы не совместимы со ст. 5 Основного закона, поскольку они предполагают исключительно защиту чести, ограничивающую свободу мнения, но абсолютно не учитывают конституционно-правовое обеспечение самой свободы мнения. При этом, конечно, нельзя недооценить конституционно-правовое значение защиты чести. Но ровно таким же образом требует внимания и основное право на свободу мнения; оно правом на свободу чести и достоинства лишь ограничивается, тем более что листовка является вкладом в духовную борьбу мнений по вопросу, существенно затрагивающему общество (BVerfG aaO). Тем самым ссылка *исключительно* на защиту чести была недопустима в соответствии со ст. 5 Основного закона.

[...]

§ 3. Последствия неконституционности правовых норм

6) BVerfGE 1, 14

(Südweststaat / Neugliederung von Bundesländern / Юго-западная земля/ Новое деление федеральных земель)

[...]

5. Решение о признании закона недействительным обладает не только силой закона (абз. 2 § 31 ФЗКС), но также в соответствии с абз. 1 § 31 ФЗКС вместе с основными положениями мотивировочной части связывает обязательством все конституционные органы Федеративной Республики таким образом, что федеральный закон аналогичного содержания не может быть принят повторно.

6. Если Федеральный Конституционный Суд определил, что закон, принятый после вступления в силу Основного закона, является недействительным ввиду противоречия положениям Основного закона, то такой закон признается недействительным с момента его принятия.

[...]

**Решение Второго Сената от 23 октября 1951 г.
–2 BvG 1/51 –**

[...]

7) BVerfGE 21, 12

(Allphasenumsatzsteuer / Налог с оборота на всех стадиях производства и обращения товара)

Наличие в действующем Законе о налоге с оборота положений о равном налогообложении конкурирующих товаров (Wettbewerbsneutralität), производимых «однозвеньевыми» и «многозвеньевыми» предприятиями, допускается до завершения начатой законодателем реформы налога с оборота в разумный срок.

[...]

**Решение Второго Сената от 20 декабря 1966 г.
– 1 BvR320/57, 1 BvR70/63 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

Б.

[...]

II.

[...]

10. Таким образом, несмотря на то что Закон о налоге с оборота в действующей редакции не соответствует, как к этому стремится сам законодатель, справедливому налогообложению, поскольку положения закона приравнивают без исключений внешние обороты однозвеньевых предприятий к внешним оборотам многозвеньевых предприятий, в настоящее время не представляется возможным признать указанный закон недействительным, равно как и признать нарушение основных прав. Аналогичный вывод применим и в отношении остальных заявленных заявителями жалобы нарушений Конституции, поскольку они в основном обосновываются теми же соображениями.

Особое значение, которым Закон о налоге с оборота обладает не только для доходов Федеративной Республики, но также для определения затрат предприятия на себестоимость продукции и общего ценообразования, не позволяет, во всяком случае в настоящее время, признать весь закон недействительным лишь потому, что некоторые группы, хотя и немаловажные, поставлены в неравные условия по сравнению с другими, более многочисленными, группами; это было бы возможно в более простых случаях, но в данном случае привело бы к недопустимому результату, так как закон был бы признан недействительным в несоизмеримо большей области, никоим образом не затронутой решаемым в данном деле вопросом. Заявители жалобы также не требовали признания всего закона недействительным.

Также невозможно признать закон недействительным только в той отдельной части, в котором неравное обременение, являющееся в данном случае предметом обсуждения, имеет значение. Подобное ограниченное признание закона недействительным было бы возможным лишь теоретически. На практике при широком объекте налогообложения невозможно найти формулировку, которая бы в надлежащей форме в установленном судебном порядке отграничила бы недействительную часть от действующей.

[...]

Наконец, для однозвеньевых предприятий, представителями которых являются заявители жалобы, временное действие закона в данном случае не является критичным. [...]

11. Тем не менее если Закон о налоге с оборота в своем настоящем несовершенном виде может продолжать действовать в настоящий момент, то для его дальнейшего действия в той мере, в которой он без исключений

приравнивает внешний оборот однозвеньевых предприятий к внешнему обороту многозвеньевых предприятий, должны быть установлены ограничения по времени.

[...]

§ 4. «Экономическая Конституция»

8) BVerfGE 50, 290

(Mitbestimmungsgesetz / Закон об участии работников в управлении предприятием)

Расширенное участие работников в управлении предприятием по Закону об участии работников в управлении предприятием от 4 мая 1976 г. согласуется с основными правами обществ, участников (акционеров) и коалиций работодателей, затронутых действием данного закона.

Решение Первого Сената от 1 марта 1979 г.

– 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

V.

[...]

II.

[...]

1. Основной закон, который в своем первом разделе в основном ограничился классическими основными правами, не содержит непосредственного закрепления или гарантии определенного экономического порядка. В отличие от Веймарской Конституции (ст. 151 и далее) он также не устанавливает конкретных конституционно-правовых принципов устройства экономической жизни. Напротив, Основной закон предоставляет возможность определять ее устройство законодателю, который действует в рамках предоставленных ему Основным законом общих демократических полномочий, не нуждаясь для этого в наделении его дополнительными полномочиями. Поскольку данная задача законодателя, как и обеспечение

основных прав, является неотъемлемым элементом демократической Конституции, она не может быть ограничена путем толкования основных прав в большей степени, чем этого требуют основные личные права. При этом в данном случае основным личным правам придается то же значение, что и в других контекстах: согласно историческому развитию и нынешнему содержанию они, в первую очередь, представляют собой индивидуальные права, права человека и гражданина, предметом которых является охрана конкретных, наиболее уязвимых свобод человека. Функция основных прав как объективных принципов заключается в принципиальном усилении их силы действия (BVerfGE 7, 198 [205] — Lüth), при этом, однако, она уходит корнями в свое первоначальное значение (см., например, в отношении права собственности BVerfGE 24, 367 [389] — Закон г. Гамбурга об устройстве защитных плотин). Поэтому ее нельзя отделить от сердцевины и превратить в систему объективных норм, в которой изначальный и неизменный смысл основных прав отступит на задний план. Указанная неразрывная взаимосвязь имеет существенное значение для вопроса о конституционности законов, определяющих экономическое устройство: с точки зрения основных прав она, прежде всего, заключается в охране свобод отдельного гражданина, которые законодатель призван уважать и при формировании экономической системы. Она не является вопросом «институциональной взаимосвязи экономической Конституции», которая обосновывается самостоятельными объективациями, не учитывающими индивидуально-правовое содержание основных прав, либо вопросом «взаимосвязи упорядоченности и защиты основных прав», обеспечивающей нечто большее, чем составляющие ее содержание основные права.

Этому соответствует разъяснение Федерального Конституционного Суда относительно того, что Основной закон является нейтральным в отношении экономической политики; законодатель вправе проводить любую целесообразную на его взгляд экономическую политику, если он при этом соблюдает Основной закон, в частности, основные права (BVerfGE 4, 7 [17 и далее] — Закон об инвестиционной помощи). Таким образом, ему предоставлена широкая свобода действий (см., например, BVerfGE 7, 377 [400] — Аптеки; 25, 1 [19 и далее] — Закон о строительстве, вводе в эксплуатацию, переносе, расширении и финансировании закрытия мукомольных предприятий; 30, 292 [317, 319] — Запасы нефти). Содержащийся в ней элемент относительной открытости конституционного строя

необходим, чтобы, с одной стороны, учесть исторические изменения, которые в особой степени характеризуют экономическую жизнь, с другой стороны, чтобы не поставить под угрозу нормирующую силу Конституции. Вместе с тем соблюдение свободы действий законодателя не должно привести к умалению того, что Конституция должна гарантировать при любых изменениях, а именно к умалению личных свобод, гарантированных личными основными правами, без которых, согласно концепции Основного закона, достойная жизнь невозможна. Следовательно, задача заключается в том, чтобы объединить принципиальную свободу формирования экономической и социальной политики, которая должна сохраняться за законодателем, с защитой свобод, на которую отдельный гражданин имеет конституционное право, в том числе непосредственно по отношению к законодателю (BVerfGE 7, 377 [400]).

[...]

§ 5. Защита основных прав в специальных правоотношениях

9) BVerfGE 33, 1

(Strafgefangene / Заключенные)

1. Основные права заключенных могут быть ограничены только законом или на основании закона.

2. Вместе с тем ограничение основных прав заключенных, не основанное на законе, допустимо на определенный срок переходного периода.

3. Ограничение основных прав заключенного допустимо лишь в случае, если оно неизбежно ради достижения общественной цели, основанной на системе ценностей, предусмотренной Основным законом.

4. Установление границы, учитывающей в разумной мере как свободу слова заключенного, так и непрременную необходимость последовательного и осознанного исполнения наказаний, будет являться задачей Закона об исполнении наказаний.

Решение Второго Сената от 14 марта 1972 г.

– 2 BvR41/71 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

[...]

II.

1. Заявитель жалобы является заключенным. [...] 24 декабря 1967 г. он направил ей письмо, в котором он обсуждал как личность уходящего с поста руководителя учреждения д-ра Ст., так и решающие, по его мнению, причины смены руководства исправительного учреждения. При этом он высказался очень пренебрежительно о д-ре Ст. [...]

2. 27 декабря 1967 г. данное письмо было задержано уполномоченным руководителем отделения, так как содержало оскорбительные высказывания, и в нем обсуждались отношения внутри учреждения, лично не касающиеся заключенного. В качестве правовой основы было указано на № 155 абз. 2 Положения об исполнении наказаний.

[...]

III.

В своей конституционной жалобе заявитель ссылается на нарушение абз. 2 ст. 1, абз. 1 ст. 5, ст. 101, абз. 1 ст. 19, абз. 3 ст. 20 и абз. 1 ст. 103 Основного закона.

Контроль писем заключенных служащими исправительного учреждения нарушает тайну переписки, гарантированную ст. 10 Основного закона. Кроме того, задержка писем на том основании, что они содержат оскорбительные высказывания или касаются отношений внутри исправительного учреждения, нарушает абз. 1 ст. 5 Основного закона. Основные права действуют и в отношении заключенных, и могут быть ограничены — как следует из ст. 19 абз. 1 Основного закона — только законом, в котором должно быть указано каждое ограничиваемое основное право с указанием соответствующей статьи. Подобный закон отсутствует.

[...]

В.

Конституционная жалоба допустима и обоснованна.

I.

Основные права заключенных могут также быть ограничены только законом или на основании закона.

1. Основной закон в соответствии с абз. 1 и 2 ст. 104 и предл. 2 и 3 абз. 2 ст. 2 предусматривает, конечно, возможность временного или

неограниченного лишения свободы на основании судебного приговора по уголовному делу, который был принят в результате применения уголовного закона и с учетом соответствующих процессуальных норм. Однако — за исключением предусмотренного в предл. 2 абз. 1 ст. 104 запрета жестокого обращения — он не содержит принципиальных положений о порядке исполнения наказания, связанного с лишением свободы. Однако если речь идет об ограничении основных прав, соответствующие конституционные нормы устанавливают, что такое ограничение возможно только законом или на основании закона (см. в данной связи предл. 1 абз. 2 ст. 10 и абз. 2 ст. 5 Основного закона). Однако очевидный вывод, что по этой причине законодатель обязан принять соответствующий закон, регулирующий отношения в сфере исполнения наказаний, которая до сих пор преимущественно регулируется только административными распоряжениями, после вступления в силу Основного закона не был сделан ни в судебной практике, ни в доктрине. Напротив, внимание было обращено на правовую конструкцию «особого властного отношения», которое понималось как самостоятельное, не выраженное в явной форме ограничение основных прав заключенных; принятие закона об исполнении наказаний в силу Конституции не считалось необходимым [...]

2. Ретроспективно данный взгляд можно объяснить лишь тем, что традиционное осуществление исполнения наказаний как «особого властного отношения» допускало подчеркивать относительность основных прав заключенного с недопустимой неопределенностью.

Основной закон представляет собой ценностно ориентированный порядок, признающий высшей целью самого права защиту свободы и достоинства человека; однако его представление о человеке — не как о самовластном индивидууме, а как о личности, состоящей в обществе и связанной с ним целым рядом обязательств (BVerfGE 12, 45 [51]; 28, 175 [189]). В абз. 3 ст. 1 Основного закона основные права объявляются обязательными для законодательной, исполнительной власти и правосудия как непосредственно действующее право. Произвольное ограничение основных прав или их ограничение по своему усмотрению в учреждениях исполнения наказания противоречило бы этому объемлющему обязательству государственной власти. Ограничение допустимо лишь в случае, если оно неизбежно ради достижения общественной цели в рамках системы ценностей, предусмотренной Основным законом, и осуществляется

в соответствии с установленными Конституцией правовыми формами. Таким образом, основные права заключенных могут быть ограничены только законом или на основании закона, который, однако, скорее всего не сможет отказаться от — по возможности незначительных — общих положений. [...]

II.

Контроль письма заявителя жалобы уполномоченным должностным лицом учреждения не нарушает абз. 1 ст. 10 Основного закона.

1. Основное право тайны переписки защищает письменное общение отдельных лиц друг с другом от ознакомления государственной власти с содержанием письма. Осуществленный уполномоченным должностным лицом исправительного учреждения контроль письма, направленного заключенным партнеру по переписке за пределами исправительного учреждения, является нарушением принадлежащего заключенному основного права тайны переписки.

2. Ограничения тайны переписки в соответствии с предл. 1 абз. 2 ст. 10 Основного закона могут быть установлены только на основании закона. Письмо заявителя было задержано со ссылкой на Положение об исполнении наказаний. Указанное Положение об исполнении наказаний является соглашением между министрами юстиции земель и носит характер административного распоряжения. Тем самым оно не соответствует требованиям предл. 1 ст. 10 абз. 2 Основного закона. Оно также не основывается на каком-либо законе. Закон об исполнении наказаний на сегодняшний день не принят. Существует лишь проект федерального министра юстиции, внесенный в федеральное правительство, об исполнении наказаний, связанных с лишением свободы, и мер по исправлению и обеспечению безопасности, связанных с лишением свободы.

3. Тем не менее на настоящий момент нарушение абз. 1 ст. 10 Основного закона не может быть установлено. Разработчики Основного закона при его принятии, как следует, в частности, из предл. 1 абз. 2 ст. 2 и абз. 1 и 2 ст. 104 Основного закона четко представляли себе унаследованную из прошлого картину исполнения наказаний. При этом отсутствуют какие-либо признаки того, что они исходили из того, что законодатель сразу после вступления в силу Основного закона должен будет принять Закон об исполнении наказаний. Наоборот, система ценностей, установленная Основным законом, только ставит перед законодателем задачу урегулировать исполнение

наказаний на законодательном уровне в разумный срок. При оценке вопроса, истек ли данный срок и имеет ли место нарушение Основного закона со стороны законодателя, следует также учесть, что до последнего времени многократно, ссылаясь на правовую конструкцию особого властного правоотношения, отстаивался взгляд, что основные права заключенного в уголовно-исполнительных правоотношениях в принципе ограничены; речь идет о подразумеваемых ограничениях, которые не требуют явного формализованного закрепления в законе. Лишь постепенно, вопреки такому устоявшемуся взгляду, смогло прийти осознание того, что Основной закон, представляя собой объективную систему ценностей со всеобъемлющей охраной основных прав, осуществлять которую обязана вся государственная власть, не допускает в силу закона (*ipso iure*) ограниченную защиту основных прав для определенных групп лиц.

[...]

При данном положении дел в течение определенного переходного периода необходимо примириться с ограничениями основных прав заключенных, не имеющих законодательной основы, до тех пор, пока у законодателя не появится возможность принять Закон об исполнении наказаний с четко определенными составами нарушений в соответствии с сегодняшним пониманием основных прав. Однако теперь указанный срок необходимо ограничить. В качестве рубежа в данном случае, как и в решениях Федерального Конституционного Суда (BVerfGE 15, 337 (352) и 25, 167 (185, 188)), рассматривается окончание текущего срока полномочий законодательного органа. Таким образом, до осени 1973 г. еще допустимо существующее в настоящее время положение, которое не соответствует больше нынешнему пониманию Основного закона.

4. Вместе с тем это не означает, что в указанный период допустимо любое посягательство на основные права заключенных. Напротив, уполномоченные органы и суды, как и до сих пор, должны в каждом конкретном случае нарушения основных прав заключенного проверять, осуществляется ли оно — несмотря на то, что Закон об исполнении наказаний еще не принят — допустимым образом. Допустимо оно лишь тогда, когда такое ограничение неизбежно с целью обеспечения и упорядоченного осуществления исполнения наказаний. При этом необходимо учитывать смысл и цель исполнения наказаний.

[...]

III.

В свою очередь, право на свободу слова заявителя жалобы нарушено, если письмо было задержано из-за своего отчасти оскорбительного содержания.

[...]

2. Закон об исполнении наказаний, который в качестве «общего закона» в смысле абз. 2 ст. 5 Основного закона при определенных обстоятельствах мог бы оправдать задержку писем с оскорбительным содержанием или писем, описывающих отношения внутри учреждения, не касающиеся заключенных, не принят. Подобные меры также не являются необходимыми для поддержания и упорядоченного осуществления исполнения наказаний. Осознанное исполнение наказаний, связанных с лишением свободы, не требует императивно лишить заключенных всякой возможности высказывать своим партнерам по переписке свое, естественно, часто пренебрежительное и враждебное мнение об отношениях внутри учреждения или сотрудников учреждения.

[...]

Не существует [...] закона, который позволил бы государственным органам задерживать письма, об оскорбительном содержании которых они узнали всего лишь в связи с проверкой, целью которой, прежде всего, является предотвращение побегов заключенных или преступных действий, по причине содержания этих писем. Данное правило должно действовать и тогда, когда оскорбления направлены против сотрудников органов юстиции, если законом не установлено иное. И они вправе реагировать на указанные оскорбления только в соответствии с действующими законами.

[...]

§ 6. Способность иметь основные права и обязанность соблюдать основные права

10) BVerfGE 21, 362

(Sozialversicherungsträger / Организации социального страхования)

1. Юридические лица публичного права основными правами в принципе не обладают, если они выполняют публичные функции; поэтому

они не могут прибегать к такому способу правовой защиты, как конституционная жалоба.

[...]

Решение Первого Сената от 2 мая 1967 г.

– 1 BvR578/63 –

по делу о конституционной жалобе Управления социального страхования Земли Вестфалия [...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

V.

[...]

II.

[...]

1. [...]

Заявителем жалобы является [...] правоспособное учреждение публичного права из сферы так называемого опосредованного государственного управления. Следовательно, его способность иметь основные права определяется нормой абз. 3 ст. 19 Основного закона.

2. а) В соответствии с абз. 3 ст. 19 Основного закона основными правами обладают, в том числе, национальные юридические лица, если такие права по своей природе применимы к ним. Формулировка данного положения указывает на то, что в целом следует исходить из принципиальной способности юридического лица иметь основные права, а затем в каждом конкретном случае проверять, применимо ли отдельное основное право, о нарушении которого заявлено в конституционной жалобе, по своей природе к заявителю жалобы. Такой подход применял в целом Федеральный Конституционный Суд при проверке способности национальных юридических лиц частного права иметь основные права и во многих случаях признавал основные права применимыми, в том числе и указанные в настоящей жалобе основные права, вытекающие из положений абз. 1 ст. 3 и ст. 14 Основного закона (см. BVerfGE 3, 383 [390]; 4, 7 [12 и 17]).

б) Указанный подход и полученные на его основе результаты не могут быть просто перенесены на национальные юридические лица публичного

права. Несмотря на то что в абз. 3 ст. 19 Основного закона речь идет о «юридических лицах», это не предполагает уравнивания юридических лиц публичного и частного права. Напротив, «характер основных прав», который в соответствии с содержанием данного положения имеет решающее значение, изначально ведет к существенному различию между этими двумя группами.

В основе ценностной системы основных прав лежат достоинство и свобода отдельного человека как физического лица. Основные права должны, в первую очередь, защищать сферу свободы отдельного человека от вмешательства со стороны государственной власти и одновременно обеспечивать условия для его свободного активного участия в общественных делах. Именно отталкиваясь от этого исходного пункта, и следует толковать и применять положения абз. 3 ст. 19 Основного закона. Они оправдывают включение юридических лиц в сферу защиты основных прав только тогда, когда их создание и деятельность являются выражением свободного развития физических лиц, в особенности, когда «вмешательство» по отношению к людям, стоящим за этими юридическими лицами, позволяет считать такое включение обоснованным или необходимым.

в) Кроме того, существуют принципиальные сомнения в том, чтобы распространить конституционную правоспособность на юридические лица публичного права в сфере выполнения общественных задач. Если основные права затрагивают отношения отдельного гражданина и публичной власти, то это несовместимо с тем, чтобы само государство выступало носителем или пользователем основных прав; оно не может быть одновременно и адресатом, и обладателем основных прав (см. BVerfGE 15, 256 [262]).

Данная точка зрения применима не только к тем случаям, когда государство выступает через свои институты непосредственно как государственная власть на федеральном или региональном уровне, но, в принципе, и тогда, когда оно выполняет свои задачи при помощи самостоятельного правового образования.

[...]

4. Если основные права и такое предназначенное для их защиты правовое средство, как конституционная жалоба, в принципе не применимы по отношению к юридическим лицам публичного права, когда они выполняют общественные задачи, то должны действовать иные правила, когда в порядке исключения соответствующий субъект права непосредственно

относится к той сфере жизни, которая защищена основными правами. По этой причине Федеральный Конституционный Суд признал за университетами и факультетами — даже независимо от их правоспособности — способность иметь основные права применительно к основному праву, установленному предл. 1 абз. 3 ст. 5 Основного закона (см. BVerfGE 15, 256 [262]); сама формулировка этой нормы делает очевидным ее распространение на те институты, которым, прежде всего, вверены наука, исследование и преподавание. Аналогичным образом представляется признание определенных основных прав за церковью и другими религиозными организациями, имеющими статус корпорации публичного права.

[...]

11) BVerfGE 31, 314

(2. Rundfunkentscheidung [Umsatzsteuer] / 2-е Решение о телерадиовещании [Налог с оборота])

[...]

Решение Второго Сената от 27 июля 1971 г.

– 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

В.

[...]

1. [...] Федеральный Конституционный Суд признал за университетами и факультетами способность иметь основные права применительно к основному праву, установленному предл. 1 абз. 3 ст. 5 Основного закона (BVerfGE 15, 256 [262]). Соответствующее положение действует и в отношении публично-правовых телерадиокомпаний. Они являются государственными учреждениями, которые защищают основные права в той области, в которой они независимы от государства. Именно для того, чтобы сделать возможной реализацию основного права на свободу радиовещания, эти телерадиовещательные организации были созданы на основании закона как независимые от государства, самоуправляющиеся учреждения публичного права; их организация исключает возможность господствующего влияния государства на них. Необходимость принятия таких законов и независимой от государства организации телерадиокомпаний

непосредственно вытекает из положений абз. 1 ст. 5 Основного закона (BVerfGE 12, 205 и далее). При помощи конституционной жалобы телерадиовещательные организации вправе оспаривать нарушение их основного права на свободу радиовещания.

[...]

12) BVerfGE 128, 226

(Frankfurter Flughafen / Аэропорт Франкфурта-на-Майне)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 18/2011 от 22 февраля 2011 г.

Решение от 22 февраля 2011 г.

– 1 BvR 699/06 —

Свобода собраний действует также на территории аэропорта Франкфурта-на-Майне

I. Обстоятельства дела

1. Аэропорт Франкфурта-на-Майне эксплуатируется компанией Фрапорт Акциенгезельшафт (Фрапорт АГ). Большинство акций данного общества находится в публичной собственности и поделено между Федеральной землей Гессен и городом Франкфурт-на-Майне. Помимо определенной инфраструктуры, необходимой для осуществления воздушных перевозок, в состав аэропорта входят также многочисленные учреждения, используемые для массового потребления и проведения свободного времени, которые доступны широкой общественности.

2. Заявитель жалобы является членом «Инициативной группы против депортации», которая направлена против депортации иностранцев при содействии частных авиакомпаний. После того как она совместно с пятью другими членами инициативной группы в марте 2003 г. распространила возле стойки регистрации в зале вылета аэропорта Франкфурта-на-Майне листовки против депортации, Фрапорт АГ вынесло в ее отношении «запрет посещения аэропорта» с указанием на то, что если она вновь «неправомерно» появится в аэропорту, против нее будет подано заявление

о возбуждении уголовного дела в связи с незаконным проникновением. В пояснительном письме Фрапорт АГ, ссылаясь на свои Правила пользования аэропортом, указала заявителю жалобы на то, что собрания, рекламмирование, а также распространение листовок требуют согласования и что «несогласованные демонстрации в терминале в принципе недопустимы по причине обеспечения бесперебойного процесса эксплуатации и безопасности».

3. Поданный заявителем жалобы в суды общей юрисдикции иск о признании запрета проведения демонстраций и выражения мнения на территории аэропорта Франкфурта-на-Майне неправомерным, не был удовлетворен ни в одной инстанции. С помощью конституционной жалобы заявитель обжалует, в частности, нарушение своих основных прав — права на свободу слова и свободу собраний вынесенными по гражданскому делу решениями судов общей юрисдикции.

II. Решение Федерального Конституционного Суда

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда вынес решение семью голосами против одного, что оспариваемые решения, вынесенные по гражданскому делу, нарушают право заявителя жалобы на свободу слова, предусмотренное предл. 1 абз. 1 ст. 5 Основного закона, а также право на свободу собраний, предусмотренное абз. 1 ст. 8 Основного закона, в связи чем отменил указанные решения. Дело направлено на новое рассмотрение в участковый суд Франкфурта-на-Майне.

III. В основе принятого решения по существу лежат следующие доводы:

1. Фрапорт АГ связано непосредственно основными правами по отношению к заявителю жалобы. Использование гражданско-правовых форм не освобождает государственную власть от ее связанности основными правами в соответствии с абз. 3 ст. 1 Основного закона. Компании со смешанным капиталом, находящиеся под контролем государства, равно как и полностью находящиеся в собственности государства предприятия, созданные в организационно-правовых формах частного права, непосредственно связаны соблюдением основных прав.

В соответствии с абз. 3 ст. 1 Основного закона основные права обязательны для законодательной, исполнительной власти и судебной власти

в качестве непосредственно действующего права. Они действуют не только в отдельных областях при исполнении определенных вариантов осуществления государственной власти, но связывают государственную власть широко и всецело. При этом в основе нормы абз. 3 ст. 1 Основного закона лежит элементарное различие: в то время как гражданин принципиально свободен, государство принципиально связано. Соответственно гражданин со своей стороны не связан основными правами непосредственно, а благодаря этим правам находит признание со стороны государства как свободная личность, которая сама несет ответственность за раскрытие своей индивидуальности. Его обязывание через систему правовых норм изначально относительно и принципиально ограничено, при этом государство создает равновесие между разными субъектами основных прав и тем самым обеспечивает опосредованную реализацию основных прав между ними. В противоположность этому государство действует по поручению граждан при осуществлении своих задач и обязано отчитываться перед ними. Его действия не являются выражением свободных субъективных убеждений относительно реализации персональной индивидуальности, а остаются выражением дистанцированного уважения к различным убеждениям граждан и соответственно связаны основными правами, гарантированными Конституцией, широко и непосредственно. Данное утверждение применимо и тогда, когда государство для осуществления своих задач обращается к гражданскому праву.

Непосредственная связанность основными правами касается не только государственных компаний, которые полностью находятся в собственности государства, но и компаний со смешанным капиталом, когда они находятся под контролем государства. Как правило, это касается случаев, когда более половины акций (долей) принадлежит государству. Признание непосредственной связанности основными правами не только акционеров (участников), но и соответствующего предприятия само по себе соответствует его статусу самостоятельно действующей единицы и обеспечивает эффективную связанность основными правами независимо от того, могут ли собственник или собственники, в какой степени и в какой форме оказывать влияние на управление деятельностью предприятия с точки зрения корпоративно-правовых отношений, и каким образом в компаниях с различными публичными акционерами (участниками) обеспечивается координация влияния различных

публичных собственников. Правам частных акционеров (участников) не причиняется при этом никакого необоснованного ущерба: они добровольно решают, иметь ли им доли участия в компаниях, находящихся под государственным контролем, или нет, и даже если соотношение долей впоследствии изменяется, они вправе реагировать по своему усмотрению, как и при простом изменении соотношения большинства. Их правовой статус как субъектов основных прав остается в силе, в частности в качестве субъекта права частной собственности, непосредственно по отношению к публичным акционерам (участникам) или по отношению к публичной власти.

2. Оспариваемые решения нарушают право заявителя жалобы на свободу собраний.

а) Сфера защиты свободы собраний затронута. Свобода собраний обеспечивает субъектам основных прав, в частности, право самостоятельно принимать решение относительно выбора места проведения мероприятия. Вместе с тем это право не предоставляет им право доступа в любые места. В особенности собрания нельзя проводить на любых земельных участках, находящихся в частной собственности. При этом свобода собраний не ограничивается общественным уличным пространством. Напротив, она гарантирует проведение собраний и в других местах, где публичная компания открыла движение общественного транспорта. Если сегодня коммуникационная функция общественных улиц постепенно расширяется за счет дальнейших площадок, таких как торговые центры и иные места встреч, нельзя исключать свободу собраний на площадях, занятых такими объектами, если существует непосредственная связанность основными правами или если могут задействоваться частные лица в ходе опосредованного действия на третьих лиц. Это действует независимо от того, размещены ли эти площади в отдельных помещениях или связаны с объектами инфраструктуры, являются ли они крытыми или расположены под открытым небом.

Места общей коммуникации, если они находятся рядом с общественным пространством улиц, могут быть использованы для проведения собраний, только если они открыты и доступны для общественности. Исключением являются места, доступ отдельных лиц к которым контролируется, и которые могут быть использованы только для отдельных, ограниченных целей. Кроме того, подлежит ответу вопрос, может ли

такое общественное место, расположенное за пределами общественных улиц, дорог и площадей, рассматриваться в качестве места для коммуникации по образцу общественного форума. Оно характеризуется тем, что на нем возможно проведение множества различных видов деятельности и мероприятий, и таким образом преследуется цель разносторонней и открытой коммуникации. Планируемые собрания заявителя жалобы подпадают в сферу защиты свободы собраний, поскольку они затрагивают территорию Франкфуртского аэропорта, которая является местом общего коммуникативного взаимодействия.

б) Оспариваемые решения нарушают право на свободу собраний. В принципе в качестве правового основания для вмешательства органов власти и полиции, в том числе на территории Франкфуртского аэропорта, применяются положения Закона о собраниях. Между тем такое вмешательство со стороны оператора аэропорта может быть обосновано гражданско-правовыми нормами о неприкосновенности жилища (помещения), содержащимися в ГГУ (предл. 1 § 903, § 1004), в той степени, в какой они ограничивают свободу собраний по смыслу абз. 2 ст. 8 Основного закона. Собрания в местах общей коммуникации являются собраниями под открытым небом в смысле абз. 2 ст. 8 Основного закона. При этом не имеет значения, где расположены открытые для общности места, на природе или в закрытых помещениях. Важно, что собрания в таких местах происходят в общественном месте, то есть внутри общественного потока, не ограниченного в пространстве.

в) Вмешательство (ограничение) не является оправданным, поскольку запрет, подтвержденный судами по гражданским делам, является несоизмерным. Принципиально гражданско-правовые полномочия не могут быть истолкованы таким образом, что они выходят за пределы полномочий органов власти, установленных конституционно-правовыми нормами. В соответствии с указанными нормами запрет на проведение собраний допускается только в том случае, если существует непосредственная, очевидно распознаваемая угроза безопасности элементарным правовым ценностям, связанным со свободой собраний и равнозначным ей. Между тем это не препятствует тому, чтобы считать собрания в аэропорту специфическим способом, который может представлять собой особенную потенциальную опасность, и чтобы учитывать права других субъектов основных прав. При этом особая подверженность аэропорта

нарушениям его нормальной деятельности по реализации его первоначальной функции в качестве места осуществления воздушного сообщения также оправдывает ограничения, которые не должны иметь место при проведении мероприятий в общественном уличном пространстве. Управляющая компания аэропорта также может создать для реализации права на свободу собраний в аэропорту прозрачные правила их проведения в соответствии с конституционными требованиями, которые будут учитывать пространственные особенности и специфические функциональные условия особо опасного объекта. Такие правила не должны затрагивать суверенные права органов власти и оперативные силы полиции на местах.

Выданный запрет не позволяет, однако, заявителю без обозначения какой-либо конкретной опасности в течение неограниченного времени проведение любых собраний во всех зонах аэропорта, если это заранее не согласовано с Фрапорт АГ, которое в принципе принимает решение по своему усмотрению. Это не согласуется со свободой собраний.

3. Оспариваемые решения нарушают также право заявителя на свободу слова (выражения мнения).

а) Свобода выражения мнения также гарантирована гражданину в тех местах, к которым он фактически имеет доступ. Иначе чем в абз. 1 ст. 8 Основного закона выражение мнения не ограничено по сфере защиты только общественным, служащим коммуникативным целям пространством. В противоположность коллективно осуществляемому праву на свободу собраний реализация свободы слова как права индивида не предполагает, как правило, какой-либо особой необходимости в площадях и пространстве и не связано с организацией отдельного потока, что обычно связано с дополнительными обременениями. Как личное право оно принадлежит гражданину в принципе везде, где он находится.

б) Подтвержденный судами общей юрисдикции запрет, не позволяющий заявителю жалобы без предварительно полученного разрешения Фрапорт АГ распространять в аэропорту листовки, является несоразмерным. Легитимной целью ограничения свободы слова не может выступать желание создать «приятную атмосферу» для потребителей, свободную от политических обсуждений и общественных дискуссий. Точно так же недопустимы запреты, которые препятствуют выражению определенного мнения только потому, что управляющая компания аэропорта его

не разделяет, порицает по содержанию или оценивает в связи с критическими высказываниями в адрес соответствующей компании как наносящие вред своей экономической деятельности. Использование площадей аэропорта для выражения мнения должно расцениваться не иначе, как использование общественного пространства улиц, и может ограничиваться или упорядочиваться только с учетом функциональных особенностей в целях защиты других правовых ценностей. При этом, однако, ограничения должны соответствовать принципу соразмерности. Такой подход в любом случае исключает введение запрета на распространение листовок в аэропорту в целом и тем самым в зонах, представляющих собой общественные площадки, а также необходимость получения для этого разрешения. В то же время ограничения, касающиеся определенных мест, способов или времени для выражения мнения в аэропорту, принципиально не исключаются с целью предотвращения нарушения деятельности. Однако оспариваемые судебные решения данным требованиям не удовлетворяют.

Особое мнение судьи Шлукебир:

1. Предположение, что Фрапорт АГ непосредственно связано основными правами, в конечном итоге верно, однако имеющееся обоснование недостаточно разграничено. Непосредственная связанность основными правами Фрапорт АГ как смешанного акционерного общества в связи с контролем (управлением) со стороны различных носителей государственной власти, которые по отдельности — наряду с частными акционерами — являются миноритарными акционерами, может быть обоснована только в том случае, если публичные собственники акций (долей) подчинили свои сложенные вместе доли в уставном капитале юридически обязательной координации своих сфер влияния или иным образом оказалось обеспечено единство интересов. Указанное условие для получения контроля в данном случае выполняется, когда имеет место соглашение о консорциуме между Федеративной Республикой, Федеральной землей и инвестиционной компанией (Beteiligungsgesellschaft) города. Однако Сенат не принял во внимание требование о координации сфер влияния, которое требуется в корпоративном праве, при том что «публичные собственники акций (долей)» в зависимости от политического большинства могут преследовать разносторонние, возможно

даже противоположные интересы в отношении аэропорта. Кроме того, Сенат в своем большинстве порождает противоречие, утверждая, что наличие корпоративного большинства более 50 % при суммировании долей не способно заменить связанность таких обществ основными правами: если бы действительно существовал дефицит влияния, то именно по этой причине акционерное общество нельзя было бы отнести к исполнительной власти (абз. 3 ст. 1 Основного закона). Кроме того, исполнительная власть как осуществляемая государственная власть основана на легитимации народом (абз. 2 ст. 20 Основного закона), что не было бы обеспечено при недостаточных возможностях влияния носителей государственной власти.

2. Сенат большинством голосов распространяет сферу защиты свободы собраний и тем самым право доступа к собраниям на так называемые «общественные (подразумевается общедоступные) площадки». Он отграничивает последние от мест, которые доступны общественности в зависимости от внешних обстоятельств только для конкретно определенных целей или которые предназначены преимущественно для одной определенной функции. Уже только на основании данного определения залы обслуживания большого аэропорта должны быть исключены из сферы защиты, поскольку они служат преимущественно выполнению одной функции, а именно обслуживанию авиапассажиров. Если одновременно в аэропорту предоставлена возможность совершать покупки для удовлетворения потребностей авиапутешественников, «функция аэропорта» остается при этом абсолютно доминирующей. Сенат, расширяя сферу защиты, приводит, по сути, только тот довод, что «сегодня коммуникативная функция общественных улиц, дорог и площадей» все более «дополняется» общественными площадками в том смысле, которое этому понятию придает большинство Сената. Между тем в настоящее время фактические обстоятельства не оправдывают данной оценки. С давних пор на крупных вокзалах и в аэропортах размещены торговые галереи и предприятия общественного питания, при этом они не рассматривались до настоящего дня в качестве значительных «конкурентов» общественному уличному пространству как месту проведения собраний и, тем более, не привели к снижению значения общественного пространства улиц как места собраний. В связи с этим сегодня нет оснований бояться, что коммуникативная

функция общественных улиц, традиционно находящихся в общем пользовании, принижается или систематически уменьшается за счет создания «общественных площадок» в том смысле, какое им придается в мотивировочной части решения. Кроме того, мотивы суда укрепляют веру в то, что включение также исключительно частных площадок в расширенную большинством голосов Сената сферу защиты свободы собраний напрашивается само собой. Тем самым коллизия между правом собственности и правом собраний на уровне сферы защиты была бы предрешена с самого начала в пользу ст. 8 Основного закона.

3. При проверке соразмерности по ст. 8 Основного закона Сенат признает особую чувствительность затронутого пространства для собраний. Однако сделанные им выводы не идут достаточно далеко. Простое мало-значительное нарушение может быстро перерасти в зале обслуживания пассажиров крупного аэропорта в существенное широкомасштабное нарушение эксплуатационного режима, которое в случае необходимости закрытия отдельных зон ввиду тесных связей в воздушном сообщении может сказаться на многих других аэропортах и их пассажирах. Авиапассажиры, которые захотят воспользоваться своей свободой передвижения и общей свободой действий, могут быть затронуты в результате нарушения функциональных процессов и возможного закрытия намного более ощутимо по количеству и интенсивности, чем это, как правило, бывает при проведении собраний на общественных улицах и площадях. Именно по причине данных особенностей крупный аэропорт нуждается в особой охране. У Сената был повод дать конкретные указания относительно специфических для данного места возможностей ограничений проведения собраний (например, количественное ограничение небольшими группами и запрет проведения шествий в зданиях аэропорта). Также следовало бы указать на полномочия законодателя по возможности введения ограничительных правил, регулирующих свободу собраний, для таких уязвимых «форумов».

13) BVerfGE 129, 78

(Anwendungserweiterung / Расширение сферы применения)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 56/2011 от 9 сентября 2011 г.

**Решение от 19 июля 2011 г.
– 1 BvR1916/09 –**

О защите основных прав юридических лиц Европейского союза и права распространения по Закону об авторском праве (контрафактная дизайнерская мебель)

По Закону об авторском праве (UrhG) автору произведения принадлежит исключительное право его распространения. В соответствии с абз. 1 § 17 Закона об авторском праве под правом распространения понимается право предлагать общественности или вводить в оборот оригинал произведения или его копии. Данная норма служит, в том числе, для реализации ст. 4 Директивы Европейского парламента и Совета ЕС № 2001/29/ЕС о гармонизации отдельных аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе. Понятие «распространение» включало до сих пор, по общему мнению, любое действие, с помощью которого произведение доводится до общественности, для чего достаточной была любая передача владения. Одновременно в § 96 Закона об авторском праве содержится запрет использования незаконно изготовленных копий.

Заявитель жалобы — общество с ограниченной ответственностью по итальянскому праву с местонахождением в Италии — изготавливает мебель по эскизам скончавшегося в 1965 г. архитектора и дизайнера мебели Ле Корбюзье на основании предоставленного указанному обществу по лицензии права использования. Ответчик в исходном процессе, производитель сигар, оформил в художественном выставочном зале сигарную комнату, в которой он выставил копии предметов мебели Ле Корбюзье. Подал против него иск о прекращении правонарушающих действий, заявитель жалобы выиграл дело в земельном суде и Высшем земельном суде.

Однако Федеральный Верховный Суд отказал в иске, обосновав свой отказ тем, что расстановка мебели не нарушает ни право распространения, ни запрет использования. В своем решении он опирается на решение Суда Европейского союза, который в параллельном судебном разбирательстве в соответствии с обращением Федерального Верховного Суда постановил, что распространение по смыслу абз. 1 ст. 4 Директивы № 2001/29/ЕС происходит только при передаче права собственности. В соответствии

с этим, как указал Федеральный Верховный Суд, право распространения не нарушено, если копии защищенной авторским правом мебели общедоступны только для пользования. Директива № 2001/29/ЕС представляет собой обязательное регулирование максимальной защиты, за рамки которой суд страны-члена ЕС не вправе выходить.

Заявитель жалобы полагает, что нарушено его право собственности, гарантированное Конституцией. Кроме того, он обжалует нарушение его права на судью, рассматривающего дело в соответствии с законом, поскольку Федеральный Верховный Суд должен был предварительно поставить перед Судом Европейского союза вопрос, подпадает ли вообще разрешение на использование изделий в сферу действия Директивы № 2001/29/ЕС и обеспечивает ли директива максимальную защиту.

Первый Сенат Федерального Верховного Суда отклонил конституционную жалобу как необоснованную. Несмотря на то что заявитель как иностранное юридическое лицо с местонахождением в Европейском союзе является субъектом основных прав по Основному закону, в данном споре его конституционные права не нарушены.

В основе принятого решения по существу лежат следующие доводы:

1. Федеральный Верховный Суд рассмотрел вопрос о том, могут ли иностранные юридические лица с местонахождением на территории Европейского союза выступать субъектами основных материальных прав, предусмотренных Основным законом, и утвердительно ответил на него.

В соответствии с абз. 3 ст. 19 Основного закона основные права распространяются также на национальные юридические лица, если эти права по своей природе к ним применимы. Даже если речь идет о юридических лицах из стран-членов Европейского союза, а не о «национальных» юридических лицах по смыслу Основного закона, расширение сферы охраны основных прав на данных юридических лиц соответствует обязательствам, принятым на основании европейских договоров, которые выражаются, в частности, в европейских основных свободах и общем запрете дискриминации по признаку национальной принадлежности. Они обязывают страны-члены, а также их органы власти и учреждения обеспечивать юридическим лицам из других стран-членов ЕС правовую защиту наравне с национальными юридическими лицами. Нормы европейского права не заменяют норму

абз. 3 ст. 19 Основного закона, а распространяют сферу охраны основных прав на других субъектов прав внутреннего рынка Европейского союза. Условием для уравнивания в праве на защиту является достаточная связь с территорией страны, которая, как правило, имеет место, когда иностранное юридическое лицо осуществляет деятельность на территории Германии, и может являться истцом и ответчиком в специализированных судах.

2. Далее Федеральный Конституционный Суд должен был проверить, должны ли и в какой степени специализированные суды оценить подлежащее применению полностью или частично гармонизированное в соответствии с нормами Европейского союза немецкое право исходя из немецкого Основного закона и права Европейского союза, и в какой мере Федеральный Конституционный Суд, со своей стороны, на основании Основного закона проверяет толкование права специализированными судами. Суды по гражданским делам должны учитывать при толковании норм авторского права положения о защите права собственности, предусмотренные Основным законом, если право Европейского союза допускает возможность для толкования. Если суды считают полную гармонизацию в соответствии с нормами европейского права однозначно установленной, без направления в Суд Европейского союза ходатайства о принятии предварительного решения, данное обстоятельство подлежит проверке Федеральным Конституционным Судом, который при этом не ограничен простым контролем произвольного применения. При отсутствии возможности для толкования в стране-члене ЕС суды должны проверить применимое право Европейского союза на предмет совместности с основными правами, предусмотренными правом Европейского союза, и при необходимости инициировать процедуру принятия предварительного решения в Суде Европейского союза.

В соответствии с указанными критериями предусмотренное абз. 1 ст. 14 Основного закона авторское право заявителя жалобы контролировать распространение копий предметов мебели оспариваемым решением не нарушено. Предположение Федерального Верховного Суда, что Директива № 2001/29/ЕС в толковании Суда Европейского союза не предоставляет свободы для включения обычного разрешения на использование копий предметов мебели в сферу защиты авторского права, с точки зрения Конституции не вызывает возражений. Суд Европейского союза не указал в параллельном судебном разбирательстве возможных пределов для применения и прямо

оставил право расширения понятия «распространение» за законодателем Европейского союза. Федеральный Верховный Суд мог исходить из того, что решение Суда Европейского союза не предоставляет ему свободы для соответствующего Конституции толкования § 17 Закона об авторском праве.

3. Оспариваемое решение не лишает заявителя жалобы его права на судью, определяемого в соответствии с законом (предл. 2 абз. 1 ст. 101 Основного закона). Согласно судебной практике Суда Европейского союза национальный суд высшей инстанции должен выполнить свою обязанность по обращению в Суд Европейского союза, если в находящемся у него на рассмотрении деле возникнет вопрос по праву Европейского союза, за исключением случаев, когда суд установил, что заданный вопрос не повлияет на принятие решения, что он уже был предметом толкования Судом Европейского союза или что правильное применение права Европейского союза настолько очевидно, что нет никаких оснований для разумных сомнений. Федеральный Конституционный Суд только проверяет, является ли применение данных правил явно недопустимым.

Обратившись в Суд Европейского союза по параллельному судебному делу с вопросами, которые Федеральный Верховный Суд счел значимыми для принятия решения, исполнение его обязанности по обращению в суд также по данному спору в принципе нельзя не признать. Из оспариваемого решения следует допустимое убеждение, что нормы ст. 4 абз. 1 Директивы № 2001/29/ЕС представляют собой полностью гармонизированное положение, регулирующее право распространения, и Суд Европейского союза окончательно и всеобъемлюще разъяснил толкование понятия «распространение» в директиве.

Часть вторая

**ОСНОВНЫЕ ПРАВА
(СТ. 1–19 ОСНОВНОГО ЗАКОНА)**

§ 7. Человеческое достоинство

14) BVerfGE 30, 1

(Abhörurteil / Решение о прослушивании)

[...]

6. Деятельность органов власти во исполнение закона нарушает достоинство личности в том случае, когда обращение с личностью осуществляется с пренебрежением к тем ценностям, которые определяют человека как личность.

[...]

**Решение Второго Сената от 15 декабря 1970 г.
– 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69 –**

[...]

Основания

[...]

B.

I.

[...]

2. [...]

в) Что касается закрепленного в ст. 1 Основного закона принципа неприкосновенности человеческого достоинства, который согласно абз. 3 ст. 79 Основного закона не подлежит конституционному изменению, то все зависит от определения того, при каких обстоятельствах достоинство личности может быть нарушено. Очевидно, что такие обстоятельства нельзя определить в общем, а каждый раз только при рассмотрении конкретного случая. Общие предписания, согласно которым человек не может низводиться до простого объекта государственной власти, могут всего лишь обозначить направление, позволяющее выявить случаи, затрагивающие человеческое достоинство. Человек нередко является лишь объектом не только отношений и общественного развития, но и права, в той мере, в которой он без учета собственных интересов обязан ему подчиняться. Дополнительно должно иметь место обращение с человеком, которое принципиально подвергает сомнению его свойство быть субъектом, или обращение, которое в конкретном случае представляет собой умышленное пренебрежение человеческим достоинством. Деятельность органов власти во исполнение закона нарушает достоинство личности в том

случае, когда обращение с личностью осуществляется с пренебрежением к тем ценностям, которые определяют человека как личность, т. е. в этом смысле «обращение с личностью считается пренебрежительным».

[...]

**Особое мнение судей Геллера, д-ра Фон Шлабрендорфа
и д-ра Рупа по решению Второго Сената Федерального
Конституционного Суда от 15 декабря 1970 г.
– 2 BvF 1/69, 2 BvR629/68, 2 BvR308/69 –**

2. [...]

в) [...] При решении вопроса о том, что означает «человеческое достоинство», необходимо воздерживаться от понимания этого патетического понятия исключительно в высокопарном смысле, исходя, например, из того, что достоинство личности нарушено лишь тогда, когда «деятельность органов власти во исполнение закона нарушает достоинство личности, а именно обращение с личностью осуществляется с пренебрежением к тем ценностям, которые определяют человека как личность, т. е. в этом смысле «обращение с личностью является пренебрежительным». Если исходить из этого, то абзац 3 ст. 79 Основного закона сводится к запрету возобновления пыток, позорного столба и применению методов Третьего рейха. Такое ограничение, однако, не соответствует концепции и духу Основного закона. Абзац 3 ст. 79 Основного закона во взаимосвязи со ст. 1 Основного закона имеет значительно более конкретное содержание. Ставя свободную личность на самую высокую ступень системы ценностей, Основной закон признает ее самостоятельную ценность. Государственная власть без исключения должна уважать и защищать человека как самостоятельную ценность. С ним нельзя обращаться «безлично», как с предметом, даже если подобное обращение не исходит из пренебрежения к ценности личности, а происходит из «добрых побуждений».

[...]

15) BVerfGE 45, 187

(Lebenslange Freiheitsstrafe / Пожизненное лишение свободы)

1. Согласно следующим руководящим принципам пожизненное лишение свободы за убийство (абз. 1 § 211 Уголовного уложения) не противоречит Основному закону.

2. При современном уровне знаний нельзя сделать вывод, что исполнение наказания в виде пожизненного лишения свободы в соответствии с положениями Закона об исполнении наказаний и с учетом актуальной практики помилования неизбежно ведет к непоправимому ущербу для психики или физического состояния человека, нарушающему достоинство личности (абз. 1 ст. 1 Основного закона).

3. Одним из условий исполнения наказания, свидетельствующим об уважении достоинства личности, является принципиальное сохранение у приговоренного к пожизненному заключению шанса когда-нибудь вновь выйти на свободу. Одной лишь возможности помилования недостаточно; принцип правового государства требует также определения процедуры и условий отложения исполнения наказания в виде пожизненного лишения свободы.

[...]

**Решение Первого Сената от 21 июня 1977 г.
– 1 BvL 14/76 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

[...]

II.

1. [...] В сфере уголовного права, где установлены высочайшие требования к справедливости, абзац 1 ст. 1 Основного закона определяет понимание сущности наказания и соотношение вины и наказания (кары). Принцип «nulla poena sine culpa» (нет наказания без вины) обладает статусом конституционного принципа (BverfGE20, 323 [331]). Каждое наказание должно находиться в справедливом соотношении с тяжестью преступления и виновностью преступника (BverfGE6, 389 [439]; 9, 167 [169]; 20, 323 [331]; 25, 269 [285 и далее]). Требование уважения человеческого достоинства означает, в частности, что жестокие, бесчеловечные и унижительные наказания запрещены (BverfGE1, 332 [348]; 6, 389 [439]). Преступник не должен становиться всего лишь объектом борьбы с преступностью в нарушение его конституционного права на социальную ценность и уважение (BverfGE28, 389 [391]). Основные условия индивидуального и социального

существования человека должны быть сохранены. Для начала из абз. 1 ст. 1 Основного закона во взаимосвязи с принципом социального государства следует — и это в особенности касается исполнения наказаний — обязанность государства обеспечить обвиняемому прожиточный минимум, который в принципе обеспечивает условия достойного человеческого существования. С подобным пониманием человеческого достоинства было бы несовместимым оставление за государством права принудительного лишения человека свободы, без малейшего шанса на обретение свободы вновь.

[...]

III.

[...]

4. а) [...] ибо суть человеческого достоинства окажется затронутой, если осужденный, несмотря на развитие его личности, вынужден оставить любую надежду на обретение свободы вновь. Наличие одного лишь института помилования не является достаточным для того, чтобы сохранить указанную возможность, что делает исполнение пожизненного наказания в принципе допустимым, соответствующим конституционному пониманию достоинства личности.

[...]

16) BVerfGE 115, 118

(Luftsicherheitsgesetz / Закон об авиационной безопасности)

Федеральный Конституционный Суд

— пресс-служба —

Сообщение для печати № 11/2006 от 15 февраля 2006 г.

Решение Суда от 15 февраля 2006 г.

– 1 BvR 357/05 –

Полномочие сбить самолет в Законе об авиационной безопасности недействительно

Абзац 3 § 14 Закона об авиационной безопасности, дающий право вооруженным силам сбивать воздушные суда, используемые в качестве

орудий преступления против жизни людей, противоречит Основному закону и является недействительным. Такое решение вынес Первый Сенат Федерального Конституционного Суда 15 февраля 2006 г. Федерация не обладает законодательными полномочиями на регулирование данного вопроса. Предложение 2 абз. 2 и предложение 1 абз. 3 ст. 35 Основного закона, регламентирующие применение вооруженных сил в борьбе с природными катастрофами или в особо сложных аварийных ситуациях, не позволяют Федерации применять вооруженные силы с использованием специального боевого оружия. Более того, абзац 3 § 14 Закона об авиационной безопасности не совместим с конституционным правом на жизнь и с гарантией достоинства личности, если в результате применения вооруженных сил оказываются затронутыми неповинные в преступлении люди, находящиеся на борту воздушного судна. Указанные лица становятся исключительно объектами, поскольку государство лишает их жизни ради спасения других людей; им отказывают в человеческой ценности.

Таким образом, удовлетворена конституционная жалоба четырех адвокатов, патентного поверенного и капитана воздушного судна, которые обратились в суд непосредственно с жалобой о неконституционности положений абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности (об обстоятельствах дела см. Сообщение для печати № 101/2005 от 17 октября 2005 г.).

В основе принятого решения по существу лежат следующие доводы:

1. Федерация не обладает законодательными полномочиями на регулирование в соответствии с абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности. Тем не менее она согласно предл. 2 абз. 2 и предл. 1 абз. 3 ст. 35 Основного закона имеет совместно с федеральными землями законодательные полномочия на определение порядка применения вооруженных сил в борьбе с природными катастрофами или в особо сложных аварийных ситуациях. Но полномочие о применении вооруженных сил для непосредственного воздействия на воздушное судно с применением оружия, закрепленное в абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности, не соответствует положениям предл. 2 абз. 2 и абз. 3 ст. 35 Основного закона.

а) Однако несоответствие положений абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности положениям предл. 2 абз. 2 ст. 35 Основного закона

(чрезвычайная ситуация регионального масштаба) не следует только из того, что задействование сил должно быть назначено и осуществлено в момент, когда, несмотря на наличие серьезного воздушного происшествия (угон самолета), особо серьезное происшествие (намеренное крушение самолета) еще не произошло. Понятие особо серьезного происшествия по смыслу предл. 2 абз. 2 ст. 35 Основного закона включает в себя и происшествия, при которых наступление катастрофы с большой вероятностью ожидаемо. Однако непосредственное воздействие на воздушное судно с применением вооруженных сил не вписывается в рамки предл. 2 абз. 2 ст. 35 Основного закона, поскольку данная норма не допускает боевое применение вооруженных сил со специальным боевым оружием при борьбе с катастрофами или в особо опасных аварийных ситуациях. «Помощь», о которой идет речь в предл. 2 абз. 2 ст. 35 Основного закона, предоставляется федеральным землям для того, чтобы они могли надлежащим образом справиться со своими задачами по ликвидации катастроф и особо опасных аварийных ситуаций. Такая направленность компетенций органов по борьбе с чрезвычайными ситуациями федеральных земель в обязательном порядке определяет и те средства помощи, которые могут использоваться при задействовании вооруженных сил. Они не могут по существу отличаться от средств, изначально предоставленных полицейским силам федеральных земель для решения поставленных перед ними задач.

б) Положения абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности также не соответствуют положениям предл. 1 абз. 3 ст. 35 Основного закона. Согласно указанным положениям в случае чрезвычайной ситуации или катастрофы на межрегиональном уровне на применение вооруженных сил уполномочено исключительно федеральное правительство. Положения Закона об авиационной безопасности не в достаточной мере соответствуют указанным предписаниям. Они предусматривают, что министр обороны принимает решение по согласованию с министром внутренних дел, если своевременное решение федерального правительства не представляется возможным. Ввиду ограниченности времени, которое обычно имеется в распоряжении в подобных случаях, федеральное правительство при решении вопроса о применении вооруженных сил в межрегиональной чрезвычайной ситуации не в качестве исключения, а в качестве правила заменяется отдельным министром. Это делает очевидным, что

меры, закрепленные в абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности, как правило, не могут быть реализованы предусмотренным в предл. 1 абз. 3 ст. 35 Основного закона путем. Кроме того, основные конституционные рамки применения вооруженных сил согласно предл. 1 абз. 3 ст. 35 Основного закона нарушаются, прежде всего, потому, что даже в случае возникновения катастрофы на межрегиональном уровне использование вооруженных сил с применением типичного боевого оружия запрещено Основным законом.

2. Положения абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности также не совместимы с правом на жизнь (предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона) во взаимосвязи с гарантией уважения достоинства личности (абз. 1 ст. 1 Основного закона), если применение вооруженных сил затрагивает невинных в преступлении лиц, находящихся на борту воздушного судна.

Подверженные такому воздействию пассажиры и члены экипажа находятся в безвыходной ситуации. Они не могут сами, независимо от других, повлиять на свои жизненные обстоятельства. Данный факт превращает их в объект не только преступников. И государство, которое в такой ситуации прибегает к использованию вооруженных сил в соответствии с абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности, превращает их в объект своей спасательной операции для защиты других людей. Такое обращение пренебрегает достоинством и неотъемлемыми правами затронутых лиц как субъектов. Использование их уничтожения в качестве средства для спасения других превращает их в предмет и лишает их прав, поскольку государство в одностороннем порядке распоряжается их жизнями, которые, будучи жертвами, сами нуждаются в защите; им отказывают в человеческой ценности, которой они обладают сами по себе. Кроме того, это происходит в ситуации, в которой не стоит ожидать, что фактические обстоятельства в тот момент, когда требуется принять решение о применении вооруженных сил согласно абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности, могут быть в полной мере известны и правильно оценены.

Принимая во внимание положения абз. 1 ст. 1 Основного закона (гарантия уважения достоинства личности), представляется абсолютно не допустимым, что вследствие законодательного регулирования невинные люди, находящиеся в такой беспомощной ситуации, могут преднамеренно лишаться жизни. Предположение относительно того, что лицо, поднимающееся на борт воздушного судна в качестве члена экипажа или пассажира,

вероятно, одобряет действия по уничтожению, а также одобряет и свою смерть в случае попадания в воздушное происшествие, является далекой от жизни фикцией. Также точка зрения, согласно которой затронутые лица и без того обречены на гибель, не мешает охарактеризовать убийство невинных людей в указанной ситуации в качестве нарушения прав затронутых лиц на человеческое достоинство. Человеческая жизнь и человеческое достоинство, независимо от длительности физического существования отдельного человека, подлежат одинаковой конституционной защите. Отстаиваемое иногда мнение о том, что удержанные на борту воздушного судна лица стали частью оружия и должны смириться с обращением с ними, как с таковым, откровенно выражает, что жертвы происшествия уже не воспринимаются как люди. Мысль о том, что каждый отдельный человек в интересах государства в целом в случае крайней необходимости обязан пожертвовать своей жизнью, если только таким образом возможно защитить правовое общество от посягательств, нацеленных на его разрушение или уничтожение, также не приводит к иному результату. Поскольку сфера применения абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности не предполагает защиту от посягательств, нацеленных на уничтожение общества и разрушение правового и свободного государственного порядка. В конечном счете положения абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности также нельзя оправдать обязанностью государства защищать жизнь тех людей, против которых воздушное судно должно быть использовано как орудие преступления. Для исполнения государственных охранительных функций могут быть использованы только меры, соответствующие Основному закону. В данном случае это не так.

3. Однако прямое воздействие с применением вооруженных сил соответствует положениям абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности во взаимосвязи с положениями абз. 1 ст. 1 Основного закона, если оно направлено на воздушное судно без экипажа или исключительно на лиц, которые хотят использовать воздушное судно в качестве орудия преступления против жизни людей, находящихся на земле. Указанное соответствует субъективированной позиции нападающего, когда последствия его поведения, определенные им самим, возникают лично для него, и на него возлагается ответственность за начатые им действия. В таком случае обеспечивается принцип соразмерности. Цель, обозначенная абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности, заключающаяся в спасении жизни

людей, имеет такое значение, что может оправдать серьезное посягательство на основное право преступников на жизнь. Кроме того, тяжесть направленного против них посягательства на основное право смягчается тем, что преступники сами вызывают необходимость государственного вмешательства и могут избежать такого вмешательства в любое время, отступив от исполнения своего преступного плана. Однако и в этом случае регулирование обоснованно, поскольку в таком случае Федерация обладает законодательной компетенцией.

§ 8. Всеобщее право на свободу действий (Ст. 2 I Основного закона)

17) BVerfGE 6, 32 (Elfes / Элфес)

1. Ст. 11 Основного закона не затрагивает свободу выезда.
2. Свобода выезда гарантируется абз. 1 ст. 2 Основного закона в пределах конституционного порядка как производная всеобщей свободы действий.
3. Конституционным порядком по смыслу абз. 1 ст. 2 Основного закона является конституционный правовой порядок, т. е. совокупность норм, формально и материально соответствующих Конституции.
4. Каждый человек может посредством подачи конституционной жалобы добиться признания того, что правовая норма, ограничивающая его свободу действий, не относится к конституционному порядку.

Решение Первого Сената от 16 января 1957 г. – 1 BvR 253/56 –

в деле по конституционной жалобе Вильгельма Элфеса [...]

ОСНОВАНИЯ

I.

[...]

Когда в 1953 г. заявитель жалобы подал в паспортное бюро г. Мёнхенгладбах заявление о продлении своего заграничного паспорта, ему

без дополнительного обоснования было отказано 6 июня 1953 г. в продлении со ссылкой на абз. 1а § 7 Закона о паспортном режиме от 4 марта 1952 г. (BGBl. I стр. 290).

[...]

II.

[...]

1. [...] Федеральный Конституционный Суд не убежден в том, что право на свободный выезд, как утверждает доктрина, руководствуясь при этом систематическим подходом, требуется отнести к свободе перемещения, гарантированной ст. 11 Основного закона. Тем не менее свобода выезда, как производная всеобщей свободы действий, не лишена надлежащей защиты в качестве основного права (абз. 1 ст. 2 Основного закона).

2. В своем решении от 20 июля 1954 г. (BVerfGE 4, 7 [15 и след.]) Федеральный Конституционный Суд оставил открытым вопрос, следует ли в качестве свободного развития личности понимать свободу действий человека в широком смысле или абзац 1 ст. 2 Основного закона ограничивается защитой минимума данной свободы действий, без которого человек вообще не может развивать заложенные в нем основы духовно-нравственной личности.

а) Основной закон не может понимать под «свободным развитием личности» лишь внутреннее духовно-нравственное развитие личности, поскольку в таком случае возникает неясность, как такое внутреннее развитие может нарушить нравственный закон, права других или даже конституционный порядок свободной демократии. Именно данные ограничения, применимые к индивиду как члену общества, напротив, показывают, что в абз. 1 ст. 2 Основного закона речь идет именно о свободе действий в широком смысле.

Однако торжественная формулировка абз. 1 ст. 2 Основного закона послужила поводом для ее рассмотрения именно в свете ст. 1 Основного закона и вывода о том, что она предназначена для формирования понятия (образа) человека в смысле Основного закона. Это означает только то, что ст. 1 Основного закона действительно относится к фундаментальным конституционным принципам, которые — как все нормы Основного закона — имеют большую юридическую силу, чем абз. 1 ст. 2 Основного закона. С правовой точки зрения она является самостоятельным

основным правом, обеспечивающим свободу действий человека в общем виде. Не правовые соображения, а лингвистические причины привели к тому, что законодатель заменил первоначальную редакцию «Каждый может делать или не делать того, что он хочет» на действующую редакцию [...]. Очевидно, что становлению теории, согласно которой абзац 1 ст. 2 Основного закона призван защищать только внутреннюю сторону свободы личности, способствовало то обстоятельство, что во второй части предложения в качестве рамок, установленных гражданину для развития его личности, называется и конституционный порядок. Стремление к единообразному толкованию указанного понятия, которое встречается в иных положениях Основного закона, привело к тому, что конституционный порядок стали отождествлять с более узким понятием, нежели конституционно-правовой порядок. Как следствие, конституционно-правовой защите подлежит только внутренняя свобода личности, а не свобода действий человека.

Наряду с общей свободой действий, гарантированной абз. 1 ст. 2 Основного закона, Основной закон, при помощи специальных положений об основных правах, защищает свободу человеческой деятельности в определенных областях жизнедеятельности. Поскольку они, исходя из исторического опыта, оказываются наиболее подверженными посягательствам со стороны государственной власти, Конституция при помощи многоступенчатых законодательных ограничений определила ту меру, в которой возможно вмешательство в соответствующую область основных прав. Если подобные отдельные области жизнедеятельности не защищены основными правами, каждый человек при посягательстве государственной власти на его свободу может сослаться на абз. 1 ст. 2 Основного закона. В данном случае отсутствует необходимость законодательного ограничения, поскольку из принципа ограничения свободного развития личности конституционным порядком напрямую следуют пределы возможности для государственного вмешательства.

б) Если, как указано в 2а), в абз. 1 ст. 2 Основного закона, вместе со свободным развитием личности обеспечивается свобода действий в целом, которая — если она не нарушает права иных лиц или нравственный закон — ограничена только конституционным порядком, то под ним следует понимать только общий правопорядок, учитывающий материальные и формальные нормы Конституции, т. е. правопорядок, соответствующий

Конституции. В этом смысле и Высший земельный суд по административным спорам г. Мюнстера в исходном деле обозначил конституционный порядок как «соответствующий Конституции», как «построенный в соответствии с Конституцией и находящийся в рамках Конституции правопорядок».

[...]

в) В литературе часто выдвигается возражение по поводу того, что при подобном понимании основное право, предусмотренное абз. 1 ст. 2 Основного закона, «выхолащивается», поскольку попадает в сферу общего законодательного ограничения. При этом не учитывается тот факт, что законодательство в соответствии с Основным законом содержит более жесткие ограничения по сравнению с Веймарской Конституцией 1919 г. В те времена не только многочисленные основные права существовали «впустую» ввиду общего законодательного ограничения, в которое, однако, вписывался, по сути, любой закон, принятый конституционным образом. Законодатель мог в любое время преодолеть в отдельном случае установленный конституционно-правовой барьер, приняв закон конституционным большинством. В отличие от этого Основной закон установил основанный на ценностях порядок, ограничивающий государственную власть. Данный порядок должен обеспечивать самостоятельность, ответственность за свое поведение и человеческое достоинство в правовом государстве (BVerfGE 2, 1 [12 и далее]; 5, 85 [204 и след.]). Высшие принципы данного основанного на ценностях порядка защищены от изменений Конституции (абз. 3 ст. 1, ст. 20, 79 Основного закона). Подрыв Конституции исключен; Федеральный Конституционный Суд осуществляет надзор за тем, чтобы законодатель не выходил за рамки, предусмотренные Конституцией. Законы не считаются «конституционными» только потому, что были приняты с соблюдением формальной процедуры. Они должны и с материально-правовой точки зрения не только находиться в соответствии с высшими основными ценностями свободного демократического основного порядка как конституционно-правового ценностного порядка, но также соответствовать элементарным неписаным конституционным принципам и основным решениям по Основному закону, и прежде всего принципу правового и социального государства. Поэтому законы, прежде всего, не должны нарушать человеческое достоинство, которое относится в Основном законе к наивысшей ценности, но также и не ограничивать

духовную, политическую и экономическую свободу человека в той степени, в какой затрагивается ее сущностное содержание (абз. 2 ст. 19, абз. 3 ст. 1, абз. 1 ст. 2 Основного закона). Отсюда следует, что за отдельным гражданином сохраняется сфера его частной жизни, т. е. последняя неприкосновенная область свободы человека, укрытая от вмешательства государственной власти. Закон, который посягал бы на нее, никогда не мог бы являться составной частью «конституционного порядка»; Федеральный Конституционный Суд должен был бы признать его недействительным.

Из сказанного выше следует, что правовая норма только тогда становится составной частью «конституционного порядка», если она удовлетворяет всем указанным требованиям и, тем самым, правомерно ограничивает область общей свободы действий гражданина. С точки зрения процессуального права это означает: каждый человек может посредством подачи конституционной жалобы указать на то, что закон, ограничивающий его свободу действий, не относится к конституционному порядку, поскольку указанный закон (формально или по содержанию) нарушает отдельные нормы Конституции или общие конституционные принципы; и нарушает, соответственно, основное право заявителя, предусмотренное абз. 1 ст. 2 Основного закона.

[...]

18) BVerfGE 38, 281

(Arbeitnehmerkammer / Палаты наемных рабочих)

Законы Федеральных земель Бремен и Саар об учреждении палат наемных рабочих как публично-правовых образований с обязательным членством всех наемных рабочих не противоречат положениям Основного закона.

Решение Первого Сената от 18 декабря 1974 г. – 1 BvR 430/65, 1 BvR 259/66 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

С.

[...]

I.

Заявители жалобы считают себя обремененными тем, что они в силу закона вынуждены состоять в членстве публично-правового образования, необходимость существования которого они оспаривают. Какое основное право может быть положено в обоснование их позиции, следует из устоявшейся судебной практики Федерального Конституционного Суда, согласно которой конституционно-правовые рамки принудительного членства в публично-правовом образовании закреплены не в ст. 9, а только в абз. 1 ст. 2 Основного закона. В решении от 29 июля 1959 г. (BVerfGE 10, 89) определено в отношении этого (с. 102):

[...] вопрос о конституционно-правовых рамках принудительного членства в публично-правовом образовании [...] не предполагает ответа на основании ст. 9 Основного закона, поскольку данная норма гарантирует лишь свободу создания частноправовых образований, свободу вступления или невступления в их члены. Однако же абзац 1 ст. 2 Основного закона указывает на то, что принудительное членство возможно только в рамках конституционного порядка. В соответствии с ним публично-правовые образования могут создаваться исключительно в целях реализации легитимных публичных задач. При этом на усмотрение законодателя остается вопрос о том, какие из указанных задач государство выполняет не через государственные органы, а через специально созданные публично-правовые образования или органы. Федеральный Конституционный Суд в этом случае может только проверить, не вышел ли законодатель за рамки своего усмотрения. Целесообразность и необходимость выбора организационной формы не подлежат проверке Федеральным Конституционным Судом.

Данная позиция находит свое отражение и в более поздних решениях (BVerfGE 10, 354 [361 f.]; 12, 319 [323]; 15, 235 [239]) и преимущественно поддерживается в литературе (издат. Манголдт-Клейн, Боннский комментарий к Основному закону, изд. 2-е, Прим. III/6 [Предл. 320] к ст. 9; издат. Маунц-Дюриг-Херцог, Основной закон, номера на полях 41, 44 к ст. 9; издат. Мунч Боннский комментарий, 2-я переработка [1966]; Прим. 52 к ст. 9 с последующими данными; Фриауф в Сборнике в память Р. Райнхарда, 1972, Предл. 389 и след., в частности раздел III).

Каждому человеку гарантируется закрепленная в абз. 1 ст. 9 Основного закона и подлежащая ограничению только в соответствии с абз. 2 свобода объединения по частной инициативе с другими лицами в различные союзы, основывать их, но также не вступать в них или выходить из них. Другое дело, когда государство решает по соображениям всеобщего блага создать на основании закона публично-правовое образование в форме объединения на основе персонального членства, в состав которого должны войти представители определенного круга лиц в целях надлежащего выполнения поставленных перед ними задач. Конечно, полномочия государства в этой сфере не могут быть неограниченными. Принятый им закон должен относиться к «конституционному порядку», т. е. он должен как с формальной, так и с материальной точки зрения полностью соответствовать положениям Основного закона (ср. BVerfGE 6, 32 [36 и далее, особ. 41]). Необходимо также, чтобы он соответствовал требованиям правового государства, включающим в себя принцип соразмерности государственного вмешательства. Из данной взаимосвязи следует, что законодатель, принимая во внимание принципиальную презумпцию свободы, закрепленную в абз. 1 ст. 2 Основного закона, и следующее из абз. 1 ст. 9 Основного закона верховенство свободного объединения, обязан тщательно проверить необходимость создания подобных публично-правовых образований. Каждому человеку согласно абз. 1 ст. 2 Основного закона гарантируется право на невовлечение в принудительном порядке в членство «ненужных» объединений (BVerfGE 10, 89 [99]).

[...]

19) BVerfGE 90, 145

(Cannabis / Конопля)

1. а) В отношении оборота наркотических средств действуют правовые рамки, предусмотренные абз. 1 ст. 2 Основного закона. «Права на наркотическое опьянение», выходящего за указанные рамки, не предусмотрено.

б) Уголовно-правовые положения Закона об обороте наркотических средств, предусматривающие наказание за незаконный оборот продукции из конопли, должны быть соизмеримы в части запрета, подкрепленного угрозой уголовного наказания, с положениями абз. 1 ст. 2 Основного

закона, а в части угрозы лишения свободы — с предл. 2 абз. 2 ст. 2 Основного закона.

2. а) Для оценки пригодности и необходимости избранного средства для достижения поставленной цели, а также для необходимых в этой связи оценки и прогноза грозящей отдельному человеку или обществу опасности законодателю предоставляется возможность такой оценки, проверку которой Федеральный Конституционный Суд может осуществить лишь в ограниченном объеме.

б) При общей оценке серьезности вмешательства и его значения, а также состоятельности оснований, его оправдывающих, должна сохраняться граница приемлемости для адресатов запрета (запрет превышения средств или требование соразмерности в узком смысле). Проверка согласно данному критерию может привести к тому, что само по себе приемлемое и необходимое средство защиты правовых ценностей не может применяться, поскольку возникающее в связи с его применением ущемление основных прав соответствующего лица оказывается гораздо существеннее усиления защиты правовых ценностей, в связи с чем применение данного средства защиты оказывается несоразмерным.

3. Если уголовно-правовые нормы Закона об обороте наркотических средств предусматривают наказание за действия, связанные с отдельной разовой подготовкой для личного использования небольшого количества продуктов конопли, которые не связаны с ущербом для третьих лиц, то они не нарушают требований запрета на чрезмерность наказания, поскольку законодатель предоставляет правоохранительным органам возможность отказа от назначения наказания (см. абз. 5 § 29 Закона об обороте наркотических средств) или уголовного преследования (см. § 153 и далее Уголовного уложения, § 31а Закона об обороте наркотических средств) с учетом незначительности индивидуального правонарушения и степени вины. В таких случаях правоохранительные органы в соответствии с запретом чрезмерности наказания, в принципе, должны отказаться от преследования за преступления, перечисленные в § 31а Закона об обороте наркотических средств.

4. Принцип равенства не требует в одинаковой мере запрещать или допускать все потенциально равным образом вредные наркотические средства. Законодателю удалось, не нарушая Конституцию, по-разному урегулировать, с одной стороны, оборот продуктов из конопли, а, с другой стороны, оборот алкоголя и никотина.

**Решение Второго Сената от 9 марта 1994 г.
– 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92, 2 BvL 64/92,
2 BvL 70/92, 2 BvL 80/92, 2 BvR2031/92 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

Дела, объединенные в единое производство, затрагивают вопрос соответствия Основному закону уголовно-правовых положений Закона об обороте наркотических средств, предусматривающих наказание за различные формы незаконного оборота продуктов из конопли.

[...]

С.

Представленные для конституционно-правовой проверки уголовно-правовые положения Закона об обороте наркотических средств в той степени, в которой их проверка допускается, не противоречат Основному закону. Наказуемость незаконного оборота продуктов из конопли, в частности гашиша, не нарушает в этом смысле ни положения предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона, ни абз. 1 ст. 3 Основного закона, ни в принципе абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с предл. 2 абз. 2 ст. 2 Основного закона.

Конституционная жалоба является необоснованной.

I.

1. Уголовно-правовые положения Закона об обороте наркотических средств, предусматривающие наказание за незаконный оборот продукции из конопли, должны быть соизмеримы в части запрета, подкрепленного угрозой уголовного наказания, с положениями абз. 1 ст. 2 Основного закона, а в части угрозы лишения свободы — с предл. 2 абз. 2 ст. 2 Основного закона.

Абзац 1 ст. 2 Основного закона защищает любую форму человеческой деятельности без учета того, какое значение данная деятельность имеет для развития человеческой личности (ср. BVerfGE 80, 137 [152]). Абсолютно защищенной и тем самым выведенной из-под воздействия государственной власти является, тем не менее, лишь ключевая сфера частной жизни (см. BVerfGE 6, 32 [41]; 54, 143 [146]; 80, 137 [153]). К ней нельзя отнести оборот наркотических средств, в частности наркотическое опьянение, ввиду его многопланового социального влияния. В остальном общая свобода действий гарантируется рамками, предусмотренными

второй частью абз. 1 ст. 2 Основного закона, и охватывается оговоркой конституционного порядка (см. BVerfGE 80, 137 [153]).

Под ним следует понимать все правовые нормы, которые с формальной и материальной точки зрения соответствуют Конституции (BVerfGE 6, 32 и далее; устойчивая судебная практика). Ограничения общей свободы действия, основанные на указанных правовых положениях, не нарушают абз. 1 ст. 2 Основного закона (см. BVerfGE 34, 369 [378 и далее]; 55, 144 [148]). «Права на наркотическое опьянение», выходящего за указанные рамки, не предусмотрено.

С материальной точки зрения принцип соразмерности — с оговоркой особых конституционных гарантий — предоставляет тот общий конституционно-правовой стандарт, в соответствии с которым свобода действий может быть ограничена (см. BVerfGE 75, 108 [154 и далее]; 80, 137 [153]). Данному принципу придается высокое значение при проверке уголовно-правовых норм, которые, будучи наиболее существенным средством наказания в руках государства, подразумевают социально-этическое суждение об отсутствии ценности определенной деятельности гражданина (см. BVerfGE 25, 269 [286]; 88, 203 [258]).

Возможность назначения наказания в виде лишения свободы позволяет вторгаться в охраняемое абз. 2 ст. 2 основное право на свободу личности. Свобода личности, которую Основной закон обозначает в качестве «неприкосновенной», является столь значимой правовой ценностью, что в ее область можно вторгаться согласно оговорке в предл. 3 абз. 2 ст. 2 Основного закона только при наличии особо веских причин. Несмотря на то что возможность подобных вторжений также может рассматриваться в качестве допустимой при наличии особых условий, когда они должны предотвратить серьезный ущерб, который может нанести себе человек (см. BVerfGE 22, 180 [219]; 58, 208 [224 и далее 59, 275 [278]; 60, 123 [132]), они в принципе допустимы только тогда, когда того требует защита других лиц или общества в целом, с учетом принципа соразмерности. Согласно данному принципу закон, ограничивающий основные права, должен быть приемлемым и необходимым для достижения намеченной цели. Закон является приемлемым, если с его помощью можно способствовать намеченному положительному результату; он является необходимым, если законодатель не смог выбрать другое средство, столь же действенное, но менее ограничивающее основные права (см. BVerfGE 30, 292 [316]; 63, 88 [115]; 67, 157

[173, 176]). При оценке приемлемости и необходимости выбранного средства для достижения поставленных целей, а также при проводимой при этом оценке и прогнозировании опасности, грозящей отдельному человеку и общественности, у законодателя имеется возможность для усмотрения. Указанная возможность для усмотрения лишь в ограниченной степени может быть объектом судебной проверки, что зависит от особенностей конкретной сферы деятельности, возможности принятия в достаточной степени обоснованного решения и значимости правовых благ, находящихся под угрозой (ср. BVerfGE 77, 170 [215]; 88, 203 [262]).

Кроме того, при общей оценке существенности вторжения и его значения, а также значимости оправдывающих его оснований должна сохраниться граница приемлемости для адресатов запрета (см. BVerfGE 30, 292 [316]; 67, 157 [178]; 81, 70 [92]). Таким образом, мера не должна их слишком сильно обременять (запрет превышения средств или требование соразмерности в узком смысле, см. BVerfGE 48, 396 [402]; 83, 1 [19]). В области государственных наказаний из принципа виновности, имеющего свою основу в абз. 1 ст. 1 Основного закона (см. BVerfGE 45, 187 [228]), и из принципа соразмерности, вытекающего из принципа правового государства и прав на свободу, следует, что тяжесть преступления или вина преступника должны находиться в справедливом соотношении с наказанием. Возможность назначения наказания в виде лишения свободы по виду и размеру не может быть совсем несоизмеримой с поведением, за которое назначается наказание. Состав правонарушения и правовые последствия должны быть надлежащим образом согласованы друг с другом (см. BVerfGE 54, 100 [108]; устойчивая судебная практика).

В принципе задача законодателя состоит в том, чтобы определить область уголовно-наказуемых действий с учетом конкретной ситуации. Федеральный Конституционный Суд не может проверить его решение на предмет того, нашел ли он самое целесообразное, разумное и справедливое решение; он лишь обязан следить за тем, чтобы норма уголовного права материально находилась в соответствии с положениями Конституции и соответствовала неписаным конституционным принципам, а также основополагающим решениям в отношении Основного закона (см. BVerfGE 80, 244 [255] с доп. ссылками).

2. а) Законодатель преследует посредством действующего Закона об обороте наркотических средств, как и при помощи ранее

действовавших законов, цель сохранения здоровья отдельного человека, равно как и всего населения от угроз, исходящих из наркотических средств, и защиты населения, прежде всего молодежи, от зависимости от наркотических средств. [...]

Данной цели служат и уголовно-правовые нормы Закона об обороте наркотических средств. Для достижения указанной цели законодатель предусмотрел наказание не только за способы поведения, непосредственно опасные для здоровья отдельных лиц. Речь идет об устройстве социального общежития таким образом, чтобы оно было свободно от социально вредного воздействия оборота наркотических средств, которое исходит из так называемого «мягкого» наркотика — конопли: Через нее происходит приобщение к наркотическим средствам, в особенности молодых людей; она способствует их привыканию к одурманивающим веществам. Этим может быть причинен вред становлению личности молодых людей и подростков.

[..]

С такой постановкой цели Закон об обороте наркотических средств и служит общим интересам, которые соответствуют Конституции.

б) По оценке законодателя, угроза здоровью, возникающая вследствие употребления продуктов из конопли, существенна [...].

в) Изначальная оценка законодателем угрозы для здоровья сегодня не бесспорна. Однако и допущение о недостаточной опасности продуктов из конопли, лежащее в основе направленных судами в Федеральный Конституционный Суд решений о запросах, недостоверно. [...].

Единое мнение существует относительно того, что продукты из конопли не вызывают физической зависимости [...].

Непосредственные риски для здоровья при умеренном потреблении рассматриваются, скорее, также как незначительные [...].

Этому соответствует высокое число непостоянных потребителей без клинических признаков, а также потребителей, ограничивающихся потреблением гашиша. Далее описывается, что постоянное потребление продуктов из конопли может привести к нарушениям поведения, латаргии, равнодушию, чувствам страха, утрате чувства реальности и депрессиям [...].

В основном сейчас не находит поддержки точка зрения, что конопля якобы обладает «функцией проводника» к более жестким наркотикам,

подразумевающая ряд свойств веществ, входящих в состав продуктов из конопли [...].

Беспорным является, наконец, что сильное наркотическое опьянение вследствие употребления продуктов из конопли отрицательно сказывается на способности управления транспортными средствами [...].

3. Несмотря на то, что опасность для здоровья, исходящая от продуктов из конопли, с сегодняшней точки зрения меньше, чем законодатель предположил при принятии закона, тем не менее в соответствии с актуальным уровнем знаний сохраняется значительная опасность. Таким образом, общая концепция закона относительно продуктов из конопли и впредь совместима с Конституцией. Это следует из полученных по запросу Сената экспертиз Федеральной службы здравоохранения и Федерального уголовного розыска и обработанной Сенатом за пределами цитированных обобщающих изложений соответствующей профессиональной литературы. Концепция закона сводится к тому, чтобы подвергать значительному государственному контролю весь оборот продуктов из конопли за исключением самого потребления ввиду опасности, исходящей из самого наркотика и торговли наркотиками для каждого человека и для общества в целом, и для осуществления этого контроля предусматривать наказание для любого незаконного оборота продуктов из конопли. Обладая таким содержанием, уголовно-правовые положения о назначении наказания в Законе об обороте наркотических средств могут ограничить распространение наркотических средств в обществе и, тем самым, в целом уменьшить исходящую от него опасность. Таким образом, уголовно-правовые нормы принципиально соответствуют тому, чтобы содействовать цели закона.

4. Позиция законодателя, что запрет с угрозой назначения наказания за незаконный оборот продуктов из конопли необходим для достижения целей закона, многократно проверенная и подтвержденная ввиду внесения многократных изменений в Закон об обороте наркотических средств и присоединения к Конвенции Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 г., не вызывает нареканий с точки зрения Конституции. Даже исходя из сегодняшнего уровня знаний, как его в достаточной мере можно почерпнуть из источников, указанных выше в п. 3, допустима точка зрения законодателя, согласно которой

он не располагает для достижений целей закона столь же действенным средством, но связанным с меньшим посягательством, кроме как нормами уголовного права. Нельзя согласиться с тем, что прежний запрет продуктов из конопли не позволил полностью достичь целей закона, и разрешение в отношении продуктов из конопли, будучи более мягким средством, будет более пригодным для достижения указанных целей. Уголовно-политическая дискуссия о том, достигается ли уменьшение потребления продуктов из конопли посредством общего превентивного действия уголовного права либо, наоборот, путем разрешительных мер с надеждой на разделение рынка наркотических средств, еще не завершена. Научные знания, которые бы с точностью свидетельствовали в пользу того или иного пути, отсутствуют. Международные соглашения, к которым присоединилась Федеративная Республика Германия, все больше делают ставку на применение уголовно-правовых мер в борьбе против употребления и незаконного оборота наркотических средств. С учетом актуального развития международного права остается, по меньшей мере, открытым вопрос о том, может ли быть достигнуто разделение рынка наркотических средств на национальном уровне посредством разрешения оборота конопли, и не станет ли Федеративная Республика в таком случае новым центром международной наркоторговли. Также нет уверенности в том, уменьшится ли потребление конопли вследствие того, что «запретный плод» станет разрешенным, или вследствие того, что будут проведены разъяснительные мероприятия по вопросам опасности употребления продуктов из конопли. Если законодатель при таком положении дел придерживается взгляда, что общий запрет продуктов из конопли под угрозой назначения уголовного наказания отпугивает большее количество потенциальных потребителей, чем это имело бы место в случае отмены уголовного наказания, и уже поэтому является более подходящим средством для защиты правовых ценностей, то с таким взглядом следует согласиться с точки зрения конституционного права. Ибо законодатель обладает прерогативой оценки и принятия решений при выборе между несколькими потенциально пригодными путями достижения цели закона (см. BVerfGE 77, 84 [106]). При наличии особых условий допускаются случаи, когда достоверные криминологические знания требуют внимания в рамках контроля правовых норм, если они способны привести законодателя к конкретному

решению вопроса, который согласно Конституции требует урегулирования на законодательном уровне, или, наоборот, исключить принятую норму в качестве допустимого варианта решения такого вопроса (см. BVerfGE 50, 205 [212 и далее]). Результаты дискуссий о необходимости запрета оборота продуктов из конопли под угрозой назначения уголовного наказания не являются столь убедительными.

5. При проверке вопроса о том, нарушают ли представленные для конституционно-правовой проверки уголовно-правовые нормы Закона об обороте наркотических средств в той части, в которой они касаются оборота продуктов из конопли, запрет на чрезмерное регулирование (соразмерность в узком смысле), следует проводить различие между общим запретом оборота продуктов из конопли и угрозой применения уголовного наказания за отдельные нарушения указанного запрета. Общая концепция законодателя о полном запрете оборота продуктов из конопли — за редкими исключениями — не нарушает сама по себе запрета на чрезмерное регулирование. Она оправдана намеченными целями о защите населения — и особенно молодежи — от исходящей от наркотических средств опасности для здоровья, угрозы психической зависимости от наркотических средств, а также о противостоянии, прежде всего, преступным организациям, контролирующим рынок наркотических средств, и исходящей от наркотических средств общественной опасности. Этим значимым общественным интересам не могут быть противопоставлены иные равноценные интересы, свидетельствующие в пользу разрешения оборота наркотических средств.

По общему правилу, это применимо и в том случае, когда законодатель для установления запрета обозначает угрозу уголовного наказания. При нарушениях запрета в отношении оборота продуктов из конопли речь идет не только о нарушении административных предписаний, т. е. о типичном административном правонарушении; под угрозу ставятся, скорее, важнейшие общественные интересы, которые законодатель стремится защищать. Таким образом, позиция законодателя, который рассматривает данные нарушения как подлежащие наказанию и требующие наказания, основана на обоснованных и компетентных размышлениях.

[...]

в) Предусмотренная в предл. 1 № 1 абз. 1 § 29 Закона об обороте наркотических средств угроза назначения уголовного наказания за незаконное

приобретение продуктов из конопли, а также установленная в предл. 1 № 3 абз. 1 § 29 угроза назначения наказания за незаконное хранение наркотических средств не нарушают конституционного запрета на чрезмерное регулирование.

в 1) Не только торговля продуктами из конопли и их безвозмездная передача создает абстрактную угрозу ввиду опасности передачи наркотических средств другим лицам. Незаконное приобретение и незаконное хранение также нарушают правовые ценности других лиц уже потому, что открывают возможность неконтролируемой передачи наркотических средств третьим лицам. Опасность подобной передачи существует даже тогда, когда приобретение и хранение наркотических средств по представлению правонарушителя являются лишь подготовкой для личного потребления. Кроме того, именно в форме приобретения с целью личного потребления осуществляется спрос на наркотические средства, который формирует нелегальный рынок наркотиков. Учитывая примерные подсчеты актуального числа потребителей наркотических средств, количество которых колеблется от 800 тыс. до 4 млн человек, большинство из которых являются именно потребителями на разовой основе (см. выше под 2. в) в 2)), это не может быть оставлено без внимания. С точки зрения общей превентивности конституционно-правовой запрет излишнего регулирования позволяет назначать уголовное наказание за незаконное приобретение и хранение продуктов из конопли для личного потребления как за правонарушение, подлежащее наказанию и требующее назначения наказания.

Степень угрозы правовым ценностям, исходящая от конкретного деяния и личной вины, может, однако, в этих случаях быть незначительной. Речь идет именно о тех случаях, когда продукты конопли приобретаются лишь в небольших количествах и находятся на хранении для разового личного потребления. На данные случаи приходится немалая доля уголовно наказуемых деяний согласно Закону об обороте наркотических средств.

[...]

Если приобретение и хранение продуктов из конопли ограничивается небольшим количеством для разового личного потребления, то, как правило, и конкретная опасность передачи наркотического средства третьим лицам незначительна. Соответственно, и общественный интерес в назначении наказания, как правило, невелик. Назначение уголовного наказания лицам, пробовавшим или на разовой основе употребляющим

продукты из конопли в малых дозах, может по своему воздействию на отдельного правонарушителя привести к несоразмерным и с позиции точечных превентивных мер, скорее, отрицательным результатам, как, например, нежелательному перемещению в среду наркоманов или солидаризации с ними.

в 2) И с учетом подобных дел общая — основанная на общей превенции — угроза назначения наказания за незаконное приобретение и незаконное хранение продуктов из конопли не нарушает, в свою очередь, конституционно-правовой запрет на чрезмерное регулирование. Законодатель соблюдает данный запрет тем, что позволяет правоохранительным органам в отдельных случаях с учетом незначительности отдельного правонарушения и вины отказываться от назначения наказания или уголовного преследования.

[...]

в 3) Решение законодателя учитывать незначительную противоправность определенных деяний и вины, преимущественно посредством ограничения необходимости преследования, не вызывает нареканий с точки зрения конституционного права. В арсенале у законодателя есть два варианта для того, чтобы учитывать незначительную степень противоправности или виновности в отношении определенных групп дел в соответствии с требованием запрета на чрезмерное регулирование: он вправе, например, посредством определения смягчающих обстоятельств ограничить сферу применения общей уголовной нормы или предусмотреть специальные санкции в случае незначительного правонарушения (материально-правовое решение). Но он вправе также ограничить или ослабить необходимость преследования (процессуальное решение). Конституционно-правовой запрет на чрезмерное регулирование принципиально позволяет применять оба варианта (см. BVerfGE 50, 205 [213 и далее]).

[...]

II.

Наказуемость незаконного оборота продуктов из конопли не нарушает предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона.

Доводы, которыми в решениях судов обосновывается нарушение данной конституционной нормы, уже в своем подходе неверно определяют охранительную область данного основного права.

Предложение 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона защищает каждого человека от государственного вторжения в его жизнь и посягательства на физическую неприкосновенность. Кроме того, данная норма во взаимосвязи с предл. 1 абз. 1 ст. 1 Основного закона обязывает государство встать на защиту указанных правовых ценностей и способствовать их развитию, т. е., прежде всего, охранять их от противоправных посягательств со стороны других лиц (см. BVerfGE 39, 1 [42]; 88, 203 [251]; устойчивая судебная практика).

Поскольку запрет на оборот продуктов из конопли никого не заставляет распространять его на другие дурмящие вещества, которые не подпадают под действие Закона об обороте наркотических средств, в частности алкоголь, отсутствует вторжение со стороны государства в правовые ценности, защищенные предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона. Решение нанести вред своему здоровью посредством таких имеющихся в продаже дурмящих веществ находится в сфере ответственности самих потребителей.

Государственная охранительная функция будет искажена в своей сути, если потребовать от законодателя отказаться от наказания за незаконный оборот продуктов из конопли только на том основании, что другие, не подпадающие под действие Закона об обороте наркотических средств, дурмящие вещества могут при определенных обстоятельствах обладать большей опасностью для здоровья.

III.

Включение продуктов из конопли в приложение I к абз. 1 § 1 Закона об обороте наркотических средств с тем последствием, что незаконное обращение с этими веществами подпадает под уголовно-правовые нормы Закона об обороте наркотических средств, не нарушает абз. 1 ст. 3 Основного закона, поскольку в отношении алкоголя и никотина действуют другие нормы.

1. Принцип равенства запрещает неравным образом обращаться с равным по существу, и требует разное по существу рассматривать по-разному, учитывая существующие особенности. При этом основная задача законодателя состоит в том, чтобы избирать обстоятельства, в отношении которых он определяет одинаковые правовые последствия, т. е. те обстоятельства, которые он, таким образом, хочет рассматривать в качестве равнозначных в правовом смысле. Законодатель должен, однако,

осуществлять свой выбор компетентным образом (см. BVerfGE 53, 313 [329]). При этом установление того факта, что при применении принципа равенства является релевантным или нерелевантным, осуществляется не абстрактно и универсально, а всегда лишь применительно к особенностям конкретного предмета регулирования (см. BVerfGE 17, 122 [130]; 75, 108 [157]; устойчивая судебная практика).

Относительно области уголовного права, связанной с назначением наказания за оборот наркотических средств, о которой идет речь, законодатель, не нарушая Конституцию, мог утвердительно ответить на вопрос, имеются ли основания для разного регулирования оборота продуктов из конопли, с одной стороны, и алкоголя и никотина — с другой, которые могут оправдать разные правовые последствия для затронутых лиц.

2. Принцип равенства не требует в одинаковой мере запретить или разрешить все потенциально одинаково вредные наркотические средства. В целях обеспечения правовых гарантий Закон об обороте наркотических средств придерживается принципа так называемого «черного списка», т. е. все вещества и субстанции, запрещенные законодательством об обороте наркотических средств, приведены в приложениях к закону. В абз. 2 и 3 § 1 Закона об обороте наркотических средств предусмотрена процедура дополнения «черного списка» при соблюдении предусмотренных законом условий или допущения исключений из общего запрета. При этом не требуется, чтобы единственным решающим критерием для включения в список являлась бы степень опасности вещества для здоровья. Наряду с различными действиями этих веществ, законодатель также вправе учитывать различные способы их использования (вспомним о злоупотреблении различными химическими веществами, такими как клей, растворители, бензин в качестве «нюхательных» веществ), значение такого различного использования для общественной жизни, правовые и фактические возможности эффективного противодействия злоупотреблению, а также возможность и необходимость международного сотрудничества в вопросах контроля и борьбы с наркотическими средствами и преступными сообществами, занимающимися их торговлей. Уже из этого ясно, что общий принцип равенства не предписывает разрешить все наркотические средства одинаковым образом для их общего применения на том основании, что разрешены другие вещества, опасные для здоровья.

Что касается сравнения между продуктами из конопли и никотином, то достаточная причина для различного подхода к их регулированию заключается уже в том, что никотин не является наркотическим средством.

Для различного подхода к регулированию оборота продуктов из конопли и алкоголя также имеются веские основания, несмотря на то что не вызывает сомнения тот факт, что *злоупотребление* алкоголем несет опасность как для конкретного человека, так и для общества в целом, равную потреблению продуктов из конопли или даже превосходящую ее. Тем не менее следует учитывать, что есть ряд возможностей для использования алкогольной продукции, не сопоставимой с вызывающими опьянение ингредиентами и продуктами растения конопли. Субстанции, содержащие алкоголь, служат в качестве продуктов питания и деликатесов; в виде вина они используются также при отправлении религиозного культа. Во всех случаях преобладает использование алкоголя, не приводящее к состоянию опьянения, его пьянящее действие общеизвестно и преодолевается преимущественно посредством социального контроля. В отличие от этого при потреблении продуктов из конопли на переднем плане стоит, как правило, достижение дурманящего эффекта.

Кроме того, законодатель оказывается в ситуации, в которой он не может эффективно предотвратить потребление алкоголя ввиду распространенных потребительских привычек в Германии и в рамках европейской культуры. Абзац 1 ст. 3 Основного закона не требует из-за этого отказываться от запрета потребления наркотических средств и конопли.

[...]

§ 9. Всеобщее личное неимущественное право (Ст. 2 I Основного закона во взаимосвязи со ст. 1 I Основного закона)

20) BVerfGE 27, 1

(Mikrozensus / Репрезентативная статистика населения и его занятости (Микроцenz))

О соответствии репрезентативной статистики Конституции.

**Решение Первого Сената от 16 июля 1969 г.
– 1 BvL 19/63 –**

[...]

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ

Часть 3 § 1 и § 2 Закона о составлении репрезентативной статистики населения и занятости (Микроцenz) от 16 марта 1957 г. (Сборник федерального законодательства Часть I предл. 213) в редакции закона от 5 декабря 1960 г. (Сборник федерального законодательства Часть I предл. 873) соответствовали положениям Основного закона, если было определено, что при составлении статистики на основе репрезентативной выборки, установленной в § 1 закона, учитывались факты нахождения в отпуске или на отдыхе.

ОСНОВАНИЯ

[...]

Б.

I.

1. Лицо, интересы которого были затронуты в исходном деле, проживает на территории, определенной статистически-математическим способом и все жители которой подлежат опросу согласно Закону о микроцензе. Она отказалась принять уполномоченного Баварского земельного статистического ведомства и ответить на все 60 вопросов, указанных в белом бланке анкеты и в дополнительном желтом бланке анкеты.

[...]

В.

[...]

II.

[...]

1. а) Согласно абз. 1 ст. 1 Основного закона человеческое достоинство неприкосновенно и должно пользоваться уважением и защитой со стороны всех органов государственной власти.

В системе ценностей Основного закона человеческое достоинство является наивысшей ценностью (BVerfGE 6, 32 [41]). Данная позиция отражена во всех положениях Основного закона, равно как и в абз. 1 ст. 2 Основного

закона. Государство не вправе каким-либо образом, даже при помощи закона, нарушать человеческое достоинство или иным образом вторгаться в сферу свободы личности человека, нарушая рамки, установленные абз. 1 ст. 2 Основного закона. Тем самым Основной закон гарантирует отдельному гражданину неприкосновенность частной жизни, выведенную за рамки государственного вмешательства (BVerfGE 6, 32 [41], 389 [433]).

б) В свете указанного человеческого образа каждый человек имеет право на социальную ценность и уважение в обществе. Простое превращение человека в объект в государстве противоречит человеческому достоинству (ср. BVerfGE 5, 85 [204]; 7, 198 [205]). Наличие права требования у государства о принудительной регистрации и каталогизации человека и всех аспектов его личности, даже в рамках анонимной статистической выборки, когда человек приравнивался бы к вещи, подлежащей учету (инвентаризации), не совместимо с человеческим достоинством.

Подобное проникновение в частную жизнь посредством широкого доступа к личным отношениям своих граждан государству запрещено еще и потому, что для свободного и осознанного развития личности человек должен располагать «внутренним пространством», в котором он «владеет собой», и «в котором он может уединиться, в которое нет доступа окружающему миру, в котором он оставлен в покое и может насладиться правом на одиночество» (Винтрих, Проблематика основных прав. 1957. стр. 15 и далее; см. также Дюриг в Маунц-Дюриг, Основной закон, изд. 2-е, номер на полях 37 к ст. 1). В указанную сферу государство может вторгаться при определенных обстоятельствах посредством ознакомления, пусть даже не оценочного, способного препятствовать свободному развитию личности вследствие психического давления при наличии вмешательства со стороны государства.

в) Однако не любой сбор данных о личности и жизни нарушает человеческое достоинство или посягает на право человека на самоопределение в сфере личной жизни. Будучи гражданином государства и членом общества (ср. BVerfGE 4, 7 [15, 16]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]), каждый должен допускать необходимость сбора статистических данных о его личности в определенной мере, например при переписи населения, как условие для планового характера государственной деятельности.

Статистический опрос лица может восприниматься как нарушающий достоинство и создающий угрозу праву на самоопределение, если

он затрагивает сферу частной жизни человека, являющуюся интимной по своей природе, и, тем самым, объявляет эту внутреннюю сферу материалом, поддающимся и подлежащим статистическому охвату. В этом смысле и в государстве современного промышленного общества существуют преграды для административной «деперсонализации». Напротив, там, где статистический опрос касается лишь поведения человека во внешнем мире, он, как правило, не «охватывает» неприкосновенность частной сферы человеческой жизни. Это действует, во всяком случае, тогда, когда данные, ввиду анонимности их обработки, утрачивают связь с личностью. Условием для этого является достаточное обеспечение анонимности.

[...]

г) В соответствии с этим вопрос о поездках во время отпуска и отдыха не нарушил абз. 1 ст. 1, абз. 1 ст. 2 Основного закона.

Указанный опрос касался одной из сфер частной жизни. Однако он не принудил опрошенного к раскрытию интимной сферы жизни и не позволил государству наблюдать отдельные отношения, не доступные внешнему миру и в связи с этим являющиеся по своей природе «тайными».

[...]

21) BVerfGE 34, 238

(Tonband / Магнитофон)

1. Основное право, закрепленное в абз. 1 ст. 2 Основного закона, охраняет также правовые позиции, необходимые для развития личности. К этому относится в определенной степени право на собственное изображение, равно как и право на произнесенное слово. По этой причине каждое лицо по общему правилу вправе самостоятельно определять, кто может записывать и воспроизводить его слова, записанные на звуковой носитель, а также перед какой аудиторией допускается такое воспроизведение.

2. Однако указанное положение само по себе не исключает возможности отступления от защиты охраняемого интереса обвиняемого в неиспользовании тайной магнитофонной записи в уголовном деле в тех случаях, когда превалирующий общественный интерес в обязательном порядке этого требует.

**Решение Второго Сената от 31 января 1973 г.
– 2 BvR 454/71 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

I.

Конституционная жалоба касается допустимости использования тайно записанной частной магнитофонной записи в процессе расследования, проводимом в отношении заявителя жалобы ввиду наличия подозрений в уклонении от уплаты налогов, мошенничестве и фальсификации документов.

[...]

Б.

[...]

II.

[...]

1. Федеральный Конституционный Суд в устойчивой судебной практике признал, что Основной закон гарантирует каждому гражданину неприкосновенную область его частной жизни, не подвластную контролю со стороны государственной власти (BVerfGE 6, 32 [41], 389 [433]; 27, 1 [6], 344 [350 и далее]; 32, 373 [378 и далее]; Решение от 19 июля 1972 г. — 2 BvL 7/71, стр. 12 и далее. = BVerfGE 33, 367 [376 и далее] — в дальнейшем цитируемое как 2 BvL 7/71). Конституционное требование уважения интимной сферы жизни каждого человека обосновывается правом на свободное развитие личности, гарантированным абз. 1 ст. 2 Основного закона. При определении содержания и сферы применения основного права, предусмотренного абз. 1 ст. 2 Основного закона, необходимо учесть, что в соответствии с абз. 1 ст. 1 Основного закона человеческое достоинство неприкосновенно и требует уважения и защиты от любого посягательства со стороны государственной власти. Кроме того, согласно абз. 2 ст. 19 Основного закона сущность основного права, предусмотренного в абз. 1 ст. 2 Основного закона, не должна быть затронута (BVerfGE 27, 344 [350 и далее]; 32, 373 [379]). Даже превалирующий общественный интерес не может оправдать посягательство на защищенную сферу частной жизни; оценка согласно принципу соразмерности в данном случае производиться не должна.

Однако не вся область частной жизни находится под абсолютной защитой основного права, предусмотренного абз. 1 ст. 2 Основного закона во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона (BVerfGE 6, 389 [433]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351]; 32, 373 [379]; 2 BvL 7/71, стр. 13 = BVerfGE 33, 367 [376 и далее]). Наоборот, будучи гражданином, являющимся частью общества и связанным с ним, каждый должен мириться с государственными мерами, принимаемыми в интересах общества, в строгом соблюдении принципа соразмерности, если они не затрагивают неприкосновенную область частной жизни. [...]

2. Абзац 1 ст. 2 Основного закона гарантирует каждому право на свободное развитие его личности, если он не нарушает прав иных лиц, не посягает на конституционный порядок либо нравственные основы. Указанное основное право охраняет также правовые позиции, необходимые для развития личности. К этому относится в определенной степени право на собственное изображение, равно как и право на произнесенное слово. По этой причине каждое лицо по общему правилу вправе самостоятельно определять, кто может записывать и воспроизводить его слова, записанные на звуковой носитель, а также перед какой аудиторией допускается такое воспроизведение.

[...]

5. Поскольку речь не идет о вмешательстве государственной власти в абсолютно защищенную сферу частной жизни, использование магнитофонной записи было бы допустимым, если бы оно было оправдано преобладающим общественным интересом. Но в данном случае это не усматривается.

а) Основной закон высоко ставит право на свободное развитие личности. Государственные меры, посягающие на него, если и допустимы, то лишь в строгом соответствии с требованием соразмерности. С другой стороны, Основной закон придает особое значение требованию действенного правосудия. Федеральный Конституционный Суд в этой связи неоднократно подчеркивал необходимость эффективного уголовного преследования и борьбы с преступностью (BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49], 144 [147]), наличие общественного интереса в наиболее полном установлении истины в уголовном процессе — как для изобличения преступников, так и для оправдания невиновных (BVerfGE 32, 373 [381]), необходимость раскрытия именно тяжких преступлений как наиболее значимой задачи,

поставленной обществом в правовом государстве (BVerfGE 29, 183 [194]), а также необходимость поддержания дееспособной системы правосудия, без которой нельзя утвердить справедливость [...].

Право на свободное развитие личности, гарантированное Основным законом, и потребность действенного правосудия могут в определенных случаях вступать в конфликт друг с другом. Баланс интересов может быть достигнут лишь путем постоянного противопоставления вмешательства, необходимого для обеспечения действенного правосудия и защищаемой абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона сферы частной жизни (см. BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49], 144 [147]). Это означает, что в каждом случае следует установить, какой из двух указанных конституционно-правовых принципов обладает большим значением в конкретном деле. [...]

22) BVerfGE 65, 1

(Volkzählung / Перепись населения)

1. В условиях современной обработки данных защита каждого человека от неограниченного сбора, хранения, использования и передачи его личных данных охватывается всеобщим личным правом, предусмотренным абз. 1 ст. 2 Основного закона во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона. В этом смысле основное право гарантирует каждому человеку возможность самостоятельно определять возможность раскрытия и использования его личных данных.

2. Ограничение данного права на «информационное самоопределение» допустимо лишь при наличии преобладающего общественного интереса. Такое ограничение требует наличия соответствующих Конституции законных оснований, которые должны удовлетворять требованию правового государства о ясности норм. Также законодатель при осуществлении правового регулирования должен учитывать принцип соразмерности. Кроме того, он призван предпринимать организационные и процессуальные меры, направленные на предупреждение нарушения всеобщего личного права.

3. При установлении конституционно-правовых требований к подобным ограничениям следует различать персональные данные, сбор и обработка которых осуществляется в индивидуализированной, неанонимной форме, и данные, предназначенные для статистических целей.

При сборе данных в статистических целях нельзя требовать тесного и конкретного привязывания данных к определенной цели. Сбор и обработка информации внутри информационной системы для достижения баланса интересов должны осуществляться с учетом соответствующих ограничений.

4. Программа сбора данных в рамках Закона о переписи населения 1983 г. (§ 2 № 1–7, § 3 до 5) не приводит к несовместимой с достоинством личности регистрации и каталогизации личности; она также соответствует требованиям ясности норм и соразмерности. Тем не менее для обеспечения права на информационное самоопределение необходимы дополнительные процессуально-правовые меры для проведения и организации сбора данных.

5. Предусмотренные в абз. 1–3 § 9 Закона о переписи населения 1983 г. правила передачи (в частности, обработка реестра регистрации по месту жительства) нарушают всеобщее личное право. Передача в научных целях (абз. 4 § 9 Закона о переписи населения 1983 г.) не противоречит положениям Основного закона.

**Решение Первого Сената от 15 декабря 1983 г.
– 1 BvR209/83, 1 BvR269/83, 1 BvR362/83, 1 BvR420/83,
1 BvR440/83, 1 BvR484/83 –**

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ

1. § 2 номера 1–7, а также § 3–5 Закона о переписи населения, професий, мест проживания и работы (Закон о переписи населения 1983 г.) от 25 марта 1982 г. (Bundesgesetzbl. I стр. 369) не противоречат положениям Основного закона, однако законодатель должен в соответствии с основаниями о дополнительном регулировании организации и процедуры следить за проведением переписи населения.

2. Абзац 1–3 § 9 Закона о переписи населения 1983 г. противоречит положениям абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона и является недействительным.

3. Закон о переписи населения 1983 г. в той мере, в какой это следует из положений номеров 1 и 2, нарушает основные права заявителей жалобы, предусмотренные абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона. В остальной части конституционная жалоба не подлежит удовлетворению.

4. Федеративная Республика Германия должна возместить заявителям необходимые расходы.

ОСНОВАНИЯ

А.

Конституционные жалобы поданы непосредственно в отношении положений Закона о переписи населения, профессий, мест проживания и работы (Закон о переписи населения 1983 г.) от 25 марта 1982 г. (Сборник федерального законодательства Часть I стр. 369) — Закон о переписи населения 1983 г.

[...]

В.

[...]

II.

Проверка должна быть осуществлена, в первую очередь, в части защищенного абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона всеобщего личного права.

1. а) В центре конституционного порядка стоят ценность и достоинство личности, действующей в свободном самоопределении, как звено свободного общества. Ее защите служат — наряду со специальными гарантиями свободы — гарантированные абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона всеобщие личные права, которые могут обрести значение именно с точки зрения современного развития и связанных с ним новых угроз человеческой личности (см. BVerfGE 54, 148 [153]). Прежние уточнения посредством судебной практики не описывают исчерпывающе содержание общих личных прав. Они, по общему правилу, охватывают [...] также следующее из идеи о самоопределении право каждого человека самостоятельно определять, когда и в какой мере раскрывать факты личной жизни (см. далее BVerfGE 56, 37 [41 и далее]; 63, 131 [142 и далее]).

В сегодняшних и будущих условиях автоматической обработки данных данное право нуждается в особой защите. Оно находится под угрозой прежде всего потому, что в процессе принятия решения уже не надо, как это было раньше, обращаться к картотекам, собранным вручную, и папкам; напротив, сегодня при помощи автоматической обработки данных отдельные данные о личных или фактических отношениях определенной или

определяемой личности (персональные данные [см. абз. 1 § 2 Федерального закона о защите данных]) с технической точки зрения могут неограниченно храниться и доступ к ним можно получить в течение нескольких секунд, независимо от расстояния. Кроме того, они могут быть соединены, прежде всего при создании интегрированных информационных систем, с другими базами данных, составляя частичный или достаточно полный профиль личности, без возможности для затронутого лица контролировать в достаточной мере правильность его содержания или возможности использования. Тем самым неизвестным до сих пор образом расширились возможности доступа к данным и влияния их на поведение отдельного лица уже ввиду психического давления при общественном внимании.

Индивидуальное самоопределение предполагает, однако, в том числе в условиях современных технологий обработки данных, что отдельному человеку предоставлена свобода решения относительно варианта поведения, включая возможность вести себя в соответствии с выбранным вариантом. Тот, кто не может с достаточной уверенностью установить, какие сведения о нем в определенных областях его социальной жизни известны, и не может приблизительно оценить объем имеющейся о нем информации у потенциальных собеседников, может быть существенно ограничен в своей свободе самостоятельно планировать поведение или принимать решения. Общественный строй и сделавший его возможным правопорядок не были бы совместимы с правом на информационное самоопределение, если бы граждане не имели бы возможности знать, кто, что и по какому поводу о них знает. Тот, кто не уверен в том, будет ли его отклоняющееся от нормы поведение записано в любое время и сохранено в качестве информации на длительный срок, использовано и передано, тот попытается не обращать на себя внимания подобным поведением. Тот, кто исходит из того, что, например, его участие в собрании или гражданской инициативе будет регистрироваться ведомствами, и в этой связи у него могут возникнуть риски, возможно, откажется от реализации своих соответствующих основных прав (ст. 8, 9 Основного закона). Это затрагивало бы не только возможности индивидуального развития отдельного человека, но и общее благо, так как самоопределение является элементарным условием функционирования свободного демократического общества, основанного на способности действия и участия своих граждан.

Отсюда следует: свободное развитие личности в современных условиях обработки данных предполагает защиту каждого человека от неограниченного сбора, хранения, использования и передачи его персональных данных. Поэтому данная защита охватывается основным правом, предусмотренным абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона. Основной закон гарантирует каждому право самому определять возможность раскрытия и использования его персональных данных.

б) Данное право на «информационное самоопределение» не является неограниченным. Отдельный человек не обладает правом в смысле абсолютного, неограниченного господства над «своими» данными; наоборот, он является личностью, развивающейся внутри общества, вступающей в коммуникацию. Информация, даже в той части, в которой она является персональными данными, представляет собой отражение социальной реальности, которую нельзя приписывать исключительно затронутому лицу. Основной закон, как неоднократно подчеркнуто в практике Федерального Конституционного Суда, при соотнесении индивида и общества принял решение в пользу связанности личности с обществом (BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351 и далее]; 33, 303 [334]; 50, 290 [353]; 56, 37 [49]). Поэтому отдельный человек должен в принципе мириться с ограничением права на информационное самоопределение в случае преобладающего общественного интереса.

Данные ограничения нуждаются согласно абз. 1 ст. 2 Основного закона — как также было верно указано в абз. 1 § 6 Федерального закона о статистике — в (конституционной) правовой основе, из которой для гражданина ясно и понятно следуют условия и объем ограничений, которые, таким образом, соответствуют требованию правового государства о ясности норм (BVerfGE 45, 400 [420] с многочисленными ссылками). В своем регулировании законодатель в дальнейшем должен также учитывать принцип соразмерности. Данный принцип, обладающий конституционным статусом, вытекает уже из сущности самих основных прав, которые, будучи выражением общего притязания граждан на свободу в отношении с государством, могут ограничиваться государственной властью лишь в той мере, в которой это неизбежно для защиты публичных интересов (BVerfGE 19, 342 [348]; устойчивая судебная практика). Ввиду уже изложенной угрозы, связанной с применением автоматизированной системы обработки данных, законодатель в значительно большей мере должен

заботиться теперь об организационных и процессуальных мерах, противодействующих угрозе нарушения общих личных прав (см. BVerfGE 53, 30 [65]; 63, 131 [143]).

2. Конституционные жалобы не являются поводом для всестороннего рассмотрения права на информационное самоопределение. Здесь требуется принять решение лишь относительно пределов действия указанного права с точки зрения вторжения, посредством которого государство требует предоставления личных данных от гражданина. При этом нельзя отталкиваться только от вида данных. Решающее значение имеют ценности и возможность использования указанных данных. Они зависят, с одной стороны, от цели сбора данных, а с другой стороны, от возможностей информационных технологий относительно их обработки и увязки. Ввиду указанных возможностей некоторые данные, сами по себе незначительные, могут обретать новое значение; в этом смысле в условиях автоматической обработки данных «незначительных» данных больше не существует.

В какой мере информация является конфиденциальной информацией, не может зависеть от того, затрагивает ли она интимную сферу. Для определения значения некоторых данных с точки зрения основных личных прав требуется, скорее, знание контекста, в котором информация используется: только при наличии ясности относительно того, в каких целях требуются данные, какие существуют возможности увязки и использования указанных данных, можно ответить на вопрос о допустимости ограничения права на информационное самоопределение. При этом следует различать персональные данные, сбор и обработка которых происходит в индивидуализированной, неанонимной форме (об этом см. а), и иные данные, которые предназначены для статистических целей (об этом см. б).

а) Уже сейчас признано, что неограниченный сбор персональных данных не является допустимым, в особенности когда речь идет об использовании таких данных для осуществления административных действий (например, налогообложения или предоставления социальных услуг). В этом отношении законодатель уже предусмотрел ряд соответствующих Конституции мер защиты лиц, права которых оказываются затронутыми (см., например, нормы в федеральных и региональных законах о защите данных; § 30, 31 Налогового уложения — НУ; § 35 первого тома Кодекса социального обеспечения — СК 1 во взаимосвязи с § 67–86 СК X).

В какой мере право на информационное самоопределение и в этой связи принцип соразмерности, а также обязанность принятия процессуально-правовых мер понуждает законодателя с точки зрения конституционно-го права принять такие нормы, зависит от характера, объема и предполагаемого использования собранных данных, а также от риска злоупотребления ими (см. BVerfGE 49, 89 [142]; 53, 30 [61]). Преимущественный общественный интерес вообще может состоять лишь в данных, которые имеют социальное значение, за исключением информации интимного характера и самоговора. Исходя из современного уровня знаний и опыта, значимыми кажутся, прежде всего, следующие меры.

Принуждение к сообщению персональных данных предполагает, что законодатель должен четко определить их область применения и что указанные данные должны быть пригодными и необходимыми для обозначенной цели. Это позволит исключить сбор индивидуализированных данных впрок для неопределенных или еще не обозначенных целей. Кроме того, все учреждения, осуществляющие сбор личных данных для осуществления поставленных перед ними задач, должны ограничиваться минимумом, необходимым для достижения поставленной цели.

Использование данных ограничивается установленной законом целью. Уже ввиду угроз автоматической обработки данных требуется — устойчивая к помощи, оказываемой друг другу судами и административными органами, — защита от нецелевого использования данных посредством установления запрета передачи и запрета на использование в иных целях. В качестве дополнительных защитных процессуальных мер важными представляются требования об обязательном раскрытии информации, обязательном предоставлении сведений и об обязательном уничтожении данных.

Ввиду существующей для гражданина непрозрачности в отношении сохранения и использования данных в условиях их автоматической обработки, а также в интересах превентивной правовой защиты посредством своевременного принятия мер участие независимых уполномоченных по защите данных имеет существенное значение для эффективной защиты права на информационное самоопределение.

б) Сбор и обработка данных в статистических целях обладают особенностями, которые нельзя не учитывать при конституционно-правовой оценке.

аа) Статистика имеет существенное значение для государственной политики, связанной принципами и положениями Основного закона. Если экономическое и социальное развитие рассматривать не в качестве неизбежности, а в качестве постоянной задачи, то необходима значительная и постоянно актуализируемая информация об экономических, экологических и социальных взаимосвязях. Лишь владение существенными данными и использование для статистики информации, полученной из них при помощи тех возможностей, которые предоставляет автоматическая обработка данных, создает необходимую основу государственной политики, ориентированной на принципы социального государства (см. BVerfGE 27, 1 [9]).

При сборе данных для статистических целей нельзя требовать тесной и конкретной привязки данных к определенной цели. Суть статистики заключается в том, что данные после их статистической обработки могут быть использованы для различных, не всегда заранее определенных задач; соответственно существует и потребность в хранении данных. Требование конкретной постановки цели и строгий запрет на хранение персональных данных может распространяться только на сбор данных в нестатистических целях, но не при переписи населения, которая должна составить надежную базу данных для дальнейших статистических исследований, равно как и для политического планирования путем установления числа и социальной структуры населения. Перепись населения должна позволять сбор и обработку данных для различных целей, т. е. сбор и хранение данных, чтобы государство не оказалось неподготовленным к развитию индустриального общества. Кроме того, запрет на передачу и использование статистически обработанных данных был бы нецелесообразным.

бб) Если многообразие возможностей использования и увязки данных в статистике ввиду ее сущности заранее непредсказуемо, то сбору и обработке информации внутри системы обработки данных должны противостоять соответствующие ограничения для достижения баланса интересов. Должны быть созданы четко определенные условия обработки, которые будут гарантировать каждому человеку в условиях автоматического сбора и обработки его персональных данных, что он не станет простым объектом информации. Ненадлежащая постановка определенной и понятной цели, равно как и мультифункциональное использование данных, усиливают

те тенденции, которые должны быть предупреждены и ограничены законами о защите данных, призванными конкретизировать гарантированное Конституцией право на информационное самоопределение. Именно по причине изначального отсутствия ограничений, предписывающих наличие конкретной цели, а также ограничений набора данных перепись населения содержит угрозу регистрации и каталогизации отдельного лица в урон его личности, как уже было указано в решении о Микроцензе (BVerfGE 27, 1 [6]). В этой связи следует выдвигать к сбору и обработке данных для статистических целей особые требования относительно защиты общих личных прав лиц, обязанных предоставить сведения о себе.

Несмотря на мультифункциональный характер сбора и обработки данных для статистических целей, условием является то, что они способствуют выполнению государственных задач. И в этом случае нельзя требовать предоставления любых сведений. Даже при сборе отдельных данных, необходимых для статистических целей, законодатель должен проверить уже при установлении обязанности предоставлять сведения, не может ли она вызывать для затронутых лиц угрозу наложения социального клейма (например, наркомана, ранее судимого, психически больного, асоциального лица), и нельзя ли достигнуть цели сбора данных посредством анонимного установления данных.

Это относится, например, к факту сбора данных, регулируемому положениями № 8 § 2 Закона о переписи населения 1983 г., согласно которому перепись населения и профессий в местах лишения свободы охватывает и статус нахождения в местах лишения свободы в качестве и заключенного, и сотрудника данного заведения. Данный сбор данных должен предоставить сведения о загруженности мест лишения свободы (Вестник Бундестага 9/451, стр. 9). Подобная цель — даже если абстрагироваться от опасности навешивания социальных ярлыков — достижима и безотносительно к личности. Достаточно обязать руководителя исправительного учреждения в день проведения переписи населения сообщить о численной загруженности в соответствии с признаками, перечисленными в положениях № 8 § 2 Закона о переписи населения 1983 г., без отнесения к отдельной личности. Привязанный к личности сбор фактов в соответствии с положениями № 8 § 2 Закона о переписи населения 1983 г. изначально был бы нарушением общих личных прав, защищенных абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона.

Для гарантии права на информационное самоопределение требуются также особые меры для проведения и организации сбора и обработки данных, так как сведения на этапе сбора — и отчасти во время сохранения — еще поддаются индивидуализации; одновременно требуются правила для уничтожения таких данных, когда указанные данные обозначаются как вспомогательные (идентификационные признаки), которые можно было бы легко деанонимизировать, например, имя, адрес, цифровой код и список переписи (см. и предл. 1 абз. 7 § 11 Федерального закона о статистике). Особое значение для сборов статистических данных имеют эффективные правила их защиты от внешнего мира. Для защиты права на информационное самоопределение необходима — причем уже для процедуры сбора данных — строгая конфиденциальность отдельных данных, собранных для статистических целей до тех пор, пока еще существует привязка к личности или ее можно установить (тайна статистики); аналогичное правило действует и для максимально раннего (фактического) придания анонимности в целях сохранения анонимности.

Только подразумеваемое право на информационное самоопределение и обеспеченное законом сокрытие статистических данных посредством придания им анонимности и их засекречивания до тех пор, пока в определенный период времени существует привязка к личности, открывает государственным органам доступ к информации, необходимой для решения задач планирования. Только при соблюдении данного условия можно и допустимо требовать от гражданина в принудительном порядке определенных сведений. Если осуществляется передача персональных данных, собранных в статистических целях, против воли или без ведома заинтересованных лиц, то это является не только недопустимым ограничением права на информационное самоопределение, гарантированное Конституцией, но и нарушением охраняемой самим Основным законом в положении № 11 ст. 73 официальной статистики. Для существования официальной статистики необходима как можно более высокая степень точности и истинности содержания собранных данных. Данная цель может быть достигнута лишь тогда, когда у гражданина, обязанного предоставить сведения, создается необходимое доверие относительно защиты его данных, собранных для целей статистики, без чего нельзя добиться его готовности предоставить правдивые сведения (так ранее верно в обосновании Федерального правительства к проекту Закона о переписи населения

1950; см. Вестник Бундестага I/982, стр. 20 к § 10). Политика государства, не стремящаяся к формированию подобного доверия посредством обнародования процесса обработки данных и строгой их защиты, привела бы в долгосрочной перспективе к уменьшению готовности к кооперации ввиду отсутствия доверия. Поскольку государственное принуждение не может действовать постоянно, государственная политика, не учитывающая интересы граждан, может быть результативной в лучшем случае кратко-срочно; в перспективе она приведет к уменьшению объема и точности информации (Вестник Бундестага I/982, там же). Если характерное для развитых индустриальных обществ постоянное усложнение общественной жизни может быть установлено и подготовлено для целенаправленных государственных мер только при помощи надежной статистики, то урон официальной статистике будет означать урон и для одной из важных предпосылок политики социального государства. Если государственная задача «планирования» может быть обеспечена только посредством сокрытия статистики, то принцип конфиденциальности и наиболее раннего придания анонимности данным требуется не только для защиты конституционного права каждого человека на информационное самоопределение, но является основополагающим и для самой статистики.

вв) Если рассмотренные требования учитываются надлежащим образом, то, исходя из современного уровня знаний и опыта, сбор данных исключительно для статистических целей не вызывает сомнений в его соответствии Конституции. В данном случае не усматривается, что всеобщие личные права граждан были бы ущемлены, если бы собранные данные после их приведения в анонимную форму или статистической обработки (см. абз. 5 и 6 § 11 Федерального закона о статистике) передавались бы статистическими ведомствами другим государственным органам или иным учреждениям.

Особые проблемы вызывает возможная передача (пересылка) данных, которые не приведены в анонимный вид или не прошли статистической обработки, т. е. еще носят персональный характер. Сбор данных для статистических целей охватывает и персональные данные об отдельном гражданине, которые не являются необходимыми для статистических целей, и которые — и из этого опрошенный гражданин должен исходить — служат лишь вспомогательным средством в процедуре сбора данных. Все эти данные могут быть переданы на основании

закона другим ведомствам в том объеме и в той мере, в которой это осуществляется для статистической обработки данных, и при условии, что меры, требуемые для защиты личных прав, в частности, тайна статистики и требование наиболее раннего придания данным анонимного вида, а также организация и процедура обработки, столь же надежно обеспечены, как в федеральных и региональных статистических ведомствах. Передача данных, собранных в статистических целях, которые не были приведены в анонимную форму или статистически обработаны, для целей осуществления административной деятельности, в свою очередь, может недопустимым образом посягать на право на информационное самоопределение.

[...]

23) BVerfGE 96, 56

(Vaterschaftsauskunft / Сведения об отцовстве)

1. Ни право ребенка на знание о своем происхождении, защищенное согласно абз. 2 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона, ни абз. 5 ст. 6 Основного закона не дают определенного ответа на вопрос о том, имеет ли внебрачный ребенок право требования к своей матери о предоставлении сведений об отцовстве.

2. При оценке противопоставляемых основных прав матери и ребенка суды обладают возможностью усмотрения в рамках применения общих гражданско-правовых положений, например в случае применения положений § 1618 а ГГУ.

Решение Первого Сената от 6 мая 1997 г. – 1 BvR 409/90 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

А.

Конституционная жалоба касается вопроса о том, обязана ли мать и если да, то при каких условиях, предоставлять совершеннолетнему внебрачному ребенку сведения о личности его биологического отца.

Б.

Допустимая конституционная жалоба обоснованна.

I.

Установление обязанности заявительницы жалобы раскрыть информацию о мужчинах, с которыми она в предусмотренный законом период зачатия имела половые отношения, затрагивает ее гарантированное ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона право на защиту частной жизни.

1. Вытекающие из абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона всеобщие личные права защищают более узкую сферу частной жизни и сохранение ее основных условий (см. BVerfGE 54, 148 [153 и далее]; 79, 256 [268]). Они охватывают, в частности, право на уважение частной и интимной жизни (см. BVerfGE 89, 69 [82 и далее]). Сюда относится семейная жизнь и личные, в том числе и половые, отношения с партнером (см. BVerfGE 27, 344 [350 и далее]). Кроме того, всеобщие личные права охраняют право каждого самостоятельно решать, в какой мере и в отношении кого он раскрывает обстоятельства своей личной жизни (см. BVerfGE 65, 1 [43 и далее]).

2. Однако всеобщие личные права не гарантируются безоговорочно. Если речь не идет о вмешательстве в неприкосновенную сферу частной жизни, то каждый человек должен мириться с ограничениями, наложенными в превалярующих интересах общества или с точки зрения защищенных Основным законом интересов третьих лиц при строгом соблюдении принципа соразмерности (см. BVerfGE 65, 1 [44]).

Вторжение в неприкосновенную сферу частной жизни в этом случае не имеет места уже потому, что в отношениях, информация о которых запрашивается, дочь, предъявившая иск, выступает как третье лицо, и ее частная жизнь в существенной мере затронута.

II.

Земельный суд основал свое решение, опираясь на § 1618 а ГГУ во взаимосвязи с абз. 5 ст. 6, абз. 1 ст. 2 и абз. 1 ст. 14 Основного закона. В этом нет недопустимого развития права (1). Однако земельный суд неправильно определил пределы усмотрения, в рамках которых уполномоченные государственные органы могут осуществлять свои правоохранительные функции, предусмотренные абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона, равно как и при выполнении предписаний из абз. 5 ст. 6 Основного закона (2).

1. [...] Выводя из положений § 1618 а ГГУ право требования к матери о предоставлении информации, земельный суд не превысил пределы

допустимого развития права. Он исследовал более раннюю судебную практику высших судов, согласно которой суды отказывали в удовлетворении требований о предоставлении информации ведомству по делам молодежи и государственным органам, а также учел историческое развитие данной нормы при толковании положений § 1618 а ГГУ. Его доводы понятны и не допускают вывода о том, что суд объективно не был готов подчиниться праву и закону, а перешел из статуса правоприменителя в статус законодателя (см. BVerfGE 87, 273 [280]).

2. Но личные права заявительницы жалобы были нарушены оспариваемым решением в связи с тем, что земельный суд, не в ее пользу, недооценил, что располагает большими пределами для усмотрения.

а) Ни право ребенка на знание о своем происхождении, защищенное согласно абз. 2 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона, ни абзац 5 ст. 6 или абзац 1 ст. 14 Основного закона не дают определенного ответа на вопрос о том, имеет ли внебрачный ребенок право требования к своей матери о предоставлении сведений об отцовстве. Обладает ли внебрачный ребенок таким правом, должны решать законодатель или суды при осуществлении своих правоохранительных функций, следующих из концепции основных прав.

Права личности охватывают в целом и право на знание о собственном происхождении. Однако абзац 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона не дает права на получение подобных знаний, а может лишь защищать от утаивания доступных сведений государственными органами (см. BVerfGE 79, 256 [269]).

Точно так же из абз. 5 ст. 6 Основного закона следует сделать вывод о том, что можно уравнивать в правах детей, рожденных вне брака, относительно знаний о своем биологическом отце, к которому могут быть предъявлены требования о выплате алиментов или требования, основанные на праве наследования. Полное уравнивание с детьми, рожденными в браке, в этом случае невозможно уже потому, что ребенок, родившийся в браке, согласно положениям закона имеет законного отца, который не обязательно должен являться его биологическим отцом.

[...]

б) Однако из положений абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона следует правоохранительная функция государственных

органов, относящаяся к обеспечению условий, необходимых для развития личности (см. BVerfGE 54, 148 [153]; 79, 256 [268]).

Вытекающие первично из основных прав субъективные права на защиту от государственного вмешательства, с одной стороны, и вытекающие из объективного значения основных прав правоохранные функции, с другой стороны, отличаются, однако, коренным образом друг от друга в том смысле, что право на защиту по своей цели и содержанию требует определенного государственного поведения, тогда как по общему правилу правоохранные функции являются неопределенной. Государственные органы определяют самостоятельно и под свою ответственность порядок выполнения ими своих правоохранных функций (см. BVerfGE 46, 160 [164]). Это относится, по общему правилу, не только к тем случаям, в которых есть различные возможности для осуществления защиты, предусмотренной Основным законом. Наоборот, задача соответствующих государственных органов состоит в том, чтобы взвесить противопоставляемые друг другу основные права и учесть те негативные последствия, которые могут возникнуть при определенной форме реализации правоохранных функций.

Федеральный Конституционный Суд поэтому постоянно подчеркивал в своей судебной практике, что установление и нормативное оформление концепции защиты является функцией законодателя, который обладает необходимой возможностью оценки и выбора варианта поведения в случаях, когда он обязан предпринять меры для защиты соответствующей правовой ценности (см. BVerfGE 88, 203 [262]).

Аналогичное правило действует, когда суды по гражданским делам ввиду отсутствия решения законодателя посредством развития права или толкования неопределенных правовых терминов реализуют правоохранные функции (см. об этом BVerfGE 84, 212 [226 и далее]), либо если эта обязанность возложена на орган исполнительной власти (см. BVerfGE 46, 160 [164]). Из основных прав только в виде исключения можно выводить конкретные обязанности по регулированию. Возможность выбора варианта поведения существует, прежде всего, там, где речь идет об учете противопоставляемых основных прав. Аналогичное правило действует и в том случае, если, как в данном случае, защита одной конституционно-правовой позиции имеет с неизбежностью своим следствием

умаление основного права другого лица, поскольку оценку, в первую очередь, осуществляет соответствующий государственный орган.

Схожее положение относится и к предписанию из абз. 5 ст. 6 Основного закона, которое в первую очередь адресовано законодателю, которое также должно учитываться судами при применении действующего права. Из абз. 5 ст. 6 Основного закона следует, конечно, что обращение с внебрачными детьми не может быть хуже обращения с детьми, рожденными в браке, если из конкретной ситуации не вытекают причины, оправдывающие неравное обращение. Полное уравнивание здесь, однако, исключается уже потому, что нормы закона относительно детей, рожденных в браке, не предполагают определения того, кто является биологическим отцом ребенка, а привязаны к браку матери. С другой стороны, в таких случаях отсутствует указанный здесь конфликт с интересами матери.

в) Земельный суд неправильно определил предоставленные ему пределы для усмотрения. Он, правда, вывел право требования внебрачного ребенка к своей матери о предоставлении ему информации о биологическом отце не непосредственно из Основного закона, а из гражданско-правовой нормы. Но при применении § 1618 а ГГУ он исходил из защищенных основными правами интересов ребенка, которые допускают сопоставление с интересами матери лишь в ограниченных пределах. В частности, вопрос, рассматриваемый земельным судом в качестве ключевого, а именно «кто несет ответственность за столкновение различных интересов», исключает возможность достаточного учета противоположных интересов, поскольку ребенок никогда не несет ответственность за коллизию, созданную родителями посредством его зачатия.

И при конкретной оценке интересов земельный суд усмотрел лишь очень узкие границы. Так, он, конечно, признал, что у заявительницы жалобы есть повышенный интерес в том, чтобы не раскрыть информацию о тех мужчинах, с которыми она имела половые отношения в период, рассматриваемый законом как возможный период зачатия. Но в итоге он, однако, не придал этой точке зрения решающего значения, поскольку придал интересам внебрачного ребенка преимущество перед интересами матери и соответствующих мужчин.

Нельзя исключить того, что земельный суд придет к другому выводу, если использует все возможности для оценки.

[...]

24) BVerfGE 99, 185

(Scientology / Сайентология)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 141/1998 от 29 декабря 1998 г.

Решение от 10 ноября 1998 г.

– 1 BvR 1531/96 –

**Подлежащая удовлетворению конституционная жалоба
относительно требования о прекращении высказываний,
подрывающих репутацию**

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда на основании конституционной жалобы одного австрийского художника отменил решение суда общей юрисдикции. Суд общей юрисдикции в своем решении отказал в удовлетворении искового требования заявителя жалобы о прекращении высказываний о его якобы имеющихся связях с сайентологией.

I.

С 1972 г. заявитель жалобы изучал сайентологическую литературу и сайентологическое учение, а также посещал курсы, предлагаемые данной организацией. С 1975 г. в разных журналах его называли сайентологом или иным образом связывали с сайентологией.

В 1994 г. заявителю жалобы было поручено разработать модель художественного оформления территории бывшего концентрационного лагеря «Нойе Бремм» в Саарбрюккене. Два объединения, считавшие своей задачей борьбу с сектами, хотели предотвратить участие заявителя жалобы и в этой связи обратились с открытым письмом к СМИ и политическим деятелям. В нем они, в частности, указывали:

«СМИ и политические деятели потворствуют носителю рекламы преступного объединения, который в многочисленных публикациях делает рекламу С. и самого себя именуя «духовником» (на жаргоне сайентологии: «Аудитор IV», т. е. принадлежит к общине, разрушающей психику людей посредством процедуры

принудительного гипноза с привлечением детектора лжи в целях установления контроля над их сознанием).

Доказано, что выручка от продажи ограниченной по тиражу литографиц, которую, в частности, можно приобрести в Саарбрюккенской «Галерее 48», ул. Юлиуса Кифера, д. 105, поступает в адрес сайентологической секретной службы (ОСА Мюнхен) [...]

Следует провести проверку возможного влияния преступного, человеконенавистнического объединения «Сайентология» на культурные представления в земле Саар.

В ожидании Ваших скорых мер [...]»

После того как заявитель жалобы сначала добился удовлетворения своих требований в суде общей юрисдикции, Высший земельный суд в апелляционном производстве отклонил в основной части иск о прекращении указанных высказываний. Речь идет не о том, являются ли оспоренные высказывания порочащими честь и достоинство или ложными. Тот, кто высказывает порочащие сведения о третьих лицах, не основанные на его собственном опыте, которые он сам не может проверить, вправе в качестве обоснования ссылаться на неоспоренные сообщения в СМИ.

Против этого истец выдвинул конституционную жалобу со ссылкой на нарушение его общих личных прав (абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона). Он не является сайентологом, он не получил образование духовника, не брал на себя соответствующую функцию и сам не считает себя духовником.

II.

Первый Сенат признал обоснованность требований заявителя жалобы. Оспариваемое решение Высшего Земельного суда нарушает его всеобщие личные права.

1. Всеобщие личные права защищают, в частности, каждого человека от ложного приписывания ему членства в объединениях или группах, если такое причисление имеет значение для личности и ее образа в глазах общества.

Судебные решения, допускающие высказывания в отношении конкретного лица, когда лицо оспаривает такие высказывания, ссылаясь на их несоответствие действительности, нарушают всеобщие личные права.

Это имеет место при отказе в удовлетворении требования заявителя жалобы о прекращении высказываний о том, что он якобы является

членом группы сайентологов, провозгласил сам себя духовником этого общества и осуществляет функции духовника. Вменяемая ему тесная связь с сайентологией может отрицательно сказываться на складываемом о нем образе в обществе. Это особенно важно, поскольку данная организация пользуется в обществе весьма спорной репутацией; она неоднократно становилась предметом государственных предупреждений и критических сообщений в печати. Нельзя исключить и того, что утверждение о том, что заявитель жалобы занимает руководящую позицию среди сайентологов, осложняет его художественное творчество, поскольку вред для репутации в прошлом может сказываться на заказах или приобретении его работ в будущем.

2. а) При требуемой конституционно-правовой оценке соотношения основных прав «всеобщие личные права / право на свободу выражения мнения» действует следующее: при оценке соотношения защита личности всегда стоит выше свободы выражения мнения, если высказывание посягает на достоинство личности, является пасквилем или формальным оскорблением. Что касается утверждений об иных обстоятельствах, то здесь оценка зависит от истинности содержания такого утверждения. С истинными высказываниями, как правило, следует мириться, даже если они наносят ущерб затронутому лицу, с ложными — нет.

Согласно судебной практике судов общей юрисдикции, не противоречащей положениям Конституции, на лицо, высказывающее негативные утверждения в отношении других лиц, возлагается обязанность действовать добросовестно, которая в каждом случае зависит от возможностей проведения расследования; при этом к СМИ требования строже, чем к частным лицам.

Кроме того, лицо, которое негативно высказывается о третьем лице, несет в гражданском процессе бремя доказывания, требующее от него предоставления фактических доказательств верности его утверждения. Если лицо, которое высказывается, не в состоянии подтвердить свое утверждение фактическими доказательствами, такое утверждение считается ложным.

По общему правилу такая судебная практика не вызывает сомнений о ее соответствии Конституции. Исполнение обязанности по доказыванию не делает, тем не менее, излишней необходимость установления истины. Даже утверждение, основанное на фактических доказательствах, может быть ложным. Поэтому всеобщие личные права требуют, чтобы

лицо, личность которого отрицательным образом затронута фактическим утверждением, не было лишено возможности отстаивать ложность утверждения ввиду исполнения обязанности по доказыванию. Только если такое лицо, в свою очередь, ничего не может противопоставить фактическим доказательствам, можно считать, что высказывание является истинным. В остальном следует определить истинное содержание, если для этого имеются процессуальные условия. Настоящее правило действует и тогда, когда утверждаемый факт основан на сообщениях в печати.

б) Высший земельный суд не учел указанных требований в отношении общих личных прав.

Суд должен был учесть в производстве утверждение заявителя жалобы о том, что статья, из которой следует его указание себя в качестве духовника, не была им одобрена; заявление о его деятельности в качестве аудитора в сайентологии не соответствует действительности; а также его указание на то, что в 1992 г. он отошел от сайентологического учения.

Аналогичное действует, когда истец опровергает приверженность к церкви сайентологии в Германии, и заявляет о том, что он не проходил обучение должности аудитора и не выполнял соответствующую функцию. Утверждение о дистанцированности от учения о сайентологии, в частности его серьезность, также должно было быть рассмотрено судом.

Наконец, отказ в удовлетворении иска о запрете утверждений о том, что заявитель жалобы принадлежит к «[...] общине, разрушающей психику людей посредством процедуры принудительного гипноза с привлечением детектора лжи, чтобы подвергать их контролю за их сознанием», нарушает всеобщие личные права заявителя жалобы. Суд в этом смысле не в достаточной мере учел, что в исходном деле заявитель жалобы противопоставил высказываниям ответчиков факт его отречения от сайентологического учения. Данное упущение также коренится в неправильном понимании охранительной функции и сферы действия общих личных прав.

25) BVerfGE 101, 361

(Caroline v. Monaco / Каролина, принцесса Монако)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 140/1999 от 15 декабря 1999 г.

**Решение от 15 декабря 1999 г.
– 1 BvR 653/96 –**

**Конституционная жалоба Каролины, принцессы Монако,
подлежит удовлетворению в части**

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда решил по результатам устного слушания от 9 ноября 1999 г.:

1. В отношении трех фотографий в журнале «Бунте» (Bunte), на которых заявительница жалобы запечатлена со своими детьми, конституционная жалоба подлежит удовлетворению. В этом смысле Федеральный Верховный Суд не учел влияния ст. 6 Основного закона (защита семьи, права родителей), усиливающего значение общих личных прав (абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи со абз. 1 ст. 1 Основного закона).

В этой части дело возвращается в Федеральный Верховный Суд на повторное рассмотрение.

2. Относительно остальных пяти фотографий конституционная жалоба не подлежит удовлетворению.

I.

Конституционная жалоба касается публикации фотографий из повседневной и частной жизни публичных фигур.

В издаваемом компанией Бурда ГмбХ журнале «Бунте» (Bunte) в августе 1993 г. были опубликованы, в том числе, и следующие фотографии:

1. Фотография заявительницы жалобы с двумя ее детьми
2. Фотография заявительницы жалобы вместе с дочерью в каное
3. Фотография заявительницы жалобы с ее сыном Пьером и другими людьми
4. Фотография заявительницы жалобы верхом на лошади
5. Фотография, запечатлевшая заявительницу жалобы с плетеной сумкой через плечо по дороге на рынок
6. Фотография заявительницы жалобы в ресторане вместе с другими людьми
7. Фотография, запечатлевшая заявительницу жалобы одну на проселочной дороге на велосипеде
8. Последняя фотография запечатлела заявительницу жалобы вместе со спутницей на рынке

Заявительница жалобы подала иск о прекращении публикации, в частности, указанных фотографий. В последней инстанции Федеральный Верховный Суд отклонил иск (Решение от 19 декабря 1995 г.). В качестве обоснования суд указал, в частности, что фотографии не затрагивают защищенную частную жизнь заявительницы жалобы. Заявительница жалобы в данных случаях находилась в общественном месте и стала тем самым частью общности.

В своей конституционной жалобе заявительница указала на нарушение абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона, в частности право на собственное изображение и право на уважение частной жизни.

II.

Первый Сенат признал право заявительницы жалобы в той мере, в какой речь идет о тех трех фотографиях, где она изображена вместе с детьми. В остальной части конституционная жалоба подлежит отклонению.

В обосновании решения указано следующее:

1. Конституционно-правовой критерий

Право на публикацию фотографий, изображающих лиц в частных или повседневных ситуациях, основано на праве на собственное изображение и гарантии частной жизни, конкретизирующих всеобщие личные права.

а) Относительно права на собственное изображение не имеет значения, отображают ли фотографии человека в частных или публичных ситуациях. Потребность в защите вытекает, в первую очередь, из возможности отделить образ человека в определенной ситуации от него, зафиксировать его как данные и воспроизводить в любое время перед неограниченным кругом лиц. Данная возможность еще более возросла ввиду прогресса техники съемок, которая позволяет снимать с далекого расстояния, даже с расстояния спутника и при плохом освещении.

б) Защита частной жизни распространяется и на некоторую пространственную область, в которой человек может прийти в себя, расслабиться или вести себя непринужденно. У него должна быть возможность быть свободным от общественного наблюдения и навязанного им самоконтроля, хотя он может и не вести себя иначе, чем ведет себя в обществе. Если бы не было подобных уединенных мест, на человека накладывались бы чрезмерные психические нагрузки, потому что он непрерывно

был бы вынужден следить за своим поведением и за тем, как оно воспринимается другими. Ему не хватало бы периода уединения и восстановления, необходимого для развития личности, и без которого развитие бы страдало. Это относится и к публичным личностям.

Защита не ограничивается домашним пространством. Более того, по общему правилу, у человека должна быть возможность свободно двигаться без наблюдения также на свободной, хотя уединенной природе или в местах, явно огражденных от широкой публики. Это относится именно к тем техникам съемки, которые преодолевают пространственную изоляцию незаметным для затронутого человека образом.

Границы защищенной частной сферы жизни за пределами дома невозможно определить ни в общем, ни в абстрактном виде. Решающим является то, находит или создает ли человек ситуацию, при которой он обоснованно и тем самым явно для третьих лиц может исходить из того, что не находится под наблюдением общественности.

Согласно этому места, в которых человек находится среди большого количества людей, не подпадают под охрану частной жизни. Человек и не может превратить подобные места в свою личную сферу даже путем поведения, обычно не свойственного ему в обществе. Не его поведение создает частное пространство, а объективные обстоятельства на месте в соответствующее время. Защита также не действует, если кто-то, например в результате заключения эксклюзивных договоров, делает свои частные дела достоянием общественности. В таком случае затронутый человек не может одновременно сослаться на защиту частной сферы жизни, отделенной от публичной. Поэтому ожидание того, что общество лишь ограничено или вообще не принимает к сведению дела и способы поведения в рамках сферы, необходимой для уединения, должно выражаться в соответствии с ситуацией и последовательным образом.

Если затронуты дети, область, в которой они могут развиваться, ощущая себя защищенными от общественного наблюдения, должна защищаться сильнее, чем у взрослых. Потому как дети нуждаются в особой защите, так как должны еще развиваться как самостоятельно и ответственно действующие личности. Так как за личностное развитие детей в первую очередь отвечают родители, то и специфически родительское обращение с детьми принципиально подпадает в сферу защиты согласно абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона. Охранительное

действие общих личных прав усиливается благодаря абз. 1 и 2 ст. 6 Основного закона, которые обязывают государство обеспечить условия жизни ребенка, необходимые для его здорового взросления. Каковы отдельные последствия усиления защиты личности, нельзя определить ни в общем, ни абстрактно. Однако этой потребности в защите будет всегда не хватать, если родители со своими детьми осознанно обращаются к общественности. В остальном защита общих личных прав в пользу особых отношений между родителями и детьми может действовать и там, где отсутствуют условия для изоляции от общества.

в) При толковании положений права на собственное изображение (§ 22, 23 Закона об авторских правах на произведения искусства) наряду с общими личными правами следует также учесть свободу печати (предл. 2 абз. 1 ст. 5 Основного закона).

Преследуемая свободой печати цель свободного личного и публичного формирования мнения не ограничивается политической сферой и информационными мерами. Формирование общественного мнения и развлечение не являются противоположностями. Развлекательные материалы также играют важную роль в формировании общественного мнения. Они могут передавать образы реальности и представлять темы для разговора, к которому могут примыкать процессы дискуссии и интеграции, относящиеся к жизненным установкам, ценностным представлениям и образам поведения, и в этом смысле они выполняют важные общественные функции. Это относится также к сообщениям о лицах. Публичные личности олицетворяют определенные ценностные представления и жизненные установки. Поэтому для многих людей они выступают ориентирами в собственных жизненных планах.

2. Применение критерия в конкретной ситуации

Решение Федерального Верховного Суда в основном соответствует данным требованиям. Лишь повышенная потребность в защите отношений родителей и детей не получила необходимую с точки зрения Конституции оценку.

а) С точки зрения конституционного права не вызывает сомнений статус заявительницы жалобы в качестве видного деятеля современной истории. Следовательно, для публикации ее фотографий не требуется ее согласия (№ 1 абз. 1 § 23 Закона об авторских правах на произведения

искусства). Защита личности не нарушается тем, что понятие «современная история» охватывает не только процессы исторического или политического значения, но и определяется интересом общественности в получении информации. Сущность свободы печати и мнения заключается в том, что сама пресса в рамках закона может в соответствии с публицистическими критериями решать, чего требует общественный интерес, и что в процессе формирования мнений обнаруживается, что является предметом, вызывающим общественный интерес.

Федеральный Верховный Суд не следует также критиковать и за включение в «сферу современной истории» изображений не только тех людей, которые вызвали интерес общественности в некий момент времени в связи с конкретным историческим событием, но и тех, которые ввиду своего положения и влияния в принципе, а не в конкретном случае привлекают внимание общественности. Наконец, личные права также не требуют ограничить публикацию фотографий, не требующих согласия соответствующего лица, только теми фотографиями, которые изображают лицо при исполнении его функции. Наоборот, ввиду выдающейся функции, выполняемой деятелем, общественный интерес может распространяться и на информацию о том, как данное лицо вообще ведет себя на публике, т. е. вне своей функции. Ограничение исторической персоны только функцией не учитывало бы общественный интерес в должной мере. Кроме того, оно способствовало бы селективному изображению, которое лишило бы общество возможности провести свою оценку, в которой оно нуждается, когда речь идет о деятеле общественно-политической жизни ввиду их образцового характера и влияния. Однако часто употребляемое в судебной практике и литературе понятие «значимой фигуры современной истории» не вытекает однозначно ни из закона, ни из Конституции. Если, однако, рассматривать это понятие, как это делает Высший земельный суд и Федеральный Верховный Суд в качестве сокращенного обозначения деятелей, образ которых в обществе находит внимание именно ввиду изображаемого лица, то оно не вызывает конституционно-правовые нарекания до тех пор, пока в конкретном деле присутствует баланс информационного интереса общественности и законных интересов изображаемого лица.

б) Теоретически критерии, разработанные Федеральным Верховным Судом при толковании концепции «правомерного интереса» (абз. 2

§ 23 Закона об авторских правах на произведения искусства) не вызывают сомнения с точки зрения конституционного права. Согласно обжалуемому решению подлежащая охране частная сфера, которая свойственна и значимым фигурам современной истории, предполагает, что лицо удалилось в уединенное место с объективно очевидным намерением остаться в одиночестве, где, будучи уверенным, что оно находится вдали от любопытных глаз, ведет себя так, как не стало бы вести себя на публике. Нарушение § 22, 23 Закона об авторских правах на произведения искусства Федеральный Верховный Суд усматривает в публикации фотографий, снятых в подобной ситуации тайно или обманным способом.

Критерий уединенного места служит, с одной стороны, цели, преследуемой общим правом на защиту прав личности (см. выше цифру II. 16). Он также не ограничивает чрезмерно свободу печати, поскольку не полностью исключает повседневную и частную жизнь лиц современной истории из объектива, делает ее доступной там, где она происходит публично. Сомнительно, являются ли иные критерии (поведение конкретного лица и метод получения информации) действительно способными обеспечить защиту частной жизни. Так, например, по фотографии часто не видно, была ли она снята тайно или обманным путем. Однако Федеральный Конституционный Суд не должен разрешать данный вопрос, так как Федеральный Верховный Суд уже исключил наличие уединенного места относительно оспоренных фотографий.

в) Конституционно-правовые требования, однако, не выполняются тогда, когда оспоренные решения не учитывают то обстоятельство, что позиция защиты личных прав заявительницы жалобы усиливается в ее отношениях с детьми ст. 6 Основного закона.

г) В отношении отдельных изображений, таким образом, можно сделать следующие выводы: когда речь идет о фотографиях, на которых заявительница жалобы запечатлена одна или с другими взрослыми, то решение Федерального Верховного Суда не вызывает нареканий. Во всех случаях заявительница жалобы находится в общественных местах.

Однако те три фотографии, на которых заявительница жалобы запечатлена вместе со своими детьми, нуждаются в проверке. В этой части решение Федерального Верховного Суда подлежит отмене и направлению на повторное рассмотрение.

26) BVerfGE 106, 28

(Mithören am Telefon / Прослушивание телефонных разговоров)

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —**

Сообщение для печати № 95/2002 от 31 октября 2002 г.

**Решение от 9 октября 2002 г.
— 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 —**

**О возможности использования свидетельских показаний
о содержании телефонных переговоров, прослушивание
которых осуществлялось незаконно**

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда удовлетворил конституционные жалобы двух заявителей, в которых речь шла о возможности использования в гражданско-правовых спорах свидетельских показаний о содержании телефонных разговоров. Свидетели с помощью подслушивающего устройства прослушивали без ведома заявителей жалобы телефонные разговоры между соответствующими заявителями жалобы и их деловыми партнерами. В телефонных переговорах, которые относились к предмету спора, речь шла по содержанию о возврате исполненного по договору между одним из заявителей жалобы и его покупателем, а также о требовании компенсации из арендных правоотношений между другим заявителем жалобы и его арендодателем. Покупатель и арендодатель в последующих гражданских процессах против заявителей жалобы ссылались в качестве доказательства содержания телефонных переговоров, решающих для вынесения решения по делу, на свидетельские показания лица, который прослушивал соответствующий телефонный разговор посредством устройства громкой связи. Соответствующая апелляционная инстанция на основании свидетельских показаний вынесла решение по делу в отношении каждого из заявителей жалобы согласно заявленным требованиям, против чего и направлены конституционные жалобы. Заявители жалоб указывают на нарушение их общих личных неимущественных прав. Кроме того, жалоба подана на нарушение основного права на неприкосновенность тайны телефонных переговоров.

Первый Сенат установил, что суды посредством заслушивания свидетельских показаний и их оценки нарушили конституционное право на произнесенное слово как на одну из составляющих общих личных неимущественных прав заявителей жалобы. Решения были отменены и возвращены в соответствующий апелляционный суд на новое рассмотрение. Сенат в основном исходил из следующего:

1. Основное право заявителей жалобы на сохранение тайны телефонных переговоров не нарушено. Основное право тайны телефонных переговоров предполагает право на защиту от доступа государственных органов к содержанию телефонных переговоров и требование к государству обеспечить указанную защиту в той степени, в какой третьи лица могут обеспечить себе доступ к содержанию переговоров. Указанная защита распространяется и на средства связи, которые находятся в частной собственности. Однако указанная охраняемая сфера не затрагивается, если один из участников переговоров посредством технического устройства позволяет третьему лицу также слушать переговоры. Основное право тайны телефонных переговоров защищает не взаимное доверие участников коммуникации в отношении друг друга, а конфиденциальность применения технических средств, используемых для передачи сообщений.

2. Основной закон защищает, наряду с правом на собственное изображение, также право на произнесенное слово. Данное право, на которое может ссылаться и юридическое лицо частного права, гарантирует возможность самостоятельного определения образа личности в коммуникации с другими. Сюда относится право самостоятельно определять круг лиц, которые должны получить сведения о содержании переговоров. Поэтому Основной закон защищает от тайной записи переговоров и использования их содержания без согласия говорящего или вопреки его воле. Защита права на произнесенное слово при этом не зависит от содержания переговоров или наличия соглашения о конфиденциальности.

Заслушивание и оценка свидетельских показаний судами вторгаются в область охранного действия права на произнесенное слово. Деловые партнеры заявителей жалоб пренебрегли их правом на самоопределение, когда позволили третьим лицам тайно прослушивать переговоры. И при выяснении вопроса, могли ли заявители жалоб молчаливо одобрить прослушивание переговоров или должны ли были исходить из такой возможности, суды не в достаточной мере приняли во внимание охраняемое

основными правами право на самоопределение собеседников. Для того чтобы признать молчаливое согласие, суд должен был бы установить, что технически возможное прослушивание переговоров при имеющихся обстоятельствах социального, делового или частного коммуникативного поведения должно предполагать, что третьему лицу без согласия всех собеседников допустимо тайно прослушивать переговоры, если стороны заранее не выразили свое возражение. В данном случае указанного не предполагалось.

Вмешательство во всеобщие личные неимущественные права заявителей жалоб не оправдано с конституционно-правовой точки зрения. Это следует из оценки общих личных неимущественных прав, оспаривающих использование, с одной стороны, и защищенного правового интереса, свидетельствующего в пользу использования, — с другой. Общий интерес в эффективном гражданском и уголовном судопроизводстве при указанном сопоставлении в целом не превалирует над общими личными неимущественными правами. Потребность в исследовании доказательств и защите именно указанного интереса, несмотря на ущемление прав личности, скорее, должна следовать из дополнительных обстоятельств дела. Это может иметь место при расследовании тяжких преступлений, ситуации необходимой обороны или при схожих обстоятельствах. Одного интереса в обеспечении себя доказательствами в обоснование своих гражданско-правовых требований недостаточно. Какое-либо подтверждение наличия такой особой ситуации в рассматриваемых случаях отсутствует.

27) BVerfGE 112, 304

(GPS-Observation / GPS-наблюдение)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 31/2005 от 12 апреля 2005 г.

Решение от 12 апреля 2005 г.

– 2 BvR 581/01 –

**Конституционная жалоба против слежения полицией
посредством GPS не подлежит удовлетворению**

Второй Сенат отклонил конституционную жалобу члена «Антиимпериалистической ячейки», приговоренного к тринадцати годам лишения свободы по причине четырехкратного покушения на убийство и осуществления четырех взрывов с целью покушения, но потребовал от создателя уголовно-правовых норм и органов расследования принятия защитных мер в отношении информационно-технических средств. Заявитель жалобы выступал против проводимого в рамках расследования преступления полицейского слежения посредством спутниковой системы определения местонахождения GPS и использования полученных таким путем данных. (Подробнее об обстоятельствах, лежащих в основе дела, см. Сообщение для печати № 90/2004 от 29 сентября 2004 г.).

В основе принятого решения по существу лежат следующие доводы:

Сбор доказательств с помощью системы GPS и соответствующее последующее использование указанных доказательств регулируются лит. b № 1 абз. 1 § 100 с Уголовно-процессуального уложения. Данная норма соответствует Конституции.

Она в достаточной мере определена, в частности, достаточно конкретизирована использованная в норме характеристика «специальные средства, предназначенные для слежения». Требование определенности обязывает законодателя точно обозначать технические средства вмешательства. Однако оно не требует никаких формулировок закона, которые исключали бы применение технико-криминалистических новинок. Ввиду стремительного и рискованного в отношении защиты основных прав развития в области информационных технологий законодатель должен, однако, внимательно следить за техническим развитием и при необходимости вносить изменения посредством дополнительного законодательства. Сферу применения характеристики «специальные средства, предназначенные для слежения» можно конкретизировать путем толкования закона. Она следует при разграничении средств простого оптического наблюдения, с одной стороны (№ 1 а абз. 1 § 100 с Уголовно-процессуального уложения), и акустической техники слежения и записи, с другой стороны (№ 2 и 3 абз. 1 § 100 b Уголовно-процессуального уложения): речь идет о выявлении и определении местонахождения путем наблюдения с использованием технических средств. В эту сферу входит и применение GPS.

Данное регулирование и в остальном соответствует Конституции. Вторжение в область общих личных прав с применением инструментов

технического слежения по своему масштабу и интенсивности, как правило, не затрагивает неприкосновенную область частной жизни. Кроме того, благодаря слежению с использованием технических средств можно в определенной степени избежать более глубокого вмешательства в сферу частной жизни третьих лиц, например при прослушивании телефонных разговоров. Также следует учитывать, что для осуществления долгосрочной слежки за обвиняемым в законе сформулированы дополнительные условия, и слежка продолжительностью более месяца требует решения суда.

Наконец, не требуется специального нормативного регулирования для осуществления одновременно нескольких следственных мероприятий. Согласно общим процессуальным правилам недопустимое «круглосуточное наблюдение», при помощи которого можно было бы создать подробный профиль личности участника, в принципе исключается. При применении современных, в частности скрытых от лица, методов расследования правоохранительные органы должны принимать во внимание особые процессуальные требования, учитывая потенциал опасности, скрытый в «дополнительном» посягательстве на основные права. Так, следует обеспечить осведомленность прокуратуры как органа, прежде всего ответственного за принятие решений о любых посягательствах на основные права при проведении расследования. Кроме того, законодатель должен следить за тем, насколько существующие процессуальные меры способны обеспечить эффективную защиту основных прав и предотвращение несогласованных следственных мероприятий различных ведомств, принимая во внимание дальнейшее развитие.

Исходя из изложенного выше, толкование и применение лит. б № 1 абз. 1 § 100 с Высшим земельным судом и Федеральным Верховным судом не вызывают замечаний.

28) BVerfGE 115, 320

(Präventive polizeiliche Rasterfahndung / Превентивный систематический полицейский розыск преступников с применением электронной системы обработки данных)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 40/2006 от 23 мая 2006 г.

**Решение от 4 апреля 2006 г.
– 1 BvR 518/02 –**

Систематический розыск преступников с применением электронной системы обработки данных допустим только при конкретной угрозе наиболее значимым правовым благам

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда установил границы систематического розыска исламистских террористов с применением электронной системы обработки данных, начатого после террористических актов 11 сентября 2001 г. Превентивный систематический полицейский розыск с применением электронной системы обработки данных совместим с основным правом на информационное самоопределение лишь в том случае, если существует по меньшей мере одна *конкретная* угроза в отношении наиболее значимых правовых благ, как существование или целостность Федерации или федеральной земли, здоровье, жизнь или свобода человека. В качестве обычной предварительной меры подобный систематический розыск с применением электронной системы обработки данных не соответствует требованиям Конституции. Общее наличие угрозы, как это имеет место после террористических актов 11 сентября 2001 г., или внешнеполитическая напряженность еще не служат достаточным основанием для назначения систематического розыска с применением электронной системы обработки данных. Требуется наличие дополнительных фактов, из которых вытекает конкретная угроза, например, подготовки или проведения террористических актов.

Судья Хаас выразила особое мнение, которое прилагается к решению.

Предпосылки и обстоятельства дела:

1. Систематический розыск является особым полицейским методом расследования с использованием системы электронной обработки данных. Полицейское ведомство запрашивает у других публичных или частных организаций персональные данные, чтобы затем произвести автоматическое сравнение с другими данными. Посредством сравнения устанавливается определенное количество лиц, которое обладает некими, заранее установленными признаками, рассматриваемыми в качестве значимых для дальнейшего расследования. Систематический розыск играл важную роль, прежде всего, в борьбе с терроризмом РАФ в Германии в 1970-е гг. После террористических актов 11 сентября 2001 г. полицейские ведомства

федеральных земель с участием Федерального уголовного розыска осуществляли координированный в пределах всей Федерации систематический розыск исламистских террористов. Целью было выявление, в частности, так называемых «спящих» террористов. Земельные ведомства запрашивали данные, в частности, в университетах, паспортных бюро и центральном реестре иностранцев и сопоставляли данные по следующим критериям: мужчина, возраст от 18 до 40 лет, (бывший) студент, исламское вероисповедание, страна рождения. Полученные данные были затем сопоставлены с другими данными, установленными Федеральным уголовным розыском. Систематический розыск не привел к раскрытию «спящих» террористов.

В систематическом розыске принимала участие и Земля Северный Рейн-Вестфалия. В октябре 2001 г. участковый суд г. Дюссельдорфа по заявлению Главного полицейского управления санкционировал систематический розыск. Распоряжение было вынесено на основании § 31 Закона о полиции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия в редакции от 24 февраля 1990 г. Согласно абзацу 1 данной нормы полиция может потребовать от государственных и негосударственных организаций передачу персональных данных определенных групп лиц из их файлов с целью автоматического сопоставления с другими данными, если это необходимо для защиты от реальной угрозы существованию или целостности Федерации или федеральных земель или для защиты здоровья, жизни или свободы человека.

Предусмотренные законом условия, при наличии которых может быть назначен превентивный полицейский систематический розыск с помощью электронной обработки данных, в разных федеральных землях регулируются по-разному, и были в последние годы смягчены многими федеральными землями. Согласно некоторым законам федеральных земель систематический розыск сейчас возможен и в отсутствие конкретной угрозы; разрешение на систематический розыск стало некоторым «превентивным полномочием» полиции. Как следствие, данная мера может в настоящее время применяться уже тогда, когда имеются фактические обстоятельства, свидетельствующие о необходимости такого применения для предотвращения конкретных тяжких преступлений¹.

¹ Подобное полномочие на превентивные меры, предусмотренные в законодательстве, например, Федеральной земли Баден-Вюртемберг (§ 40 Закона о полиции

2. Заявитель жалобы, 1978 г. рождения, является гражданином Марокко и имеет исламское вероисповедание. В период введения систематического розыска он был студентом. Примененные им средства обжалования решения участкового суда не принесли результатов в земельном суде и в Высшем земельном суде. На основании его конституционной жалобы Первый Сенат Федерального Конституционного Суда установил, что оспариваемые решения нарушают основное право заявителя жалобы на информационное самоопределение. Дело было направлено в земельный суд на новое рассмотрение.

В основе принятого решения по существу лежат следующие доводы:

1. Оспариваемые решения основаны на соответствующих Конституции условиях вмешательства. Абзац 1 § 31 Закона о полиции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия 1990 г., ограничивающий основное право на информационное самоопределение, тем не менее удовлетворяет конституционно-правовым требованиям только при толковании, которое исходит из необходимости наличия конкретной угрозы, подтвержденной обстоятельствами дела.

а) Регламентированный в § 31 Закона о полиции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия 1990 г. систематический розыск служит защите наиболее значимых конституционных ценностей. Под наиболее значимыми конституционными ценностями следует понимать существование и целостность Федерации и федеральных земель, а также здоровье, жизнь и свободу человека, которые следует защищать.

б) Для защиты указанных охраняемых ценностей § 31 Закона о полиции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия 1990 г. уполномочивает на существенное вмешательство в право на информационное самоопределение.

Федеральной земли Баден-Вюртемберг), Свободной земли Бавария (ст. 44 Закона о полиции Свободной земли Бавария), Федеральной земли Гамбург (§ 23 Закона о полиции Федеральной земли Гамбург), Федеральной земли Гессен (§ 26 Закона о полиции Федеральной земли Гессен), Федеральной земли Рейнланд-Пфальц (§ 38 Закона о полиции Федеральной земли Рейнланд-Пфальц), Федеральной земли Саксония-Ангальт (§ 31 Закона о полиции Федеральной земли Саксония-Ангальт), Федеральной земли Тюрингия (§ 44 Закон о полиции Федеральной земли Тюрингия).

Существенное вторжение следует уже из пределов действия полномочия, а также связанной с ней возможности объединения сведений из различных баз данных государственных и частных организаций. Получаемые в рамках полномочий данные не ограничены по своему типу и содержанию. Прежде всего, речь идет о таких идентификационных данных, как имя, адрес, день и место рождения. Но установленные законом полномочия на этом не исчерпываются. Все остальные «данные, необходимые в конкретном случае» могут быть также запрошены. Соответственно, как происходило в данном деле, поиск может распространяться на другие данные, например, о религиозной принадлежности, гражданстве, семейном положении и специальности обучения в университете. Кроме того, из объединения и комбинации переданных и прочих данных и их сопоставления можно получить иную дополнительную информацию. По своему роду и содержанию она может иметь особо важное значение для личности и позволить создать образ человека. Объем полномочий по использованию данных усиливается тем, что Закон о полиции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия не предусматривает ограничений объема собираемых данных. Предоставление данных может быть истребовано у всех государственных и частных организаций.

Интенсивность вторжения также зависит от возможных последствий систематического розыска для затронутого лица. Систематический розыск создает повышенный риск для затронутых лиц стать мишенью для дальнейших ведомственных розыскных мероприятий. Об этом свидетельствует ход проведенного после 11 сентября 2001 г. систематического розыска. Кроме того, сам факт полицейского систематического розыска как такового, проведенного по определенным критериям, если он станет известным, может породить предубеждения и стигматизировать соответствующую группу населения в общественном восприятии.

Наконец, имеет значение и то, что абзац 1 § 31 Закона о полиции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия 1990 г. предусматривает применение различных мер, посягающих на основные права, не требуя при этом наличия подозрений. Норма не предполагает, что лицо, в основные права которого происходит вмешательство, должно быть ответственным за угрозу. Вовлеченными могут быть все лица, которые удовлетворяют критериям отбора, без требования наличия связи данных лиц с угрозой или с подозреваемыми лицами. По сравнению с типичными обстоятельствами ранее

проводимых систематических розысков отсутствие требования о наличии подозрения при применении данной меры усиливается еще и тем, что — как предполагается в отношении «спящих» террористов — именно незаметность и адаптивность поведения ставятся в ранг существенных критериев поиска.

в) Ввиду значения вмешательства в основные права, связанного с проведением систематического розыска, оно соразмерно лишь тогда, когда законодатель охраняет требования правового государства тем, что допускает вмешательство лишь в случае возникновения достаточно *конкретной* угрозы правовым ценностям, находящимся в опасности. До возникновения конкретной угрозы систематический розыск исключается. Даже при существенности грозящего нарушения правовых ценностей нельзя отказаться от требования достаточности вероятности наступления ущерба. Принцип соразмерности требует, чтобы законодатель был вправе предусмотреть определенные вмешательства в основные права лишь с момента возникновения определенной степени подозрения или угрозы.

§ 31 Закона о полиции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия 1990 г. в качестве основания вмешательства определяет **реальную** угрозу. Это удовлетворяет конституционно-правовым требованиям. Однако Конституция не устанавливает требования о наличии **реальной** угрозы. При данном условии систематический розыск регулярно осуществлялся бы слишком поздно, чтобы быть действенным. С точки зрения конституционного права достаточно, чтобы законодатель привязал допустимость систематического розыска к **конкретной** угрозе для соответствующих правовых ценностей высокого ранга. При этом предполагается наличие обстоятельств, при котором в конкретном случае есть достаточная вероятность того, что в обозримом будущем наступит вред для данных правовых ценностей. Конкретной угрозой в данном смысле может быть и продолжительная угроза. Для предположения о наличии конкретной продолжительной угрозы, исходящей, например, от «спящих» террористов, требуются, однако, достаточно обоснованные конкретные факты. Поэтому общее наличие угрозы, как оно существовало вследствие террористических актов после 11 сентября 2001 г. или ситуации внешнеполитической напряженности, не является достаточным основанием для назначения систематического розыска с применением электронной системы обработки данных. Более того, допущения и выводы, положенные

в основу констатации угрозы, должны подкрепляться дополнительными фактами, например такими, которые указывают на подготовку или проведение террористических актов.

2. Оспариваемые решения не удовлетворяют конституционно-правовым требованиям. Они основаны на расширительном толковании абз. 1 § 31 Закона о полиции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия 1990 г., противоречащем данным принципам. Они не учитывают, что конституционность назначения меры связана требованием о наличии, по меньшей мере, конкретной угрозы, и что требуемая для этого степень вероятности нарушения правовой ценности определяется не только с учетом возможного ущерба, но и с точки зрения существенности вторжения и пригодности меры для его предотвращения. Тем не менее земельный суд счел уже достаточным, что «не исключена возможность наступления особо тяжкого ущерба», и Высший земельный суд также готов считать достаточным лишь «вероятную возможность наступления ущерба». Если, как полагает Высший земельный суд применительно к той ситуации, имеется лишь основанная на допущениях «вероятность подобных актов», то проведенный систематический розыск является превентивной мерой защиты от вероятной угрозы, но не предотвращением конкретной опасности.

Решение по 2. принято с соотношением голосов 6 : 2, в остальном единогласно.

Особое мнение судьи Хаас:

Вместе с большинством Сената судья Хаас считает абз. 1 § 31 Закона о полиции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия 1990 г. соответствующим Конституции, хотя и по другим основаниям. Обеспечивая безопасность, государство одновременно обеспечивает и свободу каждого человека; потому как безопасность — основа свободы и поэтому ее составная часть. По сравнению с этим необходимые для усиления свободы посягательства на основные права затронутых лиц, связанные с систематическим розыском, обладают лишь небольшим значением, так как они, как и все остальные лица, получают выгоду от обеспечения свободы. Меры систематического розыска уже потому являются вмешательством небольшого характера, что при их проведении охватываются и сопоставляются лишь такие данные, которые затронутые лица уже сообщили и которые сохраняются в базах данных с их ведома.

В отличие от большинства Сената, судья Хаас не находит оснований для конституционно-правовой критики в толковании и применении Высшим земельным судом абз. 1 § 31 Закона о полиции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия 1990 г. Высший земельный суд оправданно исходил из достаточности фактических оснований для террористической угрозы. Ввиду угрожающего состояния для множества невинных людей с точки зрения Конституции не вызывает нареканий, что Высший земельный суд придал интересу затронутого лица, как и всех граждан, в обеспечении безопасности и свободы большее значение, чем ущемлениям, с которыми должен мириться заявитель жалобы.

Далее судья Хаас также отмечает, что большинство Сената со своим определением конкретной угрозы как основания назначения систематического розыска вышло за пределы проверки, требуемой в данном деле. Правовое государство, благодаря этому решению, не становится сильнее, а сформулированные большинством Сената условия систематического розыска делают государство беззащитным перед угрозой террористических актов.

29) BVerfGE 120, 274

(Heimliche Infiltration — «Online-Durchsuchung» / Тайная инфильтрация — «обыск онлайн»)

1. Всеобщие права личности (абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона) охватывают основное право на гарантию конфиденциальности и неприкосновенность технических информационных систем.

2. Тайная инфильтрация информационно-технической системы, посредством которой можно следить за использованием системы и считывать ее память, допустима с точки зрения конституционного права лишь при наличии действительных оснований полагать о существовании конкретной угрозы для исключительно важной правовой ценности. Исключительно важными ценностями являются здоровье, жизнь и свобода личности или такие общие блага, угроза которым затрагивает основы, состояние государства или основы существования человечества. Мера может быть оправдана уже тогда, когда нельзя с достаточной вероятностью установить, что опасность наступит в ближайшем будущем, но определенные факты указывают на опасность, грозящую в отдельном случае со стороны определенных лиц особо важной правовой ценности.

3. Тайная инфильтрация информационно-технической системы в принципе должна производиться только на основании соответствующего постановления суда. Закон, допускающий подобное вмешательство, должен содержать меры защиты базовых составляющих частной жизни.

4. Если допускается государственная мера, посредством которой устанавливается содержание и обстоятельства текущей телекоммуникации в компьютерной сети или исследуются относящиеся к ним данные, то такое вмешательство должно соответствовать положениям абз. 1 ст. 10 Основного закона.

5. Если государство получает сведения о содержании коммуникации в сети Интернет технически предусмотренным для этого путем, то вмешательство в личное право согласно абз. 1 ст. 10 Основного закона имеет место лишь в том случае, если государственный орган не уполномочен со стороны участников коммуникации на ознакомление с такими сведениями. Если государство изучает в сети Интернет общедоступное содержание коммуникации или участвует в публично доступных процессах обмена данными, оно в принципе не вторгается в основные права.

**Решение Первого Сената от 27 февраля 2008 г.
– 1 BvR370/09, 595/07 –**

ОСНОВАНИЯ

[...]

Конституционно-правовая защита ожиданий конфиденциальности и неприкосновенности существует независимо от того, может ли доступ в информационную систему быть осуществлен без особых препятствий или с существенными техническими затратами. При этом подлежащее признанию с точки зрения основных прав ожидание конфиденциальности и неприкосновенности имеет место лишь в том случае, если затронутое лицо использует информационно-техническую систему как собственную и потому, исходя из обстоятельств, может полагать, что он один или вместе с другими уполномоченными на пользование лицами самостоятельно распоряжается системой. В той мере, в которой пользование собственной информационно-технической системой происходит через информационно-технические системы, которые находятся в распоряжении других лиц, защита пользователя распространяется и на них.

[...]

Если происходит сбор данных, предоставляющих сведения о коммуникации затронутого лица с третьими лицами, степень вмешательства в основные права усиливается вследствие ограничения возможности граждан участвовать в не находящейся под наблюдением удаленной коммуникации, которая составляет общественное благо (см. для сбора данных о коммуникации BVerfGE 115, 166 [187 и далее]). Подобный сбор данных косвенно затрагивает свободу граждан, поскольку опасения по поводу наблюдения, даже если оно осуществляется в последующем, могут препятствовать нормальной личной коммуникации. Кроме того, подобный сбор данных свидетельствует о значительном, повышающем серьезность вторжения в права лиц диапазоне действия, как, например, в случае с собеседниками лица, за которым осуществляется наблюдение, когда в случае необходимости могут подвергаться прослушиванию и третьи лица, без установления того, имеются ли основания для подобного вторжения в права указанного лица (см. для наблюдения за телекоммуникацией BVerfGE 113, 348 [382 и далее]; кроме того, BVerfGE 34, 238 [247]; 107, 299 [321]).

[...]

Данные, сохраненные мимоходом или лишь временно, могут обладать особой значимостью для затронутого лица или даже сделать возможным доступ к другим, более конфиденциальным данным. Это относится, например, к кэш-памяти, которая создается служебными программами наподобие веб-браузеров и анализ которой может способствовать получению сведений о пользовании подобными программами и, тем самым, косвенно о предпочтениях или связанных с общением привычках затронутого лица или о паролях, при помощи которых затронутое лицо получает доступ к технически охраняемым данным в своей системе или в сети. Кроме того, длительное наблюдение за коммуникацией в сети Интернет, как его допускает оспариваемая норма, является по сравнению с разовым установлением содержания коммуникации и обстоятельств коммуникации также более значительным вмешательством. Наконец, следует учесть, что регулируемый доступ, среди прочего, нацелен на обход технологий шифрования данных. В таком случае обесцениваются защитные меры, предпринимаемые отдельным человеком для защиты своих данных от нежелательного доступа. Разрушение подобной информационной самозащиты усугубляет серьезность вмешательства в основные права.

30) BVerfGE 120, 238

(Automatische Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen / Автоматический учет номерных знаков автотранспортных средств)

1. Автоматический учет номерных знаков автотранспортных средств с целью сопоставления с данными о розысках нарушает основное право на информационное самоопределение (абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона), если сопоставление осуществляется не мгновенно и если данные о номерах автотранспортных средств не удаляются сразу и бесследно.

2. Конституционные требования к основаниям для наделения полномочиями устанавливаются в зависимости от тяжести причиняемого вреда, которая, прежде всего, зависит от типа информации, повода и обстоятельств ее получения, затронутого круга лиц и способа использования полученных данных.

3. Простое указание в качестве цели сопоставление данных о номерах автотранспортных средств с данными о розысках без более подробного законного определения не соответствует требованиям правовой определенности.

4. Автоматический учет номерных знаков автотранспортных средств не может осуществляться широкомасштабно и в отсутствие повода. Кроме того, основной принцип соразмерности в узком смысле не соблюдается, если наделение полномочиями на осуществление автоматического учета номерных знаков автотранспортных средств и обработки полученных данных в соответствии с законом происходит в отсутствие такого повода для организации сбора данных, как наличие конкретной опасности или всеобщей повышенной угрозы или нарушения правовых ценностей. Пробное проведение соответствующих мер в отдельных случаях может быть допустимо ввиду менее существенного вторжения в основные права.

Решение Первого Сената от 11 марта 2008 г.

– 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07 –

ОСНОВАНИЯ

Конституционные жалобы направлены против предписаний полиции Земель Гессен и Шлезвиг-Гольштейн, уполномочивающих на проведение автоматического учета номерных знаков автотранспортных средств.

А

I.

Техника, применяемая в настоящее время при автоматическом учете номерных знаков автотранспортных средств, предполагает первоначальную фиксацию данных при помощи видеокамеры. С помощью программы с изображения считываются строки букв и цифр номерных знаков автотранспортных средств. Установленный таким образом номерной знак автоматически сопоставляется с данными полиции о розысках. Если номерной знак автотранспортного средства содержится в соответствующих базах данных, то направляется сообщение о совпадении данных. Затем происходит фиксация номера автотранспортного средства и прочей информации, приблизительное место и время. Как следствие, могут последовать полицейские меры, например задержание автотранспортного средства. Если номерные знаки автотранспортных средств не содержатся в базах данных о розысках, то изображение и зафиксированные номерные знаки автотранспортных средств незамедлительно удаляются. Регистрирующие устройства могут быть установлены стационарно или мобильно. При стационарной установке могут быть зафиксированы номерные знаки автотранспортных средств, движущихся в обоих направлениях, также и с задней части автотранспортного средства. При мобильной установке камера может быть установлена на движущемся полицейском автомобиле.

Техника учета номерных знаков автотранспортных средств впервые была разработана в Великобритании («automatic number plate recognition» — ANPR). Там она применяется в наибольшем объеме в настоящее время. Так, она применяется в центре Лондона в целях осуществления контроля за сбором установленной в Лондоне платы за проезд. [...]. Автоматический учет номерных знаков автотранспортных средств используется и во Франции для предотвращения и наказания преступлений террористического характера, а также для преследования организованной преступности, хищений, сокрытия угнанных машин и определенных таможенных правонарушений (см. Конституционный совет Франции, Решение от 19 января 2006 г. № 2005–532 DC).

II.

Заявители в конституционных жалобах ссылаются на нарушение оспариваемыми положениями их основного права на информационное

самоопределение, закрепленное в абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона.

[...]

Б.

Конституционные жалобы являются допустимыми. Оспариваемые положения затрагивают основные права заявителей жалоб непосредственно, лично и в настоящее время.

I.

В исключительных случаях конституционная жалоба может быть подана против закона, предполагающего наличие исполнительного акта, если заявитель жалобы не может обойти судебный порядок, поскольку он не обладал информацией о мере (см. BVerfGE 30, 1 [16 и далее]; 67, 157 [169 и далее]; 100, 313 [354]; 109, 279 [306 и далее]; 113, 348 [362 и далее]). Аналогичное правило действует, если последующее оповещение и предусмотрено, но ввиду широкого набора исключений может не учитываться в течение долгого времени. В данных обстоятельствах эффективная защита прав судом общей юрисдикции также не обеспечена (см. BVerfGE 109, 279 [307]; 113, 348 [362 и далее]).

[...]

II.

Заявители жалобы затронуты лично и в настоящее время. Если конкретное нарушение прав, как в данном случае, осуществляется лишь в случае применения оспариваемого закона, и затронутое лицо, как правило, не имеет информации об исполнительном акте, для наличия факта личной заинтересованности в настоящее время достаточно, если заявитель жалобы укажет, что его основные права с определенной вероятностью затрагиваются мерами, основанными на оспариваемых правовых нормах (см. BVerfGE 67, 157 [169 и далее]; 100, 313 [354]; 109, 279 [307 и далее]; 113, 348 [363]).

[...]

В этом смысле достаточно, чтобы заявитель жалобы привел подтверждение своей заинтересованности в настоящее время. Лицом, затронутым наблюдением, является каждый, чьи личные права были затронуты соответствующей мерой (см. BVerfGE 109, 279 [308]; 113, 348 [363]). Заявители жалобы заявляют в каждом случае, что являются владельцами своих легковых автомобилей и регулярно ездят на них по улицам соответствующей федеральной земли. Этого достаточно для принятия личной

заинтересованности в настоящее время. Возможность быть затронутым системой учета номерных знаков существует практически для каждого владельца автомобиля, транспортное средство которого передвигается по улицам соответствующей федеральной земли. [...]

В.

Конституционные жалобы также являются обоснованными. Оспариваемые нормы нарушают всеобщие личные права заявителей жалобы в соответствии с абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона в части основного права на информационное самоопределение.

I.

[...]

1. Право на информационное самоопределение учитывает угрозу и вред личности, которые возникают для лица, особенно в условиях современной обработки данных, в связи с информационными мероприятиями [...]. Это право сопутствует защите основных прав и расширяет ее в части свободы выбора варианта поведения и приватности; оно обеспечивает защиту уже при наличии самой угрозы.

Такая угроза может возникнуть еще до конкретной угрозы правовым ценностям. С помощью электронной обработки данных отдельные данные о личных или имущественных отношениях лица могут неограниченно сохраняться и мгновенно запрашиваться в любой момент вне зависимости от расстояния. Кроме того, они могут объединяться с другими данными, за счет чего возникают разнообразные возможности использования и соединения (см. BVerfGE 65, 1 [42]; 115, 320 [342]). За счет этого может быть создана новая информация, а также могут быть сделаны выводы, которые нарушают охраняемые Основным законом интересы конфиденциальности заинтересованного лица, а также может иметь место вмешательство в его свободу поведения (см. BVerfGE 65, 1 [42]; 113, 29 [45 и далее]; ...). Другая особенность потенциала вмешательства мер электронной обработки данных заключается в объеме обрабатываемых данных, который не мог бы быть обработан обычным путем. Сопутствующая таким техническим возможностям повышенная угроза соответствует объему охраны соответствующего основного права (см. BVerfGE 65, 1 [42]; 113, 29 [45 и далее]; 115, 320 [342]).

Даже тогда, когда учет большого объема данных является только средством для дальнейшего уменьшения количества совпадений, уже в сборе информации может иметь место вмешательство, если это делает

информацию доступной для органов власти и создает основу для последующего сопоставления с критериями поиска (см. BVerfGE 100, 313 [366 и 337, 380]; 115, 320 [343]). Значение имеет то обстоятельство, углубляется ли интерес органов власти в таких данных исходя из цели наблюдения и использования, что подтверждается заинтересованностью в смысле вмешательства в основные права (см. BVerfGE 115, 320 [343]).

Объем охраны права на информационное самоопределение не ограничивается информацией, которая уже по своему виду является конфиденциальной и уже поэтому охраняется Основным законом. Также обращение с персональными данными, которые сами по себе имеют незначительный объем информации, может в зависимости от цели и существующих возможностей обработки и соединения оказывать влияние на приватность и свободу поведения затронутого лица. Таким образом, в условиях электронной обработки данных больше не существует абсолютно, т. е. независимо от контекста использования, несущественных персональных данных (см. BVerfGE 65, 1 [45]; Решение Федерального Конституционного Суда (BVerfG), Новый юридический еженедельник (NJW) 2007, стр. 2464 [2466]).

Защита основных прав не исключается только потому, что соответствующая информация является общедоступной, как в случае с номерными знаками автотранспортных средств, которые служат для идентификации и являются обязательными (предл. 1 п. 1 § 23 Правил дорожного движения). Даже если лицо находится в обществе, право на информационное самоопределение защищает его интересы в отношении того, чтобы связанная с этим личная информация в ходе автоматизированного сбора данных не была учтена с возможностью дальнейшей обработки (см. BVerfGE, Решение Первой палаты Первого Сената от 23 февраля 2007 г. — 1 BvR 2368/06, Новый журнал по административному праву (NVwZ) 2007, стр. 688 [690 и далее]).

2. С другой стороны, учет данных не обосновывает наличие угрозы, если данные сразу после сбора технически бесследно и анонимно удаляются без возможности установить связь с соответствующим лицом (см. BVerfGE 100, 313 [366]; 107, 299 [328]; 115, 320 [343]). Таким образом, в случаях электронного учета номерных знаков вмешательство в область защиты права на информационное самоопределение не происходит, если сопоставление с данными розыска осуществляется немедленно и имеет

отрицательный результат (в случае несовпадения), а также дополнительно технически и юридически обеспечивается, что данные остаются анонимными и немедленно бесследно удаляются без возможности установить связь с соответствующим лицом.

3. И напротив, вмешательство в основное право имеет место, если учетный номерной знак остается в памяти и при необходимости может стать основанием для дальнейших мер. На это, в первую очередь, направлена мера, если номерной знак автотранспортного средства обнаруживается в данных розыска (случай совпадения). С этого момента учетный номерной знак находится в распоряжении государственных органов для проведения оценки и возникает специфическая угроза личности в отношении свободы поведения и приватности, которая активизирует защиту основного права на информационное самоопределение.

[...]

б) В отношении заинтересованных лиц вмешательство в право на информационное самоопределение происходит уже при учете номерных знаков, приведшем к сохранению и оценке, так как таким образом персональные данные становятся доступными для государственных органов, что может стать основой для дальнейших мер. Связанное с автоматизированным учетом номерных знаков вторжение имеет особенность, выраженную в том, что мера гарантирует не только техническое облегчение при проверке в отдельном случае, но и возможность последовательного учета множества номерных знаков в короткие сроки. Для этого указанная система и предназначена [...].

Вмешательство в право на информационное самоопределение усиливается, если сохраняется дополнительная информация, например, данные о местоположении транспортного средства или направлении его движения. Вторжение усиливается, если учет номерных знаков используется для получения другой информации, например для схемы движения лица. Если к учету номерных знаков добавляются конкретные меры для предотвращения опасности, как, например, остановка автомобиля или его изъятие, это является особым вмешательством, которое должно найти оправдание в других полномочиях, правомерность которых требует выполнения особых условий в соответствии с Конституцией (см. BVerfGE, Новый юридический еженедельник (NJW) 2007, стр. 2464 [2466]).

[...]

Поиск регулирования, соответствующего Основному закону, является задачей законодателя. Он должен ограничить преследуемую цель и предотвращаемые угрозы исходя из обстоятельств и обеспечить предотвращение несоразмерного вторжения в основные права путем установления в законе условий вмешательства.

31) BVerfGE 128, 1

(Gentechnikgesetz / Закон о генной инженерии)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 108/2010 от 24 ноября 2010 г.

Решение от 24 ноября 2010 г.

– 1 BvF 2/05 –

Заявление о проведении проверки в порядке контроля правовых норм по делу «Закон о генной инженерии» не подлежит удовлетворению

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда обнародовал сегодня свое решение по делу о проведении проверки в порядке контроля правовых норм Правительством Земли Саксония-Ангальт в отношении следующих положений Закона о регулировании генной инженерии (Закон о генной инженерии):

- определение понятий «генетически модифицированный организм» и «введение в оборот» (номера 3 и 6 § 3 Закона о генной инженерии),
- реестр мест размещения (§ 16 а Закона о генной инженерии),
- обращение с продукцией, введенной в оборот (§ 16 б Закона о генной инженерии) и
- права требования при причинении вреда в результате использования (§ 36 а Закона о генной инженерии)

и установил, что положения номера 3 и 6 § 3, абзацы 1 до 5 § 16 а, абзацы 1–4 § 16 б и § 36 а Закона о генной инженерии в редакции с учетом

изменений, внесенных ст. 1 Закона о внесении изменений в Закон о генной инженерии, об изменении Вводного закона ЕС по генной инженерии и внесении изменений в Постановление о новых продуктах питания и пищевых добавках от 1 апреля 2008 г. (стр. 499 части I Сборника федерального законодательства) не противоречат положениям Основного закона.

Информация о заявлении о проведении проверки в порядке контроля правовых норм опубликована в Сообщении для печати № 29/2010 от 5 мая 2010 г. С ним можно ознакомиться на домашней странице Федерального Конституционного Суда.

В основе решения главным образом лежат следующие доводы:

Оспариваемые нормы являются не противоречащими Конституции с формально-правовой и материально-правовой точек зрения.

1. Законодательные полномочия Федерации вытекают из № 26 абз. 1 ст. 74, 2-я альтернатива Основного закона (2. Alternative GG), устанавливающего широкие полномочия федерального законодателя в области нормативного регулирования в области генной инженерии, охватывающего наряду с генетикой человека и генную инженерию в отношении животных и растений.

2. В той мере, в какой оспариваемые нормы являются вторжением в право на информационное самоопределение (абз. 1 ст. 2 Основного закона во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона), в свободу науки (предл. 1 абз. 3 ст. 5 Основного закона), в право на свободу профессии (абз. 1 ст. 12 Основного закона) и право собственности (абз. 1 ст. 14 Основного закона), такое вторжение оправданно.

а) В оспариваемых нормах законодатель преследует легитимные цели общего блага, при стремлении к которым за ним следует признать значительные дискреционные полномочия на фоне широких научных и общественных дискуссий о применении генной инженерии и надлежащем государственном регулировании.

Обладая возможностью осуществить целенаправленные изменения на следственности, генная инженерия вторгается в фундаментальные основы жизни. Последствия подобного вмешательства если вообще обратимы, то с большим трудом. Ограничение распространения генетически модифицированных материалов, если они попали в окружающую среду, либо

сопряжено со значительными трудностями, либо вообще невозможно. Ввиду еще не окончательно определенного уровня знаний науки касательно оценки долгосрочных последствий применения генной инженерии на законодателя наложено особое требование тщательного анализа ситуации. В ходе правотворчества он обязан не только учитывать баланс защищенных основными правами интересов использования генной инженерии, с одной стороны, и его регулирования — с другой, но и в равной мере учитывать задачу защиты естественных основ жизни согласно ст. 20 а Основного закона, проявляя ответственность в отношении будущих поколений.

Посредством намеченной защиты, в частности, человека, окружающей среды и чужой собственности от вредных воздействий применения генетически модифицированных организмов и заботы о предотвращении возможной опасности (см. № 1 § 1 Закона о генной инженерии), обеспечения сосуществования различных форм сельскохозяйственного производства (ср. № 2 § 1 Закона о регулировании генной инженерии) и установления баланса интересов между владельцами соседствующих земельных участков охраняются, в частности, человеческая жизнь, здоровье и окружающая среда, а также собственность и свобода профессии как обладающие конституционно-правовым значением блага, которые иначе могли бы оказаться под угрозой. Кроме того, усиливается роль таких значимых общественных интересов, признанных и правом ЕС, как защита потребителей и информирование общественности. В этом смысле преследуемая созданием реестра мест расположения прозрачность в связи с выведением в окружающую среду генетически модифицированных организмов представляет собой важный вклад в процесс формирования общественного мнения самостоятельную и легитимную цель законодательства. Для создания подобной прозрачности допустимо предоставление общественности определенных данных без дальнейшей их привязки к определенным целям. Право на информационное самоопределение не исключает в принципе возможности публичного доступа к данным, в том числе с указанием определенных лиц.

б) Оспариваемые нормы пригодны и необходимы для достижения указанных целей. Они также соблюдают требование соразмерности в узком смысле.

аа) Посредством новой редакции определений «генетически модифицированный организм» и «введение в оборот» (номера 3 и 6 § 3 Закона о генной

инженерии) законодатель обеспечил, что и разрешенные попытки выпуска в окружающую среду, и их непредвиденные последствия подпадают под контрольные полномочия государства и возможность вмешательства, а также нормы Закона о геномной инженерии об ответственности за последствия исследований. То обстоятельство, что речь может идти о непреднамеренных или технически неизбежных процессах, не уменьшает существующего в связи с выведением генетически модифицированных организмов в окружающую среду и сбытом генетически модифицированных продуктов риска нежелательных или вредных, возможно даже необратимых последствий, управление которым необходимо в целях обеспечения максимальной осторожности. Кроме того, возникла бы опасность, что законодатель не осуществляет свою обязанность по защите естественных основ жизни.

бб) В реестре мест размещения осуществляется сбор данных о введении в окружающую среду или выращивании генетически модифицированных организмов на всей территории ФРГ, чтобы сделать возможным наблюдение за воздействием данных организмов, в частности, на человека, окружающую среду и свободное от геномной инженерии сельское хозяйство, а также проинформировать общественность. Посредством разделения реестра размещения (§ 16 а Закона о геномной инженерии) на общедоступную и закрытую часть законодатель нашел действенный и не вызывающий нареканий с конституционно-правовой точки зрения компромисс между информационным интересом государства и общественности, с одной стороны, и интересом конфиденциальности заинтересованных лиц, с другой стороны. В отношении действующих норм права было бы неверным утверждать, что реестр размещения повышает риск злонамеренного разрушения генетически модифицированных культур. Еще до его введения имели место случаи воспрепятствования выпуску в окружающую среду и выращивания генетически модифицированных организмов, которым следует противостоять средствами полицейского и уголовного права.

вв) Оспариваемые нормы об обращении с введенными в оборот продуктами в § 16 б Закона о геномной инженерии оставляют достаточную возможность усмотрения для ведомств и специализированных судов, с тем чтобы обеспечить в конкретных случаях разумное применение превентивных мер, хорошей профессиональной практики и требований к пригодности личности и оснащению. Это касается, в частности, вопроса о том, что подпадает в конкретном случае под превентивные меры

и хорошую профессиональную практику. Сформулированные по этой части общие положения позволяют надлежащим образом учитывать рамочные условия обращения с генетически модифицированными организмами и ограничить объем обременений в той мере, которая необходима для предотвращения существенного вреда правовым ценностям, защищенным № 1 и 2 § 1 Закона о генной инженерии.

гг) § 36 а Закона о генной инженерии не устанавливает новую особую ответственность за применение генетически модифицированных организмов, но конкретизирует и дополняет существующую независимую от вины ответственность нарушителя в частном праве соседства (§ 1004, 906 ГГУ), в систематику которого вписывается данная норма. Данное дополнение и конкретизация частного права, регулирующего отношения соседей — собственников недвижимости, представляет собой соразмерный и взвешенный баланс противостоящих друг другу интересов, способствуя мирному сосуществованию конвенциональных, экологических и работающих с применением генной инженерии методов производства и подлинной свободе выбора производителей и потребителей.

дд) В целом предпринятая законодателем в каждом случае оценка в пользу целей общего блага именно на фоне еще не окончательно установленных последствий генной инженерии не вызывает нареканий, и граница допустимости для адресатов правовых норм — даже когда они действуют в исследовательских целях — не нарушена.

3. Общий принцип равенства, предусмотренный абз. 1 ст. 3 Основного закона, также не нарушен. В той мере, в которой имеет место различная оценка обстоятельств, она основывается на фактических и правовых особенностях применения генной инженерии и оправдана целями общего блага, преследуемыми законодателем.

§ 10. Право на жизнь и личную неприкосновенность (абз. 2 ст. 2 раздела 1 Основного закона)

32) BVerfGE 16, 194

(Liquorentnahme / Анализ спинномозговой жидкости)

При назначении забора спинномозговой жидкости согласно § 81а Уголовно-процессуального уложения основное право на физическую

неприкосновенность требует, чтобы запланированное вмешательство было соразмерно тяжести преступления.

**Решение Первого Сената от 10 июня 1963 г.
– 1 BvR 790/58 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

1. [...]

Во время судебного разбирательства судья участкового суда назначил медицинское обследование обвиняемого с целью проверки его на предмет вменяемости. После амбулаторного обследования судебный врач выявил подозрение на заболевание центральной нервной системы; для установления диагноза он счел необходимым провести анализ крови и ликвора (мозговой и спинномозговой жидкости), для чего необходимо произвести укол длинной полый иглой в позвоночный канал либо в области верхних поясничных позвонков (люмбальная пункция), либо в затылочной зоне, между черепом и верхним шейным позвонком (субокципитальная пункция). Поскольку заявитель жалобы отказался от проведения данных обследований, участковый суд назначил решением от 11 сентября 1958 г. на основании § 81a Уголовно-процессуального уложения их принудительное проведение в неврологической клинике Университета г. Мюнхена.

[...]

B.

[...]

1. Забор на анализ мозговой и спинномозговой жидкости при помощи длинной полый иглы является существенным оперативным вмешательством, посягательством на личную неприкосновенность в смысле абз. 2 ст. 2 Основного закона. Даже если оно, при проведении его с применением врачебного мастерства, как правило, безопасно, тем не менее возможны нарушения состояния здоровья, такие как боли и тошнота, которые согласно заключению специалиста при люмбальной пункции имеют место в 10 % случаев; в отдельных случаях взятие ликвора может привести и к серьезным осложнениям [...].

[...]

2. [...]

в) При принятии решения о заборе на анализ спинномозговой жидкости судья, как во всех случаях вторжения государства в сферу свободы, должен соблюдать принцип соразмерности между средствами и целью. Несмотря на то, что публичный интерес в раскрытии преступлений, который коренится в особо важном с точки зрения правового государства принципе законности (абз. 2 § 152 Уголовно-процессуального уложения), в общем оправдывает даже вторжение в область свободы обвиняемого, одного общественного интереса недостаточно, если речь идет о серьезном вмешательстве в сферу свободы. Поэтому для оценки соразмерности между целью и способом следует учитывать тяжесть предполагаемого деяния. В особенности это относится к разрешенным в соответствии с § 81 и 81a Уголовно-процессуального уложения особо серьезным мерам, служащим установлению виновности обвиняемого; применение закона с учетом смысла основных прав требует в данном случае, чтобы планируемое вмешательство было соразмерно тяжести деяния, чтобы последствия, связанные с раскрытием преступления, не нанесли бы преступнику больший вред, чем ожидаемое наказание. Поэтому судья, в силу Конституции, обязан в конкретном деле сопоставить допустимую с точки зрения закона меру с запретом на принятие излишних мер. [...]

3. В данном деле [...] речь идет о мелком преступлении, за которое предусматривается лишь незначительное наказание, а при определенных обстоятельствах даже прекращение дела из-за незначительности уголовного деяния. По сравнению с этим забор на анализ спинномозговой жидкости в обеих формах не является малозначительным физическим вмешательством; подвергнуть обвиняемого в мелком преступлении вопреки его воле подобному вмешательству неоправданно.

33) BVerfGE 39, 1

(Schwangerschaftsabbruch I / Прерывание беременности I)

1. Развивающаяся в утробе матери жизнь, являясь самостоятельным правовым благом, находится под охраной Конституции (предл. 1 абз. 2 ст. 2, абз. 1 ст. 1 Основного закона). Обязанность государства охранять основные права запрещает не только прямое вмешательство государства в развивающуюся жизнь, но и требует от государства охранять эту жизнь и способствовать этой жизни.

2. Обязанность государства — брать под защиту развивающуюся жизнь — действует и по отношению к матери.

3. Охрана жизни плода на протяжении всего срока беременности в принципе имеет приоритет перед правом на самоопределение беременной женщины и не может подвергаться сомнению на определенный срок.

4. Законодатель может выразить требуемое с точки зрения Основного закона молчаливое правовое одобрение прерывания беременности иным способом, кроме как при помощи уголовно-правовых мер. Решающим является вопрос, обеспечивает ли совокупность мер, направленных на охрану неродившейся жизни, действительную защиту, соответствующую значению охраняемого правового блага. В исключительном случае, если предусмотренная Конституцией охрана не может быть обеспечена никаким иным образом, законодатель обязан использовать уголовно-правовые средства для сохранения развивающейся жизни.

5. Продолжения беременности нельзя требовать, если ее прерывание необходимо для предотвращения угрозы для жизни или опасности серьезного вреда для состояния здоровья беременной женщины. Кроме того, законодатель свободен определять в качестве неприемлемых иные чрезвычайные нагрузки для беременной женщины, которые являются такими же серьезными, и в этих случаях не ставить прерывание беременности под угрозу наказания.

6. Пятый закон о реформе уголовного права от 18 июня 1974 г. (Сборник федерального законодательства, часть I, стр. 1297) не соответствовал конституционно-правовой обязанности охраны развивающейся жизни в необходимом объеме.

Решение Первого Сената от 25 февраля 1975 г.
– 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74 –
[...]

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ РЕШЕНИЯ

Положения § 218 а Уголовного уложения в редакции Пятого закона о реформе уголовного права от 18 июня 1974 г. (Сборник федерального законодательства, часть I, стр. 1297) несовместимы с предл. 1 абз. 2 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона и недействительны в той степени, в какой они исключают наказуемость прерывания беременности при отсутствии причин, которые — в смысле оснований

принятия решения — имеют прочные позиции в системе ценностей, предусмотренных Основным законом.

ОСНОВАНИЯ

[...]

С.

[...]

І.

1. Предложение 1 абз. 1 ст. 2 Основного закона защищает, в том числе, развивающуюся в утробе матери жизнь как самостоятельное правовое благо.

[...]

2. Обязанность государства — защищать жизнь каждого человека — следует непосредственно из предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона. Кроме того, она прямо вытекает из положения предл. 2 абз. 1 ст. 1 Основного закона; поскольку развивающаяся жизнь подлежит охране, предоставляемой в соответствии с абз. 1 ст. 1 Основного закона достоинству личности. Там, где существует человеческая жизнь, она обладает достоинством личности; при этом не имеет значения, осознает ли сам субъект это достоинство и умеет ли его защищать. Изначально заложенные в человеческом существовании потенциальные способности достаточны для обоснования достоинства личности.

[...]

ІІ.

1. Обязанность государства по охране носит всеобъемлющий характер. Она запрещает, разумеется, не только непосредственное государственное вмешательство в развивающуюся жизнь, но и требует от государства защищать и способствовать развитию этой жизни, что означает, прежде всего, ее охрану от противоправного вторжения со стороны других лиц. На данный принцип должны ориентироваться отдельные области правопорядка, в зависимости от их специфических задач. К обязанности государства по охране следует подходить тем серьезнее, чем выше ранг рассматриваемого правового блага внутри системы ценностей, предусмотренной Основным законом. Человеческая жизнь имеет — и это не нуждается в дальнейшем обосновании — в рамках конституционного правопорядка наивысшую ценность, она служит жизненной

основой достоинства личности и предпосылкой для всех остальных основных прав.

2. Обязанность государства — защищать развивающуюся жизнь — действует в принципе и по отношению к матери. Несомненно, природная связь неродившейся жизни с жизнью матери представляет собой отношение особого рода, несравнимое с другими жизненными обстоятельствами. Беременность относится к интимной сфере женщины, конституционно-правовая защита которой гарантируется абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона. Если бы эмбрион рассматривался всего лишь как часть материнского организма, то и прерывание беременности оставалось бы в области частной жизни, вторгаться в которую законодателю запрещено (BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350]; 32, 373 [379]). Однако, поскольку плод является самостоятельным человеческим существом, находящимся под охраной Конституции, прерывание беременности приобретает социальный масштаб, который делает его государственное регулирование доступным и необходимым. Право женщины на свободное развитие своей личности, заключающееся в свободе действия в самом широком смысле и, тем самым, охватывающее собственную ответственность женщины за принятие решения против рождения ребенка и вытекающих из материнства обязанностей, может также претендовать на признание и защиту. Но данное право не является безграничным — права других лиц, конституционный порядок и нравственный закон ограничивают его. Изначально оно ни при каких обстоятельствах не может включать в себя полномочия без уважительной причины вмешиваться в охраняемую правовую сферу другого лица или даже уничтожить ее вместе с жизнью, по меньшей мере тогда, когда по самой природе вещей существует особая ответственность именно за данную жизнь.

Баланс между обеспечением защиты жизни плода и сохранением за беременной женщиной свободы прерывания беременности невозможен, так как прерывание беременности всегда означает уничтожение неродившейся жизни. Поэтому при необходимом взвешивании «следует рассмотреть обе конституционные ценности в их отношении к достоинству личности как центру системы ценностей Конституции» (BVerfGE 35, 202 [225]). Руководствуясь абз. 1 ст. 1 Основного закона, решение должно приниматься в пользу приоритета защиты жизни плода над правом беременной женщины на самоопределение. В связи с беременностью, рождением

и воспитанием ребенка ее интересы могут быть нарушены в некоторых областях личностного развития. Нерожденная жизнь, напротив, уничтожается посредством прерывания беременности. Согласно принципу наиболее бережного равновесия конкурирующих позиций, защищенных Основным законом, с учетом основной идеи абз. 2 ст. 19 Основного закона, следует отдать предпочтение защите жизни плода. Данный приоритет принципиально распространяется на всю продолжительность беременности и не может подвергаться сомнению даже на определенный срок.

[...]

III.

Каким образом государство осуществляет свою обязанность по эффективной защите развивающейся жизни, подлежит решать, в первую очередь, законодателю. Он принимает решение о том, какие охранительные меры он считает целесообразными и нужными для обеспечения действительной защиты жизни.

[...]

2. [...]

б) [...], в крайнем случае, т. е. тогда, когда предусмотренная Конституцией охрана не может быть обеспечена иным образом, законодатель может быть вынужден использовать средства уголовного права для защиты развивающейся жизни. Уголовно-правовая норма представляет собой в определенной степени «крайнюю меру» в инструментарии законодателя. Согласно принципу соразмерности, свойственному правовому государству, господствующему над всем публичным правом, включая конституционное право, он может использовать данное средство лишь очень осторожно и сдержанно. Тем не менее придется прибегать и к этой последней мере, если иначе эффективная защита жизни не может быть обеспечена. Этого требуют ценность и значение охраняемого правового блага. Речь идет не об «абсолютной» обязанности наказать, а об «относительной» обязанности использования угрозы наказания, вытекающей из понимания недостаточности всех остальных средств.

Напротив, возражение, согласно которому из правовой нормы, гарантирующей свободу, никогда не может быть выведена обязанность государства наказывать, безосновательно. Если государство посредством морально-этической нормы-принципа обязано защитить особо важное правовое благо, в том числе, от посягательства со стороны третьих лиц, то часто

будут неизбежны меры, которые затрагивают область свободы других субъектов основных прав. В этом смысле правовая ситуация при применении социально-правовых или гражданско-правовых средств принципиально не отличается от принятия нормы уголовного права. Различия могут существовать разве что в силе необходимого вмешательства. [...]

3 [...] Право на жизнь неродившегося ребенка может приводить к существенной, выходящей за обычные пределы, нагрузке на женщину вследствие беременности. Здесь возникает вопрос допустимости вмешательства, иными словами, речь идет о том, может ли государство в подобных случаях добиваться вынашивания этой беременности также с помощью средств уголовного права. В данном случае сталкиваются ценности уважения перед неродившейся жизнью и правом женщины не претерпевать принуждение сверх приемлемой меры; не жертвовать собственными жизненными ценностями в интересах уважения к данному правовому благу. В данной ситуации конфликта, не позволяющей дать вообще никакой однозначной моральной оценки, когда решение о прерывании беременности может иметь значение достойного уважения решения совести, законодатель обязан проявить особую сдержанность. Если он в подобных случаях не рассматривает поведение беременной женщины как заслуживающее наказания и отказывается от применения уголовно-правовых средств, то с точки зрения конституционного права это необходимо принять как результат оценки, которая относится к обязанностям законодателя.

[...]

34) BVerfGE 46, 16

(Schleyer / Шлейер)

Границы судебного конституционного контроля при борьбе с угрожающим жизни шантажом со стороны террористов.

Решение Первого Сената от 16 октября 1977 г.

– 1 BvQ 5/77 –

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ РЕШЕНИЯ

Ходатайство о вынесении предварительного постановления суда отклонено.

ОСНОВАНИЯ

А.

1. Заявитель был похищен террористами 5 сентября 1977 г. после убийства сопровождающих его лиц и с тех пор удерживается ими. Похитители предъявили Федеральному правительству и Федеральному управлению уголовной полиции условия освобождения заявителя, при невыполнении которых заявитель будет «казнен». Они требуют, среди прочего, освобождения одиннадцати названных поименно террористов, заключенных под стражу или отбывающих наказание в виде лишения свободы и обеспечения свободного выезда указанных лиц с территории ФРГ.

Уполномоченные представители заявителя требуют вынесения следующего предварительного постановления суда:

«Ответчики по ходатайству обязаны исполнить требования похитителей [...] относительно освобождения и обеспечения свободного выезда с территории ФРГ поименно названных похитителями заключенных, как неперемennого условия для предотвращения существующей угрозы для жизни заявителя [...]»

Суду известно, что жизнь заявителя находится под существенной угрозой. Учитывая решительность террористов, отказ от исполнения их основного требования равнозначен умышленному воздействию государственной власти на жизнь заявителя. На основании абз. 2 ст. 2 Основного закона государство обязано защищать человеческую жизнь, что означает, прежде всего, защиту жизни от противоправных посягательств со стороны других лиц (см. (BVerfGE 39, 1 [42])). В противоположность этому ответчики по ходатайству не вправе ссылаться на тот факт, что охрана наиболее значимых правовых благ обязывает их пожертвовать жизнью заявителя, поскольку не существует более значимых правовых благ, чем человеческая жизнь. Ответчики также не связаны какими-либо правовыми нормами в отношении освобождения заключенных, поскольку имеется возможность ссылки на принцип правомерной крайней необходимости (§ 34 Уголовного уложения).

[...]

Ответчики по ходатайству до сих пор не приняли требования террористов, несмотря на то что с 13 октября 1977 г. после захвата самолета Люфтвагзы от решения ответчиков зависит жизнь еще 91 человека. Данный факт подтверждает срочность и обоснованность заявления.

2. От имени Федерального правительства выступил федеральный министр юстиции. Он считает заявление необоснованным. Предложение 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона обязывает государство защищать жизнь человека, в том числе, от посягательств со стороны третьих лиц. В данном случае перед ответственными государственными органами стоит следующий выбор: с одной стороны, речь идет о том, чтобы сделать все возможное для защиты жизни заявителя. С другой стороны, принятие условий похитителей ставило бы в высшей степени под угрозу жизни иных непричастных лиц, поскольку одиннадцать заключенных террористов представляют особую опасность для общества. После их освобождения они, как показал опыт по делу о похищении Лоренц, скорее всего продолжат свою преступную деятельность. Указанные требования затрагивают основы правового государства. Их выполнение не позволит государству исполнять свою функцию по охране. В данной чрезвычайной ситуации нет решения, которое с точки зрения Основного закона было бы единственно верным. Более того, у ответственных государственных органов должна, скорее, оставаться свобода (возможность усмотрения) в оценке и принятии решений. Принцип самоограничения судебной власти делами, отнесенными к ее юрисдикции (см. BVerfGE 36, 1 [14 и далее]), который имеет своей целью сохранение гарантированной Основным законом возможности свободного политического образования (действия) для других конституционных органов, должен применяться и в данном случае.

[...]

В.

Ходатайство о вынесении предварительного постановления суда допустимо. Однако при вынесении предварительного постановления суда не допускается разрешение дела по существу (см. BVerfGE 3, 41 [43] и сложившаяся судебная практика). Затребованные заявителем меры, по меньшей мере, очень близки к подобному решению дела по существу. Тем самым, однако, не ставится под сомнение допустимость ходатайства, поскольку при сложившихся обстоятельствах решение по существу может быть принято уже слишком поздно (BVerfGE 34, 160 [163]). Тем не менее в подобных случаях проверка ходатайства не может сводиться исключительно к обычно требуемой оценке последствий (см. BVerfGE 12, 276 [279] и сложившаяся судебная практика). Более того, при упрощенной

проверке следует принять во внимание возможные последствия для разрешения дела по существу.

С.

Результатом данной проверки стало отсутствие возможности для положительного решения по ходатайству.

I.

Предложение 1 абз. 2 ст. 2 во взаимосвязи с предл. 2 абз. 1 ст. 1 Основного закона устанавливают обязанность для государства защищать каждую человеческую жизнь. Данная обязанность защиты носит всеобъемлющий характер. Указанная обязанность требует от государства охранять и способствовать жизни человека, что означает, прежде всего, и защиту жизни от противоправных посягательств со стороны иных лиц (BVerfGE 39, 1 [42]). На эту императивную норму должны ориентироваться все государственные органы при выполнении своих специальных функций. Поскольку человеческая жизнь представляет собой высшую ценность, обязанность по ее охране должна исполняться со всей ответственностью.

II.

Каким образом государственные органы исполняют обязанность по эффективной защите человеческой жизни, в целом решается ими под свою ответственность. Они принимают решения о том, какие защитные меры являются целесообразными и необходимыми для обеспечения эффективной защиты человеческой жизни (BVerfGE там же, стр. 44). Их свобода в выборе средств защиты человеческой жизни в особенных случаях может сводиться к выбору одного конкретного средства, когда эффективная защита человеческой жизни не может быть обеспечена иными способами. Вопреки абсолютно оправданному мнению заявителя указанный выше случай в данной ситуации не имеет места.

Особенность защиты от угрожающего жизни террористического шантажа выражается в том, что необходимые меры должны быть приспособлены под множество конкретных ситуаций. Невозможно ни заранее дать общее нормативное регулирование подобных ситуаций, ни вывести эту норму из индивидуального основного права. Основной закон закрепляет обязанность охраны не только одного конкретного человека, но и всех граждан. Эффективная реализация данной обязанности предполагает, что уполномоченные государственные органы должны

быть способны в конкретных обстоятельствах соответствующим образом реагировать; уже этот факт исключает установление определенного способа защиты. Кроме того, установление конкретного способа защиты не может быть конституционно обоснованно, поскольку в противном случае реакция государства в отношении террористов была бы предсказуема. Тем самым государство лишилось бы возможности эффективно защищать своих граждан. Данный факт полностью противоречит задаче государства, установленной в предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона.

[...]

Учитывая данное конституционно-правовое положение, Федеральный Конституционный Суд не может вынести решение, предписывающее определенные действия компетентным государственным органам. Ответчики по ходатайству должны решать самостоятельно, какие меры необходимо предпринять для выполнения их обязанности по охране.

35) BVerfGE 52, 214

(Vollstreckungsschutz / Защита от принудительного исполнения решения)

О воздействии основных прав (здесь: ст. 2 Основного закона) на процедуру защиты от принудительного исполнения решения в соответствии с § 756 а Гражданского процессуального уложения.

[...]

Решение Первого Сената от 3 октября 1979 г.

– 1 BvR 614/79 –

ОСНОВАНИЯ

I.

Заявитель обжалует грозящее ему выселение из съемной квартиры в порядке принудительного исполнения судебного решения.

1. [...]

2. [...] Начиная с 1975 г. он неоднократно находился на лечении в стационаре, в том числе после трех серьезных попыток самоубийства. Депрессивное состояние, несмотря на продолжающееся лечение, сохраняется

и не ослабевает. При утрате квартиры, прежде всего в результате принудительного выселения, следует ожидать тяжелых психических реакций заявителя жалобы и усиления опасности для его жизни. [...]

[...]

III.

Конституционная жалоба допустима и обоснованна. Оспариваемые решения нарушают основные права заявителя жалобы, предусмотренные предл. 1 абз. 2 ст. 2 и абз. 1 ст. 2 Основного закона во взаимосвязи с принципом правового государства.

1. Вопрос наличия условий для запрета или длительной отсрочки принудительного исполнения согласно § 765 а Гражданского процессуального уложения является преимущественно вопросом обычного права, и в первую очередь его решение предоставлено специализированным судам. Однако они обязаны учитывать конституционное право и распространение действия основных прав; имело ли это место, проверяет Федеральный Конституционный Суд. Конституционно-правовые гарантии основных прав и следующие из принципа правового государства конституционные принципы претендуют на действие и в соответствующем процессуальном праве, в частности, в рамках процедуры принудительного исполнения (см. BVerfGE 42, 64 [73]; 46, 325 [333]; 49, 220 [225]; Федеральный Конституционный Суд, решение от 25 июля 1979 г. – 2 BvR878/74 –), это касается, прежде всего, также конституционно-правового принципа соразмерности (см. об этом BVerfGE 26, 215 [222]; 31, 275 [290]; 42, 263 [295]).

[...] Если оценка противоречащих друг другу интересов должника и кредитора приводит к результату, что противостоящие принудительному исполнению интересы должника, непосредственно направленные на сохранение его жизни и здоровья в конкретном случае, существенно более весомы, чем те интересы, сохранению которых должна служить государственная мера по исполнению решения, то осуществляемое государственное вмешательство может нарушить принцип соразмерности и основное право должника, предусмотренное предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона (см. BVerfGE 44, 353 [373]; Федеральный Конституционный Суд, решение от 19 июня 1979 г. – 2 BvR 1060/78, Журнал «Европейские основные права» 1979, стр. 470 [475]).

Прежде всего, суды по вопросам принудительного исполнения должны при определении процедурных правил предпринять необходимые

меры для исключения нарушений Конституции в результате применения мер принудительного исполнения. Для этого может понадобиться особенно тщательная проверка приведенных доказательств должника относительно его утверждений, что ему грозят серьезные нарушения основных прав. При этом следует учитывать, что и угроза основным правам, существенного нарушения которых следует серьезно опасаться в случае государственного вмешательства, в отдельных случаях может приравниваться к нарушению основных прав (см. BVerfGE 49, 89 [141 и далее]; Федеральный Конституционный Суд, решение от 19 июня 1979 г. – 2 BvR 1060/78, Журнал «Европейские основные права» 1979, стр. 470 [475]). Задача государственных органов заключается в том, чтобы по возможности снизить опасность нарушения основных прав. С этой точки зрения процессуальные действия судов, исполняющих решения в принудительном порядке, должны осуществляться таким образом, чтобы они соответствовали данной конституционно-правовой обязанности по охране прав.

2. В данном деле участковый суд и земельный суд при определении процессуальных действий не в достаточной мере удовлетворили требованиям принципа соразмерности, выводимого из принципа правового государства, а также конституционно-правовому требованию охраны жизни и личной неприкосновенности, предусмотренному предл. 1 абз. 1 ст. 2 Основного закона.

[...]

36) BVerfGE 53, 30

(Mülheim-Kärlich / Мюльхайм-Керлих (*Атомная электростанция Мюльхайм-Керлих*))

1. Если посредством конституционной жалобы в связи с нарушением основного права, предусмотренного абз. 2 ст. 2 Основного закона, оспариваются решения, принятые судом первой инстанции о неотлагательном исполнении разрешения на строительство, предусмотренного нормами атомного права, то нельзя отрицать того, что основные права субъекта затронуты, ссылаясь при этом только на то, что опасность для жизни и здоровья может исходить лишь от эксплуатации атомной электростанции, но не от предшествующих строительных мер.

[...]

3. Мирное использование атомной энергии соответствует Основному закону. Законодатель призван принять принципиальное решение в пользу или против подобного использования.

4. Государство, приняв материальные и процессуальные нормы о разрешении на строительство атомных электростанций, исполнило свою обязанность по принятию мер защиты от опасности мирного использования атомной энергии, вытекающую из абз. 2 ст. 2 Основного закона.

5. О конституционно-правовой оценке материальных и процессуальных норм, регулирующих разрешение на строительство атомных электростанций и существенных изменений на подобных сооружениях.

6. Нарушение основных прав может иметь место и тогда, когда уполномоченное на выдачу разрешений на строительство атомных электростанций ведомство не учитывает такие процессуальные нормы атомного права, которые законодатель принял для выполнения своей обязанности по охране, вытекающей из абз. 2 ст. 2 Основного закона.

**Решение Первого Сената от 20 декабря 1979 г.
– 1 BvR 385/77 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

Конституционная жалоба касается раздела процедуры выдачи разрешения на строительство атомной электростанции Мюльхайм-Керлих, которая строится в акватории района Нойвид вблизи места жительства заявителя жалобы. Ее предметом является подтвержденное Высшим административным судом федеральной земли незамедлительное исполнение седьмого уведомления о разрешении, принятого уполномоченным земельным министерством в рамках Первого частичного разрешения, и касающегося строительства нескольких частей сооружения.

[...]

B.

Конституционная жалоба допустима.

I.

[...]

3. Вопреки позиции федерального министра внутренних дел, ведомства по выдаче разрешений и компании «РВЕ АГ», права заявителя жалобы в настоящее время непосредственно затронуты. В частности, нельзя согласиться с мнением, что рассмотрение конституционных жалоб в период строительства атомной электростанции должно быть в принципе недопустимым, так как непосредственная и настоящая угроза жизни и здоровью может исходить только от эксплуатации подобной атомной электростанции, но не от предшествующих ей строительных мероприятий.

[...]

Охраняемое в соответствии с абз. 2 ст. 2 Основного закона право на жизнь и личную неприкосновенность [...] затрагивается [...] не только фактическим нарушением охраняемых правовых благ, оно, напротив, должно предотвратить подобное фактическое нарушение и поэтому может применяться и тогда, когда при строительстве атомных электростанций не учитываются превентивные меры защиты от будущей опасности, связанной с эксплуатацией. Об этом свидетельствует как раз настоящий спор, в котором приводится довод о том, что защита от внешних воздействий в результате крушения самолетов или взрывной ударной волны требует определенного расположения зданий. В настоящем случае нельзя сомневаться в том, что права заявителя настоящим и непосредственно затронуты, как это требуется для признания конституционной жалобы допустимой, еще и потому, что речь идет о проверке соблюдения в достаточной мере возможных вытекающих из абз. 2 ст. 2 Основного закона процессуальных требований, в особенности в отношении выдачи разрешений на строительство в области атомного права, а также требования эффективной охраны прав при принятии решения о незамедлительном исполнении данного разрешения. Поэтому нет необходимости в дальнейшей проверке вопроса, достаточно ли для признания конституционной жалобы допустимой опасности угрозы основным правам из-за грозящего позже нарушения (см. об этом BVerfGE 24, 289 [294]; 49, 89 [141]; 52, 214 [220]).

[...]

С.

Таким образом, допустимая конституционная жалоба вместе с тем необоснованна. [...]

I.

1. В отдельных заключениях затрагивается вопрос о том, не является ли в настоящее время экономическое использование расщепления атома ввиду масштаба возможной опасности и некоторых существенных, до сих пор недостаточно разрешенных сложностей, не противоречащим Конституции. В основе данной точки зрения лежат, в конечном счете, сомнения в том, может ли техника, предполагающая, что любая ошибка связана с чрезвычайным риском, в том числе для будущих поколений, вообще нести ответственность и использоваться вопреки возражениям потенциально затронутых лиц, пока не исчерпаны все остальные возможности энергоснабжения.

Однако ответить на этот вопрос должен не Федеральный Конституционный Суд. Он должен исходить из того, что сама Конституция одобрила «использование атомной энергии в мирных целях» в норме о компетенциях ст. 74 № 11а Основного закона в качестве принципиально допустимого. Несмотря на то что данная норма была включена в Конституцию еще в 1959 г., т. е. в то время, когда вопрос мирного использования атомной энергии не был еще достаточно изучен, но принципиально мирное использование атома рассматривалось в позитивном свете в противовес военному использованию атома. Но это никак не влияет на то, что из конституционных норм о компетенции следует принципиальное признание и одобрение рассматриваемого предмета самой Конституцией и что его конституционность не может быть в принципе подвергнута сомнению на основании иных конституционных положений. Наоборот, в силу указанного наделения компетенцией, как уже указал Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в решении о Калкаре в иной связи (BVerfGE 49, 89 [127 и далее]), только законодатель призван принять принципиальное решение в пользу или против мирного использования атомной энергии; даже в ситуации неопределенности политическая ответственность за принятие в рамках своей компетенции необходимых с их точки зрения решений лежит, прежде всего, на законодателе и правительстве. Как следует из судебной практики и юридической литературы, принципиальных сомнений в конституционности использования атомной энергии для хозяйственных целей нет [...]. Поэтому конституционно-правовая проверка изначально ограничивается вопросом о том, является ли нормативно-правовое регулирование,

лежащее в основе оспариваемого решения, конституционным и, в частности, были ли правовые нормы применены способом, соответствующим конституционно-правовым требованиям.

2. В качестве критерия конституционно-правовой проверки рассматривается гарантированное абз. 2 ст. 2 Основного закона основное право на жизнь и личную неприкосновенность во взаимосвязи с правом на эффективную правовую защиту.

Согласно общепризнанной судебной практике данное основное право, в частности как субъективное право на оборону, защищает от посягательства государства. Более того, из объективно-правового содержания указанной нормы вытекает обязанность государственных органов защищать указанные в ней правовые блага и способствовать их защите, в частности, охранять их от противоправного вмешательства со стороны иных лиц. Данная судебная практика, изначально выработанная в решении о прерывании беременности на ранних сроках (BVerfGE 39, 1 [41]; см. далее BVerfGE 46, 160 [164] — дело Шлейер), нашла развитие в упомянутом решении о Калкаре при конституционно-правовой оценке норм атомного права, и при этом был сформулирован вывод о том, что, учитывая вид и тяжесть возможных угроз при мирном использовании атомной энергии, достаточно даже отдаленной вероятности их наступления для того, чтобы инициировать исполнение обязанности законодателя по охране (BVerfGE 49, 89 [141 и далее]).

Государство выполнило данную обязанность охраны таким образом, что поставило использование атомной энергии в хозяйственных целях в зависимость от предварительного государственного разрешения, а выдачу указанных разрешений — от условий, которые более детально регулированы в материальном и процессуальном праве. Данное разрешительное регулирование является — и в этом не сомневается ни заявитель жалобы, ни авторы полученных заключений — вполне подходящим средством защиты находящихся под угрозой третьих лиц. Вместе с тем государство сможет выполнить свою задачу более эффективно, если, учитывая общественные интересы, приведет к равновесию позиции основных прав граждан, подвергнутых опасности, с одной стороны, и эксплуатирующих организаций, с другой стороны. Если же строительство атомной электростанции одобрено исходя из общей заинтересованности в энергоснабжении, несмотря на содержащийся в ней чрезвычайный

потенциал опасности, то это означает, что личная неприкосновенность третьих лиц может подвергаться угрозам, на которые они не могут повлиять и которых они едва ли смогут избежать. Таким образом, государство берет на себя часть ответственности за данные угрозы. Соответственно представляется необходимым при конституционно-правовой оценке материально-правовых и процессуальных норм, регулирующих выдачу разрешений на строительство атомных электростанций, предъявлять не менее строгие требования, чем при проверке законов, предусматривающих государственное вмешательство. Но и при применении подобных требований не существует никаких сомнений с точки зрения конституционного права в отношении разрешительных норм, имеющих существенное значение для исходного дела, если только они истолкованы в соответствии с судебной практикой высших судов.

Закон об атомной энергии прямо предусматривает в качестве цели [...] охрану жизни, здоровья и имущественных благ от угроз атомной энергии [...]

Нормативно-правовое регулирование не ограничивается тем, чтобы привязать государственное ведомство к строгим материально-правовым условиям выдачи разрешения. Напротив, оно учитывает государственную обязанность охраны и совместную ответственность также с процессуально-правовой точки зрения, поскольку выдача разрешения зависит от формализованной разрешительной процедуры, в процессе которой должны быть проверены условия выдачи разрешения и в которой должны участвовать, в частности, все ведомства Федерации, земель и муниципальных образований, сфера компетенции которых затронута. Кроме того, процессуальное право предусматривает самостоятельное участие в указанной процедуре гражданина, который подвергается угрозе (см. об этом в абз. 4 § 7 Закона об атомной энергии во взаимосвязи с процитированными в нем положениями Федерального закона о защите от выбросов, а также основанным на нем Постановлением о процедуре выдачи разрешений на строительство атомных станций и действующим ранее Постановлением об атомных станциях). Он вправе посредством иска об оспаривании (§ 42 Положения об административных судах) потребовать не только судебной проверки разрешений и прочих административных актов и запросить предварительную правовую охрану (§ 80 Положения об административных судах). Напротив, процессуальное право позволяет выдвинуть на передний план

правовую охрану, поскольку уже на стадии административного производства могут быть выдвинуты возражения против проекта.

[...]

II.

2. [...]

а) [...] следует исходить из устоявшейся судебной практики Федерального Конституционного Суда, согласно которой охрана основных прав должна осуществляться в значительной степени, в частности путем оформления процедур. Основные права, таким образом, влияют не только на все материальное право, но и на процессуальное право, если оно имеет значение для эффективной защиты основных прав. Данная судебная практика сложилась сначала в отношении охраны основных прав, предусмотренной абз. 1 ст. 14 Основного закона [...]. Тем временем оба Сената Федерального Конституционного Суда однозначно решили, что абзац 2 ст. 2 Основного закона также требует оформления процедур, учитывающих данное основное право [...].

Основное право, предусмотренное абз. 2 ст. 2 Основного закона, влияет также на применение норм об административных и судебных процедурах при выдаче разрешений на строительство атомных электростанций, основная задача которых как раз и состоит в том, чтобы защищать жизнь и здоровье людей от опасности, исходящей от атомной энергии. Это не означает, что любая процедурная ошибка в процессе, связанном с применением норм об атомной энергетике в массовом порядке, уже должна расцениваться как нарушение основных прав. Но подобное нарушение может иметь место, если уполномоченные государственные органы оставляют без внимания процессуальные правила, которые государство приняло во исполнение своей обязанности по охране правовых благ, указанных в абз. 2 ст. 2 Основного закона. Поэтому суды при проверке разрешений, выданных в сфере атомного права, ни в коем случае не должны исходить из того, что третье лицо, наделенное правом подачи жалобы, как правило, не вправе подать жалобу в связи с процессуальными нарушениями.

[...]

37) BVerfGE 77, 170

(Lagerung chemischer Waffen /Хранение химического оружия)

[...]

2. а) Законодатель, равно как и органы исполнительной власти, при исполнении охранительной функции, предусмотренной предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона, обладают возможностью усмотрения, оценки и выбора варианта поведения, что позволяет учитывать конкурирующие общественные и частные интересы.

б) Указанная широкая свобода действий лишь в ограниченной степени может быть объектом судебной проверки, что зависит от особенностей конкретной сферы деятельности, возможности принятия в достаточной степени обоснованного решения и значимости правовых благ, находящихся под угрозой (см. BVerfGE 50, 290 [332 и далее])

в) Для удовлетворения требований допустимости конституционной жалобы, предметом которой является нарушение охранительной функции, вытекающей из предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона, заявитель должен последовательно доказать, что органы государственной власти либо вообще не приняли мер защиты, либо что принятые нормы и меры защиты полностью непригодны или совершенно недостаточны для достижения цели защиты.

3. а) Государственные меры защиты от вооруженного нападения извне могут быть связаны с опасностью для собственного гражданского населения. Предотвращение подобных опасностей и связанного с ними возможного ущерба выходит за пределы возможностей государства в случае необходимости обеспечения эффективной обороны страны, служащей непосредственно защите свободного строя, в том числе гарантирующего основные права.

б) Приняв решение в пользу вооруженной обороны страны (абз. 2 ст. 24, 87а, 115а Основного закона и далее), в Основном законе было установлено, что в сферу охранительного действия предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона не включено воздействие на население при применении оружия против военного противника в случае обороны в соответствии с нормами международного права.

[...]

**Решение Второго Сената от 29 октября 1987 г.
– 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

1.

Объединенные в одно производство конституционные жалобы касаются хранения химического оружия (химоружие) на территории Федеративной Республики Германия.

[...]

38) BVerfGE 88, 203

(Schwangerschaftsabbruch II / Прерывание беременности II)

1. Основной закон обязывает государство охранять человеческую жизнь, в том числе и не родившуюся. В основе данной обязанности по охране лежит абзац 1 ст. 1 Основного закона; ее предмет и, исходя из него, ее объем более подробно определяются в абз. 2 ст. 2 Основного закона. Человеческой жизни свойственно достоинство личности еще до рождения. Правопорядок должен обеспечить правовые предпосылки ее развития в смысле собственного права на жизнь неродившегося ребенка. Данное право на жизнь предусмотрено не только с момента признания со стороны матери.

2. Обязанность охранять жизнь неродившегося ребенка относится к отдельной жизни, а не только к человеческой жизни вообще.

3. Правовая защита принадлежит неродившемуся ребенку и в отношении с его матерью. Подобная защита возможна только в том случае, если законодатель принципиально запрещает ей прерывать беременность и налагает на нее тем самым принципиальную юридическую обязанность вынашивать ребенка. Принципиальный запрет прерывания беременности и принципиальная обязанность вынашивать ребенка являются двумя неразрывно связанными элементами необходимой охраны, предусмотренной Конституцией.

4. Прерывание беременности должно рассматриваться во время всего срока беременности как противоправное деяние и, соответственно, запрещаться правом (подтверждение в Решении Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 39, 1 [44]). Право неродившегося ребенка на жизнь не может быть передано, даже на ограниченное время, свободному, не обязательному в правовом смысле решению третьего лица, пусть даже самой матери.

5. Пределы действия обязанности по охране неродившейся человеческой жизни следует определить с учетом значения и необходимости защиты охраняемого правового блага, с одной стороны, и вступивших в противоречие с ним иных правовых благ, с другой стороны. При этом в качестве правовых благ, затронутых правом неродившегося ребенка на жизнь, рассматриваются, исходя из права беременной женщины на защиту и уважение ее достоинства личности (абз. 1 ст. 1 Основного закона), прежде всего, ее право на жизнь и личную неприкосновенность (абз. 2 ст. 2 Основного закона), а также право на развитие ее личности (абз. 1 ст. 2 Основного закона). Напротив, женщина не может сослаться на правовую позицию, защищенную нормой абз. 1 ст. 4 Основного закона, в случае причинения смерти неродившемуся ребенку в связи с прерыванием беременности.

6. Государство для выполнения своей обязанности по охране должно принять достаточные меры нормативного и фактического характера, которые приведут к обеспечению надлежащей и действенной охраны с учетом противостоящих друг другу правовых благ (запрет на принятие недостаточных мер). Для этого требуется концепция по охране, соединяющая друг с другом элементы как превентивной, так и репрессивной охраны.

7. Основные права женщины не простираются так далеко, чтобы юридическая обязанность вынашивания ребенка в принципе могла бы быть исключена, даже на ограниченное время. Однако позиции, установленные основными правами женщины, приводят к тому, что в некоторых исключительных ситуациях допустимо, а в некоторых случаях, возможно, даже необходимо не возлагать подобную юридическую обязанность. Задача законодателя заключается в том, чтобы подробно определить подобные исключительные обстоятельства в соответствии с критерием недопустимости требования. Для этого должны существовать обременения, требующие пожертвовать собственными жизненными ценностями в такой степени, что подобного от женщины нельзя ожидать (подтверждение в BVerfGE 39, 1 [48 и далее]).

8. Запрет на принятие недостаточных мер не позволяет также свободно отказаться от применения уголовного права и его охранительной функции для человеческой жизни.

9. Государственная обязанность по охране охватывает также защиту от угроз, исходящих для неродившейся человеческой жизни от влияний

со стороны семейного или более далекого социального окружения беременной женщины либо из настоящих и обозримых реальных жизненных условий женщины и семьи и препятствующих готовности к вынашиванию ребенка.

10. Далее требование об охране обязывает государство поддерживать и укреплять право на защиту неродившейся жизни в общем сознании граждан.

11. С точки зрения конституционного права законодателю в принципе не запрещено перейти к такой концепции охраны неродившейся жизни, при которой на ранних сроках беременности при возникновении конфликтов, связанных с беременностью, особое внимание уделяется консультированию беременной женщины, с тем чтобы настроить ее на вынашивание ребенка, отказываясь от угрозы наказания и необходимости определения состава правонарушения со стороны третьих лиц исходя из наличия показаний.

12. Для подобной концепции консультаций необходимы рамочные условия, создающие положительные предпосылки для совершения женщинами действий в пользу неродившейся жизни. Государство полностью отвечает за создание системы консультирования.

13. Государственная обязанность по охране требует также того, чтобы необходимое в интересах женщины участие врача одновременно содействовало бы охране неродившейся жизни.

14. Правовая квалификация существования ребенка как источника ущерба исключена в силу Конституции (абз. 1 ст. 1 Основного закона). Поэтому запрещается рассматривать обязанность содержания ребенка в качестве ущерба.

15. Прерывание беременности, осуществляемое без установленных по правилам консультирования показаний, не может считаться оправданным (непротивоправдным). Основополагающим принципам правового государства соответствует только такой подход, когда исключительные фактические обстоятельства могут оправдать действия по прерыванию беременности и наличие условий для прерывания беременности устанавливается под контролем государства.

16. Основной закон не допускает, чтобы для осуществления прерывания беременности, правомерность которого не установлена, гарантировалось бы право на получение услуги в рамках установленного законом

государственного медицинского страхования. Напротив, предоставление социальной помощи при прерывании беременности, за которое не предусмотрено наказание, в соответствии с правилами проведения консультаций в случаях финансового затруднения с точки зрения конституционного права вызывает так же мало возражений, как и продолжение выплаты заработной платы.

[...]

**Решение Второго Сената от 28 мая 1993 г.
– 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

Об обстоятельствах дела²:

На решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 39, 1 законодатель отреагировал путем так называемого регулирования о показаниях. Оно охватывало преимущественно признанные традиционные показания, а именно медицинские, криминологические и эмбриопатологические, а также общие показания затруднительного положения. Если они были установлены, за прерывание беременности в течение первых 12 недель беременности наказание не предусматривалось. На практике затруднительное положение настолько поверхностно проверялось, что в результате фактически действовала установленная законом допустимость аборт, зависящая от срока беременности.

После воссоединения Германии в соответствии с Договором об установлении германского единства между Федеративной Республикой Германия и Германской Демократической Республикой требовалось найти новое общее регулирование для всей Германии. Это было осуществлено путем принятия Закона о защите дородовой/становящейся жизни, содействия развитию ориентированного на детей общества, оказания помощи при конфликтах в период беременности и регулирования прерывания беременности (Закон о помощи беременным женщинам и семьям) от 27 июля 1992 г. Данный закон квалифицировал прерывание беременности в качестве допустимого действия при неприемлемости

² Данные об обстоятельствах дела приводятся как обобщение соответствующих разделов изначального решения и в этой связи отклоняются от его формулировок.

беременности по веским причинам (практически — ввиду трех названных выше показаний), а также если:

1. беременная женщина требует прерывания беременности и доказала врачу на основании справки, что она по меньшей мере за три дня до операции проходила консультацию (консультация беременной в ситуации бедственного положения или конфликта);

2. прерывание беременности осуществляется врачом;

3. с момента зачатия прошло не более 12 недель.

Ряд дополнительных положений был направлен на оказание консультаций, просвещение и поддержку беременной женщины.

В соответствии с § 24 b частью V Кодекса социального обеспечения расходы в связи с непротивоправным прерыванием беременности должны были покрываться за счет государственного медицинского страхования.

Государственное правительство Баварии и 249 депутатов Бундестага инициировали проведение проверки данного закона в порядке абстрактного контроля правовых норм.

[...]

D.

I.

1. Основной закон обязывает государство охранять человеческую жизнь. К человеческой жизни относится, в том числе, неродившаяся жизнь. Она также находится под защитой государства. Конституция запрещает не только непосредственное государственное вмешательство в неродившуюся жизнь, она также требует от государства охранять ее и способствовать развитию этой жизни, т. е. прежде всего защищать ее от противоправного вмешательства со стороны других лиц (см. BVerfGE 39, 1 [42]). В основе данной *охранительной обязанности* лежит абзац 1 ст. 1 Основного закона, напрямую обязывающий государство уважать и охранять достоинство личности; предмет и, исходя из него, объем указанной обязанности определяются абз. 2 ст. 2 Основного закона более подробно.

а) Достоинство личности присуще еще не родившейся человеческой жизни, а не только человеческой жизни после рождения человека или сформировавшейся личности [...]

[...]

б) Обязанность охраны перед неродившейся жизнью относится к отдельной жизни, а не только к человеческой жизни вообще. Ее выполнение

является одним из основных условий упорядоченного сосуществования в государстве. Она является обязанностью всей государственной власти (предл. 2 абз. 1 ст. 1 Основного закона), т. е. государства во всех его функциях, в том числе и особенно законодательной власти. Обязанность охраны относится, прежде всего, к угрозам, исходящим от других людей. Она включает в себя защитные меры для избежания затруднительных ситуаций в результате беременности или их преодоления, а также правовые требования надлежащего поведения; они дополняют друг друга.

2. Требования к поведению по охране неродившейся жизни устанавливает государство, предусматривая требования и запреты посредством законов и закрепляя обязанности к совершению определенных действий или воздержанию от них. Это относится и к охране плода в отношении своей матери, несмотря на связь, существующую между ними, создающую у матери и ребенка отношение «двойственности в единстве». Подобная охрана неродившегося ребенка в отношении его матери возможна только тогда, когда законодатель принципиально запрещает ей прерывание беременности и налагает тем самым на нее принципиальную юридическую обязанность выносить ребенка. Принципиальный запрет на прерывание беременности и принципиальная обязанность вынашивания ребенка являются двумя неразрывно связанными элементами необходимой охраны, предусмотренной конституционным правом.

В меньшей степени требуется защита от влияния, исходящего от третьих лиц — не в последнюю очередь из семейного или более широкого социального окружения беременной женщины; оно может быть как непосредственно направлено против плода, так и косвенно, и выражаться в отказе беременной женщине в необходимой помощи, притеснении ее из-за беременности или даже оказании на нее давления с требованием прервать беременность.

а) Подобные требования к поведению не могут быть только требованиями на добровольной основе, они должны быть оформлены как правовые требования. Исходя из специфики права как нормативного порядка, нацеленного и указывающего на фактическое действие, они должны быть обязательными и обладать правовыми последствиями. Угроза применения наказания при этом не является единственной возможной санкцией, однако она может постоянно побуждать человека, призванного подчиняться праву, уважать и соблюдать правовые требования.

Правовые требования надлежащего поведения должны способствовать охране в двух направлениях. С одной стороны, они должны оказывать превентивное и репрессивное действие в конкретном случае, если грозит нарушение охраняемого правового блага или такое нарушение уже произошло. С другой стороны, они призваны усилить и поддерживать в народе живые представления о ценностях, праве и противоправности и, в свою очередь, формировать правовое сознание (см. BVerfGE 45, 187 [254, 256]), чтобы на основании подобного нормативного ориентирования поведения нарушение правовых благ изначально не приходило на ум.

б) Требование охраны жизни не является абсолютным в том смысле, что оно должно обладать исключительным преимуществом в отношении любого другого правового блага. Данный факт следует уже из предл. 3 абз. 2 ст. 2 Основного закона. С другой стороны, охранительная обязанность не может считаться выполненной, если просто приняты какие-либо защитные меры. Более того, пределы ее действия следует определить с учетом значения и потребности в защите охраняемого правового блага — в данном случае неродившейся человеческой жизни, с одной стороны, и других, сталкивающихся с ним правовых благ, с другой стороны. [...] При этом в качестве правовых благ, затронутых правом неродившегося ребенка на жизнь, рассматриваются, исходя из права беременной женщины на защиту и уважение ее достоинства личности (абз. 1 ст. 1 Основного закона), прежде всего, ее право на жизнь и личную неприкосновенность (абз. 2 ст. 2 Основного закона), а также право на развитие ее личности (абз. 1 ст. 2 Основного закона).

Задача законодателя заключается в том, чтобы детально определить вид и объем правовой охраны. Конституция определяет охрану в качестве цели, но не ее конкретное оформление. Вместе с тем законодатель должен учитывать *запрет принятия недостаточных мер* [...]; в этом смысле он подлежит судебному конституционному контролю. Необходимой является — с учетом противостоящих друг другу правовых благ — соразмерная охрана, решающее значение имеет ее эффективность. Меры, принимаемые законодателем, должны быть достаточными для надлежащей и действенной охраны, а также основываться на тщательном расследовании фактов и на допустимых оценках (об этом ниже в п. I.4). Необходимый с точки зрения конституционного права объем охраны не зависит от срока беременности. Основной закон не предусматривает в отношении

неродившейся жизни градацию права на жизнь и ее охрану в зависимости от истечения определенных сроков или от процесса развития беременности. Поэтому закон должен обеспечивать данный объем охраны и на ранних сроках беременности.

в) Во избежание нарушения запрета принятия недостаточных мер оформление системы охраны с помощью правовых норм должно соответствовать определенным минимальным требованиям.

аа) В частности, прерывание беременности на протяжении всего периода беременности принципиально должно рассматриваться как противоправное действие, и, соответственно, быть запрещено законом (см. BVerfGE 39, 1 [44]). Если бы не было подобного запрета, распоряжение правом на жизнь плода, даже если только в течение ограниченного времени, было бы предоставлено свободному, юридически не обязательному решению третьего лица, будь то матери, а правовая охрана данной жизни в смысле названных выше требований к поведению не была бы обеспечена. Подобного отречения от неродившейся жизни нельзя требовать, даже ссылаясь на достоинство личности женщины и ее способность к принятию ответственных решений. Правовая охрана обуславливает нормативное закрепление самим правом объема и границ допустимого воздействия одного на другого, а не предоставление их на усмотрение одного из участников.

Основные права женщины не имеют преимущества перед принципиальным запретом на прерывание беременности. Несмотря на то что эти права существуют, в том числе, по отношению к праву на жизнь плода и должны соответствующим образом охраняться, они, однако, не простираются так далеко, чтобы отменить юридическую обязанность вынашивания ребенка, даже только на ограниченное время, ввиду наличия основного права. Тем не менее позиции, установленные основными правами женщины, приводят к тому, что в исключительных случаях допустимо, а в некоторых случаях даже необходимо не возлагать подобную юридическую обязанность.

бб) Дело законодателя заключается в том, чтобы сформулировать подобные исключительные случаи в виде исключительных обстоятельств. Чтобы не нарушить при этом запрет принятия недостаточных мер, он должен учитывать, что в данном случае коллидирующие друг с другом правовые блага не могут быть приведены к соразмерному равновесию, так как в любом случае на стороне неродившейся жизни

поставлены под вопрос не большие или меньшие права, примирение с неудобствами или ограничениями, а все — именно сама жизнь. Равновесие, обеспечивающее как охрану жизни плода, так и предоставляющее беременной женщине право на прерывание беременности, невозможно, поскольку прерывание беременности всегда есть причинение смерти неродившейся жизни (см. BVerfGE 39, 1 [43]). Равновесие также не может быть достигнуто, как представляется [...], таким образом, что в определенный период беременности превалирует личное право женщины, а в последующем — жизнь неродившегося ребенка. В таком случае право на жизнь неродившегося ребенка действовало бы только в том случае, если мать в первой фазе беременности не приняла решение о его умерщвлении.

Однако это не означает, что исключительная ситуация, позволяющая согласно Конституции освободить от обязанности вынашивания ребенка, имеет место только в случае серьезной угрозы жизни женщины или большого риска для ее здоровья. Возможны и иные исключительные ситуации. Критерием их признания является, как установил Федеральный Конституционный Суд, критерий недопустимости требования (см. BVerfGE 39, 1 [48 и далее]). Данный критерий, несмотря на то обстоятельство, что участие женщины в прерывании беременности с точки зрения уголовного права не является преступлением, совершаемым путем бездействия, оправдывается тем, что запрет прерывания беременности ввиду уникальности связи между матерью и ребенком не исчерпывается обязанностью женщины не нарушать правовое пространство другого человека, а одновременно содержит усиленную, существенно затрагивающую женщину обязанность вынашивания и рождения ребенка, а также влечет за собой выходящую за ее пределы обязанность действия, заботы и ответственности после родов в течение многих лет [...].

При взгляде на связанную с этим нагрузку, учитывая особое душевное состояние, в котором будущие матери часто находятся именно на ранней стадии беременности, в отдельных случаях могут возникать тяжелые, при определенных обстоятельствах даже опасные для жизни конфликтные ситуации, в которых позиции беременной женщины, нуждающиеся в защите, приобретают такое важное значение, что по крайней мере государственный правопорядок — несмотря на возможные, далеко идущие моральные или религиозно обоснованные представления о долге — не может

требовать, чтобы женщина при любых обстоятельствах отдала приоритет праву неродившегося ребенка на жизнь (см. BVerfGE 39, 1 [50]).

Неприемлемость не может при этом вытекать из обстоятельств, не выходящих за рамки обычной ситуации беременности. Напротив, должны существовать обременения, требующие пожертвования собственных жизненных ценностей в такой степени, что подобного от женщины нельзя ожидать.

В отношении обязанности вынашивания ребенка это означает, что, наряду с традиционными медицинскими показаниями в виде исключительных обстоятельств с точки зрения конституционного права могут рассматриваться также криминологические, и — при достаточно четком разграничении — эмбриопатические показания; на другие затруднительные ситуации это распространяется лишь в том случае, если из их описания становится очевидной тяжесть предполагаемого социального или психологического личностного конфликта, таким образом, что при рассмотрении с точки зрения принципа недопустимости требования обнаруживается аналогия с другими показаниями (см. также BVerfGE 39, 1 [50]).

вв) Если принцип недопустимости требования ограничивает обязанность женщины вынашивать ребенка, обязанность государства по охране, распространяющаяся на *всякую* неродившуюся человеческую жизнь, не прекращается. Она, в частности, побуждает государство поддерживать женщину советом и оказывать ей помощь, чтобы по возможности все же убедить ее выносить ребенка; из этого исходит также норма § 218a абз. 3 Уголовного уложения в новой редакции.

гг) Если речь идет о задаче охраны человеческой жизни от причинения смерти как об элементарной государственной охранительной функции, то запрет принятия недостаточных мер не допускает свободного отказа от применения уголовного права и его защитной функции.

Уголовное право с давних пор и в сегодняшних обстоятельствах выполняет задачу по охране основ упорядоченной общественной жизни. К ней относится уважение к человеческой жизни и ее принципиальная неприкосновенность. Соответственно причинение смерти другим лицам находится под всеобъемлющей угрозой применения наказания.

Уголовное право не является первичным средством правовой защиты ввиду своего характера наиболее сильного вмешательства, поэтому его

применение подчиняется требованиям соразмерности (BVerfGE 6, 389 [433 и далее]; 39, 1 [47]; 57, 250 [270]; 73, 206 [253]). Но оно используется как «крайнее средство» данной защиты, если определенное поведение, будучи запрещенным, наносит особенно сильный социальный вред и является неприемлемым для упорядоченного совместного проживания людей, и поэтому его предотвращение особенно важно.

В соответствии с этим уголовное право закономерно является той точкой, в которой законодательно должны быть закреплены принципиальный запрет прерывания беременности и содержащаяся в нем принципиальная юридическая обязанность женщины вынашивать ребенка. Тем не менее, ввиду наличия достаточных с точки зрения конституционного права других защитных мер можно в ограниченном объеме отказаться от угрозы применения наказания за неоправданное прерывание беременности, достаточно будет иным образом закрепить запрет для данной группы случаев на более низком уровне в правовом порядке, чем в Конституции (см. BVerfGE 39, 1 [44, 46]).

3. Государство выполняет свою обязанность по охране в отношении неродившейся человеческой жизни, не только запрещая всякое посягательство, угрожающее ей со стороны других лиц. Оно должно также противостоять тем угрозам, которые вытекают для этой жизни из настоящих и обозримых реальных жизненных обстоятельств женщины и семьи и препятствуют готовности вынашивать ребенка. В этом охранительная обязанность соприкасается с задачей защиты, вытекающей из абз. 1 и абз. 4 ст. 6 Основного закона (по абз. 1 ст. 6 см. BVerfGE 76, 1 [44 и далее, 49 и далее]; по абз. 4 ст. 6 см. последнее BVerfGE 84, 133 [155 и далее]). Она обязывает государственную власть заниматься проблемами и сложностями, с которыми мать может сталкиваться во время беременности и после нее. В абз. 4 ст. 6 Основного закона закреплена задача защиты, обязательная для сфер частного и публичного права, распространяющихся, в том числе, на беременную женщину. В соответствии с данной задачей материнство и уход за детьми следует рассматривать как деятельность, находящуюся также в интересах общества и требующую признания с его стороны.

[...]

а) Должная забота общества о матери охватывает обязанность государства содействовать тому, чтобы беременность не прерывалась по причине существующей или грозящей после рождения ребенка материальной

нужды. Кроме того, по возможности следует исключить отрицательные последствия для профессионального образования или профессии, которые могут возникать для женщины из-за беременности.

[...]

б) Охрана неродившейся жизни, задача защиты брака и семьи (ст. 6 Основного закона) и равноправие мужчины и женщины при участии в трудовой жизни (см. абз. 2 ст. 3 Основного закона, а также ст. 3, 7 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах от 19 декабря 1966 г. [...]) обязывают государство, и в частности законодателя, создать основы для того, чтобы семейная и трудовая деятельность могли бы быть согласованы друг с другом и чтобы осуществление семьей воспитательной задачи не приводило к ущербу в профессиональной деятельности. К ним относятся также правовые и фактические меры, предоставляющие возможность одновременного осуществления воспитательной и трудовой деятельности для обоих родителей, а также возвращения в профессиональную деятельность и профессиональный рост после периода воспитания детей.

[...]

г) Задача охраны, наконец, обязывает государство сохранить и поддерживать в общественном сознании право неродившейся жизни на охрану. Поэтому федеральные и земельные государственные органы должны отчетливо выступать в пользу охраны жизни. Это относится, в частности, к учебным планам школ. Государственные учреждения, занимающиеся просвещением по вопросам здоровья, семейной жизни и полового развития, призваны укреплять волю к охране неродившейся жизни; это относится, в том числе, к просвещению, предусмотренному в ст. 1 § 1 Закона о помощи беременным женщинам и семье. Публичные и частные теле- радиокomпании при осуществлении своей свободы вещания (абз. 1 ст. 5 Основного закона) обязаны уважать достоинство личности (относительно частного теле- и радиовещания см. ст. 1 § 23 предл. 1 и 2 абз. 1 Государственного договора о телевидении и радиовещании в объединенной Германии от 31 августа 1991 г.); поэтому их программы также участвуют в решении задачи охраны неродившейся жизни.

4. В соответствии с изложенным в п. 2 и 3 для выполнения своей обязанности по охране в отношении неродившейся жизни государство должно принимать достаточные меры нормативного и фактического характера, обеспечивающие — с учетом противостоящих правовых благ — надлежащую

и действенную защиту. Для этого требуется разработка концепции охраны, соединяющей элементы превентивного и репрессивного характера. Создание и нормативное внедрение подобной концепции охраны — задача законодателя. Исходя из существующих конституционно-правовых требований ему при этом не предоставлена свобода рассматривать прерывание беременности в качестве допустимого, за исключением случаев наличия особых обстоятельств, не вызывающих сомнений с точки зрения конституционного права. Вместе с тем законодатель вправе решить, строго придерживаясь при этом критериев, подлежащих еще более детальной проработке, каким образом он в остальном отразит принципиальный запрет на прерывание беременности в различных областях правопорядка. В целом же концепция охраны должна быть оформлена таким образом, чтобы позволить организовать необходимую охрану, не переходя в юридическое разрешение прерывать беременность в пределах ограниченного по времени срока или в возможность восприятия в качестве такого разрешения.

Законодатель должен положить в основу выбора и оформления своей концепции по охране прочную с точки зрения конституционного права оценку, что благодаря ей обеспечивается охрана неродившейся жизни в той степени, как того требует запрет принятия недостаточных мер. Если в основе его решений лежат одновременно прогнозы фактического развития, в частности относительно регулирующего воздействия, то данные прогнозы должны быть достоверными; Федеральный Конституционный Суд проверяет, являются ли они допустимыми в соответствии с приведенными ниже критериями.

а) Законодателю предоставлена возможность для усмотрения, оценки и выбора варианта поведения и в тех случаях, когда он, как в данном случае, в соответствии с конституционным правом обязан принять действительные и достаточные меры для охраны правового блага. Объем такого усмотрения зависит от факторов разного рода, в особенности от характера соответствующей сферы деятельности, от возможностей выработать достаточно убедительное суждение, в частности, относительно будущего развития, например, последствий применения нормы и значения правовых благ, поставленных «на карту» (см. BVerfGE 50, 290 [332 и далее]; 76, 1 [51 и далее]; 77, 170 [214 и далее]). Вопрос о том, следуют ли отсюда три отличных друг от друга критерия контроля для конституционно-правовой проверки (см. BVerfGE 50, 290 [333]), не нуждается в обсуждении;

в любом случае конституционно-правовая проверка распространяется на выявление того, учел ли законодатель названные факторы в достаточной мере и использовал ли он свое усмотрение «приемлемым образом». Содержащиеся в решении Сената от 29 октября 1987 г. (см. BVerfGE 77, 170 [214 и далее]) доводы о допустимости конституционной жалобы против государственного бездействия не могут быть истолкованы таким образом, что для выполнения обязанности государства по охране в отношении человеческой жизни уже достаточно принятия таких мер, «которые не являются полностью непригодными или совершенно недостаточными».

[...]

II.

На основании вышеизложенного законодателю с точки зрения конституционного права принципиально не запрещено для охраны неродившейся жизни перейти к такой концепции охраны, где на ранней стадии беременности при возникновении конфликтов, связанных с беременностью, особое внимание уделяется консультациям беременной женщины, с тем чтобы убедить ее вынашивать ребенка, и при этом с учетом необходимой открытости и действенности консультирования предполагается отказ от угрозы наказания и необходимости определения состава правонарушения со стороны третьих лиц, исходя из наличия показаний.

[...]

3. Поэтому с точки зрения конституционного права не вызывает сомнений оценка законодателя, если он для осуществления своей задачи охраны обращается к концепции охраны, исходящей из того, что во всяком случае на ранней стадии беременности действенная охрана неродившейся человеческой жизни возможна только вместе с матерью, но не против нее. Только она одна и ее доверенные лица на этой стадии беременности знают о новой жизни, которая еще полностью принадлежит матери и во всем от нее зависит. Эта обнаруженность, беспомощность и зависимость уникальным образом связанного с матерью неродившегося ребенка позволяют считать обоснованной оценку, что шансы государства защитить его выше, если оно будет взаимодействовать с матерью.

[...]

5. Если законодатель возлагает на женщин, проходящих консультацию, конечную ответственность за прерывание беременности и позволяет им в случае необходимости воспользоваться для этого услугами врача,

то он оправданно может связывать с этим ожидание, что беременная женщина в конфликтной ситуации прибегнет к консультации и раскроет информацию о своей ситуации.

[...]

III.

Если законодатель при реализации своей охранительной функции переходит к концепции консультирования, то это означает, что защитное действие для неродившейся жизни должно быть достигнуто в решающей мере — превентивно — посредством консультационного воздействия на женщину, думающую о прерывании беременности. Концепция консультирования нацелена на усиление чувства ответственности женщины, которая, независимо от ответственности семейного и более далекого социального окружения, а также врача (ср. ниже пункты V и VI), в конечном счете действительно принимает решение о прерывании беременности и за него отвечает (конечная ответственность). Для этого необходимо наличие рамочных условий, создающих положительные предпосылки для действий женщины в пользу неродившейся жизни. Только тогда можно, несмотря на отказ от установления факта наличия показаний в качестве условия прерывания беременности, все же исходить из охранного действия концепции консультирования для неродившейся жизни (1). Однако недопустимо считать обоснованным (непротивоправным) прерывание беременности без соответствующих показаний, осуществление которого женщины требуют от врача после консультации в период первых 12 недель беременности (2). В остальном законодатель не обязан в каждом случае делать выводы, которые напрашиваются сами собой из принципиального запрета на прерывание беременности, если концепция консультирования ради своей действенности требует определенных исключений (3).

1. а) К необходимым рамочным условиям концепции консультирования относится, в первую очередь, необходимость сделать прохождение консультации обязанностью женщины, чтобы воодушевить женщину на вынашивание ребенка. При этом консультация по содержанию, способу проведения и организации должна быть пригодной для передачи женщине тех взглядов и информации, которые ей необходимы для принятия ответственного решения о продолжении или прерывании беременности (см. об этом, в частности, ниже п. IV).

б) Кроме того, в концепцию охраны следует вовлекать людей, способных положительно или отрицательно повлиять на волю женщины, находящейся в конфликтной ситуации в связи с беременностью. Это относится, прежде всего, к врачу [...]. В концепцию охраны должны быть вовлечены также лица из семейного и более отдаленного социального окружения беременной женщины [...].

в) По причинам, указанным в п. D.II.5. а) и б), регулирование, предусматривающее оказание консультаций, не должно предусматривать обычное затруднительное положение в качестве обстоятельства, исключаящего противоправность деяния. Это противоречило бы самой концепции. Регулирование, предусматривающее оказание консультаций, стремится обеспечить действенную охрану, избавляя женщину ради ее открытости в отношении консультации от необходимости изложения оправдывающего ее бедственного положения и необходимости его установления.

[...]

2. Законодатель может достичь цели, заложенной в концепции консультирования, предполагающей отсутствие угрозы наказания за прерывание беременности врачом, совершаемое в течение первых 12 недель беременности, при условии получения консультирования беременной женщиной, только путем исключения таких прерываний беременности из *состава деяния*, предусмотренного § 218 Уголовного уложения; они не могут быть признаны *обоснованными (не противоречащими закону)*.

а) Если прерывание беременности, согласно Конституции, может считаться допустимым только при наличии определенных исключительных обстоятельств, то оно не может одновременно рассматриваться в уголовном праве как разрешенное при наличии иных условий. Конституционно-правовой запрет прерывания беременности должен быть подтвержден и раскрыт в законе. Этой цели служит, в частности, уголовное право, охраняющее правовые блага особого ранга и в ситуации особой угрозы и формирующее наиболее отчетливо общее осознание правомерного и противоправного. Если уголовное право предусматривает обстоятельства, исключаящие противоправность, то в общем правовом сознании это должно пониматься таким образом, что поведение, обозначенное составом деяния в качестве обстоятельства, исключаящего противоправность, является разрешенным. Также право при соответствующем регулировании правомерного и противоправного действия

в своих отдельных областях исходило бы из того, что уголовно-правовые обстоятельства, исключающие наказуемость, прекращают охрану данной жизни. Это не соответствовало бы конституционно-правовой обязанности охраны. Действенность, которой обладает уголовно-правовое обстоятельство, исключающее наказуемость, имеет значение для системы права в целом, когда речь идет об охране элементарных правовых благ. Поэтому прерывание беременности может быть признано допустимым с точки зрения уголовного права только в тех случаях, когда обстоятельства, исключающие наказуемость, ограничены по составу обстоятельств допустимыми в соответствии с конституционным правом исключениями из запрета прерывания беременности.

Если же прерывание беременности при определенных условиях исключается из состава преступного деяния, то это лишь означает, что на него не распространяется угроза наказания. Решение законодателя о том, следует ли рассматривать прерывание беременности в других областях права как правомерное или противоправное действие, остается, таким образом, открытым. [...] Тогда в других областях права могут приниматься самостоятельные нормы, которые рассматривают прерывание беременности в качестве противоправного действия. Если этого не происходит, то исключение прерывания беременности из состава преступного деяния действует как обстоятельство, исключающее наказуемость, что уже не соответствует минимальным требованиям обязанности охраны.

Если исключение из состава преступного деяния оставляет возможность соответствия этим минимальным требованиям в других областях права, то введенное в уголовный закон обстоятельство, исключающее наказуемость, изначально предполагает отказ от требуемого Конституцией принципиального запрета прерывания беременности. В этом смысле выбор вариантов действий у законодателя ограничен.

б) В соответствии с неотъемлемыми принципами правового государства исключительные обстоятельства могут служить оправданием лишь в том случае, когда условия их применения *установлены* судами или третьими лицами, которым государство может доверять в силу их особого должностного положения и решение которых не лишено любого государственного контроля. Если выбранная государством концепция охраны путем консультирования не допускает данное регулирование показаний в случаях, когда речь идет об общих затруднительных ситуациях, на которые ссылаются

в большинстве случаев, потому что установление их условий препятствовало бы эффективности консультации, то в этой связи законодатель должен отказаться от признания прерывания беременности допустимым.

[...]

3. Исключение прерывания беременности из состава преступного деяния оставляет, как было изложено, пространство для реализации принципиального запрета на прерывание беременности, для которого не были установлены исключительные обстоятельства (оправдание), в остальных областях права. При этом особенности концепции консультирования требуют даже в случае последующего прерывания беременности создания условий, которые бы не противодействовали изначально готовности женщины согласиться на консультацию, направленную на сохранение жизни, раскрытия своего конфликта и ответственного участия в его решении. Поэтому правовое регулирование в целом должно осуществляться таким образом, чтобы у женщины не возникла мысль не соглашаться на консультации и прибегнуть к нелегальным методам. Помимо исключения прерывания беременности из-под угрозы применения уголовного наказания необходимо обеспечить невозможность оказания неотложной помощи третьими лицами в отношении неродившегося ребенка вопреки действиям женщины и врача. Женщина должна быть в состоянии осуществить прерывание беременности с помощью врача в рамках действующего гражданско-правового договора (см. об этом ниже п. V.6). Кроме того, она должна быть защищена от необходимости раскрывать факт прерывания беременности и его причин иным лицам, наносящий ущерб ее личным правам (см. ниже п. E.V.3 б) и 4 б)). Чтобы создать такие условия, необходимо сделать возможным отказ от рассмотрения в соответствующей области права прерывания беременности после консультации в качестве противоправного деяния, даже если оно было неоправданным.

[...]

IV.

Обязанность охраны в отношении неродившейся человеческой жизни накладывает на законодателя также обязательства относительно нормативного оформления процедуры осуществления консультаций, если он принимает решение в пользу концепции консультирования (см. выше п. III.1 а)). За счет переноса акцента по обеспечению охраны на превентивную защиту посредством консультаций она приобретает центральное

значение для охраны жизни. Поэтому законодатель должен при определении (1) содержания консультирования, (2) регулирования его проведения и (3) организации проведения консультации, включая выбор состава принимающих в ней участие лиц, с учетом требования запрета принятия недостаточных мер принять достаточные и эффективные меры для того, чтобы убедить женщину, которая размышляет о прерывании беременности, вынашивать ребенка. Только в таком случае допустима оценка законодателя, что посредством консультаций возможно обеспечить эффективную охрану жизни.

[...]

V.

Концепция охраны с помощью регулирования оказания консультаций затрагивает врача как еще одного участника, который обязан с медицинской точки зрения дать женщине совет и оказать помощь. Врач не может просто осуществить прерывание беременности, которого от него требуют, он должен нести ответственность за свои медицинские действия. Он обязан охранять здоровье и жизнь и потому не может, не разобравшись, участвовать в прерывании беременности.

Поэтому обязанность государства по охране требует, чтобы необходимое в интересах женщины участие врача одновременно содействовало бы охране неродившейся жизни.

[...]

6. Государственная обязанность охраны в отношении неродившейся жизни не требует рассматривать договоры с врачом или больницей о прерывании беременности, за которые, согласно концепции консультирования, не грозит наказания, в качестве недействительных с юридической точки зрения. Наоборот, концепция требует, чтобы оказание услуг между женщиной и врачом было оформлено как правовое отношение, то есть услуги оказывались на правовой основе. Независимо от оценки правовых последствий договора в отдельности, здесь не применяются нормы § 134, 138 Германского гражданского уложения. Врач и организация, в управлении которой находится больница, должны участвовать в прерывании беременности только на основании действительного договора, гарантирующего их права, в частности право на вознаграждение, а также регулирующего их обязанности. Прежде всего, охрана неродившейся жизни и здоровья женщины, предоставляемая врачом, должна быть

гарантирована с помощью договорного права. Поэтому ненадлежащее исполнение обязанностей по предоставлению консультаций и лечению должно подразумевать договорные и деликтные санкции.

Однако с точки зрения конституционного права необходим дифференцированный подход. Гражданско-правовые санкции за ненадлежащее исполнение договора и деликтная ответственность за нарушение личной неприкосновенности женщины принципиально необходимы; это касается не только обязанности возврата напрасно оплаченного вознаграждения, но и компенсации ущерба, включая — в рамках § 823, 847 Германского гражданского уложения — справедливую компенсацию женщине за нематериальные обременения, связанные с неудавшимся прерыванием беременности или рождением ребенка-инвалида. Правовая квалификация наличия ребенка как источника вреда, напротив, исключена в силу конституционных норм (абз. 1 ст. 1 Основного закона). Обязанность всей государственной власти к уважению каждого человека в его сущности ради него самого (см. выше п. I.1 а)) запрещает рассматривать обязанность содержания ребенка в качестве вреда. Судебная практика судов общей юрисдикции по делам об ответственности за врачебные ошибки при консультации или неудавшихся прерывания беременности [...] нуждается в этой связи в проверке. Это не затрагивает обязанности врача по возмещению вреда ребенку из-за повреждений, причиненных ему во время проведенного не по правилам, неудачного прерывания беременности (см. решения Федерального Верховного Суда по гражданским делам 58, 48 [49 и далее]; Федеральный Верховный Суд, Новый юридический еженедельник 1989, стр. 1538 [1539]).

[...]

Е.

Если проверить оспоренные нормы Закона о помощи беременным женщинам и семьям по указанным критериям, то обнаруживается, что закон при допустимом переходе к концепции консультирования в первые 12 недель беременности не в должном объеме соответствует обязанности эффективной охраны неродившейся жизни, вытекающей из нормы абз. 1 ст. 1 во взаимосвязи с предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона.

[...]

V.

[...]

2. [...]

б) Конституционно-правовая обязанность охраны в отношении жизни запрещает толкование нормы ст. 24 в части V Кодекса социального обеспечения таким образом, что выплаты из фонда социального страхования могут предоставляться и в случае, когда правомерность прерывания беременности не может быть установлена, как это бы имело место в случае допустимого с правовой точки зрения прерывания беременности. Правовое государство может финансировать действие по причине смерти лишь в том случае, когда такое действие правомерно, и государство убедилось в правомерности с достоверностью, присущей правовому государству.

[...]

аа) [...]

Если в условиях регулирования посредством консультирования невозможно установить, можно ли осуществленное на ранних этапах беременности прерывание беременности ввиду наличия признаков общего затруднительного положения считать допустимым, то правовое государство принципиально не может в нем участвовать — ни посредством финансирования, ни путем возложения обязанностей на третьих лиц, например, на солидарные сообщества социального страхования. При подобном участии государство должно было бы взять на себя часть ответственности за процессы, правомерность которых оно, с одной стороны, уже по конституционно-правовым причинам не может воспринимать как данность и, с другой стороны, не может ее установить в рамках своей концепции охраны.

[...]

вв) [...]

(2) Принцип социального государства (абз. 1 ст. 20 Основного закона) также не позволяет государству рассматривать в условиях консультационного регулирования, не предусматривающего наказание за прерывание беременности, отдельное прерывание беременности в качестве разрешенного в ситуации, когда оценка его правомерности в отдельном случае не проводится. Социальное государство может быть установлено только при помощи средств правового государства. Принцип правовой государственности был бы не просто слегка затронут, а был бы нарушен в своей глубинной сущности, если государство

в общем — то есть без дифференциации, учитывающей идею социального государства, — прямо или косвенно взяло бы на себя (частичную) ответственность за процессы, в правомерности которых оно не может быть уверено.

[...]

3. [...]

б) Задача законодателя заключается в регулировании вопросов относительно того, каким образом и при наличии каких условий государство должно взять на себя расходы в случаях, когда женщина испытывает нужду, как того требует концепция охраны через регулирование путем оказания консультаций. Очевидно, что для этого действующая норма § 37 а Федерального закона о предоставлении социальной помощи будет приведена в соответствие с выводами, вытекающими из конституционно-правовых положений относительно регулирования посредством консультирования. Оказывая *данную* социальную услугу, государство не вступает в противоречие с требованиями о его охранительной функции. Тем самым оно изначально предотвращает, чтобы женщины прибегали к нелегальным методам и таким образом не только наносили вред своему здоровью, но и лишали бы неродившегося ребенка шанса на спасение с помощью консультации врача.

[...]

4. Что касается права на продолжение выплаты заработной платы, учитывая его особую трудовую концепцию и требования концепции охраны в соответствии с изложенными выше (п. D.III.3) принципами, не требуется исключать из обязательства только случаи прерывания беременности, не входящие в состав преступного деяния, предусмотренные § 218 Уголовного уложения в новой редакции.

[...]

39) BVerfGE 115, 118

(Luftsicherheitsgesetz / Закон об авиационной безопасности)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 11/2006 от 15 февраля 2006 г.

**Решение от 15 февраля 2006 г.
– 1 BvR 357/05 –**

**Полномочие сбить самолет, установленное в Законе
об авиационной безопасности, ничтожно**

См. решение № 16 — Часть II: Основные права — § 7 — достоинство личности (абз. 1 ст. 1 Основного закона).

§ 11. Свобода личности (абз. 2 ст. 2 Основного закона)

40) BVerfGE 19, 342
(Wencker / Венкер)

Согласно конституционно-правовому принципу соразмерности и при наличии ордера на арест на основании абз. 4 § 112 Уголовно-процессуального уложения допускается освобождение от заключения под стражу при соответствующем применении § 116 Уголовно-процессуального уложения.

**Решение Первого Сената от 15 декабря 1965 г.
– 1 BvR 513/65 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

I.

1. [...] Абзац 4 § 112 Уголовно-процессуального уложения³ предусматривает:

«В отношении обвиняемого, который находится под серьезным подозрением в совершении преступления против жизни в соответствии с § § 211, 212 или § 220a абз. 1 № 1 Уголовного уложения, заключение под стражу в процессе расследования может быть

³ Сегодня по смыслу абз. 3 § 112 Уголовно-процессуального кодекса.

назначено и в том случае, если нет основания для ареста в соответствии с абзацем 2 и 3».

Набор случаев так называемого освобождения от заключения под стражу в § 116 Уголовно-процессуального уложения расширен по сравнению с ранее существовавшим регулированием. Не только при наличии угрозы укрывательства от следствия, но и при наличии угрозы сокрытия доказательств или опасности повторного совершения преступления приостановление исполнения ордера на арест допускается, если цель заключения под стражу может быть достигнута применением менее суровых мер. Абзац 4 § 112 Уголовно-процессуального уложения не упоминается в § 116 Уголовно-процессуального уложения.

2. Вопрос о том, может ли быть вынесено постановление о приостановлении исполнения ордера на арест в соответствии с § 116 Уголовно-процессуального уложения в том случае, если ордер на арест основан только на абз. 4 § 112 Уголовно-процессуального уложения, является спорным как в юридической литературе, так и в судебной практике Высших земельных судов.

[...]

II.

1. Заявитель жалобы, адмирал в отставке, 76 лет, обвиняется в убийстве. Ему вменяют, что он в 1944 г., будучи военно-морским атташе при посольстве ФРГ в Токио, издал приказ о том, что лиц, находящихся в предварительном заключении и перевозимых на брандерах в Германию, в случае самозатопления оставить тонуть вместе с кораблем. На основании ордера на арест земельного суда г. Гамбурга от 9 августа 1965 г., выданного в соответствии с абз. 4 § 112 Уголовно-процессуального уложения, заявитель жалобы был взят под стражу 11 августа 1965 г.

[...]

Заявитель жалобы отмечает, что ему уже на протяжении пяти лет известно о расследованиях в отношении него; он всегда был готов участвовать в проведении расследования. Он высокоуважаемый человек и всегда готов следовать соответствующим указаниям, выданным судом для предотвращения заключения.

[...]

III.

Конституционная жалоба обоснованна.

1. В институте заключения под стражу явно имеет место сложность в соотношении права на личную свободу, гарантированного абз. 2 ст. 2 и ст. 104 Основного закона, и неотложной необходимостью действительного уголовного преследования. Быстрое и справедливое наказание за совершение тяжких уголовных преступлений во многих случаях было бы невозможным, если бы органам уголовного преследования было бы запрещено, без каких-либо исключений, арестовывать и заключать под стражу подозреваемого еще до осуждения и вынесения приговора. С другой стороны, полное лишение личной свободы посредством заключения под стражу является злом, которое в правовом государстве принципиально может быть причинено лишь тому, в отношении кого в соответствии с требованиями закона вынесен приговор за совершение действия, за которое законом предусмотрено наказание. Применение данной меры в отношении лица, которое всего лишь подозревается в совершении преступления, допустимо лишь в строго ограниченных исключительных случаях. Это вытекает также из принципиальной презумпции невиновности, которая даже при серьезном подозрении в совершении преступления исключает принятие в счет наказания по отношению к подозреваемому мер, приравняемых по своему действию к наказанию в виде лишения свободы. Несмотря на то, что данная презумпция невиновности в Основном законе прямо не сформулирована, она, тем не менее, соответствует общим убеждениям, присущим правовому государству, и введена в позитивное право Федеративной Республики Германия посредством абз. 2 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Приемлемое решение данного конфликта двух принципов, одинаково важных для правового государства, достижимо лишь тогда, когда ограничению свободы, которое кажется необходимым и целесообразным с точки зрения уголовного преследования, постоянно противопоставляется в качестве поправки право на свободу еще не осужденного обвиняемого лица. Это означает: заключение под стражу при назначении и исполнении должно подчиняться принципу соразмерности; посягательство на свободу можно допустить лишь тогда, если, с одной стороны, из-за серьезного и основанного на фактах подозрения в совершении преступления существуют обоснованные сомнения в невиновности подозреваемого, а, с другой стороны, законное право общества на полное раскрытие

преступления и быстрое наказание преступника не может быть обеспечено иначе, чем предварительным заключением подозреваемого под стражу. Преследование иных целей посредством заключения под стражу в любом случае в принципе исключено, в частности, оно не может подобно наказанию предупреждать охрану правовых благ, которой должно служить материальное уголовное право.

2. [...]

В Федеративной Республике Германия принцип соразмерности имеет ранг конституционно-правового принципа. Он вытекает из принципа правового государства, по сути уже из сущности самих основных прав, которые, являясь выражением права каждого гражданина на свободу по отношению к государству, могут быть ограничены государственной властью лишь в той мере, в которой это необходимо в целях защиты общественных интересов. Для основного права на личную свободу это вытекает и из того особого значения, которым обладает именно это основное право как основа общего правового положения и возможности развития личности и которое Основной закон признает, обозначая в ст. 2 абз. 2 свободу личности как «неприкосновенную».

[...]

3. При надлежащей оценке судья всегда должен иметь в виду, что главная цель и причина, оправдывающая заключение под стражу, состоит в том, чтобы обеспечить последовательное осуществление уголовного производства и затем исполнение наказания; если заключение под стражу для достижения одной из этих целей больше не требуется, то его назначение, применение или исполнение является несоразмерным и потому принципиально недопустимым. Такие основания для ареста, как угроза совершения побега и опасность сокрытия доказательств, а также того, что обвиняемый воспрепятствует установлению истины по делу (абз. 2 § 112 Уголовно-процессуального уложения), очевидно, служат этой цели. Опасность повторного совершения преступления как основание для ареста в соответствии с абз. 3 § 112 Уголовно-процессуального уложения выходит, правда, за указанные пределы, когда защита общественности от дальнейших уголовных преступлений, то есть полицейско-превентивная позиция, признается достаточной для назначения такой меры пресечения, как заключение под стражу. Однако это основание для ареста может быть оправдано тем, что

в данном случае речь идет об охране нуждающегося в особой защите круга населения от тяжких преступлений, угрожающих с высокой степенью вероятности; кроме того, представляется более целесообразным доверить эту охрану органам уголовного преследования, занятым расследованием совершенного уголовного преступления, и, тем самым, судье, а не полиции.

Дополненный абзац 4 § 112 Уголовно-процессуального уложения, напротив, должен был бы вызывать сомнения с точки зрения правового государства, если бы его следовало толковать таким образом, что при серьезном подозрении в совершении одного из перечисленных в нем преступлений против жизни заключение под стражу может быть немедленно назначено, т. е. без проверки дальнейших оснований. Подобное толкование было бы несовместимым с Основным законом. Можно уже сомневаться в том, соответствует ли оно формулировке нормы, поскольку придает указанному положению лишь субсидиарный характер, т. е. его следует применять только тогда, когда сначала было проверено наличие основания для заключения под стражу в соответствии с абз. 2 и дан отрицательный ответ. Но даже если не следовать данному толкованию, принцип соразмерности требует, чтобы судья при применении абз. 4 § 112 Уголовно-процессуального уложения всегда учитывал цель заключения под стражу. Ни тяжесть преступлений против жизни, ни степень (еще не установленной) вины сами по себе не оправдывают заключение обвиняемого; в еще меньшей степени достаточным является учет более или менее явно определяемой «взволнованности населения», которое считает недопустимым, чтобы «убийца» разгуливал на свободе. И здесь, напротив, всегда должны иметь место обстоятельства, обосновывающие опасность того, что без ареста обвиняемого скорейшее расследование преступления и наказание могли бы быть поставлены под угрозу. При определенных обстоятельствах достаточным может быть подозрение в возможности побега или сокрытия доказательств и воспрепятствовании установлению истины по делу, которое не может быть подтверждено «соответствующими фактами», но и не исключается исходя из обстоятельств дела. Точно так же серьезное опасение, что обвиняемый может совершить дальнейшие преступления подобного рода, может быть достаточным для выдачи ордера на арест. Абзац 4 § 112 Уголовно-процессуального

уложения следует рассматривать в тесной взаимосвязи с абз. 2; в таком случае его применение может быть оправдано тем, что с учетом тяжести перечисленных преступлений строгие основания для применения ареста в соответствии с абз. 2 должны быть смягчены, чтобы исключить опасность того, что именно особо опасные преступники избегут наказания.

4. Особым проявлением принципа соразмерности является § 116 Уголовно-процессуального уложения. Он налагает на судью обязанность в каждом случае ареста в связи с опасностью совершения побега, сокрытия доказательств или воспрепятствования установлению истины по делу, а также опасностью повторного преступления проверять, не может ли быть достигнута цель заключения под стражу с помощью менее радикальных мер ограничения свободы. Если это возможно, следует приостановить исполнение ордера на арест. Приведенные выше доводы об общем значении принципа соразмерности для норм, регулирующих заключение под стражу, приводят к результату, что освобождение от заключения должно быть возможным и в тех случаях, если ордер на арест основывается на абз. 4 § 112 Уголовно-процессуального уложения. Ни формулировка, ни смысл § 112 Уголовно-процессуального кодекса не запрещают, в том числе в случаях преступлений против жизни, руководствоваться при выдаче ордера на арест абз. 2 или абз. 3 данного параграфа. Это было бы бессмысленно и явно противоречило бы принципу соразмерности, если бы при наличии опасности побега или сокрытия доказательств по смыслу абз. 2 § 112 Уголовно-процессуального уложения обвиняемый в совершении преступления всегда мог бы быть освобожден от заключения по § 116 Уголовно-процессуального уложения без учета тяжести преступления, но, с другой стороны, при меньшей степени опасности побега или сокрытия доказательств преступления в отношении обвиняемого просто исключалось бы применение более мягкой меры, достаточной для цели проведения уголовного производства. Если отмена ордера на арест ставит под угрозу производство по уголовному делу, но приостановление исполнения ордера на арест с возложением определенных обязанностей является достаточным, то судья не должен быть вынужден продлить арест.

[...]

41) BVerfGE 20, 45

(Kommando 1005 /Команда 1005)

Предварительное заключение продолжительностью более пяти лет не соответствует Конституции, если оно обусловлено затягиванием уголовного расследования, которого можно было бы избежать.

Решение Первого Сената от 3 мая 1966 г.

– 1 BvR 58/66 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

IV.

[...]

1. В институте заключения под стражу явно имеет место сложность в отношении права на личную свободу, гарантированного абз. 2 ст. 2 и ст. 104 Основного закона, и неотложной необходимости действенного уголовного преследования. Приемлемое решение данного конфликта двух принципов, одинаково важных для правового государства, достижимо лишь тогда, когда ограничению свободы, которое кажется необходимым и целесообразным с точки зрения уголовного преследования, постоянно противопоставляется в качестве поправки право на свободу еще не осужденного обвиняемого лица. Это означает, что посягательство на свободу допускается лишь в том случае, когда законное право общества на полное расследование деяния и быстрое наказание преступника не может быть обеспечено иначе, чем с помощью предварительного заключения подозреваемого под стражу (решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 19, 342 [347 и далее]).

2. Указанный конституционно-правовой принцип соразмерности имеет значение не только для назначения, но и для продолжительности заключения под стражу. Прежде всего, предварительное заключение по своей длительности не должно быть несоразмерным по отношению к ожидаемому наказанию. Но и независимо от ожидаемого наказания принцип соразмерности устанавливает пределы продолжительности заключения под стражу. Это учитывается в § 121 Уголовно-процессуального уложения, в соответствии с которым заключение под стражу до вынесения приговора по тому же делу может продолжаться более 6 месяцев только в том случае, если приговор еще не может быть вынесен в связи с особой сложностью,

или большим объемом расследования, или по иной уважительной причине, которая оправдывает продление заключения. Данная норма, таким образом, допускает исключения лишь в ограниченном объеме; особые составы преступления согласно абз. 1 § 121 Уголовно-процессуального уложения при их буквальном и историческом толковании следует толковать в узком смысле. Какое значение законодатель придает решению о продлении заключения под стражу на срок более 6 месяцев, следует, в том числе, из того факта, что он предоставил право принимать решение по данному вопросу Высшему земельному суду (см. «Новый юридический еженедельник», решение Федерального Верховного Суда (BGH NJW) 1966, стр. 924).

Вопрос о том, требует ли Основной закон, как полагает заявитель жалобы, установления абсолютного предела для заключения под стражу, запрещающего по истечении определенного календарного времени продление заключения, в настоящем деле решению не подлежит. В любом случае дальнейшее содержание под стражей, превышающее установленный в абз. 1 § 121 Уголовно-процессуального уложения срок в такой необычной степени, нарушает положения абз. 2 ст. 2 Основного закона, если превышение вызвано тем, что органы уголовного преследования и суды не приняли все возможные и приемлемые меры, чтобы завершить необходимое расследование в срок. В целях проведения должного уголовного процесса и обеспечения дальнейшего исполнения наказания в смысле вышеназванного решения Федерального Конституционного Суда заключение под стражу не может быть признано необходимым, если его продолжение вызвано затягиванием расследования, которого можно было бы избежать.

Расследование в отношении заявителя жалобы не было проведено без подобного затягивания.

[...]

42) BVerfGE 128, 326

(EGMR — Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung / ЕСПЧ — О превентивном аресте после отбывания наказания)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 31/2011 от 4 мая 2011 г.

Решение от 4 мая 2011 г.
Превентивный арест после отбывания наказания I
– 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10 –
Превентивный арест после отбывания наказания II
– 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 –

Нормы о превентивном аресте после отбывания наказания не соответствуют Конституции

Федеральный Конституционный Суд опубликовал сегодня свое решение по четырем конституционным жалобам лиц, заключенных под стражу после отбывания наказания, в отношении их содержания под превентивным арестом после отбывания ранее назначенного максимального основного срока наказания в 10 лет (Превентивный арест после отбывания срока наказания I) либо в отношении заключения их под превентивный арест задним числом (Превентивный арест после отбывания наказания II).

Информация об обстоятельствах дел содержится в Сообщении для печати № 117/2010 от 16 декабря 2010 г. С ним можно ознакомиться на домашней странице Федерального Конституционного Суда.

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда решил, что все нормы Уголовного уложения и Закона о судопроизводстве по делам несовершеннолетних о назначении и длительности превентивного ареста несовместимы с основным правом на свободу затрагиваемых лиц в соответствии с предл. 1 абз. 2 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 104 Основного закона, так как они не удовлетворяют конституционно-правовому требованию о разграничении.

Кроме того, оспоренные в конституционных жалобах нормы уголовного права о продлении задним числом превентивного ареста после отбывания основного наказания сверх ранее назначенного максимального срока отбывания наказания в 10 лет и о наложении превентивного ареста задним числом в отношении взрослых и несовершеннолетних лиц нарушают принцип доверия в соответствии с предл. 2 абз. 2 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 3 ст. 20 Основного закона.

До вступления в силу нового законодательного регулирования, но не позднее, чем до 31 мая 2013 г., Федеральный Конституционный Суд

постановил принять решение о дальнейшей применимости положений, признанных неконституционными, и определил в основном следующее переходное регулирование:

1. В ранее рассмотренных делах (старых делах) превентивный арест продолжается после истечения ранее назначенного максимального основного срока наказания в 10 лет, а также в делах о назначении превентивного ареста задним числом заключение под превентивный арест или его продление может иметь место только при наличии серьезной угрозы особо тяжких преступлений, сопряженных с насилием, и преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы личности, которая должна следовать из конкретных обстоятельств, связанных с личностью или поведением заключенного, или если он страдает психическим расстройством по смыслу абз. 1 № 1 § 1 Закона о помещении на принудительное медицинское лечение. Суды, которым подсудны дела об исполнении решения, обязаны незамедлительно проверить наличие данных оснований превентивного ареста и, в противном случае, назначить освобождение соответствующих заключенных из-под превентивного ареста не позднее 31 декабря 2011 г.

2. Остальные нормы о назначении и длительности превентивного ареста на переходный период могут применяться только после строгой проверки соразмерности, которая, как правило, имеет место лишь тогда, когда существует угроза будущих тяжких насильственных действий, в том числе против половой неприкосновенности и половой свободы личности, со стороны затронутого лица.

Сенат отменил оспоренные в конституционных жалобах и основанные на неконституционных нормах решения, так как они нарушают основное право заявителей жалоб на свободу и их конституционно-правовые интересы в защите принципа доверия, и направил дела в соответствующие специализированные суды на новое рассмотрение.

В основе принятого решения по существу лежат следующие доводы:

1. Толкование Основного закона в духе международного права

1. Юридическая сила решения Федерального Конституционного Суда от 5 февраля 2004–2 BvR2029/01 -, в котором были признаны конституционными положения об отмене ранее действовавшего десятилетнего

максимального срока назначения превентивного ареста и о применении данного нового регулирования к так называемым старым делам, не является процессуальным препятствием для признания конституционных жалоб допустимыми. Решения Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), содержащие новые аспекты для толкования Основного закона, приравниваются к юридически значимым изменениям права, которые могут привести к преодолению правовой силы решения Федерального Конституционного Суда. Это касается решения ЕСПЧ от 17 декабря 2009 г., в котором было определено, что продление срока превентивного ареста задним числом нарушает право на свободу согласно ст. 5 Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ), равно как и установленный в ст. 7 ЕКПЧ запрет обратной силы закона.

2. По своей юридической силе на внутривнутригосударственном уровне Европейская конвенция по правам человека стоит ниже Основного закона. Положения Основного закона следует, однако, толковать в духе международного права. Текст конвенции и судебная практика Европейского суда по правам человека выступают на уровне конституционного права вспомогательным средством толкования для определения содержания и сферы действия основных прав и принципов правового государства, закрепленных в Основном законе.

Толкование в духе международного права не требует схематического приравнивания положений Основного закона к Европейской конвенции по правам человека, а предполагает восприятие ее оценок, если это приемлемо с методической точки зрения и совместимо с положениями Основного закона.

II. Нарушение основного права на свободу — требование о разграничении

Серьезное посягательство на основное право на свободу, свойственное превентивному аресту, может быть оправдано лишь после проведения основательной проверки соразмерности и с соблюдением строжайших требований к решениям, лежащим в его основе, а также к осуществлению исполнения. Существующие нормы о превентивном аресте не соответствуют конституционно-правовым (минимальным) требованиям к осуществлению исполнения.

Принципиально различные конституционно-правовые основы легитимации и постановки целей наказания в виде лишения свободы

и превентивного ареста требуют четкого разграничения между лишением свободы в виде превентивного ареста и наказанием в виде лишения свободы (так называемое требование разграничения). Если наказание в виде лишения свободы служит мерой ответственности за виновные преступления, то лишение свободы в результате превентивного ареста преследует исключительно превентивные задачи, а именно предотвращение уголовных преступлений в будущем. Оно основывается лишь на прогнозе опасности и накладывает на человека, в отношении которого вводится мера, обязанность принесения особой жертвы в интересах безопасности общества. Превентивный арест подлежит оправданию лишь тогда, когда законодатель при его установлении учитывает в достаточной мере особый характер заключающегося в нем вмешательства и заботится о том, чтобы избежать еще больших обременений, выходящих за рамки неизбежного лишения «внешней» свободы. Речь идет об ориентированном на свободу и нацеленном на терапию исполнении, которое ясно показывает исключительно превентивный характер меры как для находящегося под арестом лица, так и для общества. Для этого требуется общая концепция превентивного ареста с явно терапевтической направленностью на минимизацию исходящей от находящегося под арестом лица опасности и, тем самым, приводящей к сокращению продолжительности лишения свободы до абсолютно необходимого срока. Перспектива выхода на свободу, очевидно, должна определять практику заключения под стражу. Соблюдение требования о разграничении, ориентированного на свободу, учитывает и позицию Европейского суда по правам человека относительно абз. 1 ст. 7 ЕКПЧ, который в своем решении от 17 декабря 2009 г. приравнял превентивный арест к наказанию ввиду отсутствия надлежащего разграничения от наказания в виде лишения свободы и указал на необходимость особой индивидуальной поддержки заключенного под превентивный арест лица.

Конституционно-правовое требование разграничения является обязательным для всех государственных органов и изначально адресовано законодателю, в задачу которого входит разработка соответствующей общей концепции превентивного заключения и закрепление ее в нормативном виде. Она должна, по меньшей мере, охватить следующие аспекты: превентивный арест может быть назначен и реализован лишь в качестве крайней меры. Необходимые и возможные терапевтические

курсы лечения должны быть инициированы на наиболее ранней стадии и проводиться настолько интенсивно уже во время отбывания наказания в виде лишения свободы, чтобы могли быть завершены по возможности еще до окончания срока наказания. Не позднее начала исполнения превентивного ареста должно быть проведено обширное, соответствующее современным научным требованиям медицинское обследование, на основе которого должен быть составлен план исполнения и осуществлен интенсивный терапевтический уход за лицом, находящимся под превентивным арестом, силами квалифицированных специалистов, определяющий реалистичную перспективу освобождения. Посредством целенаправленной мотивационной работы следует заручиться содействием со стороны находящегося под арестом лица. Жизнь под превентивным арестом, с учетом ее специфичности, должна быть приспособлена к обычным условиям жизни в той мере, в которой этому не противостоят соображения безопасности. Несмотря на то, что это не требует полного пространственного отделения от системы исполнения наказаний, но отдельное от нее размещение в особых зданиях и отделениях, соответствующих терапевтическим требованиям, позволяющих осуществлять внешние социальные и семейные контакты и обладающих достаточным количеством персонала. Кроме того, концепция закона о превентивном аресте должна содержать предписания относительно смягчения исполнения и подготовки к освобождению. Кроме того, следует предоставить находящемуся под арестом лицу действительное право на проведение мер, уменьшающих его опасность. Наконец, продолжение содержания под превентивным арестом должно подвергаться судебной проверке как минимум раз в год.

Существующие нормы о превентивном аресте и, следовательно, его практическое исполнение не удовлетворяют указанным требованиям. Наоборот, законодатель все более расширял применение превентивного ареста, не учитывая требование о разграничении, уже конкретизированное в решении Федерального Конституционного Суда от 5 февраля 2004 г. Институт превентивного ареста без соблюдения требования о разграничении несовместим с основным правом на свободу помещенных под арест лиц. Законодатели на федеральном уровне и на уровне земель вместе обязаны разработать общую концепцию превентивного ареста, ориентированную на свободу и направленную на лечение, которая не предоставляет право на усмотрение при решении существенных

вопросов органам исполнительной или судебной власти, а определяет их действия во всех существенных сферах.

III. Нарушение принципа доверия

Кроме того, оспоренные в конституционных жалобах нормы о продлении задним числом срока превентивного ареста за пределами ранее установленного максимального десятилетнего срока наказания и о назначении превентивного ареста задним числом нарушают свойственный правовому государству принцип доверия, установленный предл. 2 абз. 2 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 3 ст. 20 Основного закона.

Нормы содержат существенное вторжение в сферу доверия соответствующего круга лиц, ожидающих окончания превентивного заключения по истечении десяти лет (в так называемых старых делах) или же на отказ в назначении превентивного ареста (в случаях его последующего назначения задним числом). Ввиду связанного с этим серьезного вторжения в основное право на свободу защита принципа доверия обретает особо высокое конституционно-правовое значение, усиленное при этом правовой оценкой со стороны Европейской конвенции по правам человека. Согласно правовой оценке абз. 1 ст. 7 ЕКПЧ недостаточное разграничение исполнения превентивного ареста и наказаний в виде лишения свободы приводит к тому, что значение доверия затронутых лиц приравнивается к абсолютной защите доверия. Кроме того, на стороне лиц, заключенных под превентивный арест, следует учесть положения ст. 5 ЕКПЧ. Согласно им, а также с учетом устойчивой судебной практики ЕСПЧ оправдание лишения свободы в случаях продленного или назначенного задним числом превентивного ареста, о которых здесь идет речь, возможно практически лишь при наличии психического нарушения согласно литере «д» предл. 2 абз. 1 ст. 5 ЕКПЧ. Норма требует наличия достоверно доказанного и продолжающегося психического нарушения. Законодательные нормы должны предусмотреть его наличие в качестве явного фактического условия. Оправдание лишения свободы предполагает, кроме того, такое оформление размещения затронутого лица, которое учитывает тот факт, что он помещен под арест ввиду психического расстройства.

С учетом данных оценок и ввиду существенного вторжения в область доверия лиц, находящихся под превентивным арестом, право на свободу которых оказалось затронутым, легитимная цель оспариваемых положений законодательства защищать общество от опасных преступников

в значительной степени уступает защищенному основными правами доверию затронутого круга лиц. Поэтому назначенное или продленное задним числом лишение свободы в виде превентивного ареста может считаться соразмерным лишь тогда, когда проводится надлежащее разграничение с наказанием, если высокая степень опасности совершения тяжких уголовных преступлений и преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы вытекает из конкретных обстоятельств, связанных с личностью или поведением находящегося под арестом, и если соблюдены условия, установленные предл. 2 абз. 1 ст. 5 ЕКПЧ. Только в таких исключительных случаях еще можно исходить из преимущества общественного интереса в безопасности. Рассматриваемые здесь нормы не соответствуют данным требованиям. Они не могут быть истолкованы таким образом, что они соответствуют Конституции.

IV. Переходное регулирование

Во избежание «правового вакуума» Федеральный Конституционный Суд не признал неконституционными положения ничтожными, а определил их дальнейшее, ограниченное во времени, применение. Поскольку признание соответствующих норм ничтожными привело бы к тому, что для дальнейшего превентивного ареста отсутствовало бы правовое основание и все находящиеся под превентивным арестом лица должны были бы быть отпущены незамедлительно из-под ареста, что поставило бы суды, исполнительную власть и полицию перед едва ли разрешимыми проблемами.

Дальнейшее действие положений должно составить 2 года, принимая во внимание общую концепцию превентивного заключения, которую законодателю надлежит разработать, а также необходимость в привлечении дополнительного персонала, и принятие мер, необходимых для пространственного разделения мест отбывания уголовного наказания в виде лишения свободы и превентивного ареста, должно составить два года. Ввиду связанного с превентивным арестом вторжения в основные права, тем не менее, требуется переходное регулирование, обеспечивающее соблюдение минимальных конституционно-правовых требований. Что касается положений, несовместимых с принципом доверия (III), следует обратиться к Закону о помещении на принудительное медицинское лечение, вступившему в законную силу 1 января 2011 г. Посредством указанного закона немецкий законодатель создал, с учетом особых положений

Европейской конвенции по правам человека, еще одну категорию для помещения под арест лиц с психическими расстройствами, потенциально опасных ввиду совершенных ими преступлений, которая ориентируется на их актуальное психическое состояние и возникающую вследствие этого опасность.

§ 12. Принцип всеобщего равенства (Ст. 3 I Основного закона)

43) BVerfGE 9, 338

(Hebammenaltersgrenze / Предельный возраст для акушерок)

[...]

Решение Первого Сената от 16 июня 1959 г. – 1 BvR 71/57 –

[...]

Резолютивная часть решения

Конституционная жалоба отклонена.

ОСНОВАНИЯ

А.

После того как заявителю жалобы 12 февраля 1951 г. исполнилось 70 лет, ей было запрещено дальнейшее занятие должности акушерки со ссылкой на наказуемость нарушения; [...]

Заявитель жалобы отмечает, в частности, следующее:

Нарушение абз. 1 ст. 3 Основного закона усматривается в том, что при одинаковых обстоятельствах профессиональное осуществление обычного родовспоможения для врачей регулируется иначе, здесь нет возрастной границы, причем для такого различия не наблюдается ясной и разумной причины. Если исходить из предположения, что физические и умственные способности после достижения 70-летнего возраста в значительной степени убывают, то возрастное ограничение должно тем более действовать и для врачей, ведь, хотя действия врачей и акушерок при обычном течении

родов одинаковые, в случае осложнений действия предпринимает именно врач и несет при этом намного большую ответственность. Во всяком случае, эти два фактических обстоятельства — помощь при родах врача и акушерки — вопреки мнению Федерального Административного Суда не становятся разными лишь потому, что врач имеет иную базовую подготовку; она не имеет никакого влияния на его умственную и физическую работоспособность.

[...]

В.

[...]

III.

[...]

1. [...] При оценке нормы, которая — как ограничение возраста — касается всей профессиональной деятельности и тем самым структуры профессии в целом, следует, прежде всего, учитывать всю картину каждой отдельной профессии. Чем сильнее и чем больше влияния действующее регулирование одной профессии оказывает на структуру другой профессии, тем легче это понять, потому что эти две структуры сильно различаются между собой в социальном и правовом смысле. Даже если при таком объемном и «широком» рассмотрении напрашивается обязанность равного отношения, законодатель считался бы нарушившим принцип равенства, регулируя вопрос для одной профессии иначе, чем для другой. Более частым является, однако, предположение в пользу конституционности дифференцированного подхода, согласно которому может быть ошибочным сначала исходить из «одинакового» отдельного действия, чтобы затем лишь проверить, не имеется ли все-таки — несмотря на «равенство» в отдельных элементах — в целом достаточно неравенства фактических обстоятельств, чтобы оправдать недопущение равного отношения со стороны законодателя.

2. Так обстоит дело в данном случае. В отношении других медицинских профессий, кроме профессии врача, с самого начала исключается возможность осмысленного сравнения с профессией акушерки при рассмотрении вопроса о возрастном ограничении. Хотя как профессия врача, так и акушерки являются «свободными профессиями», их структуры все же в значительной степени различны. Профессия врача в качестве свободной профессии развивалась на протяжении длительного времени; ее

характеристики на сегодняшний день коренным образом определяются этим развитием. Она в большой мере характеризуется самостоятельной ответственностью и собственным риском в экономическом отношении, самостоятельной ответственностью, прежде всего, при осуществлении самой профессии. Хотя некоторые отдельные основы этой структуры, как, например, общественная оценка особого академического образования, могут больше не иметь прежнего значения, но характеристика профессии в целом до сих пор не изменилась. Возрастное ограничение без введения пенсионного обеспечения по старости было бы вряд ли возможным, оно изменило бы профессию во всей ее структуре.

Характеристика профессии акушерки значительно отличается: эта профессия лишь недавно сформировалась из норм о промысловом праве посредством Закона об акушерстве в качестве «свободной профессии», причем с заранее заявленным намерением введения возрастного ограничения. Экономический риск был законодательно уменьшен как на время осуществления профессии, так и в случае ухода из-за профессиональной нетрудоспособности. Осуществление профессиональной деятельности подчинено объемной и основательной регламентации, которая точно предписывает сферу деятельности акушерки. Служебный устав регулирует принципы и обязывает акушерку в своих действиях вплоть до мельчайших деталей следовать служебному пособию для акушерок. Повторные экзамены и обязательность регулярного посещения курсов повышения квалификации должны контролировать приобретение профессиональных навыков и способствовать их развитию. Представители данной профессии в целом подлежат постоянному надзору и контролю, которые распространяются не только на непосредственное занятие профессией.

Все это в значительной степени отличается от профессии врача. Если возрастное ограничение лишает отдельную акушерку суждения о том, когда ее трудоспособности уже недостаточно, то это присущее для содержания профессии акушерки правило было бы чуждым для содержания профессии врача; по крайней мере, предоставление возможности суждения о снижении трудоспособности и вытекающих отсюда выводах отдельному врачу больше соответствует предшествующей характеристике профессии врача.

[...]

44) BVerfGE 26, 302

(Einkommensteuer / Подоходный налог)

[...]

**Решение Второго Сената от 9 июля 1969 г.
– 2 BvL 20/65 –**

в деле о проверке на соответствие Основному закону ФРГ абз. 1 § 23 Закона о подоходном налоге в ред. от 15 августа 1961 г. (Собрание федерального законодательства, Часть I, с. 1254) — решение суда г. Штутгарт по финансовым спорам от 23 ноября 1965 г. (№ I 952/63) об отсрочке принятия решения по делу и об обращении в Федеральный Конституционный Суд ФРГ.

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

[...]

II.

3. а) [...] Законодатель связан принципом справедливого распределения налогового бремени, который закреплен в абз. 1 ст. 3 Основного закона ФРГ (Решение Федерального Конституционного Суда 13, 181 [BVerfG 30.10.1961–1 BvR833/59] [202]). Применение этого основополагающего принципа основывается на сравнении жизненных обстоятельств и особенностей статуса налогоплательщика, которые лишь в исключительных случаях могут быть одинаковыми. Какие обстоятельства деятельности налогоплательщика являются решающими для сравнения его правового положения с правовым положением другого налогоплательщика, решает законодатель (см. вышеупомянутое решение Федерального Конституционного Суда ФРГ). Так, значительную свободу выбора законодатель приобретает в ходе раскрытия и анализа источников налогообложения. Однако и у такой свободы выбора есть предел, а именно в тех случаях, когда критерий справедливости не может быть использован при оценке налоговых правоотношений лица, т. е. когда отсутствует явное основание для использования этого критерия. Проверке со стороны Федерального Конституционного Суда подлежит лишь обеспечение подобных правовых

рамок свободы законодателя (запрет произвола), но никак не вопрос, принял ли законодатель в отдельном случае наиболее целесообразное, разумное и справедливое решение.

[...]

45) BVerfGE 55, 72

(Präklusion I / Преклюзивность I)

Соответствует Основному закону положение, в соответствии с которым в гражданско-правовых спорах средства судебной защиты и доказывания, которые были правомерно отклонены во время рассмотрения дела в первой судебной инстанции, исключаются при производстве в апелляционной инстанции (абз. 3 § 528 Гражданского процессуального кодекса).

Решение Первого Сената от 7 октября 1980 г.

– 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79 –

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ РЕШЕНИЯ

1. Абзац 3 § 528 Гражданского процессуального кодекса в редакции Закона об упрощении и ускорении судопроизводства (Реформа по упрощению судопроизводства) от 3 декабря 1976 г. (Сборник федерального законодательства, часть I, с. 3281) соответствует Основному закону.
2. Конституционная жалоба отклонена.

ОСНОВАНИЯ

A.

В рамках процессов рассматриваются вопросы конституционности положения, в соответствии с которым в гражданско-правовых спорах средства судебной защиты и доказывания, которые были правомерно отклонены во время рассмотрения дела в первой судебной инстанции, по общему правилу исключаются при производстве в апелляционной инстанции.

I.

Закон об упрощении и ускорении судопроизводства (Реформа по упрощению судопроизводства) от 3 декабря 1976 г. (Сборник федерального законодательства, часть I, с. 3281) ввел новые положения

в Гражданский процессуальный кодекс относительно объединения нескольких дел в одном судопроизводстве и об ускорении судопроизводства. Целью данных положений является возможность разрешения правового спора «как правило, в рамках одного исчерпывающего подготовительного судебного заседания к устному слушанию (основная дата)» (абз. 1 § 272 Гражданского процессуального кодекса). Для осуществления указанной цели на стороны возлагаются общие и специальные обязанности, способствующие процессу рассмотрения дела, несоблюдение которых может привести к отклонению доводов сторон, предъявленных с нарушением сроков. Соответствующие положения избирательно касаются рассмотрения дела в первой инстанции. Но, поскольку производство в суде апелляционной инстанции как вторичное рассмотрение дела по существу по общему правилу открывает сторонам возможность дополнения или нового изложения обстоятельств, законодатель хотел позаботиться заранее о том, чтобы в результате такого нового изложения обстоятельств не выхолащивались обязанности сторон по содействию процессу рассмотрения дела в рамках первой инстанции [...]. Соответствующие положения, регулирующие допустимость новых доводов сторон в апелляционной инстанции, содержатся в § 528 Гражданского процессуального кодекса, в котором приводится разграничение нескольких составов.

1. В оспариваемом в настоящем процессе абз. 3 указано следующее: § 528

(1) и (2) [...]

(3) Средства судебной защиты и доказывания, которые были правомерно отклонены во время рассмотрения дела в первой судебной инстанции, не допускаются.

Суд апелляционной инстанции должен в данном случае лишь проверить правомерность отклонения средств судебной защиты и доказывания судом первой инстанции. О затягивании рассмотрения правового спора или о вине одной из сторон речь в апелляционной инстанции уже не идет. Однако это является предпосылкой отклонения в первой инстанции.

В отношении судебного разбирательства в первой инстанции закон предусматривает, что суд устанавливает сроки для письменного возражения по иску, для ответа истца на возражение ответчика и на дополнение или пояснение доводов и предоставление документов; ответчику при этом

разъясняются последствия несоблюдения срока для предоставления возражения по иску (№ 1 абз. 2 § 273; абз. 3 и 4 предл. 1 § 275; абз. 3 и предл. 2 абз. 1 § 276; § 277). Далее закон устанавливает общую обязанность сторон способствовать рассмотрению дела следующего содержания:

§ 282

(1) Каждая сторона во время устного разбирательства должна в той степени своевременно приводить свои средства судебной защиты и доказывания, в частности утверждения, опровержения, возражения, доказательства и возражения против доказательств, чтобы это соответствовало с учетом существа дела тщательному ведению судебного процесса на основе добросовестного содействия сторон.

(2) Заявления, а также средства судебной защиты и доказывания, на которые другая сторона, вероятно, без предварительного ознакомления не сможет предоставить объяснения, необходимо подавать в виде подготовительных процессуальных документов до устного разбирательства настолько своевременно, чтобы другая сторона имела возможность необходимого ознакомления.

(3) [...]

В случае если одна сторона не соблюдает установленные для нее сроки или не исполняет своевременно свою общую обязанность способствовать рассмотрению дела, отклонение доводов стороны в производстве в суде первой инстанции происходит на основании их несвоевременного предъявления:

§ 296

(1) Средства судебной защиты и доказывания, предъявленные по истечении установленного для них срока [...], допускаются только в том случае, если по свободному убеждению суда их принятие к рассмотрению не приведет к затягиванию урегулирования правового спора или в случае достаточного обоснования стороной уважительных причин данной задержки.

(2) Средства судебной защиты и доказывания, которые в нарушение абз. 1 § 282 не были своевременно предоставлены или в отношении которых в нарушение абз. 2 § 282 не было своевременного уведомления, могут быть отклонены, если по свободному убеждению суда их принятие к рассмотрению приведет к затягиванию урегулирования правового спора и задержка является результатом грубой небрежности стороны.

(3) [...]

В случаях, предусмотренных абз. 1 и 3, причина для оправдания задержки подлежит доказыванию по требованию суда.

Данное положение применяется соответствующим образом к упрощенному порядку рассмотрения дел о взыскании задолженности (абз. 3 § 697). В случае особого производства, например связанного с брачными отношениями или по делам, возникающим из отношений между родителями и детьми, действуют специальные нормы (ср. § 611, 615, 640). Для производства по возражению после заочного вынесения судом решения закон определяет следующее:

§ 340

(1) и (2) [...]

(3) В письменном возражении сторона должна изложить свои средства судебной защиты и доказывания, соответствующие с учетом существа дела тщательному ведению судебного процесса на основе добросовестного содействия сторон, а также протесты, касающиеся допустимости иска. По ходатайству председательствующий может продлить срок для обоснования, если по свободному убеждению суда это не приведет к затягиванию урегулирования правового спора или если сторона приведет веские основания. Абзацы 1, 3, 4 § 296 применяются соответственно. При доставке заочного решения суда указываются последствия пропуска срока.

2. Допустимость средств судебной защиты и доказывания, которые предъявляются в апелляционной инстанции впервые, так же как в процитированном положении § 296 Гражданского процессуального кодекса, действующем для производства в суде первой инстанции, зависит от того, приведет ли их допуск к затягиванию разрешения спора или является ли причиной пропуска срока вина стороны. При этом в законе различаются случаи несоблюдения установленного срока и нарушения общей обязанности способствовать рассмотрению дела, причем во втором случае установлен более строгий критерий, чем для первой инстанции:

§ 528

(1) Новые средства судебной защиты и доказывания, которые не были предъявлены в первой инстанции в нарушение установленного для этого срока [...], допускаются только в том случае, если по свободному убеждению суда их принятие к рассмотрению не приведет к затягиванию

урегулирования спора или в случае достаточного обоснования стороной уважительных причин данной задержки. Причины для оправдания задержки подлежат доказыванию по требованию суда.

(2) Новые средства судебной защиты и доказывания, которые не были своевременно предъявлены в первой инстанции в нарушение абз. 1 § 282, или в нарушение абз. 2 § 282 в отношении них не было своевременного уведомления, допускаются только в том случае, если их принятие к рассмотрению по свободному убеждению суда не приведет к затягиванию урегулирования спора или если сторона не использовала их в первой инстанции по грубой небрежности.

(3) [...]

В случае допустимости новых средств судебной защиты и доказывания сторона, предъявившая данные средства защиты, несет повышенный риск процессуальных издержек. Поскольку в соответствии с абз. 2 § 97 Гражданского процессуального кодекса расходы в производстве по обжалованию судебных постановлений возлагаются на выигравшую сторону полностью или частично, если данная сторона выиграла дело на основании новых средств судебной защиты, которые она была в состоянии предъявить во время рассмотрения дела в первой инстанции.

[...]

Б.

Оспариваемое положение абз. 3 § 528 Гражданского процессуального кодекса соответствует Основному закону.

I.

[...]

II.

Абзац 3 § 528 Гражданского процессуального кодекса в толковании, данном специализированными судами, соответствует абз. 1 ст. 3 Основного закона.

1. Данная конституционная норма устанавливает принцип равенства всех людей перед законом. В соответствии с этим данное основное право нарушается в случае, когда к одной группе лиц, в отношении которой действует конкретная норма, по сравнению с другими лицами, в отношении которых действует данная норма, будет иное отношение, несмотря на то, что между данными группами отсутствуют отличия такого рода и такой значимости, которые могли бы оправдать различное отношение к ним

(ср. Решения Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 22, 387 [415]; 52, 277 [280]). Данное содержание абз. 1 ст. 3 Основного закона Федеральный Конституционный Суд подчеркнул, в частности, в связи с попытками вывести из закона связывающие законодателя правоотношения и оспорить противоречие системности в качестве нарушения принципа равенства (Решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 34, 103 [105]).

Решения о толковании, так же как и обоснование конституционной жалобы, не позволяют определить, лежит ли в основе данной ситуации описанный случай. Хотя речь идет о «неравном подходе к сторонам разбирательства, небрежно относящимся к выполнению обязанностей»; также обжалуется «неравное обращение, по сути, в одинаковых ситуациях, связанных с просроченным предоставлением новых средств доказывания», что является ненадлежащим и несистемным регулированием. Тщательный анализ обжалуемого положения позволяет сделать вывод о том, что, с одной стороны, предусмотренное абз. 3 § 528 Гражданского процессуального кодекса и, с другой стороны, предусмотренное абз. 1 и 2 § 528 Гражданского процессуального кодекса неравное обращение касается совсем не разных адресатов правовой нормы. Более того, поведение одного и того же лица в различных правовых взаимосвязях регулируется различным образом: судьба средств судебной защиты и доказательств, предъявленных просрочившей стороной в рамках апелляционного производства с нарушением сроков, будет различной в зависимости от момента, когда они были предъявлены. Именно потому, что речь идет о различном поведении одного и того же лица, у данного лица имеется возможность, которая часто критикуется, исключить новые средства судебной защиты и доказывания путем их предоставления с нарушением срока.

2. а) За рамками запрета необоснованного различного обращения с несколькими группами лиц принцип равенства перед законом открывает законодателю большую свободу в различном регулировании жизненных ситуаций и действий одного лица в зависимости от правового контекста. В принципе это является задачей заинтересованного лица подстраиваться под данное регулирование и принимать негативные последствия, связанные с собственными действиями.

Согласно судебной практике Федерального Конституционного Суда принцип равенства перед законом не исчерпывается, однако, запретом неравного отношения к адресатам правовой нормы. Напротив, в нем

проявляется запрет необоснованного произвольного регулирования в качестве основополагающего принципа права, устанавливающего определенные внешние границы не только для правоприменительной практики, но и для законодателя. Выходом за указанные рамки будет неправильное применение нормы права судами, если оно по разумной оценке не соответствует господствующим идеям Основного закона, что приводит к выводу о том, что указанное применение нормы права основывается на не имеющих отношения к делу суждениях (Решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 42, 64 [72 и далее]; Решение от 29 апреля 1980 г. — 2 BvR1441/ 79 — [журнал «Европейские основные права» (EuGRZ) 1980, с. 377] по вопросу применения положений о пресекательных сроках). Законодатель со своей стороны действует произвольно не тогда, когда среди множества решений выбирает не самое целесообразное, разумное или обоснованное, однако тогда, когда отсутствует надлежащее обоснование для законодательного положения; при этом достаточно произвола законодателя в объективном смысле, т. е. фактического и однозначного несоответствия положения в отношении предмета, подлежащего законодательному регулированию (Решения Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 4, 144 [155]; 36, 174 [187]). Данные критерии применяются также для оценки законодательных различий при регулировании правоотношений; свобода законодателя заканчивается тогда, когда различное отношение к урегулированным правоотношениям не совместимо с ориентированным на принцип справедливости подходом, т. е. когда отсутствует ясная причина для дифференцированного законодательного регулирования (Решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 9, 334 [337]). В соответствии со сложившейся судебной практикой в подобном произвольном регулировании можно обвинить нормы закона только в том случае, если их нецелесообразность очевидна (Решения Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 12, 326 [333]; 23, 135 [143]).

б) Оспариваемая норма не может быть признана нецелесообразной и тем самым произвольной, на что уже справедливо указал Федеральный Верховный Суд в процитированных решениях от 31 января и от 13 февраля 1980 г.

Спорным представляется вопрос о том, являются ли ситуации, урегулированные, с одной стороны, в абз. 1 и 2 § 528 Гражданского

процессуального кодекса и, с другой стороны, в абз. 3, по своей сути одинаковыми, или не урегулированы ли ситуации, которые в действительности являются по своей сути различными, в соответствии со своими особенностями при применении тождественных принципов — различным образом. Общим для обоих случаев является тот факт, что одна сторона с опозданием предъявила и предоставила суду на рассмотрение свои средства судебной защиты и доказывания. В соответствии с указанными общими характеристиками двух случаев предоставление средств судебной защиты и доказывания с нарушением сроков будет рассматриваться судами на основании по сути одинаковых критериев при первичной проверке; средства доказывания будут допущены судом к рассмотрению, если их рассмотрение не приведет к затягиванию разрешения спора в момент их первого предъявления или в случае достаточного обоснования стороной уважительных причин данной задержки (абз. 1 и 2 § 296, абз. 1 и 2 § 528 Гражданского процессуального кодекса). В то же время имеет место явное различие: абзацы 1 и 2 регулируют порядок обращения со средствами доказывания, которые предоставляются в апелляционную инстанцию с нарушением срока впервые, таким образом, допустимость данных средств доказывания до этого момента судом еще не была проверена; в противоположность этому в случае, предусмотренном абз. 3, сторона, нарушившая срок, уже в первой инстанции получила судебное решение о недопустимости средств судебной защиты и доказывания, предоставленных с нарушением срока, и она может обратиться в суд второй инстанции для проверки правомерности данного решения.

Уже на основании данного различия можно сделать вывод о том, что законодательное дифференцированное регулирование не является произвольным. Не является очевидно нецелесообразным обращение со «старыми», уже проверенными с точки зрения допустимости средствами судебной защиты в апелляционной инстанции иным образом, чем с «новыми» средствами доказывания. Запрет произвольного регулирования также не представляется нарушенным в том случае, если обе группы случаев, урегулированных в § 528 Гражданского процессуального кодекса, рассматривать как принципиально однотипные. В соответствии со справедливым обоснованием Федерального Верховного Суда дифференциация оправдана убедительными доводами, которые следуют из целей нового регулирования.

Законодатель использовал данную дифференциацию, поскольку он посчитал ущербным прежний одинаковый подход к «старым» и «новым» средствам доказывания в апелляционной инстанции. В соответствии с предл. 2 абз. 2 § 529 Гражданского процессуального кодекса в старой редакции средства судебной защиты и доказывания, отклоненные в первой инстанции, могли предъявляться во второй инстанции как новые таким же способом; если их принятие не приводило к затягиванию разрешения спора, то, несмотря на их отклонение судом первой инстанции, суд апелляционной инстанции должен был допустить их к рассмотрению. Данная норма лишала смысла решения судов первой инстанции по отклонению средств доказывания и не принуждала стороны по возможности заблаговременно предоставлять суду необходимые материалы по делу. Принимая во внимание указанные недостатки, нельзя расценивать как не имеющую отношения к делу ситуацию, когда законодатель в целях ускорения и оптимизации гражданского процесса отказался от прежнего одинакового подхода к указанным средствам доказывания.

[...]

IV.

В свете вышеизложенного сомнения судов в конституционности нормы абз. 3 § 528 Гражданского процессуального кодекса не обоснованы. Поэтому конституционная жалоба не подлежит удовлетворению. Высший земельный суд г. Дюссельдорфа не ограничен в возможности толкования оспариваемой нормы в том смысле, что она не распространяется на неоспоренные средства судебной защиты и доказывания.

46) BVerfGE 116, 243

(Ausländische Transsexuelle / Транссексуалы — граждане иностранных государств)

Описание проблемы: Закон об изменении имени и установлении половой принадлежности в особенных случаях (Закон о транссексуалах) в номере 1 абз. 1 § 1 предоставляет возможность подачи заявления об изменении имени или половой принадлежности в соответствии с внутренними ощущениями для лиц, обладающих гражданством ФРГ или личным статусом ФРГ (лица без гражданства

или иностранцы без определенного государства рождения, обычно проживающие на территории ФРГ, лица, имеющие право на получение убежища, беженцы из иностранных государств с местом жительства на территории действия указанного закона), но не для остальных лиц с иностранным гражданством. На основании данного опосредованного исключения транссексуалы — граждане иностранных государств для реализации своих желаний должны руководствоваться законодательством своего государства (включая порядок подачи указанных заявлений). Однако если право страны гражданства не предусматривает подобного регулирования, то возможность правового признания ощущаемого пола лица в соответствии с актуальным правовым положением в долгосрочной перспективе для них закрыта.

На основании решения о толковании Высшего суда Земли Бавария и Высшего суда Франкфурта-на-Майне об обращении с целью толкования положения закона в Федеральный Конституционный Суд Первый Сенат Федерального Конституционного Суда принял решение, что номер 1 абз. 1 § 1 Закона о транссексуалах противоречит принципу равноправия во взаимосвязи с основным правом на защиту личности, если указанный закон лишает права подачи заявления на смену имени и половой принадлежности транссексуалов — граждан иностранных государств, которые правомерно и постоянно проживают на территории ФРГ, в случае если право страны их гражданства не предусматривает аналогичного регулирования.

1. Номер 1 абз. 1 § 1 Закона об изменении имени и установлении половой принадлежности в особенных случаях от 10 сентября 1980 г. (Сборник федерального законодательства, часть I стр. 1654) не соответствует абз. 1 ст. 3 во взаимосвязи с основным правом на защиту личности (абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона), если он исключает возможность подачи заявления на изменение имени и на установление половой принадлежности в соответствии с номером 1 абз. 1 § 8 Закона о транссексуалах транссексуалами — гражданами иностранных государств, которые правомерно и на постоянной основе проживают на территории ФРГ, в случаях, если законодательство их стран не предусматривает аналогичного регулирования данного вопроса.

2. Номер 1 абз. 1 § 1 Закона о транссексуалах применяется до вступления в силу изменений законодательства.
3. Законодателю необходимо в срок до 30 июня 2007 г. принять поправки к закону, соответствующие Основному закону.

**Решение Первого Сената от 18 июля 2006 г.
– 1 BvL 1/04, 12/04 –**

I.

[...]

II.

1. В соответствии с экспертным заключением Института зарубежного и международного частного права имени Макса Планка [...] в некоторых европейских государствах в настоящий момент приняты законы, предусматривающие правовое признание смены пола. За исключением Швеции, где указанная возможность предоставляется также исключительно собственным гражданам, Финляндия, Нидерланды, Дания и Великобритания предоставляют возможность признания также и иностранным гражданам с местом жительства на территории страны либо иностранным гражданам, законно находящимся на территории страны в течение определенного времени. Итальянский Закон об изменении половой принадлежности не содержит положений о применении данного закона в отношении иностранных граждан. [...] Во Франции отсутствует специальное правовое регулирование в отношении транссексуальности. Апелляционный суд Парижа в этой связи принял в 1994 г. решение, в соответствии с которым на основании ст. 1 во взаимосвязи со ст. 14 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция), которая на территории Франции имеет силу закона и применяется непосредственно, право на признание изменения половой принадлежности, которое основано на ст. 8 Конвенции, должно быть гарантировано также и иностранным гражданам. Применение иностранного права, которому не известна категория транссексуальности, ведет к нарушению прав человека, от которого указанные лица защищены Конвенцией. Аналогичное решение принял Высший административный суд Австрии в 1997 г. по делу транссексуала — подданного Таиланда [...]. В Швейцарии в соответствии с нормами международного

частного права, регулируемыми правоотношения, затрагивающие личные права, швейцарские суды и государственные учреждения по месту жительства уполномочены применять местное право. На этом основании Федеральный суд Швейцарии признает возможность судебного признания изменения половой принадлежности и для транссексуалов-граждан иностранных государств.

III.

1. Производство по толкованию решения 1 BvL 1/04

а) Участник исходного дела — подданный Таиланда, родился мужского пола. В 1999 г. он сделал операцию по смене пола на женский. С апреля 2002 г. он проживает в Германии с гражданином ФРГ, за которого собирается выйти замуж. Поскольку смена пола по праву Таиланда не признается, он подал заявление об освобождении от предоставления справки о брачной правоспособности в соответствии с абз. 2 § 1309 ГГУ. Данное заявление было отклонено со ссылкой на Закон о транссексуалах. Между тем данное лицо зарегистрировало гражданское партнерство со своим партнером, но по-прежнему добивается регистрации брака.

По этой причине он подал заявление в участковый суд для установления в соответствии с § 8 Закона о транссексуалах факта признания его как лица женского пола. При этом он предоставил два заключения различных экспертов, датированных 2002 г., в соответствии с тождественными выводами которых заявитель уже как минимум на протяжении трех лет ощущает свою принадлежность к женскому полу и на протяжении указанного времени вынужден жить в соответствии с данным представлением. Его ощущение принадлежности к женскому полу с высокой степенью вероятности в будущем не изменится. Заявитель не способен к деторождению. Путем операционного вмешательства заявитель добился значительного внешнего сходства с женщиной.

б) Решением от 2 января 2003 г. участковый суд отклонил заявление со ссылкой на номер 1 абз. 1 § 1 Закона о транссексуалах.

Б.

I.

гг) [...]

Как показывает анализ законодательства иностранных государств, имеются применимые на практике решения данного вопроса

в административном порядке. Так называемые «хромающие правоотношения» неизбежны. Они возникают также и по той причине, что все больше стран отказываются от строгого применения принципа закона гражданства. Это следует из выводов Института зарубежного и международного частного права имени Макса Планка. Наконец, защита от различного отношения со стороны ФРГ и государства рождения гражданина, например, при проблемах с пересечением границы не является главным аргументом для отказа в доступе гражданам иностранных государств, самостоятельно, путем подачи заявления обратившимся за защитой их основных прав, вытекающих из абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона, к процедуре изменения имени или половой принадлежности. Заинтересованные лица свободны решать: либо им важнее, по крайней мере в ФРГ, получить правовое признание их ощущаемого пола, либо они готовы отказаться от данного признания, чтобы избежать трудностей различного отношения со стороны их государства рождения.

47) BVerfGE 124, 199

(Hinterbliebenenrente für eingetragene Lebenspartner / Пенсия по случаю потери кормильца для зарегистрированного гражданского партнера)

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Пресс-релиз № 50/2010 от 14 июля 2010 г.**

**Решение от 11 июня 2010 г.
— 1 BvR 170/06 —**

Конституционная жалоба на отказ в предоставлении пенсии по случаю потери кормильца при зарегистрированном гражданском партнерстве не подлежит удовлетворению

В октябре 2001 г. заявитель жалобы вступил в зарегистрированное гражданское партнерство. После смерти партнера в июне 2002 г. оставшийся партнер подал заявление на предоставление пенсии по случаю

потери кормильца в соответствующее учреждение обязательного пенсионного страхования. Данное учреждение отклонило заявление на основании того, что одним из условий для выплаты пенсии по случаю потери кормильца является наличие действительного брака на момент смерти застрахованного лица и зарегистрированное гражданское партнерство данному условию не соответствует. Обжалование указанного решения, а также иск в Социальный суд остались без удовлетворения. В ответ на это заявитель жалобы обжаловал решение суда первой инстанции непосредственно в кассационной инстанции, что допустимо в данной ситуации. В период кассационного производства законодатель, посредством принятия Закона об изменении законодательства о зарегистрированном гражданском партнерстве от 15 декабря 2004 г., который вступил в силу 1 января 2005 г., уравнил переживших партнеров зарегистрированного гражданского партнерства и овдовевших супругов в вопросах получения пенсии по случаю потери кормильца путем введения абз. 4 § 46 книги VI Социального кодекса. Учреждение, осуществляющее обязательное пенсионное страхование, на основании данной нормы признало право заявителя на получение пенсии с 1 января 2005 г. Заявитель согласился с частичным удовлетворением жалобы, однако сохранил свои требования по выплате за период с 22 июня 2002 г. по 31 декабря 2004 г. в силе. Федеральный социальный суд кассационную жалобу отклонил.

Третья палата Первого Сената не приняла конституционную жалобу к рассмотрению. Даже если действовавшее до 31 декабря 2004 г. законодательное регулирование касательно пенсии по случаю потери кормильца в отношении зарегистрированного гражданского партнерства не соответствовало Основному закону, принятие конституционной жалобы к рассмотрению было бы нецелесообразным, поскольку невозможно принудить законодателя принять изменения к закону, которые бы имели обратное действие.

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

Условия для принятия конституционной жалобы к рассмотрению отсутствуют. Поставленный вопрос о конституционности действовавшей до 1 января 2005 г. редакции § 46 книги VI Социального кодекса не имеет принципиального значения. В отношении недействующего на текущий

момент права, за исключением отдельных случаев, как правило, отсутствует интерес в проверке конституционности после утраты им законной силы. Принятие конституционной жалобы к рассмотрению нецелесообразно и для реализации основных прав или аналогичных прав заявителя, поскольку его последнее требование — о предоставлении пенсии по случаю потери кормильца за период до 1 января 2005 г. — уже не может быть удовлетворено. Нерешенным остается вопрос о соответствии § 46 книги VI Социального кодекса в редакции, действовавшей до 31 декабря 2004 г., Основному закону, в частности принципу равенства, закрепленному в абз. 1 ст. 3 Основного закона. Если неконституционность закона заключается исключительно в нарушении общего принципа равенства, в частности, как указал заявитель жалобы, когда на группу лиц или группу обстоятельств не распространяются нормы, предусматривающие получение различных привилегий, Федеральный Конституционный Суд в данной ситуации может исключительно установить неконституционность нормы и потребовать от законодателя принятия новой нормы.

В данном случае требование о принятии нового законодательного регулирования поступило бы законодателю в любом случае в период после вынесения решения Федеральным Конституционным Судом, т. е. в период, который уже не оспаривается сторонами изначального судебного разбирательства. Обязанность законодателя по устранению действовавшего ранее неконституционного правового положения Федеральный Конституционный Суд до сих пор исключал также и в случаях, когда правовое положение в соответствии с Основным законом было еще недостаточно разъяснено. Данный вывод применим к настоящему случаю, поскольку вопрос об обязанности законодателя включить в круг лиц, имеющих возможность получения пенсии по случаю потери кормильца, партнеров зарегистрированного гражданского партнерства в период до 1 января 2005 г. с конституционно-правовой точки зрения не был разъяснен. Также и решение Федерального Конституционного Суда по уравниванию в правовом положении партнеров зарегистрированного гражданского партнерства и супругов в вопросах дополнительного пенсионного обеспечения работников предприятия (ср. Федеральный Конституционный Суд, решение Первого Сената от 7 июля 2009 г. — 1 BvR1164/07 -, Новый юридический еженедельник 2010, с. 1439 и далее) относится исключительно к периоду

после 1 января 2005 г. Учитывая вступившие в законную силу изменения законодательства, уравнивающие в правах партнеров зарегистрированного гражданского партнерства и супругов в вопросах предоставления пенсии по случаю потери кормильца в рамках пенсионного страхования, разъяснения по данному вопросу больше не требуются.

48) BVerfGE 126, 400

(Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften /
Налоговая дискриминация зарегистрированных гражданских партнерств)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 63/2010 от 27 августа 2010 г.

Решение от 21 июля 2010 г.

– 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07 –

**Неравное положение брака и зарегистрированного
гражданского партнерства в Законе о налогах
на наследование и дарение противоречит Основному
закону ФРГ**

Из анализа положений § 15, 16, 17 и 19 Закона о налогах на наследование и дарение в редакции Налогового закона 1997 г. от 20 декабря 1996 г. можно сделать вывод о том, что после введения в 2001 г. в Федеративной Республике Германия института зарегистрированного гражданского партнерства партнеры в зарегистрированном гражданском партнерстве несли более тяжелое налоговое бремя, чем супруги, состоящие в браке.

В то время как согласно абз. 1 § 15, абз. 1 § 19 Закона о налогах на наследование и дарение в старой редакции супруги, проживающие в браке, подпадали под требования налогового класса I, т. е. наследуемое ими имущество подлежало налогообложению по ставке от 7 до 30 %, партнеры в зарегистрированном гражданском партнерстве трактовались Законом о налогах на наследование и дарение как «прочие наследники» и подпадали под разряд III, предусматривавший налогообложение

наследуемого имущества по ставке от 17 до 50 %. Таким образом, супруги в браке оказывались в более выгодном положении. Кроме того, пункт 1 абз. 1 § 16 Закона о налогах на наследование и дарение в старой редакции предоставлял супругам личный не облагаемый налогом минимум в размере 600 тыс. немецких марок / 307 тыс. евро / и освобождение от налога обеспечительной суммы в размере 500 тыс. немецких марок / 256 тыс. евро в соответствии с абз. 1 § 17 Закона о налогах на наследование и дарение. Зарегистрированные гражданские партнеры, в свою очередь, могли получить лишь освобождение от налогов в размере 10 тыс. немецких марок / 5 тыс. 200 евро), предусмотренное для налогового класса III (п. 5 абз. 1 § 16, абз. 1 § 15 Закона о налогах на наследование и дарение в старой редакции). Возможность использовать освобожденную от налога обеспечительную сумму вообще не предусматривалась для этого класса.

Законом о реформе налога на наследование от 24 декабря 2008 г. вышеупомянутые нормы Закона о налогах на наследование и дарение были изменены в пользу зарегистрированных гражданских партнеров таким образом, что личная не облагаемая налогом сумма и обеспечительная сумма теперь рассчитывались одинаково для супругов в браке и партнеров в зарегистрированном гражданском партнерстве. Тем не менее наследуемое после гражданского партнера имущество все равно облагалось по более высокой ставке, наравне с дальними родственниками и лицами, не состоявшими в родственных отношениях. Проект закона о внесении изменений в Налоговый закон 2010 г., предложенный Федеральным правительством, предусматривает полное уравнивание положений супругов и партнеров в зарегистрированном гражданском партнерстве, включая закрепление одинаковых налоговых ставок.

В первом из рассматриваемых случаев заявитель жалобы является единственным наследником своего гражданского партнера, скончавшегося в августе 2001 г.; во втором случае заявитель жалобы стала наследницей ее гражданского партнера, умершей в феврале 2002 г. В обоих случаях налогово-финансовое управление рассчитало налог на наследование по налоговому классу III и предоставило минимально возможный не облагаемый налогом минимум, руководствуясь п. 5 абз. 1 § 16 Закона о налогах на наследование и дарение в старой редакции. Поданные заявителями жалобы рассматривались финансовыми судами, но были отклонены.

Рассмотрев конституционные жалобы о противоречии норм Закона о налогах на наследование и дарение положениям Основного закона ФРГ, Первый Сенат Федерального Конституционного Суда указал в принятом решении, что ухудшение положения налогоплательщиков — партнеров в зарегистрированном гражданском союзе по сравнению с налогоплательщиками-супругами посредством обложения их по более высокой налоговой ставке, предоставление значительно меньшего необлагаемого минимума и непредоставление обеспечительной суммы представляет собой нарушение общего принципа равенства граждан, установленно-го в абз. 1 ст. 3 Основного закона. Решения Федерального Финансового Суда были отменены, дела были направлены на повторное рассмотрение. Законодателем предусмотрено внесение до 31 декабря 2010 г. поправок в Закон о налогах на наследование и дарение, которые ликвидировали бы последствия дискриминации партнеров зарегистрированных гражданских партнерств, которая фактически имела место с момента вступления в силу Закона о прекращении дискриминации зарегистрированных гражданских партнеров 2001 г. вплоть до вступления в силу Закона о реформе налога на наследование от 24 декабря 2008 г.

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

Нет никаких разумных оснований для ухудшения положения партнеров в гражданском партнерстве по сравнению с положением супругов согласно Закону о налогах на наследование и дарение в редакции, действовавшей после принятия Налогового закона 1997 г. Это касается как не облагаемого налогом минимума согласно § 16 Закона о налогах на наследование и дарение в старой редакции, так и не облагаемой налогом обеспечительной суммы (§ 17 Закона о налогах на наследование и дарение в старой редакции) и налоговой ставки (§ 19 Закона о налогах на наследование и дарение в старой редакции).

Наделение супругов в браке привилегированным правовым положением по сравнению с партнерами в зарегистрированном гражданском партнерстве лишь со ссылкой на особую государственную защиту брака и семьи (абз. 1 ст. 6 Основного закона) представляется недопустимым. Если поддержка института брака сопровождается ущемлением прав других форм совместного проживания, сопоставимых с целями и жизненными

аспектами брака, то одна лишь отсылка к общей гарантии защиты института семьи на требование защиты брака не дает права на дискриминацию. Вопрос того, насколько третьи лица могут требовать реализации принципа равенства в отношении их прав, никак не затрагивает полномочия государства защищать брак и семью, возложенные на него абз. 1 ст. 6 Основного закона. Лишь принцип равноправия, установленный абз. 1 ст. Основного закона и истолкованный многочисленными решениями Федерального Конституционного Суда, является мерилем того, соответствуют ли третьи лица — гражданские партнеры в данном случае — законодательным и фактическим критериям определения супругов или членов семьи. Разницу в законодательном регулировании не облагаемого налогом минимума нельзя объяснить и большей платежеспособностью наследующих гражданских партнеров. Если больший размер минимума для супругов и их детей обычно обосновывают тем, что в случае открытия наследства они вследствие близости и экономической связи с наследодателем становятся менее платежеспособными, чем позволяет ожидать номинальная стоимость наследуемого имущества, те же самые соображения применимы и к наследованию между гражданскими партнерами. Так же как и супруги, они находятся в установленных на долгосрочную перспективу, урегулированных законом отношениях. Они так же принимают участие в накоплении имущественного капитала в гражданском партнерстве и ожидают, что смогут сохранить свое имущественное положение после смерти партнера. Если предоставление необлагаемого минимума супругам при получении ими наследства отвечает функции их содержания и поддержания, то же самое применимо и к зарегистрированным гражданским партнерам, которые уже на завершающей стадии регистрации их партнерства обязуются обеспечивать друг другу соразмерное содержание.

Господствующий в праве налога на наследство принцип защиты семейных отношений также не оправдывает ухудшение положения гражданских партнеров в связи с не облагаемым налогом минимумом по сравнению с супругами. Как и брак, зарегистрированное гражданское партнерство создается на долгосрочную перспективу, обеспечивается правовыми гарантиями и является основанием ответственности партнеров за поддержание материального положения друг друга. Неравное обращение не оправдывает и соображение, что, по общему правилу, общие дети могут появиться только в браке и своей привязкой

к принципу защиты брачно-семейных отношений законодатель хотел бы сделать наследование малой и средней имущественной массы как можно более непрерывным. Принципиальным отличием брака от гражданского партнерства является то, что из отношений лиц одного пола общие дети по вполне очевидным причинам появиться не могут. Однако с этой точки зрения рассматривать дискриминацию гражданских партнеров по отношению к супругам также нельзя, поскольку он не раскрыт в достаточной степени законодательно. Действующее законодательство — в отличие от действовавших ранее норм — не ставит привилегированное положение супругов (в том числе размер не облагаемого налогом минимума наследуемого имущества) в зависимость от наличия общих детей в браке.

Чтобы не учитывать гражданских партнеров при регулировании не облагаемого налогом минимума на содержание наследников в соответствии с § 17 Закона о налогах на наследование и дарение в старой редакции, нужно некое существенное различие между супругами и гражданскими партнерами. Но оно отсутствует. Упомянутый необлагаемый минимум служит, в первую очередь, уравниванию правового положения плательщиков налога на наследство, которые имеют право на получение материального содержания в силу закона или договора, и предназначен для того, чтобы компенсировать недостаточную материальную обеспеченность овдовевшего супруга с помощью налоговых механизмов. Но и в отношении зарегистрированных гражданских партнеров преследуется эта же цель.

Наконец, нельзя найти достаточного основания для того, чтобы относить гражданских партнеров для целей налогообложения к налоговому классу III, а супругов — к налоговому классу I, в котором применяются значительно более низкие ставки налога (абз. 1 § 15, абз. 1 § 19 Закона о налогах на наследование и дарение в старой редакции). Так же как и при предоставлении персонального не облагаемого налогом минимума, законодательство не содержит каких-либо различий между брачно-семейными отношениями и отношениями зарегистрированных гражданских партнеров, которые являлись бы основанием для ухудшения положения гражданских партнеров в форме отнесения их к более низкому налоговому классу для целей налогообложения.

49) BVerfGE 133, 59

(Sukzessive Adoption durch eingetragene Lebenspartner / Последовательное (сукцессивное) усыновление зарегистрированными гражданскими партнерами)

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
сообщение для СМИ Пресс-релиз № 9/2013
от 19 февраля 2013 г.**

**Решение от 19 февраля 2013 г.
– 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –**

**Недопущение последовательного усыновления
зарегистрированными гражданскими партнерами
противоречит Основному закону**

Недопущение последовательного (сукцессивного) усыновления усыновленных детей одного из зарегистрированных гражданских партнеров другим партнером нарушает право как детей, так и гражданского партнера на равное обращение (абз. 1 ст. 3 Основного закона). Данный вывод сделан Первым Сенатом Федерального Конституционного Суда в опубликованном сегодня решении. Законодатель должен принять соответствующие Основному закону изменения до 30 июня 2014 г. До принятия новой нормы Закон о зарегистрированных гражданских партнерствах должен применяться с учетом того, что последовательное усыновление возможно также и зарегистрированными гражданскими партнерами.

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

1. Действовавшее до настоящего момента правовое регулирование допускало усыновление родных детей зарегистрированного гражданского партнера (так называемое усыновление пасынков, абз. 7 § 9 Закона о зарегистрированных гражданских партнерствах). Однако возможность усыновления партнером ребенка, который был усыновлен другим партнером зарегистрированного гражданского партнерства, отсутствовала

(так называемое последовательное или сукцессивное усыновление). Напротив, лицам, состоящим в браке, предоставлена возможность как усыновления пасынков, так и последовательного усыновления.

2. Информацию относительно двух исходных дел см. пресс-релиз № 81/2012 от 03 декабря 2012 г.

3. Исключение возможности последовательного усыновления зарегистрированными гражданскими партнерами нарушает общий принцип равенства (абз. 1 ст. 3 Основного закона).

а) В данном случае объем проверки существенно шире, по сравнению с проверкой в случае произвольного и необоснованного регулирования. Относительно вопроса неравного обращения с детьми это необходимо уже потому, что в данной ситуации затрагиваются их основные права, которые являются важным фактором развития личности. Оправдание неравного обращения с лицами, живущими в браке, и зарегистрированными гражданскими партнерами также требует соответствия высоким конституционным требованиям, потому что касается половой идентичности.

б) Неравное обращение с указанными детьми по сравнению с детьми, усыновленными супругами, необоснованно. То же относится и к неравному обращению с гражданскими партнерами по сравнению с супругами, которым разрешено последовательное усыновление.

аа) По общему правилу, ограничение последовательного усыновления должно предотвратить опасность, в частности, того, что ребенок будет подчинен конкурирующим правам родителей, которые могут использоваться противоречивым образом. Ради блага ребенка также необходимо препятствовать тому, чтобы он посредством последовательного усыновления передавался из одной семьи в другую. Поскольку такая опасность считается незначительной, если родители являются супругами, последовательное усыновление супругами допустимо. Однако усыновление зарегистрированным гражданским партнером в обоих аспектах не отличается от усыновления супругами. В частности, зарегистрированное гражданское партнерство также создается на продолжительной основе и характеризуется принятием на себя такой же ответственности, как и в браке.

бб) Исключение возможности последовательного усыновления не может быть оправдано тем, что на развитие ребенка негативно влияет тот факт, что он воспитывается однополыми родителями. Следует исходить

из того что, как в рамках брака, так и в рамках зарегистрированного гражданского партнерства возможно создание условий для стимулирования развития ребенка. Опасения относительно развития детей в однополых партнерствах были опровергнуты подавляющим большинством заключений экспертов. Помимо этого, исключение возможности последовательного усыновления не удовлетворяет целям устранения возможных опасностей такого рода, поскольку данное исключение не может, не должно, не способно препятствовать совместному проживанию ребенка с родителем и его гражданским партнером такого же пола. Ни отдельное усыновление гомосексуальными лицами, ни фактическое совместное проживание зарегистрированных гражданских партнеров с ребенком, усыновленным одним из них, не могут быть запрещены без существенного нарушения Основного закона. Закон о зарегистрированных гражданских партнерствах, напротив, направлен на поддержку их совместной семейной жизни, устанавливая правила, предоставляющие гражданскому партнеру, который не является родителем с правовой точки зрения, типичные для родителя полномочия, включая возможность ношения общей фамилии обоими партнерами зарегистрированного гражданского партнерства. Последовательное усыновление таким же образом само по себе не оказывает отрицательного влияния на благополучие ребенка, а в ситуациях, описанных в данном решении, обычно положительно влияет на ребенка. Согласно оценке заслушанных специалистов гражданское партнерство оказывает стабилизирующее воздействие на психологическое развитие ребенка. Кроме того, оно укрепляет правовое положение ребенка при прекращении гражданского партнерства или смерти партнера. Это, с одной стороны, касается права опеки, которое в случае прекращения партнерства может быть передано одному из партнеров, в каждом конкретном случае индивидуально, с учетом дальнейшего благополучия ребенка. С другой стороны, партнерство выгодно и в материальном отношении, поскольку ребенок находится в преимущественном положении при наличии двух родителей, особенно что касается юридической стороны вопросов его содержания и наследования. Наконец, не следует опасаться угрозы благополучию ребенка при последовательном усыновлении еще и потому, что каждому усыновлению, в том числе и последовательному — предшествует индивидуальная

проверка, при которой учитываются возможные индивидуальные недостатки при конкретном усыновлении.

вв) Исключение возможности последовательного усыновления не может быть оправдано целью недопущения обхода решения законодателя о недопущении возможности совместного усыновления двумя зарегистрированными гражданскими партнерами. При этом в данном случае не требуется решения о соответствии запрета совместного усыновления Основному закону, несмотря на то, что закон допускает данную возможность для супружеских пар.

гг) Требование особой защиты брака, закрепленное в абз. 1 ст. 6 Основного закона, не оправдывает ущемление интересов усыновленных детей одного гражданского партнера по сравнению с интересами усыновленных детей одного из супругов. При этом законодателю, в связи с конституционно-правовой защитой брака, по общему правилу не запрещено предоставить браку преимущество перед другими формами совместного проживания. Для оправдания ущемления прав сопоставимых союзов, однако, требуется наличие достаточно веского фактического основания, которое в данном случае отсутствует.

в) Также между усыновлением родного ребенка зарегистрированного партнера и усыновлением уже усыновленного ребенка зарегистрированного партнера не существуют различия такого рода, которые могли бы оправдать неравное обращение.

4. Право ребенка на государственное обеспечение родительской опеки и воспитания, основное право родителей и основное право семьи сами по себе не нарушаются.

а) Абзац 1 ст. 2 во взаимосвязи с предл. 1 абз. 2 ст. 6 Основного закона предоставляет ребенку право на государственную гарантию родительской опеки и воспитания родителями. Каким образом государство будет выполнять свою обязанность эффективной правовой защиты, определяется в первую очередь законодателем. Пределы свободы действий законодателя здесь не нарушены. Указанные дети не являются сиротами, а имеют одного родителя с юридической точки зрения. Кроме того, законодатель иным образом позаботился о том, чтобы гражданский партнер усыновителя в определенном объеме мог выполнять функции родителя, передав ему практически важные, присущие родителю, полномочия (ср. абз. 1 и 2 § 9 Закона о зарегистрированных гражданских партнерствах).

б) То обстоятельство, что зарегистрированный гражданский партнер не может усыновить ребенка, усыновленного его партнером, не нарушает защищенные предл. 1 абз. 2 ст. 6 Основного закона родительские права. При этом предложение 1 абз. 2 ст. 6 Основного закона защищает не только разнополых родителей, но и родителей одного и того же пола. Это следует уже из функции обеспечения благополучия ребенка, вытекающей из основного права родителей. Формулировка основного права родителей или отличающиеся исторические представления не мешают его применению к двум лицам одного пола. Однако одно лишь социально-семейное родительское отношение к ребенку гражданского партнера не обосновывает конституционно-правовой статус родителя. Носителями конституционно-правового права родителя по общему правилу могут быть только лица, которые по семейному происхождению или по закону стоят в родительском отношении к ребенку.

в) Наконец, исключение возможности последовательного усыновления не нарушает также гарантируемое абз. 1 ст. 6 Основного закона основное право семьи. При этом социально-семейный союз из зарегистрированных гражданских партнеров и родного или усыновленного ребенка одного из гражданских партнеров представляет семью, права которой защищены в абз. 1 ст. 6 Основного закона. Законодателю, однако, предоставляется некая свобода действий при правовом оформлении семейных правоотношений. Пределы данной свободы не нарушаются и запретом последовательного усыновления. Законодатель не обязан на основе абз. 1 ст. 6 Основного закона в каждом случае наличия фактических отношений между родителем и ребенком предоставлять все права, предоставляемые родителям.

50) 1 BvR990/13 и др.

(Platzvergabe im NSU-Verfahren / Распределение мест в зале суда в судебном заседании по делу «Национально-социалистического подполья» (NSU))

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 24/2013 от 12 апреля 2013 г.

**Решение от 12 апреля 2013 г.
– 1 BvR990/13, 1 BvR1002/13, 1 BvR1010/13 –**

«Процесс по делу «Национально-социалистического подполья (НСП)»: ходатайство турецкой газеты о вынесении временного постановления частично подлежит удовлетворению, в остальной части требования не подлежат удовлетворению

I.

Сегодня Третья палата Первого Сената в деле 1 BvR990/13 Федерального Конституционного Суда частично удовлетворила ходатайство о вынесении обеспечительного определения. Лежащая в основе конституционная жалоба касается процесса аккредитации и распределения гарантированных сидячих мест для представителей СМИ в так называемом процессе по делу НСП в Высшем земельном суде в г. Мюнхене. Истцами являются Общество с ограниченной ответственностью, издающее газету на турецком языке, а также заместитель его главного редактора.

Решение в основном опирается на следующие соображения:

1. Согласно абз. 1 ст. 32 Федерального закона о Федеральном Конституционном Суде при возникновении разногласий Федеральный Конституционный Суд может регулировать положение дел посредством вынесения обеспечительного определения при наличии безотлагательной необходимости в предотвращении тяжкого вреда, предотвращении угрожающего насилия или иной уважительной причины общего блага. При этом, по общему правилу, основания, которые приводятся для обоснования неконституционности оспариваемого акта государственной власти, не должны учитываться, за исключением случаев, в которых конституционная жалоба с самого начала оказывается недопустимой в полном объеме или явно необоснованной.

2. Лежащая в основе конституционная жалоба не является ни изначально недопустимой, ни явно необоснованной. В частности, не исключено, что вытекающее из принципа всеобщего равенства, закрепленного в ст. 3 абз. 1 Основного закона в связи с предл. 2 абз. 1 ст. 5 Основного закона, субъективное право заявителя жалобы на равное обращение

в соревновании СМИ, т. е. равный доступ к возможности участия в освещении судебных процессов, может быть нарушено.

Однако решение о допуске к судебным процессам, получение определенного количества мест в зале для корреспондентов СМИ, а также и распределение ограниченных сидячих мест привязано к тому же вопросу, который сначала решается в соответствии с простой конституционно-правовой защитой независимости судов, и решение которого подлежит принятию председателем соответствующего судебного заседания. При этом он имеет большую свободу действий при принятии решения. Федеральный Конституционный Суд осуществляет проверку постановлений лишь на соответствие положениям Конституции и, в частности, на то, не основываются ли они на принципиально неверном понимании значения одного из основных прав.

Решение вопроса о возможном нарушении оспариваемыми решениями основных прав заявителей жалоб требует проведения подробной проверки, которая ставит сложные правовые вопросы, и поэтому решение данного вопроса не может быть окончательно выявлено в рамках ускоренной процедуры правовой защиты. Поэтому решение, принятое в рамках ускоренной процедуры, может основываться только на оценке последствий.

3. Если конституционная жалоба не окажется недопустимой с самого начала или явно необоснованной, необходимо оценить последствия, которые могли возникнуть в случае невынесения судом обеспечительного определения и удовлетворения впоследствии конституционной жалобы, а также последствия, которые могли возникнуть в случае принятия обеспечительного определения и неудовлетворения конституционной жалобы.

а) Если бы в данном случае не было принято обеспечительное определение, а конституционная жалоба по существу была бы удовлетворена, то существовала бы опасность, что заявители жалобы, не имея равных шансов с иными представителями СМИ, так же как и другие иностранные СМИ, имеющие особую связь с жертвами преступлений, были бы лишены возможности самостоятельно освещать все происходящее в зале суда в так называемом процессе по делу НСП. В данном случае это еще весомее, так как именно представители турецких СМИ имеют особый интерес в самостоятельном освещении процесса в полном объеме, так как многие жертвы обвиняемых преступников имели турецкое происхождение.

б) Эти недостатки преобладают над недостатками, которые могли возникнуть в случае удовлетворения ходатайства о принятии обеспечительного определения в резолютивном объеме, но признания конституционной жалобы необоснованной при рассмотрении дела по существу. Ведь в этом случае иностранным СМИ с особым отношением к жертвам рассматриваемых преступлений были бы предоставлены места в зале суда в процессе, на которые они при прежнем распределении мест не имели бы право. Потенциальное неравное обращение с иными СМИ, которые были бы лишены уже распределенных им мест или которые при выделении новых дополнительных квот не получили бы места, имело бы меньшее значение ввиду особого интереса данных СМИ. Права СМИ и без того реализуются лишь в рамках равноправного отбора. Также ущерб обществу, который возникнет, если дополнительной квотой несколько мест в зале суда будет предоставлено представителям СМИ, будет относительно небольшим, так как общее количество посадочных мест в зале суда еще точно не определено и согласно действующим стандартам, как и прежде, общественности будет предоставлена соразмерная часть имеющихся в зале суда мест.

4. В рамках процедуры ускоренного рассмотрения Федеральный Конституционный Суд может принять меры, которые должны пониматься не как исполнение окончательного, требуемого Конституцией результата, а как предварительная мера для отражения или смягчения угрожающего ущерба. Это, в особенности, относится к ситуациям наподобие данной, в которых изначально спорным является не гарантированное Конституцией право на допуск в судебное заседание, а возможное нарушение права на равное участие, где ущерб вытекает из возможного несоблюдения равенства шансов. В данном случае мера может быть направлена на смягчение ущерба. Хотя в данном случае она равнозначна отчасти более важному решению по существу; но в исключительных случаях это допустимо, если решение по существу дела могло бы быть принято слишком поздно и другим образом нельзя было бы предоставить достаточную правовую защиту.

Поэтому председателю Шестого уголовного Сената Высшего земельного суда поручается в рамках его полномочий на ведение процесса посредством определенной им процедуры предоставить представителям иностранных СМИ, имеющим особую связь с жертвами рассматриваемых

преступлений, соразмерное количество посадочных мест. Возможно открытие дополнительных квот как минимум еще на три места, которые будут распределены по принципу приоритета или же по жеребьевке. Конечно, председатель может вместо этого осуществить распределение мест или аккредитацию в целом по иным правилам.

5. Другое требование заявителя жалобы о полной приостановке распределения мест и о вынесении определений по вопросу безопасности, предусматривающих более серьезные последствия, были отклонены, так как им не было достаточным образом изложено основание для вынесения столь значительных определений.

II.

Еще три конституционные жалобы, также связанные с вынесением обеспечительного определения, Третья палата Первого Сената Федерального Конституционного Суда не приняла к рассмотрению безосновательно.

Заявитель жалобы по делу 1 BvR1002/13 заявил, что он читает турецкие газеты. Он ссылается в основном на то, что до тех пор ни одна турецкая газета не аккредитована, и он поэтому не может получить информацию о процессе по делу против НСП из первых рук.

Заявитель жалобы по делу 1 BvR1007/13 хочет принять участие в уголовном процессе в качестве слушателя. Он усматривает ущемление своих прав в том, что 50 мест были зарезервированы для прессы.

Заявителем жалобы по делу 1 BvR1010/13 является журналист и администратор одного из СМИ, от которого он и его коллега аккредитованы на так называемом процессе по делу против НСП. Он критикует то, что, во-первых, невозможна «смена представителей», например по причине болезни, и, во-вторых, процедуру процесса аккредитации.

51) BVerfGE 133, 377

(Steuersplitting für eingetragene Lebenspartnerschaften / Раздельное налогообложение для зарегистрированных гражданских партнеров)

Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
сообщение для печати № 41/2013 от 6 июня 2013 г.

**Решение от 7 мая 2013 г.
– 2 BvR 909/06, 2BvR 1981/06, 2 BvR 288/07 –**

Непредоставление зарегистрированным гражданским партнерствам налоговых льгот при налогообложении совместного дохода супругов противоречит Конституции

Неравное обращение с зарегистрированными гражданскими партнерствами и супругами, находящимися в браке, при предоставлении налоговых льгот при налогообложении совместного дохода супругов (*Ehegattensplitting*) противоречит Конституции. Соответствующие нормы Закона о подоходном налоге нарушают общий принцип равенства, так как отсутствуют достаточно веские фактические основания для неравного обращения. К такому выводу пришел Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в опубликованном сегодня решении. Правовое положение гражданских партнерств должно быть изменено с обратной силой до момента вступления в силу Закона о зарегистрированных гражданских партнерствах 01 августа 2001 г. На время переходного периода существующие нормы о предоставлении налоговых льгот при налогообложении совместного дохода супругов должны применяться и к зарегистрированным гражданским партнерствам. Это решение было принято большинством голосов в соотношении 6:2; судьи Ландау и Кессал-Вулф высказали совместное особое мнение.

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

1. Закон о подоходном налоге предоставляет супругам возможность установления общей налоговой базы, что приводит к применению так называемого налогового класса распределения налогообложения между супругами (*Splittingtarif*) (§ 26, § 26б, абз. 5 § 32а Закона о подоходном налоге). После создания зарегистрированных гражданских партнерств заявители конституционной жалобы подали заявление на взимание налогов с общего дохода, полученного совместно с соответствующими гражданскими партнерами в 2001–2002 гг. Налоговая инспекция вместо этого произвела раздельное взимание налогов. Исковые заявления, поданные в финансовые суды и Федеральный суд по финансовым спорам

на соответствующие действия налоговых органов, не были удовлетворены. Заявители жалоб оспаривают в своих конституционных жалобах соответствующие решения.

2. § 26, § 266, абз. 5 32 а Закона о подоходном налоге противоречат абз. 1 ст. 3 Основного закона, если данные положения не предоставляют зарегистрированным гражданским партнерствам, в отличие от супругов, возможность уплаты налога с общего дохода и связанного с этим распределения налогов между гражданскими партерами. Обжалованные решения были отменены Сенатом и дела направлены в Федеральный Финансовый Суд для повторного рассмотрения.

а) Неравное положение супругов и зарегистрированных гражданских партнеров в положениях о предоставлении налоговых льгот при налогообложении совместного дохода супругов представляет собой косвенное неравное обращение из-за сексуальной ориентации, которое определяется общим принципом равенства, определенным в абз. 1 ст. 3 Основного закона. Даже если сама норма привязана к семейному положению, решение о вступлении в брак или зарегистрированное гражданское партнерство едва ли отделимо от сексуальной ориентации.

В случае неравного обращения с группами лиц постоянно существует строгая связанность законодателя требованиями принципа соразмерности. Требования к оправданию соответствующего обращения тем строже, чем ближе личные признаки приближаются к признакам, закрепленным в абз. 3 ст. 3 Основного закона, т. е. чем сильнее повышается опасность того, что неравное обращение приведет к дискриминации меньшинства. Это имеет место при дифференцировании по признаку сексуальной ориентации.

б) Только лишь особая защита брака и семьи согласно абз. 1 ст. 6 Основного закона не является оправданием неравного обращения с супругами и зарегистрированными гражданскими партнерами. Морально-этическое решение абз. 1 ст. 6 Основного закона представляет собой существенное основание для дифференциации, в первую очередь пригодное для того, чтобы поставить брак в более выгодное положение по сравнению с другими формами совместного проживания, в меньшей степени характеризующимися наличием отношений с взаимными обязательствами. Если же привилегированное положение брака сопровождается ущемлением других, сопоставимо юридически оформленных форм,

то одна лишь ссылка на гарантию защиты брака не оправдывает подобное дифференцирование.

Законодатель с самого начала юридически оформил гражданское партнерство — наподобие брака, как обширный институционализированный ответственный союз, и непрерывно устранял имеющиеся различия. Как и брак, гражданское партнерство отличается от незарегистрированных партнерских отношений и от отношений между родственниками.

в) Помимо простой ссылки на абз. 1 ст. 6 Основного закона требуется достаточно весомое существенное основание, оправдывающее предоставление льгот лицам, находящимся в браке, по сравнению с зарегистрированными гражданскими партнерствами, исходя из предмета регулирования и цели соответствующего регулирования. Для предоставления налоговых льгот при налогообложении совместного дохода такое нельзя выводить ни из цели правовой нормы, ни из полномочия законодателя к гармонизации в налоговом праве.

аа) Целью введенной в 1958 г. процедуры распределения налогов между супругами является равное налогообложение браков независимо от распределения доходов между супругами при равном совокупном доходе. Процедура распределения налогов при этом учитывает гражданско-правовую идею брака как сообщества совместного приобретения и расходования. Зарегистрированное гражданское партнерство также оформлено как сообщество приобретения и расходования. Уже с его введением в 2001 г., исходя из основных существенных налоговых правовых признаков, оно сопоставимо с браком: взаимная обязанность при сделках для удовлетворения жизненных потребностей и ограниченное полномочие на распоряжение своим имуществом в обоих институтах урегулировано идентично. Кроме того, гражданские партнеры уже в 2001 г. должны были, если они не хотели заключать договор гражданского партнерства, согласиться на так называемое равное объединение, в отношении которого соответственно действовали нормы об общем имуществе, нажитом в период брака. 01 января 2001 г. общность имущества, нажитого в период брака, была однозначно введена в качестве «стандартного» режима имущества. Помимо этого, действующее с 1977 г. уравнивание долей супругов при разводе независимо от заработка во время брака было распространено на гражданские партнерства.

Семейно-политическая направленность не в состоянии оправдать неравное обращение с лицами, состоящими в браке, и зарегистрированными гражданскими партнерствами относительно процедуры распределения налогов. Согласно Закону о подоходном налоге предоставление налоговой льготы при налогообложении совместного дохода супругов зависит лишь от наличия брака, в котором партнеры не живут постоянно раздельно. По сравнению с этим заслуживающим внимания является наличие детей и возможность рождения в браке совместных детей.

Процедура распределения налогов между супругами расширяет возможности супругов при распределении задач в браке и поэтому считается регулированием, предусмотренным, в первую очередь, для семей, в которых один супруг из-за выполнения домашних обязанностей (т. е. по причине воспитания детей и ухода за ними) лишь частично занят на работе или вообще не работает. Однако и Закон о зарегистрированных гражданских партнерствах предоставляет — так же как и семейное право — партнерам свободу формирования личной и экономической сферы и исходит из равноценности семейных обязанностей и трудовой деятельности. Соответственно отсутствуют различия между жизненной ситуацией супругов и гражданских партнеров, оправдывающие неравное обращение. С одной стороны, не в каждом браке имеются дети, и не каждый брак нацелен на рождение детей. С другой стороны, увеличивается и количество зарегистрированных гражданских партнерств, в которых воспитываются дети; в этой связи возможны и не полностью необычные формы, в которых один из гражданских партнеров в качестве своей главной задачи берет на себя заботу о детях.

бб) В этой связи предоставление налоговых льгот лицам, состоящим в браке, по сравнению с гражданским партнерством не может быть обосновано полномочием законодателя к гармонизации в налоговом праве.

Гармонизация означает нормативное обобщение определенных, в существенных элементах схожих фактических жизненных обстоятельств; фактические исходные моменты должны быть заложены в цели нормы. Гармонизация предполагает, что возникающие из-за нее трудности и несправедливости можно было бы предотвратить лишь с трудом, что они касаются только относительно небольшого круга лиц и нарушение принципа равенства не является чересчур интенсивным. Чем более детальны конституционно-правовые предписания за рамками абз. 1 ст. 3 Основного

закона, тем уже законодательное усмотрение для гармонизации. Оно заканчивается там, где затрагиваются особые запреты на дискриминацию абз. 2 и 3 ст. 3 Основного закона.

То обстоятельство, что зарегистрированные гражданские партнерства и браки устроены как сообщества приобретения и расходования, потребовало бы при создании гармонизированных групп равного обращения в сфере налогообложения.

И с точки зрения содействия воспитанию детей гармонизированное предоставление налоговых льгот супружеским парам по сравнению с зарегистрированными гражданскими партнерствами также недопустимо. По подсчетам Федерального Министерства финансов около 91 % всего объема распределения налогов между супругами выпадает на супружеские пары с детьми, учитываемыми в текущем периоде или ранее учтенными при налогообложении. Так как выгода от распределения налогов между супругами становится тем выше, чем больше разница в доходах между двумя партнерами, то зарегистрированные гражданские партнерства, так же как и браки, особенно тогда будут извлекать выгоду из распределения налогов между партнерами, когда у них подрастают или подросли дети, и поэтому один из партнеров совсем или частично не зарабатывает. То, что доля зарегистрированных гражданских партнерств, имеющих детей, намного ниже, чем у супружеских пар, недостаточно для гармонизации ограничения процедуры распределения налогов между супружескими парами. Ущемление гражданских партнерств в вопросе процедуры распределения налогов законодатель и власть могут предотвратить без больших усилий. Неучет того факта, что и в гражданских партнерствах подрастают дети, привело бы к косвенной дискриминации из-за сексуальной ориентации партнеров.

3. Законодатель обязан устранить выявленное нарушение Конституции с обратной силой к моменту введения института гражданского партнерства 01 августа 2001 г. Так как у него для этого существуют различные возможности, в данном случае может быть принято во внимание только заявление о несовместимости. До вступления в силу нового регулирования, которое законодатель должен принять без промедления, для предотвращения неопределенности в правовом положении § 26, § 26б, абз. 5 § 32 а Закона о подоходном налоге применяются с условием, что и зарегистрированные гражданские партнерства, распределение налогов которых еще не было окончательно проведено, с действием от 1 августа

2001 г. могут, при наличии условий, действующих и в отношении супругов, претендовать на взимание налогов с общего дохода и применение процедуры распределения налогов.

Особое мнение судей Ландау и Кессал-Вулф:

1. Сенат упускает из виду, что зарегистрированное гражданское партнерство до вступления в силу Закона об изменении прав зарегистрированных гражданских партнерств 01 января 2005 г. по явно выраженному желанию законодателя было оформлено как несопоставимое с браком сообщество приобретения и расходования. Уже это оправдывает предоставление налоговых льгот лицам, состоящим в браке, при распределении налогов в 2001–2002 гг., которое является предметом спора, без обращения к абз. 1 ст. 6 Основного закона.

а) Брак согласно Конституции представляет собой сообщество приобретения и расходования, в котором один супруг участвует в доходах и расходах другого наполовину. § 26, 26 б, 32 а Закона о подоходном налоге включают это гражданско- и социально-страховое правовое оформление брака и перемещают его в сферу права подоходного налогообложения. Законодатель увидел в процедуре распределения налогов между супругами «рефлекс» общности имущества. Она сохраняет и усиливает — следуя обязанности защиты из абз. 1 ст. 6 Основного закона — брачное сообщество приобретения и расходования. Одному из супругов предоставляется возможность без налоговых потерь длительно или временно жить в условиях неполной трудовой занятости или же вовсе заниматься исключительно семейными делами.

б) Для критерия сопоставимости особо значимыми являются имущественные права супругов и право на уравнивание супругов в имуществе в случае развода; к этому прибавляются дополнительные нормы в праве о социальном страховании, в особенности касающиеся обеспечения после смерти одного из супругов. Эти конститутивные признаки были распространены на зарегистрированные гражданские партнерства лишь с 01 января 2005 г. Переходные нормы не предусматривали обязательное, действующее с обратной силой распространение на существующие гражданские партнерства.

в) Поэтому гражданские партнерства заявителей жалоб — по крайней мере в те годы, которые исключительно являются предметом спора,

в 2001 и 2002 налоговых годах — не должны считаться сообществами приобретения и расходования в смысле регулирования распределения налогов между супругами. Ссылка Сената на судебную практику Федерального Конституционного Суда по вопросам о налогах на наследство и дарение, налогах при покупке земельных участков и в области права о заработной плате в виде надбавки для многодетных семей не пригодна для основания противостоящего результата. Ни одно из названных решений не устанавливает принципы, которые могут быть просто перенесены в сферу права подоходного налогообложения. Простой ссылкой на эти решения Сенат лишь подвергает себя критике относительно чисто схематического следования судебной практике.

Распространение процедуры распределения налогов между супругами на зарегистрированные гражданские партнерства для налоговых годов до 2005 г. сводится к предоставлению льгот на подоходный налог сообщества приобретения и расходования без возникновения в приблизительно сопоставимом объеме зеркально вытекающих из этого обязанностей между партнерами. В обосновании Сената также не учитывается, что законодатель сознательно отказался от полного уравнивания в правах и выделил именно экономическую самостоятельность обоих партнеров в качестве руководящего начала. Тем самым Сенат представляет свою оценку вместо единственно на это полномочного законодателя.

2. Предположение Сената о том, что полномочие законодателя на гармонизацию не оправдывает выявленное неравное обращение с браком и гражданским партнерством, не содержит убедительного обоснования.

а) Сенат признает, что законодатель введением процесса разделения налогообложения в 1958 г. преследовал и семейно-политические цели. Но он из этого не делает надлежащий вывод, что и эта семейно-политическая функция, по общему правилу, пригодна для оправдания гармонизированного предоставления льгот лицам, состоящим в браках, по сравнению с другими формами совместного проживания, даже если они оформлены сопоставимым юридически обязующим образом. В соответствии с социальными реалиями законодатель при введении процедуры распределения налогов между супругами мог исходить из того, что преобладающее большинство браков нацелено на воспитание детей, и — при гармонизации — поставить ее в зависимость лишь от наличия брака, а не дополнительно еще и от наличия детей.

б) Сегодня все чаще и в зарегистрированных гражданских партнерствах подрастают дети. Из этого, однако, нельзя однозначно делать вывод о том, что уже в налоговых годах 2001–2002 гг. совокупность зарегистрированных гражданских партнерств требовала начала процесса распределения налогов между супругами посредством типизации. Допущение Сената, что налоговые льготы пойдут типичным образом на пользу и гражданским партнерствам, которые имеют детей, не доказано. Без ответа остается еще и решающий для гармонизации вопрос, насколько высока доля гражданских партнерств, в которых воспитывались дети.

Возможные неравные обращения с зарегистрированными гражданскими партнерствами, в которых воспитывались и воспитываются дети, могли быть учтены посредством открытия процедуры распределения налогов между партнерами для таких партнерств. Такой подход к решению не был подробно рассмотрен Сенатом, который учитывал исключительно гармонизирующее распространение регулирования на гражданские партнерства.

3. Наконец, за законодателем, ввиду семейно-политической цели нормы о процедуре распределения налогов между супругами, следовало бы признать право сначала оценить зарегистрированное гражданское партнерство, принимая во внимание его предварительный эффект на семью и смену поколений, и из этого при необходимости сделать выводы относительно налогообложения. Сенат обходит эту сферу оценки законодателя посредством своего, обладающего обратной силой решения о несовместимости, и дополнительно сужает возможности законодателя для регулирования. Кроме того, при этом Сенат не принимает во внимание прежнюю судебную практику Федерального Конституционного Суда, согласно которой законодатель не обязан устранять с обратной силой несовместимое с Основным законом правовое положение, если конституционное положение не было достаточно разъяснено.

§ 13. Особенности реализации принципа равноправия (абз. 2 и 3 ст. 3 Основного закона)

52) BVerfGE 39, 196

(Beamtenpension / Пенсия государственных служащих)

**Решение Второго Сената от 12 марта 1975 г.
– 2 BvL 10/74 –**

по делу о проверке на соответствие конституционным нормам § 141 Закона Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия о государственных служащих в ред. от 1 июня 1962 г. [...], когда право проживавшего в браке с государственным служащим вдовца на обеспечение, выплачиваемое вдовцу, поставлено в зависимость по отношению к покойной супруге.

ОСНОВАНИЯ

[...]

Б.

[...]

II.

[...]

2. [...]

a) [...]

Выплата заработной платы и обеспечения как особая форма реализации самостоятельного неотъемлемого права человека на содержание — права на обеспечение, в первую очередь, в виде неотъемлемого права на получение пенсии (абз. 3 § . 50 Рамочного закона об унификации норм, регулирующих правовое положение государственных служащих) является единым гарантированным государственному служащему встречным предоставлением при приеме на государственную службу на протяжении всей жизни. Целью этой гарантии является обеспечение материального благополучия членов семьи должностного лица, в том числе и после его смерти, а также обеспечение вознаграждения служебных заслуг лица и добросовестного и преданного исполнения им должностных обязанностей.

б) Однако если предоставление нанимателем соответствующего содержания членам семьи покойного служащего, в сочетании с пенсией по старости и за выслугу лет, а также последним должностным окладом покойного, так же как заработная плата государственного служащего и обеспечение лица, вышедшего в отставку, являются встречным предоставлением, вытекающим из правоотношений в связи с государственной службой и определяемым исходя из профессиональных качеств, служебных заслуг, личных способностей и усилий государственного служащего и направленным

на посвящение себя и своей трудоспособности государственной службе, то те же самые принципы применимы и к обеспечению вдовца, чья супруга была должностным лицом.

в) [...]

Решающее значение с точки зрения норм, регулирующих правовое положение государственных служащих, является неразрывная связь материального обеспечения, причитающегося должностному лицу и членам его семьи, с его заработной платой и должностным положением, однако в данном случае нет никаких различий, обусловленных полом должностного лица, и, следовательно, этим нельзя оправдать законодательное различие в предоставлении обеспечения вдове и вдовцу должностного лица. Тому же содержанию государственной служащей при жизни с учетом ее семейного положения соответствует одинаковое, находящееся в определенном соотношении к пенсии по старости и выслуге лет обеспечение, причитающееся членам ее семьи, в том числе вдовцу.

3. Таким образом, из абз. 2 и 3 ст. 3 Основного закона вытекает требование уравнивать государственную служащую и государственного служащего в отношении материального обеспечения членов семьи, чтобы после смерти служащей состоящему с ней в браке вдовцу было обеспечено такое же соответствующее содержание, как и вдове служащего.

[...]

53) BVerfGE 39, 334

(Extremistenbeschluss / Решение об экстремистах)

[...]

Решение Второго Сената от 22 мая 1975 г. – 2 BvL 13/73 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

[...]

III.

[...]

3. В соответствии с абз. 3 ст. 3 Основного закона «никому не может быть причинен ущерб или оказано предпочтение вследствие его ... политических взглядов». Таким образом оформлен общий принцип равноправия и запрещена дискриминация лица или предоставление лицу каких-либо преимущественных прав на основании его политических взглядов. Это положение, однако, не отменяет фидуциарных обязанностей, возложенных на должностное лицо и вытекающих из правоотношений в связи с государственной службой, и соответствующих последствий.

Прежде всего, неприемлемо распространять запрет, установленный в абз. 3 ст. 3 Основного закона, не только на «обладание» некими политическими воззрениями, но и на выражение и осуществление политических убеждений, поскольку выражение и осуществление политических взглядов относятся, без сомнения, к числу особых основных прав, а именно отдельным охраняемым правом свободам, ограничивающим действия (абз. 1, 4, 5, 8, 9 ст. 2 Основного закона). Они имеют *собственные* описания своих пределов, которые законодатель не смог бы соблюсти и реализовать, если бы этому препятствовали положения абз. 3 ст. 3 Основного закона.

Кроме того, формализованный в абз. 3 ст. 3 Основного закона запрет не является абсолютным. Очевидно, что в некоторых случаях определенные ограничения допустимы: к примеру, ориентироваться при назначении учителя в церковной школе на его вероисповедание; отдавать предпочтение кандидатам женского пола при назначении на должность директора женской школы; отказывать в приеме на работу немецкому гражданину в случае, если он вырос за границей и немецким языком не владеет. Подобные ограничения можно обосновать тем, что положения абз. 3 ст. 3 Основного закона («вследствие...») запрещают лишь *целенаправленную* дискриминацию или предоставление каких-либо преимуществ, но не ущемление в правах или предоставление преимуществ, которое является *следствием* регулирования, преследующего иную цель (например, защиту прав будущей матери или защиту конституционного правопорядка и пр.) или, иначе говоря, обращением к «природе вещей» (см. BVerfGE 7, 155 [170]).

Наконец, конституционную норму не следует толковать изолированно; напротив, она подлежит толкованию в контексте всей совокупности норм Основного закона (BVerfGE 19, 206 [220]; 30, 1 [19]; 33, 23 [29]). При

таким подходе совершенно исключается возможность того, что та Конституция, которая сформировала Федеративную Республику Германия на горьком опыте Веймарской демократии в качестве воинствующей демократии, позволила бы передать это государство на произвол своим врагам с помощью положений, установленных в абз. 3 ст. 3 Основного закона (см. BVerfGE 30, 1 [20]; 28, 36 [49]; 13, 46 [49]).

[...]

54) BVerfGE 48, 327
(Familiennamen / Фамилии)

Исключение права выбрать девичью фамилию жены в качестве брачной фамилии для супругов, заключивших брак между 1 апреля 1953 г. и 30 июня 1976 г., противоречит норме, содержащейся в абз. 2 ст. 3 Основного закона.

Решение Первого Сената от 31 мая 1978 г.
– 1 BvR 683/77 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

[...]

I.

1. В соответствии с § 1355 Германского гражданского уложения от 18 августа 1896 г. (Имперский вестник законов, стр. 195) женщина при вступлении в брак принимала фамилию мужа.

После того как Федеральный Конституционный Суд в своем решении от 18 декабря 1953 г. установил, что принцип равноправия, закрепленный в абз. 2 ст. 3 Основного закона, относится к действующему законодательству, а все противоречащие ему нормы в области брачно-семейных отношений в соответствии со ст. 117 Основного закона утрачивали свою силу после 31 марта 1953 г. (BVerfGE 3, 225 (239 и далее), законодатель внес изменения в действующую до того момента норму § 1355 ГГУ с помощью принятия Закона об уравнивании в правах мужчин и женщин от 18 июня 1957 г. (Сборник федерального законодательства, Часть I, стр. 609) в той степени, что женщина получила право добавлять свою девичью фамилию

к брачной фамилии (предл. 2 § 1355 ГГУ). В остальном порядок остался таким, что брачной фамилией была фамилия мужа (предл. 1 § 1355 ГГУ).
[...]

Б.

[...]

III.

1. Положения предл. 1 § 1355 ГГУ в старой редакции оказались несовместимы с абз. 2 ст. 3 Основного закона. Положение, согласно которому брачной и семейной фамилией становится фамилия мужчины, не позволяло принять в качестве брачной фамилии девичью фамилию женщины; таким образом, только муж мог продолжать использовать свою фамилию в качестве брачной. Таким образом, закон разрешал вопрос о том, фамилия которого из супругов станет брачной и семейной фамилией, исключительно исходя из половой принадлежности супруга. Это положение представляло собой нарушение основного права женщины, вытекающего из абз. 2 ст. 3 Основного закона. Это ущемление в правах не устранялось и за счет того, что женщине было разрешено добавлять свою девичью фамилию к брачной фамилии. В то время как мужчина не был ни уполномочен, ни обязан раскрывать факт вступления в брак при использовании своей фамилии, фамилия женщины при заключении брака претерпевала изменение. Особенно очевидно неравное отношение к женщине проявлялось при присвоении фамилии рожденным в браке детям, поскольку в соответствии с § 1616 ГГУ они могли получить только фамилию отца.

2. Неравное отношение к супругам, вытекающее из предл. 1 § 1355 ГГУ в старой редакции, не может быть обосновано ни биологическими, ни функциональными различиями. Уравнивание супругов в рамках семейной единицы никак не нарушается, если фамилия мужчины не будет брачной и семейной фамилией. Не существует каких-либо решающих различий между мужчиной и женщиной, которые могли бы признать положения предл. 1 § 1355 ГГУ в старой редакции необходимыми в обязательном порядке (см., напр., BVerfGE 10, 59 [81]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343]; 31, 1 [4]; 39, 169 [185 и далее]).

Мнение, согласно которому семейное единство находит выражение в фамилии мужчины, в прежней судебной практике было обосновано тем, что муж представляет семейный союз во внешних отношениях и внутри

семейного союза выполняет задачи и обязанности, которые не являются идентичными задачам и обязанностям женщины. [...]

Даже в том случае, если муж единственный в семье занимается трудовой деятельностью, в то время как жена ведет домашнее хозяйство и воспитывает детей, нельзя говорить о единоличном представительстве мужем семьи в отношениях с третьими лицами. Это тем более касается тех супружеских пар, в которых оба партнера занимаются трудовой деятельностью. Повсеместное вовлечение женщин в деловую жизнь и трудовой процесс привело к тому, что существенные позиции потеряло господствовавшее ранее мнение, согласно которому трудовая занятость женщины, а также то, что ее деятельность не ограничена выполнением своих задач в браке и семье, противоречат естественному разделению обязанностей в брачно-семейных отношениях.

3. Принцип равноправия в данной взаимосвязи также не подлежит ограничению другими конституционно-правовыми гарантиями (см., напр., BVerfGE 10, 59 [80]).

а) Например, если бы абзац 1 ст. 6 Основного закона требовал сохранения распознаваемости семейной связи для защиты семьи, как это было связано с нормами о регулировании брачной фамилии в соответствии с предл. 1 § 1355 ГГУ в старой редакции; однако абзац 1 ст. 6 Основного закона не предоставляет защиту поколениям семьи в широком смысле. Семья по смыслу абз. 1 ст. 6 Основного закона подразумевает в принципе узкий круг объединенных в одной семейной общности лиц, а именно родителей и их детей.

[...]

55) BVerfGE 52, 369

(Hausarbeitstag / День для работ по дому)

Не соответствует абз. 2 ст. 3 Основного закона положение, при котором день для работ по дому предоставляется только имеющим собственное домашнее хозяйство одиноким женщинам, но не мужчинам.

Решение Первого Сената от 13 ноября 1979 г.

– 1 BvR 631/78 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

Конституционная жалоба касается вопроса конституционности § 1 Закона Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия о предоставлении свободного времени женщинам, имеющим собственное домашнее хозяйство, от 27 июля 1948 г. (NATG NRW), в случае если день для работ по дому предоставляется только имеющим собственное домашнее хозяйство одиноким работникам женского пола, но не мужского.

1.

[...]

2. Положение § 1 Закона Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия о предоставлении свободного времени женщинам, имеющим собственное домашнее хозяйство, гласит:

Женщины, имеющие собственное домашнее хозяйство, работающие на предприятиях и в ведомственных учреждениях различных видов, со средней продолжительностью рабочего времени не менее 40 часов в неделю, имеют право на предоставление одного нерабочего дня в месяц (дня для работ по дому).

[...]

Б.

[...]

1.

Предметом конституционно-правовой проверки является § 1 Закона Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия о предоставлении свободного времени женщинам, имеющим собственное домашнее хозяйство, в толковании, данном указанной норме Федеральным судом по рассмотрению трудовых споров в решении Большого Сената от 16 марта 1962 г. (Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров 13, 1 = АП № 19 к § 1 Закона Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия о предоставлении свободного времени женщинам, имеющим собственное домашнее хозяйство), которое с тех пор лежит в основе судебной практики указанного суда. В соответствии с данным толкованием на территории земли Северный Рейн-Вестфалия все работающие женщины, независимо от семейного положения, имеют право на предоставление дня для работ по дому, если они работают определенное количество часов в неделю, имеют собственное домашнее хозяйство и самостоятельно его ведут; для работников мужского

пола, находящихся в таком же положении, однозначная формулировка § 1 Закона Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия о предоставлении свободного времени женщинам, имеющим собственное домашнее хозяйство, права на предоставление дня для работ по дому не предоставляет. Из данного правового положения исходит и Суд по рассмотрению трудовых споров, решение которого оспаривается в конституционной жалобе.

Критерием проверки является абзац 2 ст. 3 Основного закона. Закрепленный в указанной статье принцип равноправия мужчин и женщин конкретизирует общий принцип равенства и запрещает использовать критерий пола лица в качестве уважительной причины для дифференциации его прав. Однако в соответствии со сложившейся судебной практикой Федерального Конституционного Суда данное положение не исключает нормы, которые с учетом объективных биологических и функциональных (основанных на разделении труда) различий дифференцируют правовое регулирование в отношении мужчин и женщин в зависимости от природы соответствующих жизненных условий (ср. BVerfGE 3, 225 [242]; 5, 9 [12]; 10, 59 [74]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343 и далее]; 31, 1 [4 и далее]; 37, 217 [249 и далее]; 43, 213 [225]). Однако различие, содержащееся в § 1 Закона Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия о предоставлении свободного времени женщинам, имеющим собственное домашнее хозяйство, во всяком случае, относительно одиноких лиц не объясняется указанными признаками.

II.

Положение, закрепленное в § 1 Закона Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия о предоставлении свободного времени женщинам, имеющим собственное домашнее хозяйство, при определении круга лиц, которым предоставляется день для работ по дому, привязано исключительно к половой принадлежности лица и тем самым допускает противоречащую Конституции дифференциацию.

1. Благодаря предоставлению дня для работы по дому работающая женщина должна получить возможность выполнения работ по дому, которые трудно совмещать в один день с основной работой, в особенности, например, масштабную стирку и уборку [...]

[...]

2. Лица мужского пола также могут иметь двойную нагрузку в связи с трудовой деятельностью и ведением домашнего хозяйства. В особенности

это касается одиноких мужчин, которые самостоятельно содержат собственное жилье, поскольку занятие трудовой деятельностью и ведение домашнего хозяйства в данном случае неизбежно осуществляет одно лицо. Если одинокие работающие мужчины в связи с трудовой деятельностью и ведением домашнего хозяйства имеют двойную нагрузку, то разный подход относительно предоставления дня для работ по дому им и одиноким работающим женщинам является неоправданным. Объективные биологические или функциональные (основанные на разделении труда) различия не влияют таким существенным образом на регулируемые бытовые условия, чтобы сопоставимые элементы в данной ситуации должны были полностью уйти на второй план, и различное правовое регулирование с использованием терминов «ущемлять» и «отдавать предпочтение» не воспринималось бы целесообразным (ср. BVerfGE 37, 217 [249] со ссылками на другие источники).

а) Работа по дому не относится к обусловленным полом характеристикам женщин. Тем не менее, когда речь идет о работе по дому, в первую очередь это приписывается к обязанностям женщины, что основывается исключительно на традиционном представлении, что женщина должна полностью или, по крайней мере, в большей степени заниматься домашним хозяйством.

Существовавшее до сих пор правовое регулирование не может быть основано меньшей работоспособностью женщины. При этом может быть спорным вопрос, хуже ли женщины в целом противостоят физическим нагрузкам и подвержены ли они больше заболеваниям, чем мужчины. В любом случае целью предоставления дня для работы по дому не является компенсация возможной более слабой Конституции женщины. Данный аспект учитывается в сфере труда в специальных нормах по охране труда в § 16–19 Положения о рабочем времени [...].

[...] Вследствие предоставления дня для работ по дому работающая женщина, которая несет двойную нагрузку в связи с трудовой деятельностью и ведением домашнего хозяйства, получает возможность и время для проведения более существенных работ по дому, которые требуют больше времени, нежели то, которое она может использовать после окончания рабочего дня. Данное правило основано не на оценке различной трудоспособности мужчин и женщин в их трудовой деятельности, которая в общем контексте, очевидно, лежит в основе норм Положения о рабочем

времени, а исключительно на факте двойной нагрузки из-за одновременного ведения трудовой деятельности и работы по дому. Работник мужского пола также может подвергаться двойной нагрузке, если ему необходимо вести домашнее хозяйство. Объем работ по дому не становится меньше от того, что их выполняет мужчина, а не женщина. Исходя из данного положения дел предоставление оплачиваемого дня для работы по дому исключительно женщинам не может быть обосновано биологическими отличиями полов.

[...]

III.

Федеральный Конституционный Суд не может признать положения § 1 Закона Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия о предоставлении свободного времени женщинам, имеющим собственное домашнее хозяйство, ничтожными, а должен ограничиться лишь установлением факта неконституционности данной нормы, поскольку законодатель имеет различные возможности обеспечения конституционного принципа равенства (ср. BVerfGE 25, 236 [252])⁴.

56) BVerfGE 84, 9

(Ehenamen / Фамилии супругов после заключения брака)

Не соответствует принципу равноправия (абз. 2 ст. 3 Основного закона) положение закона, по которому в качестве фамилии после заключения брака устанавливается фамилия мужчины, если супруги не определили свои фамилии по рождению в качестве брачной фамилии (предл. 2 абз. 2 § 1355 ГГУ).

Решение Первого Сената от 5 марта 1991 г.

– 1 BvL 83/86, 1 BvL 24/88 —

57) BVerfGE 114, 357

(Aufenthaltserlaubnis des Kindes / Разрешение на пребывание ребенка)

⁴ Текст, приведенный в разделе III, является обобщением оригинального решения и отличается от его дословного изложения.

Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Сообщение для печати № 117/2005 от 25 ноября 2005 г.

Решение от 25 октября 2005 г.
– 2 BvR524/01 –

**Различное обращение с отцом и матерью при выдаче
разрешения на пребывание их ребенка неконституционно**

Конституционная жалоба турецкого ребенка, проживающего в Германии у своего отца, касательно отказа в выдаче разрешения на пребывание была удовлетворена. Второй Сенат Федерального Конституционного Суда установил, что облегченная процедура выдачи разрешения на пребывание для рожденного на территории ФРГ ребенка не может быть связана исключительно с разрешением на пребывание матери, но не отца, что не соответствует ст. 3 абз. 3 предл. 1 Основного закона (запрет дискриминации). Вследствие этого соответствующие положения Закона о статусе иностранных граждан и основанные на них, действующие в настоящее время, положения Закона о пребывании⁵ являются неконституционными. Законодатель обязан устранить нарушение принципа равенства до 31 декабря 2006 г. До тех пор указанные нормы могут применяться в интересах детей, чье право на пребывание основывается на разрешении на пребывание матери. Принятие решений по заявлениям, в которых право на пребывание ребенка основывается на разрешении на пребывание отца, должно быть отложено.

Правовая основа и обстоятельства дела:

§ 21 Закона о статусе иностранных граждан в редакции от 9 июля 1990 г. впервые урегулировал правовое положение детей, рожденных в Германии от проживающих здесь иностранных граждан. Право на первичную выдачу разрешения на пребывание для рожденного на территории Германии ребенка возникает только тогда, когда мать имеет разрешение на пребывание или проживание. Несущественным является факт,

⁵ Примечание переводчика: Закона о пребывании, трудовой деятельности и интеграции иностранных граждан на территории ФРГ.

имеет ли отец соответствующее право на пребывание. Данное положение было по существу без изменений относительно условий выдачи первичного разрешения на пребывание включено в новый, действующий с 1 января 2005 г. Закон о пребывании (§ 33 предл. 1 Закона о пребывании).

Рожденная в 1999 г. в Германии заявительница жалобы является, так же как и ее родители, гражданкой Турции. Ее отец около 25 лет проживает в Германии; в 1989 г. ему было выдано бессрочное разрешение на пребывание. Мать заявительницы жалобы приехала в Германию в 1997 г. Выданное ей сначала разрешение на проживание было аннулировано в 1998 г. С указанного времени матери заявительницы предоставлено право на кратковременное ограниченное пребывание в стране. В 2002 г. родители развелись. Отец, с которым проживает заявительница, имеет исключительное право родительской опеки. Заявление о выдаче разрешения на пребывание, поданное заявительницей в июне 1999 г., было отклонено, поскольку мать не имеет гарантированного права на пребывание. Поданный против этого иск в административные суды остался без удовлетворения. Федеральный Конституционный Суд отменил эти решения и вернул дело в Административный суд г. Дюссельдорфа.

В основе решения главным образом лежат следующие выводы:

Положение закона, оспариваемое конституционной жалобой, ставит рожденных на территории ФРГ детей, чьи матери имеют разрешение на проживание или пребывание, в более выгодное положение по сравнению с теми, у кого только отцы имеют соответствующий статус иностранного гражданина. Тем самым имеет место предпочтение на основании пола в смысле ст. 3 абз. 3 предл. 1 Основного закона. Данное дифференцирование не является обоснованным.

Целью нормы, закрепленной в § 21 абз. 1 предл. 1 Закона о статусе иностранных граждан не является охрана отношений между матерью и ребенком. Данная норма дает ответ на вопрос о первичной выдаче разрешения на пребывание рожденному в Германии ребенку. При этом законодатель преследовал цель — дать ребенку возможность разделить правовой статус одного из родителей. Право пребывания матери, очевидно, представляет собой лишь административно-правовую точку привязки для выдачи разрешения на пребывание. Но привязывание

к праву на пребывание матери не является обязательным. Вполне возможно равное отношение к обоим родителям. Подлежащие регулированию правоотношения, касающиеся права пребывания ребенка, применимы к отцу и к матери в равной степени.

Право на пребывание ребенка, производное (также) из права на пребывание отца, не сталкивается с практическими трудностями, поэтому привязывание к праву на пребывание матери не является обязательным. Предположение, что отцы, имеющие право на пребывание в Германии, обычно не доступны, явно не имеет основания. Возможное предположение, что право на пребывание ребенка требует быстрого и легкого подтверждения, и потому данное право должно быть связано именно с правом матери, не нашло отражения в законе и не относится к делу.

Неравное обращение не может быть обосновано коллидирующими нормами конституционного права. Гарантированные в ст. 6 Основного закона права и интересы ребенка не требуют привязывания права на пребывание ребенка исключительно к праву на пребывание матери. Ни вопрос сохранения единства семьи, ни вопрос тесной связи между матерью и ребенком в первое время после родов не могут решаться путем ущемления интересов отца. Напротив, установленное в § 21 абз. 1 предл. 1 Закона о статусе иностранных граждан дифференцирование противоречит основанным на конституционных принципах ценностям семейного права, согласно которым оба родителя являются равноправными. Если законодатель для облегченного получения права на пребывание ребенка исходит только из статуса пребывания матери, то он пренебрегает как правом родительской опеки, так и фактическими семейными обстоятельствами, которые часто характеризуются совместной опекой. Кроме того, сегодня роль отца в опеке над ребенком приобретает зачастую первоочередное или даже исключительное значение.

§ 14. Свобода вероисповедания и совести, свобода религиозных и мировоззренческих убеждений (Ст. 4 Основного закона)

58) BVerfGE 24, 236

(Aktion Rumpelkammer / Акция «Чулан»)

1. Основным правом по ст. 4 абз. 1 и 2 Основного закона обладают не только церкви, религиозные и мировоззренческие организации, но и объединения, целью которых является не всесторонняя, а лишь частичная забота о религиозной и мировоззренческой жизни.

2. Статья 4 абз. 2 Основного закона гарантирует также право организовывать сборы в церковных и религиозных целях. То же самое относится к действиям по поддержке, находящимся в рамках обычной религиозной жизни, таким как агитация с церковной кафедры.

**Решение Первого Сената от 16 октября 1968 г.
– 1 BvR 241/66 –**

в деле о конституционных жалобах Первого Католического движения сельской молодежи Германии [...]

ОСНОВАНИЯ

I.

1. [...]

В начале 1965 г. заявитель жалобы провел на всей территории Германии акцию «Чулан»; он собирал старую одежду, ветошь и макулатуру и продавал весь материал крупным скупщикам. При этом он выручил несколько миллионов немецких марок, которые предназначались для сельской молодежи в слаборазвитых землях. Об отдельных акциях он сообщил посредством объявлений с церковных кафедр в католических церквях и сообщений в прессе.

2. [...] Земельный суд запретил заявителю жалобы заниматься подготовкой к сбору утиля в Брайтенбрунне посредством агитации с кафедры католической церкви.

[...]

III.

[...]

2. а) Основное право беспрепятственного отправления религиозных обрядов (ст. 4 абз. 2 Основного закона) само по себе содержится в понятии свободы вероисповедания и убеждений (ст. 4 абз. 1 Основного закона). Данное понятие охватывает, независимо от того, идет ли речь о религиозных убеждениях или чуждых религии или свободных от религии мировоззрениях, не только внутреннюю свободу верить или не верить,

т. е. признать веру, скрывать ее, отказаться от прежней веры и обратиться в другую веру, но также и свободу культовых действий, агитации и пропаганды (BVerfGE 12, 1 [3 и далее]). В этом смысле беспрепятственное отправление религиозных обрядов является лишь составной частью свободы вероисповедания и убеждений, принадлежащей как отдельно индивиду, так и религиозным и мировоззренческим объединениям (BVerfGE 19, 129 [132]). По крайней мере, со времен Веймарской Конституции свобода отправления религиозных обрядов содержательно раскрывается в свободе убеждений.

[...]

Так как «отправление религиозных обрядов» имеет центральное значение для всякой веры и всякого убеждения, данное понятие в контексте исторического содержания требует расширительного толкования.

[...]

в) Организованные заявителем жалобы в религиозно-благотворительных целях сборы и озвученные им объявления с церковной кафедры относятся к свободе отправления религиозных обрядов, защищенной ст. 4 абз. 2 Основного закона.

При оценке того, что в отдельном случае следует рассматривать как отправление религии или воплощение мировоззрения, нельзя не учитывать самосознание религиозных и мировоззренческих организаций. С одной стороны, религиозно-нейтральное государство, по общему правилу, должно толковать конституционно-правовые понятия в соответствии с нейтральными, общепринятыми, не конфессионально или мировоззренчески окрашенными взглядами (BVerfGE 10, 59 [84 и далее]; 12, 45 [54]; 19, 1 [8]; 19, 226 [238 и далее]; 19, 268 [278 и далее]). Однако там, где в плюралистическом обществе правопорядок предполагает именно религиозное или мировоззренческое самосознание, как при свободе отправления культов, государство нарушило бы предоставленные церквям, религиозным и мировоззренческим организациям в соответствии с Основным законом самобытность и самостоятельность в их собственной области, если бы оно при толковании отправления религиозных обрядов, вытекающего из определенного убеждения или мировоззрения, не учитывало бы их самосознание (BVerfGE 18, 385 [386 и далее]).

Согласно самосознанию Католической и Евангелической церкви отправление религиозных обрядов охватывает не только область веры

и богослужения, но и свободу развития и действия в мире, как это соответствует их религиозной и диаконической задаче.

[...]

г) [...] Кроме того, несущественным для оценки акции «Чулан» как действия в области отправления религиозных обрядов является утверждение заявителя жалобы, что вследствие благотворительных сборов 90 % сборщиков утиля были бы вынуждены прекратить свою деятельность. Несмотря на то что согласно решающей для Федерального Конституционного Суда оценки Земельного суда сбор заявителем жалобы был в проведенном объеме допустимым, и что не установлено, является ли спад деятельности сборщиков утиля результатом общеэкономических структурных изменений, необходимо было бы принять даже изменение структуры данной отрасли коммерческой деятельности, возникшее в результате благотворительных сборов. В экономике со свободной конкуренцией не существует субъективного права предпринимателя, защищенного Конституцией, на сохранение объемов своего дела и обеспечение дальнейших возможностей получения дохода.

д) Если сборы, организованные заявителем жалобы, были, тем самым, частью отправления религиозных обрядов, защищенного ст. 4 абз. 2 Основного закона, Земельный суд должен был бы принять во внимание влияние данного основного права на оценку агитации с церковной кафедры как «конкурентных действий, противоречащих общепринятым нормам морали».

[...]

При толковании понятия «противоречие общепринятым нормам морали» конкурентных действий Земельный суд поэтому должен был бы оценить особый вид конкуренции между предпринимателем и «конкурентом», действующим в рамках отправления религиозных обрядов, исходя из правового блага беспрепятственного отправления религиозных обрядов, обладающего более высокой ценностью, и, после установления обстоятельств дела, признать его непротиворечащим общепринятым нормам морали. В силу этого решение, вынесенное Земельным судом против заявителя жалобы, подлежит отмене (§ 95 абз. 2 ФЗКС).

[...]

59) BVerfGE 33, 23

(Eidesverweigerung aus Glaubensgründen / Отказ от принесения присяги по религиозным соображениям)

1. Принесенная без обращения к Богу присяга, согласно представлению составителей Конституции, не имеет никакой религиозной или иной трансцендентной связи.
2. Религиозное убеждение, предусматривающее отказ от принесения присяги свидетеля по религиозным соображениям даже без обращения к Богу, охраняется ст. 4 абз. 1 Основного закона.
3. § 70 абз. 1 Уголовно-процессуального кодекса в соответствии с Конституцией следует толковать таким образом, что в качестве «законного основания» для отказа от принесения присяги выступает также основное право на свободу вероисповедания по ст. 4 абз. 1 Основного закона.

Решение Второго Сената от 11 апреля 1972 г.

– 2 BvR 75/71 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

I.

В уголовном деле, которое рассматривал Земельный суд г. Дюссельдорфа, заявитель жалобы, евангелический священник, давал показания в качестве свидетеля. Со ссылкой на свое основное право на свободу вероисповедания и совести он отказался принести присягу свидетеля, так как ему, в соответствии со словами Христа в Нагорной проповеди (Ев. от Матфея 5, 33–37), запрещено принесение любой присяги. Решением от 28 октября 1965 г. Земельный суд г. Дюссельдорфа, сославшись на ст. 140 Основного закона во взаимосвязи со ст. 136 абз. 4 Конституции Германского государства от 11 августа 1919 г. (Веймарской Конституции), признал отказ от принесения присяги необоснованным и приговорил заявителя жалобы в соответствии с § 70 абз. 1 Уголовно-процессуального кодекса к административному штрафу в размере 20 немецких марок, в качестве альтернативы — к двум дням тюремного заключения, а также компенсации расходов, возникших в результате такого отказа.

Высший земельный суд г. Дюссельдорфа отклонил жалобу, поданную на данное решение [...].

[...]

II.

В конституционной жалобе заявитель оспаривает решения Земельного суда и Высшего земельного суда г. Дюссельдорфа и считает нарушенным свое основное право на свободу вероисповедания и совести, защищенное ст. 4 абз. 1 Основного закона.

[...]

Б.

Допустимая конституционная жалоба обоснованна.

Присяга свидетеля, если она приносится согласно § 6б с абз. 2 Уголовно-процессуального кодекса без обращения к Богу, является в соответствии с ценностным порядком Основного закона чисто светским подтверждением правдивости высказывания без религиозной или иной трансцендентной связи. Противоположное религиозное убеждение заявителя жалобы, тем не менее, охраняется ст. 4 абз. 1 Основного закона. Заявитель жалобы поэтому был вправе отказаться от принесения присяги; при осуществлении своего основного права его нельзя было подвергнуть административному штрафу или принудить к компенсации расходов.

[...]

II.

Религиозные убеждения заявителя жалобы, не разделяющие такую оценку Конституции и текущего закона и рассматривающие современную присягу даже в ее нерелигиозной форме тем не менее как связанное с религией и, согласно положениям Нагорной проповеди, запрещенное Богом действие, защищены основным правом на свободу вероисповедания согласно ст. 4 абз. 1 Основного закона. Он отказывается от принесения присяги свидетеля не без «законных оснований» по смыслу § 70 абз. 1 Уголовно-процессуального кодекса, и поэтому нельзя ему препятствовать поступать согласно требованию его веры даже опосредованно, т. е. путем наложения административного штрафа.

1. Свобода вероисповедания в соответствии со ст. 4 абз. 1 Основного закона гарантирует индивиду правовое пространство, внутри которого он может выбрать ту форму жизни, которая соответствует его убеждениям (BVerfGE 12, 1 [3]). Сюда относится не только (внутренняя) свобода верить

или не верить, но и право индивида определять свое поведение в соответствии с учениями своей веры и поступать согласно своему внутреннему религиозному убеждению (BVerfGE 32, 98 [106]). Из обязательного для государства требования мировоззренческого и религиозного нейтралитета (BVerfGE 18, 385 [386]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]) и принципа равенства церквей и религий (BVerfGE 19, 1 [8]; 24, 236 [246]) следует, что численность или социальная значимость определенной веры не может играть роли. Будучи специфическим выражением гарантированного ст. 1 абз. 1 Основного закона достоинства человека, статья 4 абз. 1 Основного закона защищает именно отдельные формы религиозного убеждения, которые отклоняются от учения церквей и религиозных организаций. Государству запрещено предоставлять определенным конфессиям привилегии (BVerfGE 19, 206 [216]) или оценивать веру или неверие своих граждан (BVerfGE 12, 1 [4]).

Право на свободу вероисповедания, гарантированное Основным законом, не может ограничиваться ни общим правопорядком, ни неопределенной оговоркой оценки правовых благ. Ее границы могут определяться только самой Конституцией, т. е. в соответствии с конституционным порядком Основного закона и с учетом единства данной основополагающей системы ценностей (BVerfGE 12, 1 [4]; 32, 98 [108]). В частности, тесная связь свободы вероисповедания с достоинством человека как наивысшей ценностью в системе основных прав не позволяет автоматически подвергать предусмотренным государством независимо от их религиозных мотивов санкциям за действия и поведение, вытекающие из определенной веры (BVerfGE 32, 98 [108]). Характерным для государства, которое объявляет достоинство человека высшей конституционной ценностью и которое гарантирует неутрачиваемую свободу вероисповедания и совести без законодательных ограничений, является, наоборот, то обстоятельство, что оно позволяет и индивидуалистам и сектантам беспрепятственно развивать свою личность в соответствии со своими субъективными религиозными убеждениями, пока они не вступают в противоречие с другими ценностными положениями Конституции, и пока их поведение не влечет в этой связи ощутимое нарушение интересов общества или основных прав других лиц.

2. а) Заявитель жалобы отказывается принести присягу свидетеля по вытекающему из Библии собственному религиозному соображению.

Он заявляет, что согласно его вере Бог запрещает любую присягу; уже сам акт принесения клятвы как таковой представляет собой, с его точки зрения, самопроклинание в случае нарушения присяги, относящееся к магическим представлениям, несовместимым с христианским учением. Данная позиция веры находит определенное подтверждение в положениях Библии (от Матфея, 5, 33–37) и отстаивается также одним из направлений новейшей теологии [...]. Уже поэтому ее нельзя не учитывать в рамках ст. 4 абз. 1 Основного закона. Государству запрещено оценивать подобные религиозные убеждения своих граждан, не говоря уже о том, чтобы называть их «истинными» или «ложными».

б) Отказ от дачи присяги заявителем жалобы выходит за пределы внутренней области веры, принципиально закрытой для государственного вторжения, и вступает в конфликт с обязанностью, наложенной государственным сообществом, в принципе на всех граждан в интересах действенного правосудия. Законодатель усматривает, в частности, в присяге свидетеля в уголовном процессе, как правило, неотъемлемое средство поиска истины и поэтому, в отличие от других процессуальных порядков (ср., например, § 391 Гражданского процессуального кодекса), исходит в § 59 Уголовно-процессуального кодекса и след. из принципа обязательного принесения присяги свидетелем.

Если текущее законодательство, рассмотренное само по себе, требует от заявителя жалобы принесения присяги, то все же вышестоящее основное право заявителя жалобы отказаться от принесения присяги в соответствии с постулатами его веры и не быть косвенно принужденным посредством административного штрафа к действию, противоречащему данным постулатам, не подлежит ограничению, которое можно было бы вывести из самой системы ценностей Основного закона.

Подобное ограничение, в частности, не следует из ст. 136 Веймарской Конституции во взаимосвязи со ст. 140 Основного закона. Отношение, в котором данная норма, заимствованная Основным законом из Веймарской Конституции, сегодня находится с основным правом на свободу вероисповедания, не оправдывает сделанный в обжалованном решении Высшего земельного суда на основании ст. 136 абз. 4 Веймарской Конституции вывод от противного, будто каждого индивида в рамках действующих законов можно понудить к использованию нерелигиозной формы принесения присяги. Разработчик Основного закона

вывел свободу вероисповедания и совести из связи с положениями Веймарской Конституции, касающимися церкви, и без каких-либо законодательных ограничений включил ее в стоящий во главе Конституции перечень непосредственно обязывающих основных прав (ср. BVerfGE 19, 206 [219 и далее]; 24, 236 [246]). Статью 136 Веймарской Конституции следует поэтому толковать в свете существенно расширенного по сравнению с ранее действовавшей нормой (ст. 135 Веймарской Конституции) действия основного права на свободу вероисповедания и совести; статья 136 Веймарской Конституции переплетается по своей важности и внутреннему значению с конституционным порядком ст. 4 абз. 1 Основного закона [...]. Осуществления каких гражданских обязанностей по смыслу ст. 136 абз. 1 Веймарской Конституции по сравнению со свободой по ст. 4 абз. 1 Основного закона можно добиться посредством государственного принуждения, определяется в соответствии с Основным законом только с учетом ценностного подхода ст. 4 абз. 1 Основного закона.

Конституционно-систематическое препятствие, ограничивающее область действия гарантии ст. 4 абз. 1 Основного закона, которое могло бы исключить принятие религиозного убеждения заявителя жалобы при принесении им присяги, также нельзя вывести из того, что статьи 56, 64 абз. 2 Основного закона обязывают Федерального президента и другие конституционные органы приносить присягу при вступлении в должность. Данные обязательства вытекают из добровольно принятого решения признать выборы на должность конституционного органа, в которой государство непосредственно представлено в особо выраженной форме и которая, по общему правилу, предполагает полную идентификацию избранного лица с ценностями, изложенными в Конституции. Напротив, каждый человек обязан перед судом дать показания в качестве свидетеля и в соответствии с законом присягнуть в истинности своих показаний. Выполнение обязанности принесения присяги может быть достигнуто при помощи предусмотренных законом (ср. § 70 Уголовно-процессуального кодекса, § 390 Гражданского процессуального кодекса) средств принуждения. Во всех случаях, в которых суд распоряжается о принесении присяги свидетелем, который отказывается от принесения присяги по религиозным соображениям, возникает конфликт, который соответствующий гражданин избежать не может. Уже данное

основополагающее различие между присягой свидетеля и присягой при вступлении в должность исключает одинаковый подход к обоим видам присяги [...].

в) Заявитель жалобы может потребовать в соответствии со ст. 4 абз. 1 Основного закона, чтобы его освободили от сугубо личной обязанности принесения присяги, поскольку его религиозные убеждения запрещают ему выполнение данного действия. Другие общественные интересы, обладающие конституционным статусом, или основные права третьих лиц при этом не нарушаются.

[...]

Интерес государственного сообщества в эффективно функционирующем правосудии, который занимает свое место в системе ценностей Основного закона (ср. ст. 92 Основного закона) и который не должен недооцениваться, поскольку всякое правосудие в конечном счете служит охране основных прав, не затрагивается в случае принятия религиозного убеждения, направленного против допустимости принесения присяги в отдельном случае. Подтверждение правдивости показаний свидетеля, предусмотренное законодателем как неотъемлемое средство поиска истины, не должно обязательно происходить именно в форме присяги с использованием слова «клянусь»⁶ [...].

3. [...]

До тех пор пока законодатель не урегулировал право отказа от принесения присяги свидетеля по религиозным соображениям в соответствии со ст. 4 абз. 1 Основного закона, основное право оказывает свое непосредственное и, в случае необходимости, корректирующее влияние в области действующего уголовно-процессуального права (ср. BGHSt 19, 325 [330]). Поэтому § 70 абз. 1 Уголовно-процессуального кодекса в соответствии с Конституцией следует толковать таким образом, что в качестве «законного основания», позволяющего отказаться от принесения присяги, необходимо учитывать не только перечисленные в Уголовно-процессуальном кодексе случаи (§ 60–63, 66 e Уголовно-процессуального кодекса), но и то обстоятельство, что основное право по ст. 4 абз. 1 Основного закона в отдельном случае освобождает от обязанности принесения присяги (ср. BVerfGE 25, 296 [305] касательно права

⁶ В настоящее время § 66 d, 155 Уголовного кодекса.

отказаться от дачи свидетельских показаний, непосредственно вытекающего из ст. 5 абз. 1 Основного закона).

[...]

60) BVerfGE 93, 1

(Kruzifix / Распятие)

1. Размещение креста или распятия в учебных помещениях государственной обязательной школы, которая не является конфессиональной, нарушает ст. 4 абз. 1 Основного закона.
2. § 13 абз. 1 предл. 3 Устава начальных школ в Баварии противоречит ст. 4 абз. 1 Основного закона и является ничтожным.

Решение Первого Сената от 16 мая 1995 г.

– 1 BvR 1087/91 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

Конституционная жалоба касается размещения крестов или распятий в школьных помещениях.

I.

1. Согласно § 13 абз. 1 предл. 3 Устава начальных школ в Баварии (Устав начальных школ) от 21 июня 1983 г. [...] в публичных начальных школах в каждом классном помещении следует разместить крест.

[...]

Б.

Конституционная жалоба обоснованна.

[...]

II.

Обжалуемые решения также нарушают основные права заявителей жалобы 1) и 2) по ст. 4 абз. 1 во взаимосвязи со ст. 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона, и основные права заявителей жалобы 3)-5) по ст. 4 абз. 1 Основного закона. Обжалуемые решения основываются на § 13 абз. 1 предл. 3 Устава начальных школ, который, в свою очередь, противоречит Основному закону и является ничтожным.

1. Статья 4 абз. 1 Основного закона защищает свободу вероисповедания. Решение в пользу веры или против нее, согласно ей, дело отдельно-го индивида, а не государства. Государство не может ему предписать или запретить веру или религию. К свободе вероисповедания относится, однако, не только свобода иметь веру, но и свобода жить и действовать согласно собственным религиозным убеждениям (ср. BVerfGE 32, 98 [106]). В частности, свобода вероисповедания гарантирует участие в культовых действиях, предписанных верой, или в которых вера находит свое выражение. Этому соответствует, с другой стороны, свобода не участвовать в культовых действиях неразделенной человеком веры. Данная свобода относится также к символам, в которых находит выражение вера или религия. Статья 4 абз. 1 Основного закона предоставляет отдельному индивиду право решать, какие религиозные символы он признает и почитает, а какие — отвергает. Хотя в обществе, которое признает различные религиозные убеждения, индивид не обладает правом на полную изоляцию от чужих проявлений веры, культовых действий и религиозных символов. От этого, однако, следует отличать созданную государством ситуацию, когда отдельный индивид не имеет возможности избежать влияния определенной веры, действий, в которых она проявляется, и символов, в которых она находит выражение. В этом смысле статья 4 абз. 1 Основного закона оказывает свое обеспечивающее свободу воздействие именно в тех областях жизни, которые не предоставлены общественной самоорганизации, а находятся на попечении государства (ср. BVerfGE 41, 29 [49]). Это учитывает и статья 140 Основного закона во взаимосвязи со ст. 136 абз. 4 Веймарской Конституции таким образом, что она прямо запрещает заставлять кого-либо участвовать в религиозных мероприятиях.

Однако статья 4 абз. 1 Основного закона не ограничивается запрещением государству вторгаться в религиозные убеждения, действия и проявления веры отдельных лиц или религиозных организаций. Она, наоборот, возлагает на него обязанность обеспечить отдельным лицам и религиозным организациям пространство для действий, в котором личность может развиваться в мировоззренчески-религиозном направлении (ср. BVerfGE 41, 29 [49]), и защищать ее от нападков или препятствий со стороны последователей других религиозных направлений или конкурирующих религиозных групп. Однако статья 4 абз. 1 Основного закона, по общему правилу, не предоставляет отдельному индивиду или

религиозным организациям право на выражение своих религиозных убеждений при поддержке государства. Из свободы вероисповедания ст. 4 абз. 1 Основного закона следует, напротив, принцип государственного нейтралитета в отношении различных религий или верований. Государство, в котором проживают последователи различных или даже противоположных религиозных и мировоззренческих убеждений, может обеспечить мирное сосуществование только тогда, когда оно само в вопросах веры сохраняет нейтралитет. Поэтому оно не должно по своей инициативе ставить религиозный мир в обществе под угрозу. Данное требование находит свое выражение не только в ст. 4 абз. 1 Основного закона, но и в ст. 3 абз. 3, ст. 33 абз. 1, а также ст. 140 Основного закона во взаимосвязи со ст. 136 абз. 1 и 4 и ст. 137 абз. 1 Веймарской Конституции. Данные нормы запрещают введение правовых форм государственной церкви и не допускают привилегий для определенных верований точно так же, как и дискриминацию последователей иной веры (ср. BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]; сложившаяся судебная практика). Численность или социальная значимость при этом не играют роли (ср. BVerfGE 32, 98 [106]). Напротив, государство должно следить за обращением с различными религиозными и мировоззренческими организациями, основанным на принципе равенства (ср. BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]). Даже там, где оно сотрудничает с ними или оказывает им поддержку, это не должно приводить к идентификации государства с определенными религиозными организациями (ср. BVerfGE 30, 415 [422]).

Вместе со ст. 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона, гарантирующей родителям естественное право на уход за своими детьми и их воспитание, статья 4 абз. 1 Основного закона охватывает также право на воспитание детей в религиозном и мировоззренческом отношении. Именно родители вправе передавать своим детям те убеждения в отношении веры и мировоззрения, которые они считают правильными (ср. BVerfGE 41, 29 [44, 47 и далее]). Этому соответствует право родителей оградить детей от религиозных убеждений, которые родители считают неверными или вредными.

2. На данное основное право посягает § 13 абз. 1 предл. 3 Устава начальных школ, а также обжалуемые решения, принятые на основании данного положения.

а) § 13 абз. 1 предл. 3 Устава начальных школ предусматривает размещение крестов во всех классных комнатах баварских начальных школ. Понятие креста охватывает в соответствии с толкованием судов, рассматривающих дело, кресты с телом Иисуса и без него. Поэтому в объем повторной проверки положения [Устава начальных школ] следует включить оба значения. Хотя заявители жалобы в своем заявлении о предоставлении временной правовой защиты требовали лишь удаления распятия [т.е. креста с телом Иисуса]. Однако административный суд прямо указал, что под этим могут пониматься и кресты без тела Иисуса, и отклонил заявление и в этом расширенном понимании.

В совокупности с всеобщим обязательным обучением в школе размещение крестов в учебных помещениях приводит к тому, что ученики во время уроков по велению государства и без возможности избежать этого взаимодействуют с данным символом и вынуждены учиться «под крестом». Этим размещение крестов в классных комнатах отличается от часто встречающегося в обыденной жизни взаимодействия с религиозными символами самых различных направлений веры. С одной стороны, последнее не исходит от государства, а является следствием распространения различных религиозных убеждений и религиозных организаций в обществе. С другой стороны, такое взаимодействие не обладает той же степенью неизбежности.

Хотя от отдельного индивида не зависит, сталкивается ли он на улице, в общественном транспорте или при входе в здания с религиозными символами или манифестациями или нет. Но, как правило, речь идет лишь о мимолетном столкновении, и даже при более продолжительном контакте данное взаимодействие не основывается на принуждении, осуществимом, в случае необходимости, посредством применения санкций.

Воздействие крестов в учебных помещениях по длительности и интенсивности еще сильнее воздействия крестов в залах судов. Уже в самом принуждении, вопреки собственным религиозным или мировоззренческим убеждениям, вести правовой спор под крестом Федеральный Конституционный Суд усмотрел вторжение в свободу вероисповедания участника процесса — иудея, который видел в этом идентификацию государства с христианской верой (ср. BVerfGE 35, 366 [375]).

[...]

б) Крест является символом определенного религиозного убеждения, а не только выражением западноевропейской культуры, на которую христианство наложило свой отпечаток.

Хотя в течение столетий многочисленные христианские традиции вошли в общие культурные основы общества, от которых не могут уйти и противники христианства и критики его исторического наследия. От этого, однако, следует отличать специфическое содержание веры христианской религии или определенной христианской конфессии, включая ее ритуальное представление и символическое изображение. Государственное признание этого содержания веры, которое коснется и третьих лиц при контактах с государством, затрагивает свободу религии. Из этого Федеральный Конституционный Суд исходил в своем решении о конституционности неконфессиональных школ христианского характера в традиционном баденском смысле, установив, что допустимое одобрение христианства относится, в первую очередь, к признанию его важного культурного и образовательного фактора, как оно формировалось в западноевропейской истории, а не к истине веры христианской религии. Только при таком ограничении в силу исторических реалий данное одобрение является законным и в отношении нехристиан (ср. BVerfGE 41, 29 [52]).

Крест по-прежнему относится к особым символам веры христианства. Он сам по себе является его символом веры. Крест символизирует осуществленное в жертвенной смерти Христа спасение человека от наследного греха, одновременно также и победу Христа над Сатаной и смертью и его господство над миром, страдание и триумф в одном [...]. Для верующего христианина крест поэтому в разных формах является предметом поклонения и отправления благочестия. Размещение креста на здании или в помещении вплоть до сегодняшнего дня рассматривается как повышенное признание христианской веры его владельцем. Для нехристианина или атеиста крест становится именно в силу значения, которое ему придает христианство и которым он обладал в истории, символическим выражением определенных религиозных убеждений и символом их миссионерского распространения. Рассмотрение креста лишь как выражения западноевропейской традиции или культового знака без особого отношения к вере, как это сделано в обжалуемых решениях, было бы надругательством над крестом, противоречащим самосознанию христианства

и христианских церквей. Религиозное значение креста становится ясным и из контекста § 13 абз. 1 Устава начальных школ.

в) Нельзя также отрицать воздействие креста на учеников, как это делается в обжалуемых решениях.

Хотя верно, с одной стороны, что размещение креста в классных помещениях не означает принуждение к идентификации или к определенному преклонению и способам поведения. Из этого также не следует, что школьные занятия по светским предметам испытывают влияние креста или что они ориентируются на символизированные крестом истину веры или требования к поведению. Однако этим не исчерпываются возможности воздействия креста. Школьное воспитание служит не только изучению основных культурных техник и развитию когнитивных способностей. Оно должно содействовать и развитию эмоциональных и аффективных способностей учеников. Школа нацелена на существование всестороннего развития личности учеников, и, в частности, влияние на их социальное поведение. В этой связи крест в учебном помещении приобретает свою значимость. Он обладает апеллятивным характером и указывает на символизируемое им содержание веры как на образцовое и достойное соблюдение. Кроме того, воздействие креста происходит в отношении лиц, взгляды которых в силу их юности еще не укрепились, которые еще только должны научиться умению высказывать критику и формировать собственную точку зрения и которые поэтому особенно легко поддаются ментальному воздействию (ср. BVerfGE 52, 223 [249]).

Обжалуемые решения также не полностью отрицают апеллятивный характер креста. Они отрицают его особое христианское значение в отношении инакомыслящих учеников. Для христианских же учеников они в нем усматривают существенное выражение их религиозного убеждения. Похожее утверждает и баварский премьер-министр, указывая, что крест в общем школьном образовании не обладает особой символической ценностью, тогда как во время школьной молитвы или на уроках религии превращается в особый символ веры.

3. Основное право на свободу вероисповедания гарантируется безоговорочно. Но это не означает, что не может быть никаких ограничений. Они, однако, должны вытекать из самой Конституции. Законодатель не вправе устанавливать ограничения, помимо установленных

Конституцией. Конституционно-правовые основания, которые могли бы оправдать подобное вмешательство, в настоящем деле, вместе с тем, отсутствуют.

а) Из ст. 7 абз. 1 Основного закона подобное обоснование не вытекает.

Однако статья 7 абз. 1 Основного закона дает государству поручение по воспитанию (ср. BVerfGE 34, 165 [181]). Оно должно не только организовать систему школьного образования и само создать школы, но вправе и определить цели воспитания и ход обучения. При этом государство не зависит от родителей (ср. BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71 и далее]). Поэтому не только школьное и семейное воспитание могут вступать в конфликт друг с другом. Наоборот, неизбежно также, что в школе различные религиозные и мировоззренческие убеждения учеников и их родителей особенно часто сталкиваются друг с другом.

Данный конфликт между различными носителями безоговорочно гарантируемого основного права и между данным основным правом и другими благами, защищаемыми конституционным правом, следует разрешить по принципу практической согласованности, который не допускает предпочтения и максимального утверждения одной из противоборствующих правовых позиций, а требует их баланса наиболее щадящим образом (ср. BVerfGE 28, 243 [260 и далее]; 41, 29 [50]; 52, 223 [247, 251]).

Подобный баланс не требует от государства полного отказа от религиозно-мировоззренческих проявлений при выполнении воспитательного поручения в соответствии со ст. 7 абз. 1 Основного закона. Даже государство, гарантирующее полную свободу вероисповедания и тем самым обязывающее самого себя соблюдать религиозно-мировоззренческий нейтралитет, не может игнорировать культурно опосредствованные и исторически укоренившиеся ценностные убеждения и позиции, на которых основывается общественное единство и от которых также зависит выполнение государством своих собственных задач. Христианская вера и христианские церкви при этом, как бы сегодня ни оценивали их наследие, обладали выдающейся формирующей силой. Восходящие к ним традиции мышления, чувственный опыт и образцы поведения не могут быть безразличны для государства. Это относится в особой мере к школе, в которой культурные основы общества бережно передаются из поколения в поколение и обновляются. Кроме того, государство, обязывающее родителей отправлять своих детей в государственную школу, вправе

учитывать свободу религии тех родителей, которые желают религиозного воспитания своих детей. Основной закон признает это, допуская в ст. 7 абз. 5 государственные мировоззренческие и конфессиональные школы и предусматривая урок религии как обычный школьный предмет (ст. 7 абз. 3 Основного закона) и, кроме того, оставляя простор для активного претворения в жизнь своих религиозных убеждений (ср. BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [240 и далее]).

Однако в плюралистическом обществе невозможно в полной мере учитывать все представления о воспитании при определении задач государственной обязательной школы. В частности, нельзя беспрепятственно в рамках одного и того же государственного института осуществить отрицательную и положительную сторону свободы вероисповедания. Отсюда следует, что индивид в рамках школы не может безоговорочно сослаться на ст. 4 абз. 1 Основного закона.

Разрешить неизбежное состояние напряженности между негативной и позитивной свободой религии с учетом требования толерантности надлежит законодателю земли, который в процессе формирования общественной воли должен искать приемлемый для всех компромисс. Регулируя данный вопрос, он может, с одной стороны, ориентироваться на ст. 7 Основного закона, которая в области школьного образования допускает религиозно-мировоззренческое влияние, а с другой стороны, на ст. 4 Основного закона, которая требует при принятии решения в пользу определенной формы школы исключить, насколько это возможно, религиозно-мировоззренческое принуждение. Обе нормы следует рассматривать во взаимосвязи и согласовывать друг с другом при толковании, поскольку только согласованность защищенных в двух статьях правовых благ соответствует задаче Основного закона (ср. BVerfGE 41, 29 [50 и далее]).

Федеральный Конституционный Суд сделал из этого вывод, что законодателю земли не запрещается само по себе использование черт христианской религии при определении задач государственных начальных школ, даже если управомоченные на воспитание лица, не имеющие возможности изолировать своих детей от воспитания в этой школе, не желают религиозного воспитания. Условием для этого является, однако, наличие необходимого минимума обязательных элементов. Это означает, в частности, что школа не должна по-миссионерски понимать свою задачу в религиозно-мировоззренческой области и претендовать на обязательность

христианского содержания веры. Одобрение христианства относится в этом смысле к признанию формирующего фактора культуры и образования, а не к определенным религиозным истинам. К христианству как культурному фактору как раз относится мысль о толерантности в отношении инакомыслящих. Их взаимодействие с картиной мира, на которую христианство наложило свой отпечаток, не ведет к дискриминирующему обесцениванию нехристианских мировоззрений, во всяком случае до тех пор, пока речь идет не о передаче веры, а о стремлении к осуществлению автономной личности в мировоззренческо-религиозной области в соответствии с принципиальной задачей ст. 4 Основного закона (ср. BVerfGE 41, 29 [51 и далее]; 41, 65 [85 и далее]). Поэтому Федеральный Конституционный Суд объявлял норму о христианской школе совместного обучения ст. 135 предл. 2 Конституции Федеральной земли Бавария соответствующей Основному закону только при конституционном толковании (ср. BVerfGE 41, 65 [66 и 79 и далее]) и подчеркнул относительно неконфессиональной школы христианского характера в традиционном баденском смысле, что речь не идет о биконфессиональной школе (ср. BVerfGE 41, 29 [62]).

Размещение крестов в классных помещениях переходит установленную границу религиозно-мировоззренческой направленности школы. Как уже было установлено, нельзя лишить крест его особой связи с религиозным содержанием христианства и свести его к общему знаку западноевропейской культурной традиции. Он символизирует существенное ядро христианских религиозных убеждений, которые различным образом хотя и сформировали, в частности, западный мир, но отнюдь не разделяются всеми членами общества, а отвергаются многими в рамках реализации ими основного права по ст. 4 абз. 1 Основного закона. Его размещение в государственных обязательных школах поэтому противоречит ст. 4 абз. 1 Основного закона, если только речь не идет о христианских конфессиональных школах.

б) Размещение крестов не может быть оправдано также исходя из позитивной свободы вероисповедания родителей и учеников христианской веры. Позитивная свобода вероисповедания принадлежит всем родителям и ученикам в одинаковой мере, а не только исповедующим христианскую веру. Возникающий отсюда конфликт невозможно решить по принципу большинства, ибо именно основное право на свободу вероисповедания в особой мере направлено на охрану меньшинств. Кроме того, статья 4 абз. 1 Основного закона не предоставляет носителям основного права

неограниченную возможность на претворение в жизнь своих религиозных убеждений в рамках государственных институтов. До тех пор пока школа в соответствии с Конституцией оставляет возможность для этого, как, например, на уроках религии, в школьной молитве или других религиозных мероприятиях, религиозные убеждения должны основываться на принципе добровольности и предоставлять инакомыслящим приемлемые, не дискриминирующие возможности изоляции от них. Это не относится к размещению крестов в классных помещениях, поскольку инакомыслящие не могут изолироваться от их присутствия и требования. Наконец, полное пренебрежение чувствами инакомыслящих для того, чтобы ученики христианского вероисповедания помимо уроков религии и добровольных богослужений могли бы и во время светских занятий учиться под символом своей веры, противоречило бы требованию практической согласованности. [...]

**Особое мнение судей Зайдля, Зелльнера и Хаас по решению
Первого Сената от 16 мая 1995 г.
– 1 BvR 1087/91 –**

Мы не разделяем позицию большинства членов Сената о том, что § 13 абз. 1 предл. 3 Устава начальных школ в Баварии, согласно которому в каждом классном помещении следует разместить крест, нарушает Основной закон. [...]

61) BVerfGE 102, 370
(Zeugen Jehovas / Свидетели Иеговы)

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Сообщение для печати № 159/2000 от 19 декабря 2000 г.**

**Решение от 19 декабря 2000 г.
– Az. 2 BvR 1500/97 –**

**Конституционная жалоба свидетелей Иеговы удовлетворена —
Решение [вынесено] на основе устного разбирательства
от 20 сентября 2000 г.**

Решением от сегодняшнего числа Второй Сенат Федерального Конституционного Суда на основании конституционной жалобы религиозной организации «Свидетели Иеговы» отменил решение Федерального административного суда от 26 июня 1997 г. и направил дело в Федеральный Административный Суд на новое рассмотрение.

Обстоятельства дела и предыстория процесса изложены в сообщении для печати № 116/2000 от 1 сентября 2000 г., которое может быть направлено по запросу.

В качестве обоснования принятого решения Второй Сенат приводит главным образом следующее:

Решение Федерального административного суда нарушает конституционное право заявителя жалобы по ст. 140 Основного закона во взаимосвязи со ст. 137 абз. 5 предл. 2 Веймарской Конституции. Данные нормы устанавливают, при каких условиях религиозная организация обладает правом на признание за ней статуса корпорации публичного права.

1. Заявитель жалобы указывает на так называемую «гарантию длительного существования», закрепленную в ст. 137 абз. 5 Веймарской Конституции. Для этого не требуется создание религиозной организации сначала в организационно-правовой форме зарегистрированного объединения. Вера заявителя жалобы в предстоящий конец света также не препятствует признанию такого длительного существования религиозной организации. Ведь в религиозно нейтральном государстве запрещаются попытки «изобличения» заявителя жалобы из-за ее религиозных представлений. Впрочем, уже несколько раз предсказанный заявителем жалобы конец света не произошел, а религиозная организация продолжает свое существование. С этой позиции признак ее длительного существования также не подвергается сомнению.

2. Кроме того, из ст. 140 Основного закона во взаимосвязи со ст. 137 Веймарской Конституции следуют не закрепленные в законе условия, которые должна выполнить религиозная организация для получения статуса корпорации. В контексте Основного закона статус корпорации публичного права, предложенный религиозным организациям, является средством проявления свободы религии. Он призван поддерживать самостоятельность и независимость религиозных организаций. Возможность развития их деятельности в свободе от государственной опеки и влияния создает

условия и границы, в которых религиозные организации могут внести свой вклад в основы государства и общества.

В религиозно и мировоззренчески нейтральном государстве Основного закона, которое не признает существование государственной церкви, религиозные организации, обладающие статусом корпорации, существенным образом отличаются от корпораций публичного права в понимании административного права и права государственного устройства. Они не выполняют государственные задачи, не включены в систему государственного устройства и не подлежат государственному надзору. Однако в силу статуса корпорации им передаются определенные суверенные полномочия. Эти и другие преимущества позволяют религиозной организации формировать ее структуру и деятельность в соответствии с принципами их религиозного самосознания. Однако помимо повышенной возможности влияния преимущества также способствуют повышенной опасности злоупотреблений во вред религиозной свободе ее членов или другим конституционным благам. Поэтому при определении условий, при которых религиозная организация может получить статус корпорации публичного права, необходимо определить ответственность государства, которому Основной закон поручил уважать и защищать человеческое достоинство и которого обязал охранять и защищать основные ценности Конституции.

3. Из этого, с одной стороны, следует, что религиозная организация, которая желает стать корпорацией публичного права, должна быть законопослушной.

На религиозную организацию как внутри, так и за пределами действия суверенного поведения возложена гражданская обязанность соблюдать законы. Однако не каждое единичное нарушение правовых норм ставит под сомнение гарантию законопослушного поведения. Религиозным организациям, обладающим статусом корпорации, также дозволено передавать на рассмотрение суда споры с государственными органами касательно того, где в каждом конкретном случае проходит установленная законом граница между свободой религии и религиозным правом на самоопределение. Многие религии в отдельных случаях принимают решение в пользу совести и призывают в случае неизбежного конфликта руководствоваться требованиями веры, а не права. Принимая во внимание свободу религии, которой в конечном итоге служит

статус корпорации публичного права, данные решения не препятствуют признанию такого статуса по крайней мере до тех пор, пока религиозная организация принципиально готова соблюдать право и закон и стать частью конституционного строя.

4. Кроме того, религиозная организация, желающая стать корпорацией публичного права, должна гарантировать, что ее поведение в будущем не подвергнет опасности фундаментальные конституционные принципы, изложенные в ст. 79 абз. 3 Основного закона, а именно основные права третьих лиц, охрана которых поручена государству, а также основные принципы свободного права религии и государственной церкви, указанные в Основном законе. Государство не может мириться с систематическим нарушением или угрозой принципам (которые никоим образом не могут быть изменены в силу действия ст. 79 абз. 3 Основного закона), исходящим от религиозной организации, действующей в форме корпорации публичного права. Сюда также относятся принципы правового государства и демократии. Религиозные организации, обладающие статусом корпорации, непосредственно не связаны отдельными основными правами, за исключением выполнения суверенных полномочий. Однако государство не может наделять статусом, дающим средство принуждения и повышенное влияние на государство и общество, религиозную организацию, против которой государство вправе, а порой даже обязано, принять меры для защиты правовых благ, гарантированных основными правами. Так Основной закон обязывает государство защищать человеческую жизнь и физическую неприкосновенность. Дети могут требовать государственной защиты своего основного права по ст. 2 абз. 1 и абз. 2 предл. 1 Основного закона; при этом благополучие детей является ориентиром для государства в отношении его функции по защите по ст. 6 абз. 2 предл. 2 Основного закона. Статья 4 абз. 1 и 2 Основного закона требует от государства защищать каждого индивидуума и религиозные организации от посягательств и ограничений. Также и поведение таких религиозных организаций, наделенных привилегированным статусом, не может нарушать или угрожать свободе права государственной церкви. Запрет государственной церкви и принципы нейтралитета и равенства должны оставаться незыблемыми.

С другой стороны, законодательные требования к религиозной организации, желающей стать корпорацией публичного права, не должны,

в свою очередь, вступать в противоречие с фундаментальными ценностями конституционно гарантированного права религии и государственной церкви. В силу действия принципа религиозного и мировоззренческого нейтралитета государство должно оценивать религиозную организацию, обратившуюся с заявлением [о получении статуса корпорации публичного права], исключительно по ее поведению, а не исходя из ее веры. Кроме того, основополагающие принципы, изложенные в ст. 20 Основного закона, и принципы права религии и государственной церкви являются структурными нормами государственного устройства, которые только как таковые заслуживают защиту. Из них не следует, что, например, внутренняя структура религиозной организации должна быть организована демократичным образом. Кроме того, религиозной организации в форме корпорации публичного права также дозволено определять по своему собственному убеждению свое отношение к другим религиям до тех пор, пока религиозная организация не нарушает конституционно-правовые пределы. Примером такого нарушения являлось бы содействие религиозной организации в установлении теократического общественного строя.

Нельзя требовать [от религиозной организации] лояльность к государству сверх указанной меры. Религиозные организации, обладающие статусом корпорации, не обязаны выстраивать свою деятельность в соответствии с интересами и целями государства, поскольку свобода религии наделяет их правом самостоятельно определять, каким образом распоряжаться предоставленной им свободой. Кроме того, «лояльность» — неопределенное понятие, которое направлено не только на внешнее поведение, но и на внутреннюю свободу. Равным образом целью надления [религиозной организации] статусом корпорации, в соответствии с Основным законом, не может служить принуждение религиозной организации к сотрудничеству с государством посредством предоставления ей привилегий. Основной закон обеспечивает сотрудничество религиозных организаций с государством, а не ставит такое сотрудничество в качестве условия [для получения статуса корпорации].

В целом проверка, гарантирует ли религиозная организация не нарушать и не ставить под угрозу изложенные в ст. 79 абз. 3 Основного закона фундаментальные конституционные принципы, основные права третьих лиц, охрана которых поручена государству, а также основные принципы свободного права религии и государственной церкви, предполагает проведение

комплексного прогноза. В данном случае суды специальной юрисдикции должны изучить и оценить все те типичные обстоятельства дела в целом, которые имеют значение для решения вопроса о статусе корпорации.

5. Руководствуясь данными критериями, Решение Федерального административного суда не может быть оставлено в силе. Хотя Федеральный Административный Суд правильно указал, что заявителю жалобы не может быть отказано в статусе корпорации только на основании его принципиального отношения к государству, даже если государство рассматривается заявителем жалобы по его религиозному учению как «элемент мира Сатаны». Заявитель жалобы своим фактическим поведением принимает государство как «терпимый Богом переходный порядок».

Однако религиозный запрет на участие в государственных выборах также не является основанием для отказа в предоставлении статуса корпорации. Несмотря на то, что принцип демократии относится к перечисленным в ст. 79 абз. 3 Основного закона вечным положениям Основного закона, заявитель жалобы не посягает на принцип демократии как таковой, он не стремится заменить демократию на другой государственный строй. Его желание аполитично, оно направлено на жизнь вне политического общества. За более чем столетнюю историю своего существования заявитель жалобы в силу отсутствия влияния на лиц, не являющихся членами [организации «Свидетели Иеговы»], также не представлял реальной опасности для демократии. Поэтому его поведение по отношению к государственным выборам является позицией, которая, с одной стороны, может быть учтена при проведении предписываемой типичной всесторонней оценки [обстоятельств дела]. Однако сама по себе данная позиция не обосновывает презумпцию угрозы незыблемому принципу демократии.

6. Судам специальной юрисдикции теперь надлежит повторно проверить, препятствуют ли основные права третьих лиц, охрана которых поручена государству, предоставлению заявителю жалобы статуса корпорации. Пока что в ходе разбирательства в судах специальной юрисдикции остался открытым вопрос, причиняет ли заявитель жалобы вред благополучию детей, применяя рекомендованные ею методы воспитания, или принудительно, или не признаваемыми Основным законом способами, задерживая членов [организации «Свидетели Иеговы»], желающих выйти [из организации], и тем самым нарушает основные права, находящиеся под охраной государства.

62) BVerfGE 104, 337

(Schächten / Ритуальный забой сельскохозяйственного скота)

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Сообщение для печати № 2/2002 от 15 января 2002 г.**

**Решение от 15 января 2002 г.
— 1 BvR 1783/99 —**

**Разрешение на ритуальный забой сельскохозяйственного
скота для мясника-мусульманина**

Решением от сегодняшнего числа Первый Сенат Федерального Конституционного Суда удовлетворил конституционную жалобу турецкого мясника-мусульманина, ходатайствовавшего о получении разрешения на забой животных без оглушения (шхита) в порядке исключения из общего законодательного запрета. Обстоятельства дела изложены в сообщении для печати № 97/2001 от 15 октября 2001 г., с которым можно ознакомиться на странице Федерального Конституционного Суда в сети «Интернет».

Первый Сенат установил, что § 4 а Закона о защите животных соответствует Конституции, однако его толкование и применение административными органами и административными судами в обжалуемых решениях противоречит требованиям Основного закона. Согласно абз. 1 данной нормы ритуальный забой, по общему правилу, запрещен. Абз. 2, однако, предоставляет в порядке исключения возможность выдачи разрешения по определенным, в том числе религиозно мотивированным, основаниям. В исходном деле речь шла о втором варианте номера 2 данного абзаца, согласно которому разрешение в порядке исключения может выдаваться лишь в случаях, в которых необходимо удовлетворить потребности членов определенных религиозных организаций в области действия закона, которым императивные предписания их религиозной организации запрещают употреблять мясо животных, не забитых ритуальным способом.

Сенат пояснил, что ритуальный забой для мясника-мусульманина является, в первую очередь, вопросом профессиональной деятельности,

а не отправления религии. Верующий мусульманин, однако, должен осуществлять эту деятельность, соблюдая религиозные предписания. Поэтому основное право на свободу религии должно быть дополнительно принято во внимание в качестве критерия толкования норм, ограничивающих свободу осуществления профессиональной деятельности, усиливая их охранительное действие. Тем не менее это не отменяет возможности ограничения свободы осуществления профессиональной деятельности. При этом необходимо соблюдать, в частности, принцип соразмерности.

В соответствии с ним § 4 а абз. 1 во взаимосвязи с абз. 2 номер 2 вариант 2 Закона о защите животных соответствует Основному закону. Законодатель учел допустимым образом требования защиты животных, предусмотрев общий запрет на ритуальный забой, а также исключение в § 4 а абз. 2 номер 2 вариант 2 Закона о защите животных. Позиция законодателя, что животные испытывают меньше боли и страданий, если их перед забоем подвергнуть оглушению, во всяком случае, имеет право на существование. Возможность выдачи разрешений в порядке исключения учитывает в достаточной мере и основные права мясников-мусульман, допуская, таким образом, возможность осуществления их профессиональной деятельности с учетом их религиозного убеждения. Они, тем самым, могут поставлять своим покупателям-мусульманам мясо животных халяль и обеспечить им возможность употреблять мясо в соответствии со своими религиозными убеждениями.

Это, однако, возможно лишь в том случае, если § 4 а абз. 2 номер 2 вариант 2 Закона о защите животных не будет толковаться и применяться так, как это происходит с момента принятия решения Федерального административного суда от 15 июня 1995 г. (BVerwGE99, 1), в силу которого норма для мясников-мусульман становится фактически декларативной. Подобный результат можно избежать при помощи конституционного толкования элементов состава «религиозная организация» и «императивные нормы». Понятие религиозной организации, как в более позднем решении его принимает и Федеральный Административный Суд (BVerwGE112, 227), не следует понимать как религиозное общество или организацию по смыслу ст. 137 абз. 5 Веймарской Конституции или ст. 7 абз. 3 Основного закона. Для выдачи разрешения, в порядке исключения освобождающего от запрета ритуального забоя, напротив, достаточно, чтобы заявитель [на выдачу

такого разрешения] был членом группы людей, объединенной совместными религиозными убеждениями. Исходя из этого, в качестве религиозных организаций в данной связи следует рассматривать и объединения внутри ислама, убеждения которых отличаются от веры других исламских организаций. Данное толкование понятия религиозной организации соответствует Конституции и учитывает, в частности, абз. 4 Основного закона. Данное толкование также соответствует указанной норме о защите животных и воле законодателя. Последний хотел создать возможность исключения [, освобождающую от запрета ритуального забоя,] не только для сторонников иудейского вероисповедания, но и для приверженцев исламской веры и ее различных направлений.

Косвенно это имеет последствия и при рассмотрении следующего элемента [состава] — «императивные нормы» — запрещающего членам религиозной организации употребление мяса животных, не забитых ритуальным способом. Решение о наличии данного элемента принимают органы государственной власти, а в случае возникновения спора — суды. Однако на данный вопрос нельзя ответить в случае религии, которая, подобно исламу, придерживается различных взглядов на требования ритуального забоя, ни исходя из ислама вообще, ни суннитского или шиитского направления данной религии.

Вопрос о существовании императивных норм следует, напротив, решать применительно к конкретному направлению веры, а в случае необходимости и применительно к религиозной организации, существующей внутри определенного направления веры.

Для этого достаточно, чтобы лицо, нуждающееся в получении разрешения, в порядке исключения, [освобождающего от запрета ритуального забоя], в целях обеспечения членов организации [мясом] обоснованно и понятно изложило, что согласно общему религиозному убеждению данной организации употребление мяса животных обязательно предполагает их забой без оглушения. Если ходатайство лица отвечает указанным условиям, государство, которое не может не учитывать подобное самосознание религиозной организации, не вправе оценивать данные положения веры.

Органы государственной власти и административные суды в исходном деле неверно поняли необходимость и возможность подобного толкования, что при применении норм, касающихся исключения из требования

ритуального забоя, привело к несоразмерному ограничению основных прав заявителя жалобы. По этим причинам Первый Сенат Федерального Конституционного Суда отменил обжалуемые судебные решения и направил дело на новое рассмотрение в административный суд.

63) BVerfGE 105, 279

(Osho / Óшо)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 68/2002 от 30 июля 2002 г.

Решение от 26 июня 2002 г.

– 1 BvR670/91 –

**Об информационной деятельности Федерального
правительства в религиозно-мировоззренческой сфере**

Решением от 26 июня 2002 г. Первый Сенат Федерального Конституционного Суда принципиально признал конституционно-правовую допустимость публичной государственной информации о религиозных и мировоззренческих объединениях и указал конституционно-правовые условия подобной информационной деятельности государства, в частности Федерального правительства.

В основе [данного решения] лежит конституционная жалоба нескольких объединений медитации так называемого Óшо-движения (заявители жалобы). Они требовали в рамках исходного дела в административных судах от Федеративной Республики Германия воздержаться от определенных высказываний в адрес движения, однако их требования по существу были оставлены без удовлетворения. Федеральное правительство в период с 1979 по 1984 г. использовало при взаимодействии с Бундестагом и общественностью в отношении движения обозначения «секта», «молодежная секта», «молодежная религия», «психосекта», а также прилагательные «деструктивный» и «псевдорелигиозный», и, кроме того, выдвинуло обвинение, что движение манипулирует своими членами. Это происходило на фоне

нарастающей критической публичной полемики с такими объединениями, их внутренней структурой, их приемами обращения с членами и сторонниками и вытекающими отсюда последствиями для семьи и общества. Заявители жалобы опасались, что высказывания Федерального правительства окажут влияние на численность их членов и финансовую поддержку. Первый Сенат частично удовлетворил поданную конституционную жалобу и отменил апелляционное решение Высшего административного суда земли с возвращением дела на новое рассмотрение в той мере, в которой Федеративной Республике Германия не запрещено использовать прилагательные «деструктивный» и «псевдорелигиозный» и высказывать обвинения в манипулировании членами [объединений].

В обоснование принятого решения Сенат изложил свою позицию в отношении сферы действия основного права на свободу религии и мировоззрения ст. 4 абз. 1 и 2 Основного закона. В этой связи он также в целом высказал свое мнение касательно конституционно-правовых предпосылок и границ информационной деятельности государства, в частности Федерального правительства. В решении приведено следующее:

а) Основное право на свободу религии и мировоззрения по ст. 4 абз. 1 и 2 Основного закона не защищает государство и его органы от публичного диспута, в том числе критического, с носителями этого основного права, а также их целями и деятельностью. В данной полемике, однако, должно быть соблюдено требование религиозно-мировоззренческого нейтралитета государства, и в силу этого полемика должна вестись без вмешательства [в вопросы религии]. В подобных публичных дебатах разрешено использовать обозначения, доходчиво и понятно для адресатов высказываний описывающие в актуальной ситуации предмет полемики. Однако государству запрещено использовать высказывания, диффамирующие, дискриминирующие или фальсифицирующие религиозную или мировоззренческую организацию.

б) Федеральное правительство в силу своей функции по управлению государством вправе осуществлять информационную деятельность везде, где оно несет общегосударственную ответственность, которую можно осуществить при помощи информации. К функциям Правительства по управлению государством относятся способствование разрешению конфликтов в государстве и обществе посредством своевременной публичной информации,

противодействие внезапно возникшим вызовам, быстрая и компетентная реакция на кризисы и озабоченность граждан, а также содействие их осведомленности (ср. Сообщение для печати № 67/2002 от 30 июля 2002 г. о решении от 26 июня 2002 г. — 1 BvR 558/91 и 1 BvR 1428/91).

Наделение Основным законом Федерального правительства функциями по управлению государством предоставляет ему право информировать общественность в рамках своей информационной деятельности и в тех случаях, когда это может привести к косвенно-фактическим нарушениям основных прав. Норма закона не требует для этого в силу специфики затронутой области выходящее за эти пределы особое полномочие законодателя. Невозможно на законодательном уровне осмысленно урегулировать условия подобной информационной деятельности. Предмет и методы информационной деятельности государства столь разнообразны, что они в лучшем случае могли бы быть сформулированы в неопределенных выражениях и общих оговорках. Невозможно, таким образом, добиться постоянного повышения измеримости и предсказуемости деятельности государства, а если и возможно, то лишь таким способом, который не удовлетворял бы потребности информационной деятельности государства. Ввиду неизбежно широкой и неопределенной формулировки полномочия правительства на информационную деятельность, предусмотренного в текущем законодательстве, подлинная воля законодателя, по сути, не ограничивалась только прямо установленным полномочием.

Вместе с тем Федеральное правительство при осуществлении своей информационной деятельности обязано соблюдать разграничение полномочий между федерацией и землями. Оно вправе распространять информацию, если освещаемые события обладают надрегиональным характером и работа Федерального правительства по информированию на всей территории Федерации способствует эффективности решения проблем. Подобная информационная деятельность не исключает и не затрудняет информационную деятельность правительств земель и не препятствует выполнению управленческих задач административными органами.

Кроме того, при осуществлении информационной деятельности Федеральное правительство обязано соблюдать критерии принципа соразмерности. Высказывания, затрагивающие область охранительного

действия ст. 4 абз. 1 и 2 Основного закона, соответственно должны быть, в том числе, соразмерны причине, вызывающей их.

в) Сенат установил, что, согласно данным критериям, обозначения заявителя жалобы как «секты», «молодежной религии», «молодежной секты» и «психосекты» не вызывают сомнений с позиции конституционного права. Использование данных терминов соответствует требованию государственного нейтралитета в отношении религиозно-мировоззренческих вопросов. Оно уже не затрагивает область охранительного действия ст. 4 абз. 1 и 2 Основного закона.

Напротив, обозначение в качестве «деструктивной» и «псевдорелигиозной», а также обвинение в манипулировании не соответствуют конституционно-правовым требованиям. Сенат не оспаривает их с точки зрения компетенции Федерального правительства. Информационная деятельность Федерального правительства была реакцией надрегionalного характера на процессы общественной жизни, которые в свое время вызвали значительную обеспокоенность общественности, подростков, молодых людей, а также членов их семей. Однако данные высказывания оказались в результате конституционно-правовой проверки несостоятельными, поскольку, будучи высказываниями, нарушающими требование нейтралитета, они не оправданы с точки зрения принципа соразмерности. Они были порочащими в отношении заявителя жалобы. Достаточно весомые, базирующиеся на конкретных фактах основания, которые могли бы оправдать высказывания Федерального правительства, принимая во внимание требование невмешательства [в вопросы религии], не были приведены, и наличие таких не усматривается иным образом. Они, в частности, не следуют из ситуации, в которой Федеральное правительство использовало данные оценки.

64) BVerfGE 108, 282
(Kopftuch / Платок)

Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Сообщение для печати № 71/2003 от 24 сентября 2003 г.

Решение от 24 сентября 2003 г.
— 2 BvR 1436/02 —

Учительница в платке

Запрет на ношение платка для учителей в школе и во время уроков не имеет в действующем праве Земли Баден-Вюртемберг достаточно определенного законного основания. Общественные перемены, связанные с растущим религиозным плюрализмом, для законодателя могут быть поводом для нового определения допустимого предела религиозных проявлений в школе. Это постановил Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в решении, обнародованном сегодня. На основе конституционной жалобы учительницы, которая требует принять ее на работу на испытательный срок в качестве государственного служащего школы в Баден-Вюртемберге, Второй Сенат установил, что препятствующие этому решения административных судов и компетентных государственных органов Земли Баден-Вюртемберг нарушают основные права заявительницы жалобы по ст. 33 абз. 2 во взаимосвязи со ст. 4 абз. 1 и 2 и со ст. 33 абз. 3 Основного закона. Решение Федерального административного суда было отменено, и дело было направлено на новое рассмотрение. Решение принято пятью голосами против трех.

Подробности об обстоятельствах дела, лежащих в основе принятого решения, изложены в сообщении для печати № 40/2003 от 16 мая 2003 г.

1. По существу Сенат изложил следующее:

Лежащие в основе принятого решения обстоятельства дела касаются нескольких правовых положений, охраняемых конституционным правом: каждый немец имеет одинаковый доступ ко всякой государственной должности в соответствии со своими склонностями, способностями и профессиональной квалификацией. При этом запрещено ставить доступ к государственной должности в зависимость от религиозных убеждений. Ношение платка заявительницей жалобы в школе и на уроках защищено основным правом на свободу вероисповедания. В конфликт с данным основным правом вступают, наряду с государственным поручением по воспитанию, конституционные блага прав родителей на воспитание и негативная свобода вероисповедания учеников. В этой связи в решении указано, в частности, следующее: требуемый от государства религиозно-мировоззренческий нейтралитет следует понимать не в смысле строгого разделения государства и церкви, а как открытую и всеохватывающую

позицию, способствующую в одинаковой степени свободе вероисповедания для всех конфессий. Это относится, в частности, и к обязательному обучению в школе. Христианские проявления как таковые при организации учебного процесса в государственной школе не запрещены, однако школа должна быть открыта и для других мировоззренческих и религиозных взглядов и ценностей. В этой открытости свободное государство Основного закона сохраняет свой религиозный и мировоззренческий нейтралитет. Свобода заявительницы жалобы проявлять свои религиозные убеждения посредством ношения платка в школе и на уроках затрагивает негативную свободу вероисповедания учеников оставаться в стороне от культовых действий не разделяемой ими веры. Однако в обществе с разными религиозными убеждениями не существует права на то, чтобы быть изолированным от проявлений, культовых действий и религиозных символов чужой веры. Земли обладают в области школьного образования широкой свободой действия. Разрешить неизбежное состояние напряженности между позитивной свободой вероисповедания учителя, с одной стороны, и обязанностью государства к мировоззренчески-религиозному нейтралитету, правом родителей на воспитание, а также негативной свободой вероисповедания учеников, с другой стороны, с учетом требования толерантности надлежит демократическому законодателю земли, который в публичном процессе формирования воли должен искать приемлемое для всех регулирование. При этом отдельные земли могут прийти к различным решениям. При поиске «золотой середины» могут учитываться школьные традиции, конфессиональный состав населения и их более или менее сильные религиозные корни. Данные принципы действуют и тогда, когда на учителей, путем ограничения их индивидуального основного права на свободу вероисповедания, накладываются обязательства относительно их внешнего вида и поведения в школе в целях сохранения мировоззренческо-религиозного нейтралитета государства.

Привнесение учителями религиозных или мировоззренческих мотивов в школьное обучение и уроки может ущемлять государственное поручение по воспитанию, подлежащее исполнению в рамках нейтралитета, право родителей на воспитание и негативную свободу вероисповедания учеников. Тем самым, во всяком случае, возможно оказание влияния на школьников и возникновение конфликтов с родителями, нарушающих мир в школе и ставящих под угрозу выполнение школой поручения

по воспитанию. Одежда учителей, которую можно интерпретировать как религиозно-мотивированную, также может оказывать подобное воздействие. Но это всего лишь абстрактные угрозы. Для признания одной только вероятности угрозы или конфликта по причине внешнего вида, а не конкретного поведения учителя нарушением обязанностей государственного служащего или недостатком его профессиональной пригодности требуется достаточно определенное законное основание. Ибо данное признание связано с ограничением безусловно предоставленного основного права по ст. 4 абз. 1 и 2 Основного закона. Далее Сенат, в частности, излагает следующее.

Значение платка, который носят мусульманки, воспринимается совершенно по-разному. Он может быть знаком религиозно мотивированных форм одежды, воспринимаемых как обязательные, а также традицией общества происхождения. В последнее время в нем все чаще усматривается политический символ исламского фундаментализма. Однако значение платка нельзя сводить к символу общественного угнетения женщины. Об этом свидетельствуют данные последних исследований. Молодые женщины-мусульманки и по своей воле выбирают платок, чтобы вести самостоятельную жизнь, не разрывая при этом связь со своей культурой. В этом смысле не доказано, что сам по себе факт ношения платка заявительницей жалобы осложнил бы, например, ученицам-мусульманкам восприятие образа женщины в соответствии с ценностными представлениями Основного закона или его претворение в жизнь. Ответ на вопрос о том, обосновывает ли ношение платка в школе и на уроках недостаток профессиональной пригодности, зависит от того, какое влияние платок может оказать на наблюдателя. Относительно воздействия религиозных средств выражения решающее значение имеет вопрос, используется ли спорный символ по распоряжению органа школьного образования или на основании самостоятельного решения отдельного учителя, принятого в осуществление его свободы вероисповедания. Если государство допускает в школе одежду учителей очевидно религиозного характера, которую они носят на основании самостоятельного решения, это не может приравниваться к государственному распоряжению разместить религиозные символы в школе. Допуская определенную одежду отдельной учительницы, государство не превращает данную позицию в свою собственную, и она не должна приписываться ему в качестве таковой.

Платок, который носит учительница по религиозным соображениям, может иметь особо интенсивное воздействие, поскольку ученики во время всего пребывания в школе взаимодействуют с учительницей, являющейся ключевой фигурой учебного процесса, не имея возможности изоляции от такого воздействия. Однако отсутствуют эмпирически достоверные основания полагать, что ношение платка оказывает определяющее влияние на религиозную ориентацию школьников. Эксперты, заслушанные в устном разбирательстве по данному делу, не смогли подтвердить подобное влияние на детей с позиции психологии развития.

Для превентивного запрета на ношение учителями платка в школе и на уроках, мотивированного лишь защитой от абстрактных угроз, действующих в Земле Баден-Вюртемберг правовых норм, регулирующих деятельность государственных служащих и школы, недостаточно. Более подробное обоснование приведено в решении.

Уполномоченный законодатель земли вправе создать отсутствующие до сих пор правовые нормы. Так, он может в рамках конституционно-правовых положений заново определить допустимый предел религиозных проявлений в школе. При этом он призван в равной мере учитывать защищенное конституционно-правовое положение учителей, учеников, родителей и обязанность государства соблюдать мировоззренческо-религиозный нейтралитет. Общественные перемены, связанные с растущим религиозным плюрализмом, могут быть поводом для нового определения допустимого предела религиозных проявлений в школе. Школа является тем местом, где происходит неизбежное столкновение разных религиозных взглядов, и где их сосуществование оказывает особо чувствительное воздействие. Можно привести доводы для включения растущего религиозного разнообразия в школьное образование и использования его в качестве средства для развития взаимной толерантности, чтобы внести вклад в стремление к интеграции. Однако с указанным развитием связана и большая вероятность возможных конфликтов в школе. Поэтому имеются и полные основания для того, чтобы в области школьного образования придавать обязанности государственного нейтралитета более строгое и более, нежели ранее, отстраненное значение, и, соответственно, принципиально изолировать религиозные проявления, вызванные внешним видом учителей, от учеников, чтобы изначально избежать конфликтов с учениками, родителями и другими учителями. Решение вопроса в ответ

на измененные отношения не находится в компетенции исполнительной власти. Это, напротив, требует регулирования со стороны демократически легитимированного законодателя. Только он обладает прерогативой на оценку, на которую не могут претендовать ни государственные органы, ни суды. Запрет на ношение платка в государственных школах может как элемент законодательного регулирования соотношения государства и религии в системе школьного образования допустимым образом ограничить свободу вероисповедания. Данное предположение соответствует ст. 9 ЕКПЧ. Принцип правового государства и требование демократии обязывают законодателя самому установить значимое для осуществления основных прав регулирование. Это следует сделать прежде всего тогда, когда затронутые основные права — как в данном случае — гарантируются Конституцией без законодательных ограничений, и регулирование, тем самым, необходимым образом должно определить и конкретизировать конституционные пределы. Право на подобное регулирование предоставлено парламенту, чтобы обеспечить принятие решений подобного значения на основании процедуры, предоставляющей общественности возможность сформировать и отстаивать свои взгляды, и побудить народное представительство выяснить необходимость и масштаб вторжения в основные права в ходе публичных дебатов.

2. Судьи Ентч, Ди Фабио и Меллингхофф излагают в особом мнении следующее:

а) Допущенное большинством членов Сената ограничение закона для обоснования служебных обязанностей в связи со свободой вероисповедания и мировоззрения государственного служащего до настоящего времени не находило отражения ни в судебной практике, ни в литературе, ни в позиции самой заявительницы жалобы. На основании этого допущения принципиальный конституционно-правовой вопрос о государственном нейтралитете в области школьного образования и воспитания остается неразрешенным. Кроме того, это приводит к не предусмотренному в Основном законе дисбалансу в системе разделения властей и в понимании силы действия основных прав при доступе к государственным должностям. Наконец, большинство членов Сената не предоставляет законодателю земли возможность адаптации к допущенному им новому положению конституционного права и не раскрывает судебной

и исполнительной власти, как они должны действовать до принятия соответствующего закона земли. В данной связи в особом мнении указано, в частности, следующее: защита основных прав государственного служащего функционально ограничена. Тот, кто становится государственным служащим, в свободном волеизъявлении принимает сторону государства. Учителя — государственные служащие изначально не пользуются той же защитой основных прав, что ученики и родители: наоборот, они связаны основными правами, так как участвуют в осуществлении государственной власти. Служебный долг государственного служащего является оборотной стороной свободы того гражданина, с которым государственная власть взаимодействует в лице государственного служащего. Посредством исполнения служебного долга государство обеспечивает в своей внутренней сфере равномерное управление в соответствии с законами и Конституцией. Правовое положение претендента, не имеющего права требования на прием на работу, нельзя рассматривать с позиции защиты носителя основных прав от государства. Добровольно вступая в должность государственного служащего, претендент по своей воле связывает себя общим благом и верностью своему работодателю.

Действие законодательного ограничения в праве, регулирующем школьное образование, в прошлом было расширено не ради защиты учителей — государственных служащих, а ради учеников и родителей. Тот, кто в учителе, обязан соблюдать основные права, усматривает, в первую очередь, носителя основных прав и направляет требования свободы, таким образом, против учеников и родителей, ущемляет свободу последних. Государственные служащие должны быть гражданами государства, осознающими свободу, но одновременно они должны соблюдать безоговорочный приоритет служебных обязанностей и воплощенную в них волю демократических органов. Статус государственного служащего как отношение особой близости между гражданином и государством как раз не является правовым отношением, на которое требования государственного служащего в отношении основных прав наложили свой отпечаток. Нельзя смешивать оцениваемую здесь проверку соответствия с вмешательством в свободу вероисповедания. Обязанность соблюдения нейтралитета государственным служащим вытекает из самой Конституции. Обоснование, данное большинством членов Сената, поэтому не соответствует основным положениям Конституции об отношении

между обществом и государством. В частности, неверно толкуется место государственной службы при осуществлении демократической воли. Об этом, в особенности, говорится следующее: тот, кто хочет стать государственным служащим, стремится к близости с государственной властью и требует, как заявительница жалобы, обоснования особого отношения службы и верности государству. Данные служебные обязанности безоговорочно касаются охраны основных прав, распространяющейся и на государственных служащих, в той мере, в которой задача и цель государственной службы того требуют. Возложенные на государственного служащего обязанности являются определяющими для формирования доверия граждан при выполнении задач демократического правового государства. Отсюда следуют требования нейтралитета и ограничения государственного служащего, соответствующие безоговорочной обязанности государства соблюдать нейтралитет также в религиозной и мировоззренческой сфере. Профессиональная государственная служба характеризуется тем, что работодатель определяет служебные обязанности исходя из потребностей компетентного и действенного управления правовым государством. Данные принципы действуют непосредственно в силу Конституции. Требования невмешательства [в вопросы религии] и нейтралитета государственного служащего поэтому ни вообще, ни в школьной системе в частности не нуждаются в дальнейшей законодательной конкретизации.

б) В соответствии с данными критериями право на свободное ношение платка на школьных уроках, испрашиваемое заявительницей жалобы, не соответствует требованиям невмешательства [в вопросы религии] и нейтралитета государственного служащего. Для признания несоответствия соискателя [претендуемой должности] не требуется наличие «конкретной угрозы школьному миру». Данная позиция неверно трактует оценочный критерий для определения соответствия [соискателя претендуемой должности]. Снятие государственного служащего с пожизненной должности за нарушение его служебных обязанностей возможно лишь в ограниченных случаях. Поэтому работодатель уже заранее в рамках определения соответствия [соискателя претендуемой должности] должен проследить, чтобы государственным служащим не стало лицо, которое не предоставило бы гарантии соблюдения служебного долга, вытекающего из ст. 33 абз. 5 Основного закона. При этом неважно, идет ли

речь в таком конфликтном случае о наличии абстрактной опасности или нет. Наоборот, ситуация, при которой государство было бы вынуждено в отношении своих собственных государственных служащих, воплощающих его и посредством которых оно действует, сослаться на полицейско-правовой «порог опасности», чтобы регулировать их поведение на службе, противоречила бы принципу профессионального осуществления государственной службы. Для конкретизации служебного долга государственных служащих поэтому и не требуется научно-эмпирическое доказательство наличия опасного положения. В силу использования знаковых символов одежды наступление конфликта кажется понятным и даже естественным. Из этого суды, рассматривающие дело, исходили вполне оправданно. Платок, носимый как неукоснительное выполнение требования ислама сокрыть тело женщины, воспринятое заявительницей жалобы, в настоящее время для многих людей внутри и за пределами исламского религиозного сообщества воплощает религиозно обоснованное культурно-политическое утверждение, в частности, относительно взаимоотношения полов. Большинство членов Сената не придало этому обстоятельству достаточное значение. Поэтому оно и не рассматривало вопрос о том, занимается ли позиция, согласно которой сокрытие тела женщины обеспечивает ее подчинение мужчине, очевидно, значительным числом приверженцев исламской веры, и потому способна ли она вызвать конфликт с прямо установленным в Основном законе равноправием мужчины и женщины.

в) Парламент Земли Баден-Вюртемберг прямо заявил, что не примет из-за дела заявительницы жалобы формальный закон. Это не учитывается в обосновании большинства членов Сената. Задача, возложенная на законодателя земли, установить в декларативном виде ограничения, вытекающие непосредственно из конституционного права, не является его делом, тем более что подобный закон, возможно, при новом рассмотрении в Федеральном Конституционном Суде вновь окажется предметом проверки. Кроме того, народное представительство оставляется в неведении о том, как может выглядеть регулирование, соответствующее Конституции. Особое мнение перечисляет данные открытые вопросы. В конце концов, законодатель земли не может адаптироваться к высказанному новому конституционно-правовому положению. Судебная и исполнительная власти не узнают, как они должны действовать

до принятия нового закона земли. Сенат не отвечает на принципиальный конституционно-правовой вопрос, хотя ответ на него назрел. В неожиданном требовании большинства членов Сената о законодательном ограничении для обоснования служебных обязанностей не учитывается в должной мере процессуальное право на судебное слушание, которым обладает государство как участник процесса. Подобное законодательное ограничение во время устного разбирательства и не было серьезным предметом правового разговора. Земля должна была бы иметь возможность высказать свою позицию. Ввиду данного процессуального упущения и в соответствии с прежней практикой Федерального Конституционного Суда по законодательным ограничениям законодателю земли должен был быть предоставлен приемлемый переходный период. Это смягчило бы последствия от принятия неожиданного решения. В таком случае законодатель земли и для данного дела смог бы создать действенную законодательную основу. Наконец, неясным остается также вопрос, как Федеральный Административный Суд далее должен действовать в отношении переданного ему на новое рассмотрение правового спора. С одной стороны, на основе позиции большинства членов Сената он в настоящее время должен был бы удовлетворить иск, что привело бы к установлению свершившихся фактов в области права, регулирующего деятельность государственных служащих, с другой стороны, возможна и отсрочка административно-судебного процесса, до тех пор пока парламент земли не создаст законодательную основу для должностных прав учителей.

§ 15. Свобода слова, свобода печати, свобода радиовещания, свобода информации (Ст. 5 I Основного закона)

65) BVerfGE 7, 198 (Lüth / Лют)

1. Основные права являются, в первую очередь, правами на защиту гражданина от государства; вместе с тем в положениях Основного закона, посвященных основным правам, находит воплощение и объективная

система ценностей, которая считается конституционно-правовым базовым принципом для всех отраслей права.

2. В гражданском праве содержание основных прав косвенно находит выражение в частноправовых нормах. Оно проявляется, прежде всего, в императивных нормах и может быть реализовано судьей посредством норм общего характера.

3. Судья по гражданским делам своим решением может нарушить основные права (§ 90 ФЗКС), если он неверно понимает воздействие основных прав на гражданское право. Федеральный Конституционный Суд проверяет гражданско-правовые решения только на наличие подобных нарушений основных прав, а не на правовые ошибки в общем.

4. Гражданско-правовые нормы могут быть «общими законами» в смысле ст. 5 абз. 2 Основного закона и тем самым ограничивать основное право на свободу слова.

5. «Общие законы» должны толковаться в свете особого значения основного права на свободу слова для свободного демократического государства.

6. Основное право ст. 5 Основного закона охраняет не только выражение мнения как таковое, но и духовное воздействие посредством выражения мнения.

7. Выражение мнения, содержащего призыв к бойкоту, необязательно нарушает общепринятые нормы морали в смысле § 826 Германского Гражданского Уложения; при оценке всех обстоятельств дела оно может быть оправдано с конституционно-правовой точки зрения свободой слова.

Решение Первого Сената от 15 января 1958 г.

– 1 BvR400/51 –

в деле о конституционной жалобе директора Сената Эриха Л. в г. Гамбурге против решения Земельного суда г. Гамбурга [...]

ОСНОВАНИЯ

[...] 22 ноября 1951 г. Земельный суд г. Гамбурга принял следующее Решение:

«Ответчик обязуется под угрозой устанавливаемого судом наказания в виде денежного штрафа или лишения свободы:

1. не призывать немецких владельцев театров и прокатчиков кино не включать в свою программу: 1) произведенный истицей и 2) взятый истицей для проката на территории Германии фильм «Бес- смертная возлюбленная»,

*2. не призывать немецкую публику не смотреть данный фильм⁷.
[...]*»

Земельный суд усматривает в высказываниях заявителя жалобы при- зыв к бойкоту, нарушающий общепринятые нормы морали.

[...]

Б.

[...]

II.

[...]

1. Решение Земельного суда, акт публичной власти в особой форме проявления *судебной* власти, может своим содержанием нарушить основ- ное право заявителя жалобы лишь в том случае, если данное основное право следовало учитывать при принятии решения.

Решение запрещает заявителю жалобы делать высказывания, посред- ством которых он мог бы оказать влияние на других лиц, с тем чтобы они присоединились к его взгляду о возвращении Харлана, и соответствующим образом настроили свое поведение в отношении снятых им филь- мов. Это объективно означает ограничение заявителя жалобы в праве свободно выражать свое мнение. Земельный суд обосновывает свое Ре- шение тем, что рассматривает высказывания заявителя жалобы как не- дозволенное действие в соответствии с § 826 Германского Гражданского Уложения в отношении истцов, и поэтому на основе норм гражданского права признает за ними право на прекращение данных высказываний. Так признанное Земельным судом гражданско-правовое требование ист- цов приводит к акту государственной власти, ограничивающему свободу слова заявителя жалобы. Данный акт может нарушить основное право заявителя жалобы, вытекающее из ст. 5 абз. 1 предложения 1 Основного закона лишь в том случае, если основные права таким образом воздей- ствуют на примененные нормы гражданского права, что последние уже не обосновывают решение.

⁷ Имеется в виду антисемитский фильм режиссера Файта Харлана «Еврей Зюсс».

Принципиальный вопрос о том, воздействуют ли основные права на гражданское право, и как в каждом конкретном случае следует оценить данное воздействие, является спорным (о позициях в данной связи в недавнее время см. Лауфке. Юбилейный сборник для Генриха Леманна, 1956, том I, стр. 145, и Дюриг. Юбилейный сборник для Навиаски, 1956, стр. 157). Крайние позиции в этом споре заключаются, с одной стороны, в тезисе, что основные права направлены исключительно на защиту против государства, с другой — во взгляде, что основные права, или же некоторые из них, или же самые главные из них действуют и в частноправовых отношениях и служат для защиты против любого лица. Прежняя судебная практика Федерального Конституционного Суда не подкрепляет ни одну из этих крайних позиций [...].

Суд не видит оснований для полного описания спорного вопроса о действии основных прав на третьих лиц. Для получения надлежащего вывода достаточно указать на следующее:

Несомненно, основные права в первую очередь предназначены для того, чтобы защитить сферу свободы отдельного человека от вторжения публичной власти; они являются правами на защиту гражданина от государства. Это вытекает из истории развития идеи основных прав, а также из исторических процессов, которые привели к включению основных прав в Конституции отдельных государств. Этим смыслом обладают и основные права, содержащиеся в Основном законе, создатели которого, поставив на первое место раздел о правах человека, хотели подчеркнуть приоритет человека и его достоинство перед властью государства. Этому соответствует тот факт, что законодатель предусмотрел особое правовое средство защиты данных прав, конституционную жалобу, только в отношении актов публичной власти.

Справедливо, однако, также, что Основной закон, отношение которого не может быть нейтральным в отношении ценностей (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 и далее, 197 и далее]; 6, 32 [40 и далее]), в разделе об основных правах установил также объективный ценностный порядок, и что именно в этом выражается принципиальное усиление действия основных прав [...]. Данная система ценностей, центром которой является человеческая личность, свободно развивающаяся внутри социального сообщества, и ее достоинство, должна выступать конституционно-правовым базовым принципом для всех отраслей права; законодательная,

исполнительная и судебная ветви власти получают от нее установки и импульсы. Таким образом, данная система ценностей, конечно, оказывает влияние и на гражданское право; ни одна гражданско-правовая норма не может находиться в противоречии с ней, каждая норма должна истолковываться в ее духе.

Правовое содержание основных прав как объективных норм проявляется в частном праве через совокупность правовых норм, непосредственно господствующих в этой отрасли права. Так же как новая норма должна соответствовать ценностной системе основных прав, уже существующая, более старая норма должна по своей сути ориентироваться на данную систему ценностей. Она наполняет норму особым конституционно-правовым содержанием, определяющим ее толкование в будущем. Спор между частными лицами о правах и обязанностях, вытекающих из таких норм гражданского права, на которые оказали влияние основные права, материально и процессуально остается гражданско-правовым спором. Толкованию и применению подлежит гражданское право, хотя его толкование должно ориентироваться на публичное право, на Конституцию.

Влияние ценностных масштабов основных прав прежде всего проявляется в тех нормах гражданского права, которые содержат императивные правила и тем самым являются частью *ordre public* в широком смысле, т. е. принципов, которые ради общего блага должны быть обязательными и для формирования правовых отношений между отдельными лицами, и потому выведены из-под господства частной воли. По своей цели данные нормы имеют близкое родство с публичным правом, которое они дополняют. Это в особой мере подвергает их воздействию конституционного права. Для реализации данного влияния судебная власть располагает, прежде всего, «нормами общего характера», которые для оценки человеческого поведения указывают, как § 826 Германского Гражданского Уложения, на внегражданско-правовые, да изначально вообще внеправовые масштабы, такие как «общепринятые нормы морали». Ибо при принятии решения о том, что данные социальные нормы требуют в каждом конкретном случае, необходимо, в первую очередь, исходить из совокупности ценностных представлений, которые народ достиг в определенный момент своего духовно-культурного развития и зафиксировал в своей Конституции. Поэтому вполне оправданно, что нормы общего характера окрестили «местами вторжения» основных прав

в гражданское право (Дюрр в Нойманн-Ниппердей-Шойнер, Основные права, том II, стр. 525).

Согласно требованию Конституции судья должен проверить, находятся ли материальные нормы гражданского права, подлежащие применению, под влиянием основных прав, как описано выше; если это так, то при толковании и применении этих норм он должен учесть вытекающую отсюда модификацию частного права. Таким образом, судья по гражданским спорам также связан основными правами (ст. 1 абз. 3 Основного закона). Если он пренебрегает этими требованиями и выносит решение без учета конституционно-правового влияния на нормы гражданского права, то он не только нарушает объективное конституционное право, пренебрегая содержанием нормы основного права (как объективной нормы), но и, будучи носителем публичной власти, своим решением нарушает основное право, соблюдение которого вправе требовать гражданин на основании Конституции. Такое решение можно оспорить в Федеральном Конституционном Суде путем подачи конституционной жалобы, независимо от преодоления правовой ошибки в порядке гражданского судопроизводства.

[...]

2. [...] Основное право на свободное выражение мнения как самое непосредственное выражение человеческой личности в обществе является одним из драгоценнейших прав человека вообще (*un des droits les plus précieux de l'homme* согласно ст. 11 Декларации прав человека и гражданина 1789 г.). Оно является неотъемлемой составляющей свободного демократического государственного строя, ибо лишь свобода слова делает возможным постоянное духовное противоборство, борьбу мнений, которая является жизненно важным элементом государственного строя (BVerfGE 5, 85 [205]). В определенном смысле свобода слова выступает основой всякой свободы вообще, «*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*» (Cardozo).

Из этого основополагающего значения свободы выражения мнения для демократического государства следует, что с точки зрения нашей конституционной системы было бы неверно предоставлять простому закону (и, тем самым неизбежно, судебной практике толкующих законы судов) возможность влияния на материальную сферу действия права на свободу слова. Наоборот, и здесь действует правило, которое было изложено выше

касательно отношения основных прав к системе норм частного права: общие законы в своем действии, ограничивающем основное право, должны рассматриваться в свете значения данного основного права и толковаться таким образом, чтобы особое ценностное содержание данного права, которое в свободной демократии должно привести к принципиальной презумпции свободы слова во всех областях, в частности в общественной жизни, во что бы то ни стало сохранялось. Таким образом, взаимоотношение между основным правом и «общим законом» не следует понимать как одностороннее ограничение действия основного права «общими законами»; напротив, имеет место взаимодействие в том смысле, что хотя «общие законы», исходя из буквального толкования, устанавливают границы основному праву, тем не менее должны толковаться исходя из осознания ценностнообразующего значения данного основного права в свободном демократическом государстве и тем самым подвергаться ограничению в своем действии, ущемляющем основное право.

[...]

3. Понятие «общего» закона было спорным с самого начала. Возможно, что понятие лишь из-за редакционной ошибки попало в ст. 118 Веймарской Конституции 1919 г. (см. об этом Хэнтцшель. Сборник германского государственного права, 1932, том II, стр. 658). Во всяком случае, оно уже во время действия этой Конституции было истолковано таким образом, что «общими» являются все законы, которые «не запрещают мнение как таковое, которые не направлены против выражения мнения как такового», а, наоборот, «служат защите правового блага, которое само по себе, без учета определенного мнения, подлежит защите», защите общественной ценности, обладающей приоритетом в отношении осуществления свободы слова [...].

Если исходить из такого понятия «общих законов», то значение защиты основных прав сводится к следующему.

Следует отвергнуть позицию, согласно которой основные права защищают только выражение мнения, а не заключенное или намеченное в нем воздействие на других лиц. Смысл *выражения мнения* как раз и заключается в том, чтобы оказать «духовное воздействие на окружение», «убедительно воздействовать на формирование мнения и общественность» (Хэнтцшель. Сборник германского государственного права, том II, стр. 655). Поэтому ценностные суждения, которые всегда нацелены

на достижение духовного воздействия, а именно убеждение других лиц, защищены основным правом ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона; ведь защита основного права распространяется, в первую очередь, на собственную позицию говорящего, которая выражается в ценностном суждении, посредством которого он хочет воздействовать на других лиц. Разделение между (защищенным) выражением и (незащищенным) воздействием высказывания не имело бы смысла.

В таком понимании выражение мнения как таковое, т. е. в своем чисто духовном воздействии, является свободным, но если им ущемляется правовая ценность другого лица, защита которой имеет приоритет перед свободой слова, то данное вторжение не разрешается потому, что оно осуществляется посредством выражения мнения. Поэтому требуется «взвешивание ценностей»: право выражать мнение должно отступить, если достойные защиты интересы более высокого ранга были бы нарушены реализацией свободы слова. Имеют ли место подобные подавляющие интересы других, следует установить исходя из всех обстоятельств дела.

[...]

IV.

Федеральный Конституционный Суд пришел на основе этих соображений к выводу, что Земельный суд при своей оценке поведения истца недооценил особое значение, которым обладает основное право на свободное выражение мнения и там, где оно вступает в конфликт с частными интересами других. Приговор Земельного суда основан на этой недооценке масштабов, вытекающих из основных прав, и нарушает, таким образом, основное право истца из ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона. Его поэтому следует отменить.

66) BVerfGE 44, 197

(Solidaritätsadresse / Письмо солидарности)

Решение Второго Сената от 2 марта 1977 г.

– 2 BvR 1319/76 –

[...]

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ

Конституционная жалоба отклоняется.

ОСНОВАНИЯ

А.

1.

Заявитель жалобы с 1 января 1976 г. проходит службу как военнообязанный в вооруженных силах Германии.

13 ноября 1976 г. в «Газете города К.» было опубликовано следующее «Письмо солидарности солдат казармы из города И. к населению города К.»:

«Мы, солдаты из города И., солидарны с вашим упорным сопротивлением строительству атомной электростанции в городе В. Многие из нас сами родом из мест, где намечаемые к строительству или уже построенные атомные электростанции угрожают условиям жизни. В городе Б. мы могли наблюдать, как государство всеми средствами полицейской и военной силы пытается отстаивать интересы атомных концернов в получении прибыли вопреки воле народа. Полиция и охрана станции выступили против демонстрантов с дубинками, водометами, ядовитым газом и лошадьми. Строительная площадка была огорожена колючей проволокой и стенами и охранялась овчарками, как в концентрационном лагере. Но и в городе В. появляются все новые признаки того, что государство военными средствами намерено прекратить сопротивление населения, даже представители вооруженных сил Германии и федеральной пограничной охраны были замечены у строительной площадки. Мы, солдаты, заявляем, что не дадим использовать себя для этого грязного дела. Мы призываем вас, что не позволить нас использовать для этого грязного дела. Мы вас призываем воздействовать против намерения правительства земли и самим занять строительную площадку. Нет АЭС в городе В. и в других местах!

В течение двух дней письмо подписали 30 солдат, большинство постоянных служащих роты 4./292 в городе И.

29 ноября 1976 г. командир батальона танковой пехоты 292 в городе И., в которой заявитель жалобы служит в звании ефрейтора, назначил ему с согласия судьи наказание в виде дисциплинарного ареста сроком на 14 дней. В обосновании дисциплинарной меры приводится следующее:

«В начале ноября 1976 г. в городе И., казарме О., в день, который уже нельзя точно установить, в месте расквартирования

он стремился оказать влияние на другого солдата с целью склонить его в пользу поддержки определенного политического направления, призывая его высказаться против строительства атомной электростанции в городе В. и подтвердить это своей подписью на составленном им списке для «Письма солидарности солдат казармы в городе И. населению города К.». Кроме того, он позаботился о том, чтобы этот список перенаправлялся в кругу товарищей роты».

[...]

Б.

[...]

II.

Конституционная жалоба, однако, не обоснована. Дисциплинарное наказание не нарушает основное право заявителя жалобы по ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона. Другие основные права также не нарушены.

1. Дисциплинарное распоряжение командира батальона и решение военного суда вменяют заявителю жалобы нарушение его долга, предусмотренного § 15 абз. 2 Закона о правовом положении солдат. Согласно ему в служебных помещениях и сооружениях в свободное время свобода слова ограничивается основными правилами товарищества. Солдат должен вести себя таким образом, чтобы серьезным образом не препятствовать общности службы; в частности, он не может рекламировать определенную политическую группу посредством выступления с речами, распространения литературы или действия в качестве представителя некой политической организации. Взаимное уважение не должно быть поставлено под угрозу. § 15 абз. 2 Закона о правовом положении солдат не нарушает Основной закон.

[...]

2. а) [...]

Особое ценностное содержание свободы слова в свободной демократии хотя и приводит к принципиальной презумпции свободы выступлений во всех областях, в частности в общественной жизни (ср. BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [124 и далее]), однако в отношении солдат согласно ст. 17 а Основного закона в рамках требований воинской службы (ср. § 6 предл. 2 Закона о правовом положении солдат) и с целью сохранения функционирования вооруженных сил Германии (ср. BVerfGE 28, 282

[292]) свобода слова наряду с другими основными правами может ограничиваться установленными законом обязанностями.

б) В оспариваемой дисциплинарной мере не усматривается нарушение Конституции. Лежащее в основе решения военного суда толкование § 15 абз. 2 Закона о правовом положении солдат не ограничивает основное право заявителя жалобы по ст. 5 абз. 1 Основного закона сверх меры, допустимой согласно Конституции.

[...]

§ 15 абз. 2 Закона о правовом положении солдат нацелен исключить любое поведение, заставляющее товарища в свободное от дежурства время вопреки своей воле вступать в политическую дискуссию. При применении нормы нельзя не учитывать, что солдат в казарме не живет изолированно и может защищать свою личную сферу только при существенно осложненных условиях. Он подвержен политической активности других солдат и не может просто избежать их. Его основное право на безусловное уважение его личного жизненного пространства (ст. 1 абз. 1, 2 абз. 1 Основного закона), его требование «быть оставленным в покое» (ср. BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6 и далее]) в данной конкретной ситуации изначально находятся под серьезной угрозой и потому в особой мере нуждаются в защите. Данное положение дел исключает рассмотрение § 15 абз. 2 Закона о правовом положении солдат только в свете ст. 5 абз. 1 Основного закона и его ограничительное толкование только с точки зрения интереса в «активной» реализации данного основного права. Напротив, в особых условиях воинской жизни требование защиты других, чтобы последние не оказались вопреки своей воле в ситуации, притесняющей их идеологию из-за использования или воздействия идей своих товарищей, заслуживает равноценного внимания. В свете всех затронутых основных прав, следовательно, допустимо в целом ограничивать политическую деятельность солдат и в свободное время в вооруженных силах Германии таким образом, чтобы изначально воспрепятствовать возникновению возможных конфликтов среди товарищей. Тем более что свобода заявителя жалобы в свое свободное от дежурства время вне служебных помещений заниматься политической деятельностью и распространять свои политические взгляды при этом не затрагивается.

[...]

**Особое мнение судьи д-ра Роттманна по решению
Второго Сената от 2 марта 1977 г.
– 2 BvR 1319/76 –**

Я не могу согласиться с мнением большинства членов Сената. Дисциплинарное наказание нарушает основное право заявителя жалобы по ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона.

[...]

2. [...] Первостепенное значение свободы слова в свободной демократии требует толкования и применения § 15 абз. 2 Закона о правовом положении солдат, которое не останавливается на абстрактной угрозе, а в каждом конкретном случае оценивает объект правовой охраны нормы и основное право по ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона. Иначе «гражданин в военной форме» может поблекнуть до воспоминания.

3. Поведение, вменяемое заявителю жалобы, было вкладом в духовную борьбу мнений по вопросу, существенно касающемуся общественности. Дисциплинарное наказание поэтому затрагивает свободу слова в ее центральном значении как условие свободного и открытого политического процесса (ср. BVerfGE 42, 163 [170]), в котором заявитель жалобы принципиально может участвовать и будучи солдатом на воинской службе.

[...]

Я присоединяюсь к особому мнению коллеги д-ра Роттманна. (подпись) Д-р Гайгер.

**Особое мнение судьи Хирша по решению Второго Сената
от 2 марта 1977 г.
– 2 BvR 1319/76 –**

Я присоединяюсь к особому мнению судьи д-ра Роттманна со следующим дополнением:

Нарушение ст. 5 Основного закона становится особенно очевидным, если учесть, что заявитель жалобы с точки зрения требования толерантности и уважения, исходя из обстоятельств дела, имеющих значение, сделал меньше, чем он смог бы сделать, например, выступив во время дискуссии на занятиях по основам государства и права. Если там, например, обсуждался бы вопрос строительства электростанции и соответствующих гражданских акций, то вряд ли можно было бы воспрепятствовать последующим кулуарным дискуссиям во время обеденного перерыва.

А из оспариваемого решения, напротив, следует, что якобы все неслужебные разговоры о политике в кулуарах находятся под угрозой наказания.

Если цель § 15 Закона о правовом положении солдат в целом заключается в том, чтобы побудить солдата, подобно чиновнику или судье, уважать интересы коллег и товарищей и охранять «мир на службе», то в конкретном случае нельзя не проверить, могло ли инкриминированное поведение вообще нарушить охранительную цель нормы (как решил и Федеральный Административный Суд в решении по делу Штрахвитц от 14 ноября 1973 г., Новый юридический еженедельник, 1974, стр. 874 и далее = NZWehr, 1974, стр. 107 и далее) и считал ли кто-нибудь свои права нарушенными. Оба условия не выполнены. Федеральному Конституционному Суду при существенном нарушении основных прав констатация данных выводов не запрещена (BVerfGE 43, 130; EuGRZ 1977, стр. 109), и они лежат в основе мнения большинства членов Сената. Тем не менее причина, по которой основное право должно отойти на второй план, в конечном счете умалчивается. Должна же быть возможность спросить у товарища, как он относится к определенной гражданской инициативе, хотел ли он также участвовать в демонстрации или шествии. Последствия, к которым приводит позиция большинства, возможно, становятся более ясными, если представить себе, будто заявитель жалобы собирал подписи в поддержку акции активных христиан против смертной казни, или против отсутствия наказания за прерывания беременности, или против закрытия детского сада, и церковная газета об этом бы сообщила.

67) BVerfGE 93, 266

(«Soldaten sind Mörder» / Солдаты-убийцы)

В отношении совместно осужденных о соотношении свободы слова и защиты чести солдат.

Решение Первого Сената от 10 октября 1995 г.

**– 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92, 1 BvR 221/92 –
[...]**

ОСНОВАНИЯ

А.

Конституционные жалобы касаются обвинительных приговоров уголовных судов за оскорбление бундесвера и отдельных солдат такими

высказываниями, как «солдаты-убийцы» или «солдаты-потенциальные убийцы». Их рассмотрение было объединено в целях принятия совместного решения.

[...]

В.

Конституционные жалобы допустимы и обоснованны, поскольку оспоренными решениями недооценено основное право заявителей, вытекающее из ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона.

I.

1. Высказывания, из-за которых заявители были признаны виновными за оскорбление, подпадают под защиту ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона.

Данная конституционная норма дает каждому право свободно выражать и распространять свое мнение в словесной, письменной или изобразительной форме. В отличие от утверждений, мнения характеризуются субъективным отношением его выразителя к какому-либо предмету высказывания (ср. последнее решение в Решениях Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 90, 241 [247 и далее]). Мнения являются суждениями выразителя о каких-либо фактах, идеях или лицах. К подобному выражению личного отношения и относится защита основных прав. Такая защита действует независимо от того, является ли высказывание рациональным или эмоциональным, обоснованным или безосновательным, а также независимо от того, считают ли другие лица подобное высказывание полезным или вредным, ценным или лишенным ценности (ср. BVerfGE 30, 336 [347]; 33, 1 [14]; 61, 1 [7]). Защита относится не только к содержанию высказывания, но и к его форме. Если высказывание сформулировано полемически или оскорбительно, то это не означает, что оно не подлежит защите (ср. BVerfGE 54, 129 [138 и далее]; 61, 1 [7 и далее]). Более того, защищается выбор места и времени высказывания. Высказывающийся имеет право не только изъяслять свое мнение, но также выбирать те обстоятельства, от которых он ожидает наибольшего распространения или наиболее сильного воздействия от высказывания.

В случае высказываний, квалифицированных как оскорбление и повлекших наказание заявителей, речь идет о выражении мнения, для которого всегда предусмотрена защита основным правом. Заявители, высказываясь о том, что солдаты являются убийцами или потенциальными

убийцами, подразумевали не конкретных солдат, которые будто бы совершали убийства в прошлом. Напротив, заявителями было высказано суждение о солдатах и профессии солдата, которая при определенных обстоятельствах заставляет убивать других людей. Суды по уголовным делам также исходили из наличия ценностного суждения, а не фактического утверждения.

2. Наказание за подобные высказывания является вторжением в охранительную область основного права на свободу слова.

3. Основное право свободы слова не предоставляется безоговорочно. Согласно ст. 5 абз. 2 Основного закона оно находит свои пределы действия в нормах общих законов, в законодательных нормах о защите детей и в защите чести и достоинства. Сюда относятся и § 185 Уголовного кодекса, лежащий в основе оспоренных решений. Как основание осуждения, однако, норма, в свою очередь, должна соответствовать Основному закону и, кроме того, толковаться и применяться согласно конституционному праву (ср. BVerfGE 7, 198 [208 и далее]; постоянная судебная практика).

II.

Отсутствие обоснованных сомнений о противоречии § 185 Уголовного кодекса конституционному праву.

1. Уголовно-правовая норма совместима с ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона.

а) Норма, в первую очередь, защищает честь и достоинство человека. Она сама пользуется защитой основных прав, поскольку подпадает под концепцию прав личности, вытекающих из ст. 2 абз. 1 в связке с ст. 1 абз. 1 Основного закона (ср. BVerfGE 54, 148 [153 и далее]). Данную норму можно нарушить прежде всего посредством выражения мнения. Поэтому она в явном виде признается в ст. 5 абз. 2 Основного закона как основание, оправдывающее ограничение свободы слова.

В то же время это не означает, что законодатель в интересах защиты чести и достоинства может произвольно ограничить свободу слова (ср. BVerfGE 7, 198 [208]). Даже при использовании полномочия, закрепленного в ст. 5 абз. 2 Основного закона, необходимо обращать должное внимание на ограничиваемое основное право и избегать чрезмерного сужения содержания свободы слова. При этом данная необходимость фактически учитывается § 193 Уголовного кодекса, поскольку это положение исключает наказание за высказывание в том случае, когда оно было сделано

в связи с осуществлением законных интересов. Данная норма, которую следует учитывать перед любым вынесением обвинительного приговора на основании § 185 Уголовного кодекса, благодаря своей абстрактной формулировке предрасположена для широкого толкования свободы слова и способствует, тем самым, соблюдению баланса сталкивающихся друг с другом правовых норм (ср. BVerfGE 12, 113 [125 и далее]).

б) Как вытекает из § 194 абз. 3 предл. 2 Уголовного кодекса, § 185 Уголовного кодекса защищает не только лица, но и государственные или прочие органы, осуществляющие задачи публичного управления. Поэтому применение данной нормы с точки зрения защиты личной чести и достоинства неоправданно, поскольку государственные органы не обладают «личной» честью и достоинством и не являются носителями прав личности. Как защитная норма в пользу государственных учреждений § 185 Уголовного кодекса, по смыслу ст. 5 абз. 2 Основного закона, относится к общим законам.

Под общими законами понимаются все законы, не запрещающие мнение как таковое, не направленное против выражения мнения как такового, а лишь служащее защите правового блага, подлежащего защите без учета определенного мнения (ср. BVerfGE 7, 198 [209]; постоянная судебная практика). Это имеет место в случае с § 185 Уголовного кодекса. Государственные учреждения не в состоянии выполнять свои функции при отсутствии минимума общественного признания. Поэтому по общему правилу их можно защищать и от вербальных нападок (ср. BVerfGE 81, 278 [292 и далее]), грозящих подорвать эти предпосылки. В то же время уголовно-правовая защита не должна привести к огораживанию от публичной критики (в зависимости от обстоятельств и в острой форме), которая в особой мере должна обеспечиваться основным правом свободы слова (ср. BVerfGE 28, 191 [202]). Эта потребность, в свою очередь, в достаточной мере учитывается в § 193 Уголовного кодекса, который предоставляет пространство для применения ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона и обретает повышенное значение, когда § 185 Уголовного кодекса используется для защиты государственных учреждений, а не для защиты личной чести.

2. Содержание § 185 Уголовного кодекса нельзя назвать слишком неопределенным и тем самым нарушающим ст. 103 абз. 2 Основного закона. Однако он отличается от остальных норм Уголовного кодекса

тем, что обозначает состав преступления только понятием оскорбления и не определяет его более подробно. Даже если считать, что это недостаточно для уголовно-правовой нормы, принятой в условиях действия Основного закона, понятие оскорбления обрело достаточно ясное содержание в ходе более чем столетней и в основном единообразной судебной практики, которая дает судам достаточную информацию для правоприменения и поясняет адресатам нормы, при каких случаях им следует ожидать наказания за оскорбление (ср. BVerfGE 71, 108 [114 и далее]).) Несмотря на то что существуют некоторые спорные вопросы о коллективном оскорблении, такие неясности не отражаются на определенности нормы.

III.

Толкование и применение уголовно-правовых законов является делом судов по уголовным делам. Если же речь идет о законах, ограничивающих свободу слова, то согласно судебной практике Федерального Конституционного Суда следует учитывать и ограничиваемое основное право, чтобы его ценностное значение сохранилось и на правоприменительном уровне (ср. BVerfGE 7, 198 [208 и далее]).

1. На этапе толкования нормы ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона требуется осуществить взвешивание, проводимое в рамках элементов состава преступления затрагиваемых законов, между значением свободы слова, с одной стороны, и тем правовым благом — с другой, ради которого она была ограничена. Таким образом, является несовместимым такое толкование § 185 Уголовного кодекса, которое настолько широко трактует понятие оскорбления, что последнее выходит за рамки потребности защиты чести и достоинства лица или защиты учреждений (ср. BVerfGE 71, 162 [181]) или не оставляет простора для учета свободы слова (ср. BVerfGE 43, 130 [139]). Подобным образом статья 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона запрещает такое толкование § 185 и последующих параграфов Уголовного кодекса, которое порождает отпугивающий эффект для использования основного права, приводящий к тому, что из-за страха перед санкциями не будет высказываться допустимая критика (ср. BVerfGE 43, 130 [136]; постоянная судебная практика).

При толковании § 193 Уголовного кодекса следует в особенности учитывать, что свобода слова является основополагающей для свободного демократического строя (ср. BVerfGE 7, 198 [208]). Таким образом,

законный интерес может иметь место не только тогда, когда затронутое лицо само дало повод для высказывания или если кто-либо защищается против личных нападок, но и в случаях, когда человек участвует в публичных дебатах по общественно или политически важным вопросам (ср. BVerfGE 12, 113 [125, 127]). Это необходимо учитывать прежде всего тогда, когда нормы о защите чести, закрепленные в § 185 и в последующих параграфах Уголовного кодекса, применяются не к лицам, а к государственным учреждениям. В таком случае они служат не защите личной чести, а обеспечивают общественное признание, необходимое для того, чтобы государственные учреждения смогли выполнить свои функции. Если данная цель защиты вступает в конфликт со свободой слова, то ее значение следует считать особенно высоким, поскольку основное право возникло именно из особой потребности критики власти и именно в этом неизменно находит свое значение.

2. На этапе применения § 185 и последующих параграфов Уголовного кодекса в каждом конкретном случае статья 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона требует соразмерности нанесения вреда, грозящего личной чести, с одной стороны, и свободе слова, с другой стороны. При этом необходимо учитывать все существенные обстоятельства (ср. BVerfGE 7, 198 [212]; постоянная судебная практика). Результат подобной оценки невозможно предположить в силу его зависимости от каждого конкретного случая. Тем не менее судебная практика имеет целый ряд наработок, задающих критерии для оценки каждого конкретного случая.

Так, свобода слова должна отходить на задний план в тех случаях, когда высказывание нарушает достоинство другого человека. Данный принцип был высказан в отношении свободы искусства (ср. BVerfGE 75, 369 [380]), но сохраняет свое действие и относительно свободы слова, поскольку достоинство человека, как корень всех основных прав, не поддается сравнению ни с одним из основных прав. Поскольку все основные права представляют собой конкретизацию принципа достоинства человека, необходимо тщательное обоснование, когда допускается, что использование одного из основных прав затрагивает неприкосновенное достоинство человека.

Также при оскорбительных высказываниях в виде формального оскорбления или поношения свобода слова всегда уступает защите чести (ср. BVerfGE 61, 1 [12]). Из-за сложившегося в подобных коллизиях

«эффекта» выталкивания свободы слова на задний план Федеральный Конституционный Суд очень узко определил понятие «кощунственной критики» (*Schmähkritik*), которое было разработано в специализированном судопроизводстве. В этой связи было определено, что утрированная или даже грубая критика сама по себе еще не делает высказывание поношением. Для квалификации высказывания в качестве поношения необходимо, чтобы при высказывании на переднем плане стоял не конфликт в рамках дискуссии, а оскорбление личности. Помимо полемической и утрированной критики поношение должно заключаться в личном унижении (ср. BVerfGE 82, 272 [283 и далее]). Поэтому кощунственная критика имеет место при высказываниях, скорее характеризующихся личной враждой и лишь в виде исключения затрагивающих вопросы, имеющие существенное значение для общественности (ср. Решения Федерального Верховного Суда (BGH), Новый юридический еженедельник (NJW) 1974, С. 1762). Если ошибочная квалификация судом какого-либо высказывания в качестве формального оскорбления или поношения имеет такие последствия, когда конкретная оценка с учетом обстоятельств дела становится излишней, то это говорит о противоречии подобного решения конституционному праву, что ведет к отмене решения, если оно на этом основывается (ср. BVerfGE 82, 272 [281]).

Если высказывание нельзя классифицировать как посягательство на достоинство человека или как формальное оскорбление или поношение, то оценка зависит от тяжести ущерба, причиненного соответствующим правовым ценностям. Но при этом, в отличие от утверждений о конкретных фактах, в данной ситуации не играет никакой роли, является ли критика оправданной и является ли оценка суждений «правильной» (ср. BVerfGE 66, 116 [151]; 68, 226 [232]). Напротив, важно то, используется ли право на свободу слова в рамках частного спора для преследования собственных интересов или в контексте вопроса, имеющего существенное значение для общественности. Если высказывание вносит вклад в формирование общественного мнения, то в подобных случаях, согласно постоянной судебной практике Федерального Конституционного Суда, существует презумпция в пользу свободы речи (ср. BVerfGE 7, 198 [208, 212]; 61, 1 [11]). При отклонении от этого правила необходимо обоснование, учитывающее фундаментальное значение свободы слова для демократии, в которой коренится такая презумпция.

3. Для правовой оценки какого-либо высказывания необходимо правильно понять его смысл. Если при вынесении обвинительного приговора этого не будет сделано, то в результате это может привести к уменьшению допустимых пределов выражения мнения. Кроме того, подобное обвинение может отрицательно сказаться на реализации основного права на свободу слова в целом, поскольку желающие высказаться по какому-либо вопросу будут рисковать оказаться наказанными даже из-за отдаленных или недопустимых толкований своего высказывания (ср. BVerfGE 43, 130 [136]). Поскольку при таких обстоятельствах предварительные решения о допустимости или недопустимости высказываний принимаются на уровне толкования, из ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона вытекают не только требования к толкованию и применению законов, ограничивающих основные права, но и к толкованию спорных высказываний.

Цель толкования заключается в установлении объективного смысла высказывания. Поэтому решающим является не субъективное намерение высказывающегося и не субъективное восприятие лиц, затронутых высказыванием, а тот смысл, которым высказывание обладает в восприятии непредвзятой и понимающей публики. При этом следует всегда исходить из дословного текста высказывания. Но он не устанавливает его смысл окончательно. Он определяется также языковым контекстом, в рамках которого сделано оспоренное высказывание, а также сопутствующими обстоятельствами, в которых оно было сделано, в той мере, в которой они были доступны адресатам. В связи с этим изолированное рассмотрение спорной части высказывания не соответствует требованиям установления достоверного смысла (ср. Решения Федерального Конституционного Суда (BVerfGE 82, 43 [52]).

Решения, базирующиеся на неправильно определенном смысле оспоренного высказывания, нарушают свободу слова. Подобное нарушение существует и в том случае, когда суд при анализе многозначных высказываний кладет в основу своего решения толкование, ведущее к обвинительному приговору, обоснованно не исключив все остальные возможные варианты толкования (ср. BVerfGE 82, 43 [52]). При этом суд не должен обращаться к отдаленным вариантам толкования, не подкрепленным ни текстом, ни обстоятельствами высказывания, или разрабатывать абстрактные варианты толкования, которые явно неприменимы

к конкретным обстоятельствам. Если же формулировка или обстоятельства допускают толкование, не задевающее честь и достоинство, то не учитывающее этого решение уголовного суда нарушает ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона. При этом следует иметь в виду, что некоторые слова или понятия в разных коммуникативных взаимосвязях могут иметь различное значение. Это, в частности, имеет место при употреблении понятий, значение которых в юридической профессиональной терминологии отличается от значения, вкладываемого в них в разговорном языке. Если в основе обвинительного решения заложен профессионально-специфический смысл высказывания, хотя высказывание было сделано в контексте обыденной речи, то такое решение с позиции конституционного права должно считаться ошибочным (ср. BVerfGE 7, 198 [227]; 85, 1 [19]).

Требования к установлению подлинного смысла высказываний, устанавливаемые ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона, подлежат повторной проверке со стороны Федерального Конституционного Суда. Такая проверка должна проводиться в особенности в тех случаях, когда речь идет об интенсивном вторжении в сферу основных прав, как это бывает в уголовно-правовых решениях. Это всегда подчеркивалось Федеральным Конституционным Судом (ср. BVerfGE 43, 130 [136 и далее]; 54, 129 [136 и далее]; 61, 1 [6, 9 и далее]; 82, 43 [50]; 82, 272 [280]; 85, 1 [13 и далее]). В этом не заключается отклонение судебной практики от установленного для Федерального Конституционного Суда объема полномочий по проверке (ср. BVerfGE 18, 85 [92]; 85, 248 [257 и далее]). Так, в случае проверки обвинительных приговоров, вынесенных по поводу высказываний, Федеральный Конституционный Суд определяет лишь, правильно ли суды оценили значение и область действия основного права свободы слова. В остальных вопросах сохраняется полномочие судов специализированных отраслей судопроизводства. В отношении правонарушений, связанных с высказываниями, это касается вопросов о том, было ли сделано подобное высказывание, в какой формулировке оно было сделано, кто его сделал и при каких обстоятельствах оно было сделано, тем более если утверждения о виновности основываются на общем впечатлении из устного слушания (ср. BVerfGE 43, 130 [137]). Рассуждения, содержащиеся в особом мнении и отклоняющиеся от постоянной судебной практики, не дают

повода отказаться от прежней практики и ограничить защиту основного права на свободу слова.

IV.

Оспариваемые решения не соответствуют указанным требованиям в полном объеме.

[...]

VI.

Ни в одном из четырех дел нельзя исключить, что суды пришли бы к иным результатам, если бы они изучили другие варианты толкования высказываний, учли бы различие между оскорбительными высказываниями о всех солдатах мира и солдатах бундесвера и применили бы понятие кощунственной критики в соответствии с конституционным правом. Поэтому оспоренные решения подлежат отмене, а дело — возвращению на новое рассмотрение. Однако настоящее решение не оправдывает заявителей, а оскорбления отдельных солдат и членов определенных вооруженных сил высказываниями наподобие «Солдаты-убийцы» не объявляются допустимыми. Напротив, соответствующие высказывания должны быть заново оценены с учетом изложенных требований из ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона.

Данное решение было принято относительно конституционных жалоб по 1), 3) и 4) пятью голосами против трех, а относительно конституционной жалобы 2) — единогласно.

[...]

68) BVerfGE 111, 147

(Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot / Запрет на собрание в связи с содержанием высказываний)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 74/2004 от 29 июля 2004 г.

Решение от 23 июня 2004 г.

– 1 BvR 19/04 –

Об ограничениях собраний из-за содержания высказываний

23 июня 2004 г. Первый Сенат Федерального Конституционного Суда своим временным распоряжением восстановил отлагательное действие протеста земельного союза НДПГ Северный Рейн-Вестфалия (заявитель) против запрета проведения собрания, намеченного на 26 июня 2004 г. в г. Бохуме уполномоченным ведомством по собраниям.

Настоящее решение было опубликовано без мотивировочной части. В связи с этим ниже приводится мотивировочная часть решения Первого Сената Федерального Конституционного Суда. Решение было принято единогласно.

Об обстоятельствах:

Заявитель уведомил о проведении в марте 2004 г. двух демонстраций с митингами в г. Бохуме под лозунгом: «Остановите строительство синагоги — 4 миллиона для народа!». В дальнейшем заявитель опротестовал подлежащий незамедлительному исполнению запрет данных собраний. Поданное заявителем заявление о восстановлении отлагательного действия его протеста имело успех в суде первой инстанции, тогда как Высший административный суд Северного Рейна-Вестфалии отклонил данное заявление. Первая палата Первого Сената Федерального Конституционного Суда в ходе рассмотрения заявления в ускоренном производстве, проведенном по инициативе заявителя, отказала в издании временного постановления в его пользу (Сообщение для печати № 29/04 от 12 марта 2004 г.). Заявитель уведомил о проведении 26 июня 2004 г. демонстрации со следующей повесткой: «Нет использованию налоговых средств для строительства синагоги. За свободу слова!». Ведомство по собраниям квалифицировало запланированную демонстрацию как заменяющую прежнюю и указало на свой предыдущий запрет. В поданном заявителем заявлении о предоставлении временной правовой защиты снова было отказано в Высшем административном суде. В своем повторном ходатайстве о принятии временного постановления заявитель ссылается на нарушение его основных прав на свободу собраний (ст. 8 Основного закона) и на свободу слова (ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона).

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

По всей вероятности, цель собрания недостижима до окончания рассмотрения дела по существу. Затягивание дела теоретически может быть препятствием для защиты основных прав. В этой связи уже в процедуре предварительной правовой защиты, в виде исключения, могут быть проверены шансы на успех еще остающейся нерассмотренной конституционной жалобы.

Распоряжение о запрете, очевидно, противоправно. Ведомство по собраниям и Высший административный суд основывали свое решение исключительно на содержании ожидаемых высказываний. Правовая основа вынесенного запрета на проведение собрания не установлена. Высший административный суд исходит из того, что собрания и демонстративные высказывания неонацистского содержания могут быть запрещены в связи с содержащимися в Конституции ограничениями, а также для защиты общественного порядка, причем независимо от того, идет ли речь об уголовно наказуемых деяниях. Запрет проведения собрания не может основываться на такой правовой позиции. Устанавливаемые государством ограничения содержания и формы выражения мнения могут быть обоснованы исключительно теми рамками, которые указаны в ст. 5 абз. 2 Основного закона даже в тех случаях, когда мнение выражается на собрании или посредством собрания. Содержательно выражение мнения может ограничиваться, за исключением случаев защиты детей и личной чести и достоинства, только в рамках «общих законов». Подобный закон должен служить защите правовой ценности как таковой, вне зависимости от определенного мнения. Уголовные законы о защите общественного порядка не привязывают ограничения содержания высказываний к составу правонарушения общественного порядка. В плюралистической демократии, заложенной Основным законом, мнение по общему правилу выражается свободно, если только законодатель в интересах защиты правовых ценностей не установил ограничительные рамки в соответствии с ст. 5 абз. 2 Основного закона.

В то же время право свободы слова является правом, служащим для защиты меньшинств; его реализация в принципе не должна ставиться под условие о том, что высказанное мнение не противоречит господствующим социальным или этическим взглядам, только если речь не идет

об ограничениях, установленных рамками состава преступления. Нарушение общественного порядка имеет место в тех случаях, когда антисемитские или расистские высказывания нарушают уголовные законы. В подобном случае возможен запрет собрания.

Общественный порядок также не является той имманентной конституционно-правовой границей для установления содержания правозэкстремистских мнений. Признаваемые и непосредственно вытекающие из Конституции ограничения основных прав должны конкретизироваться в законе. В этой связи ограничения основных прав всегда должны основываться на законе. Этот элемент отсутствует в исследуемом примере. Ограничение собраний из-за содержания связанных с такими собраниями высказываний не вытекают из идеи Основного закона о демократии, способной себя защитить (т. н. «wehrhafte Demokratie»). Наличие запретительного действия предусмотренных в Основном законе охранительных мер запрещает оправдание прочих мер по защите свободного демократического порядка неписаными, имманентными конституционно-правовыми преградами. Преграды основным правам не должны устанавливаться судебной практикой.

Таким образом, запрет собрания из-за непосредственной угрозы общественному порядку в данном случае не принимается во внимание. Прокуратура уже отрицала наличие состава преступления в натравливании одной части народа на другую в отношении предыдущего лозунга собрания. Не имеет значения, являлось ли, как полагает Высший административный суд, смягчение лозунга собрания лишь «косметическим» исправлением. Полномочия по ограничению основных прав и свобод привязаны не к воззрению, а к опасности для правовых ценностей, которые вытекают из конкретных действий.

69) BVerfGE 114, 339

(Stasi-Streit / Спор о Штази)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 115/2005 от 16 ноября 2005 г.

Решение от 25 октября 2005 г.

– 1 BvR 1696/98 –

Конституционная жалоба бывшего бранденбургского премьер-министра против обозначения в качестве сотрудника «Штази» удовлетворена

Конституционная жалоба бывшего Президента Консистории Евангелической церкви Берлина-Бранденбурга и бывшего премьер-министра Земли Бранденбург, который требовал от политика ХДС впредь удержаться от использования утверждения, будто бы он являлся сотрудником Штази, была удовлетворена. Первый Сенат Федерального Конституционного Суда отменил приговор Федерального Верховного Суда, отклоняющий иск, поскольку такой приговор нарушил личные права заявителя. Наносщее ущерб заявителю высказывание не покрывается основным правом на свободу слова. Дело было возвращено в Федеральный Верховный Суд.

Правовые основания и обстоятельства дела:

Заявитель в качестве представителя церкви с 1969 по 1989 г. имел контакты с Министерством государственной безопасности. В связи с референдумом о слиянии Земель Берлин и Бранденбург бывший в то время заместитель председателя фракции ХДС в Берлинском парламенте высказался в телевизионной передаче о том, что заявитель в течение более 20 лет работал (находился на службе) на Службу государственной безопасности, используя псевдоним «ИМ–Секретарь». Иск заявителя против политика ХДС с требованием прекратить подобные высказывания был отклонен Федеральным Верховным Судом в последней инстанции. При этом суд исходил из многозначного содержания данного высказывания. Указание на деятельность «на службе» у Службы государственной безопасности необязательно подтверждает утверждение о том, будто бы заявитель на основе какого-либо контракта работал по поручению Службы государственной безопасности. Высказывание можно понимать и таким образом, что заявитель оказывал Службе государственной безопасности некоторые услуги, предоставляя ей определенную информацию. Необходимое в данном случае сопоставление правовых благ приводит к тому, что превалирует интерес в высказывании, тем более что заявитель по собственному решению оказался в центре внимания общественности.

Конституционная жалоба, направленная против решения Федерального Верховного Суда, была удовлетворена.

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

1. Федеральный Верховный Суд положил в основу своего решения разработанные Федеральным Конституционным Судом критерии для проверки наложенных уголовно-правовых и гражданско-правовых санкций в связи с высказываниями, имевшими место *в прошлом*, не учитывая, что такие критерии не могут быть автоматически применены к требованиям об отказе от высказываний *в будущем*.

При проверке уголовно-правовых и гражданско-правовых санкций за высказывания, имевшие место *в прошлом*, Федеральный Конституционный Суд исходит из принципа, согласно которому свобода слова нарушается тогда, когда суд при многозначном высказывании кладет в основу своего решения интерпретацию, свидетельствующую об осуждении, не исключая на убедительных основаниях тех интерпретаций, которые не оправдывают накладываемую санкцию. Если формулировки или обстоятельства, при которых было сделано высказывание, допускают толкование, не нарушающее право личности, то гражданско-правовая или уголовно-правовая санкция нарушает ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона (свободу слова). В противном случае создается ситуация, когда высказывающийся будет опасаться, что из-за интерпретации, не соответствующей заложенному в сказанное им смыслу, он попадет под государственные санкции. Помимо сужения сферы индивидуальной свободы слова это привело бы к наступлению отрицательных последствий для реализации основного права свободы слова в целом.

Одинаковая потребность в реализации защиты основного права конкретной личностью, а также потребность защиты формирования мнения в целом не имеет места в судебных решениях о недопустимости высказываний *в будущем*. В данном случае необходимо учитывать, что высказывающийся имеет возможность выразиться в будущем однозначно и тем самым ясно дать понять, какое содержание высказывания следует положить в основу правовой проверки. Если многозначное высказывание нарушает личные права другого, притязание на запрет подобного высказывания впредь не исключается уже потому, что высказывание содержит и вариант истолкования, не приведший к ущемлению личности или приведший к ущемлению личности в меньшей степени.

Вышесказанное не было учтено Верховным Судом в достаточной мере. При проверке суд должен был положить в основу вариант толкования, в большей степени ущемляющий право личности.

2. Кроме того, оценка, осуществленная Верховным Судом, противоречит требованиям конституционного права. Высказывание, в соответствии с которым истец якобы состоял на службе Службы государственной безопасности под псевдонимом «ИМ–Секретарь» является серьезным ущемлением личности, что также было установлено Верховным судом. При распространении утверждений о фактах, истинное содержание которых невозможно однозначно установить, нельзя исключать возможно неверное высказывание, если высказывающийся, перед тем как распространить свое утверждение, провел тщательную проверку истинного содержания. Если имеет место тяжкое вторжение в право личности, то следует выдвигать также высокие требования к выполнению обязанности тщательной проверки истинного содержания.

Верховный Суд не учел этих требований права личности при оценке масштаба обязанности проявлять должную осмотрительность и говорить правду. Род деятельности заявителя, связанный со Службой государственной безопасности, спорен даже относительно найденного Федеральным Верховным Судом варианта с менее интенсивным вторжением. Сделанные государственными органами заявления были столь же противоречивыми, как и сообщения в СМИ. Поэтому в интересах защиты прав личности от высказывающегося следует потребовать, чтобы он, при выражении им своего отношения к каким-либо известным фактам, ущемляющим право личности, указывал, что высказываемое им мнение является спорным и реальные обстоятельства в действительности не выяснены. Обязанность выражающего свое мнение публично указать на отсутствие надежной фактической базы, подтверждающей выдвинутые им утверждения, не является чрезмерной.

70) BVerfGE 124, 300

(Rudolf Heß-Gedenkfeier / Торжество в честь памяти Рудольфа Гесса)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 129/2009 от 17 ноября 2009 г.

**Решение от 4 ноября 2009 г.
– 1 BvR 2150/08 –**

**§ 130 абз. 4 Уголовного кодекса соответствует ст. 5 абз. 1 и 2
Основного закона**

Заявитель подал заявку на проведение повторяющегося до 2010 г. мероприятия под открытым небом в честь памяти Рудольфа Гесса, которое, в частности, планировалось на 20 августа 2005 г. На основании § 15 абз. 1 Закона о собраниях в связке с § 130 абз. 4 Уголовного кодекса проведение мероприятия было запрещено распоряжением, подлежащим немедленному исполнению. Заявки на временную правовую защиту, а также поданный в этой связи иск не были удовлетворены всеми инстанциями.

Заявитель, умерший 20 октября 2009 г., обратился с жалобой в Федеральный Административный Суд о проверке конституционности § 130 абз. 4 Уголовного кодекса, а также его толкования в связи с нарушением своего основного права на свободу собраний и свободу слова, а также в связи с нарушением принципа определенности.

Первый сенат Федерального Конституционного Суда отклонил жалобу как необоснованную со ссылкой на ст. 8 абз. 1 Основного закона в связке со ст. 5 абз. 1 и 2 Основного закона и со ст. 103 абз. 2 Основного закона.

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

Несмотря на смерть заявителя, конституционная жалоба может быть рассмотрена ввиду ее объективной функции, заключающейся в защите, толковании и развитии положений конституционного права. Решение по конституционной жалобе должно внести ясность в отношении правовой ситуации, связанной со свободой слова в случае проведения в будущем неоднократных собраний и публичных шествий. Решение важно с точки зрения конституционного права. В дополнение к этому в момент смерти заявителя решение по делу было уже готово, поскольку Сенат его рекомендовал и процесс, таким образом, был практически завершен. Положения абз. 4 § 130 Уголовного кодекса затрагивают область охраны свободы слова, поскольку данная норма касается высказываний, одобряющих, прославляющих и оправдывающих насилие и произвол национал-социализма, и делает такие высказывания объектом для наложения санкций.

По общему правилу ограничение свободы слова, согласно ст. 5 абз. 2 Основного закона, допустимо только на основании общего закона. Ограничивающий свободу слова закон недопустим в том случае, если он недостаточно открыто сформулирован и изначально направлен против определенных убеждений или идеологий. Данное правило действует и в отношении защиты детей и защиты чести и достоинства в соответствии со ст. 5 абз. 2 альтерн. 2 и 3 Основного закона. Универсальность закона, таким образом, гарантирует специальный и строгий запрет на дискриминацию определенных мнений в соответствии с общим запретом на дискриминацию в связи с политическими убеждениями согласно ст. 3 абз. 3 предл. 1 альтерн. 9 Основного закона.

Основной закон полагается на потенциал свободного обсуждения как действенного оружия против распространения тоталитарных и негуманных идеологий. Соответственно распространение национал-социалистических идей, ставящих под сомнение основы действующего порядка, не выпадает из области охраны свободы слова. Чтобы противостоять связанным с этим опасностям, свободный порядок по смыслу Основного закона закрепляет гражданскую активность в свободном политическом дискурсе.

Положение § 130 абз. 4 Уголовного кодекса не является общим законом по смыслу ст. 5 абз. 2 альтерн. 1 Основного закона, поскольку оно не служит защите жертв насилия и беззакония и не было принято для одобрения, прославления и оправдания насилия и незаконности тоталитарных режимов, а ограничено позитивными высказываниями в отношении национал-социализма.

Положение § 130 абз. 4 Уголовного кодекса, не являясь общим законом, совместимо со ст. 5 абз. 1 и 2 Основного закона. С учетом той несправедливости и террора, которые были вызваны национал-социалистическим режимом, статья 5 абз. 1 и 2 Основного закона не применяются для положений, устанавливающих границы для пропагандистского одобрения национал-социалистической тирании и деспотизма. Основной закон можно интерпретировать как контрпроект по отношению к тоталитаризму нацистского режима. Опыт, вынесенный из уничтожения цивилизационных достижений национал-социалистической тиранией и деспотизмом, и сегодня последовательно наполняет общий послевоенный мировой порядок и связь между Федеративной Республикой Германия и мировым сообществом.

Данное исключение не ограничивает содержание свободы слова. Свобода слова гарантирует направленность законов не на «интеллектуальный» эффект от высказывания кем-либо своего мнения. Цель воспрепятствовать высказываниям, которые не соответствуют социальным и этическим взглядам, отменяет сам принцип свободы слова и является незаконной. В этой связи Основной закон не оправдывает запрета на распространение праворадикальных или национал-социалистических мыслей только из-за «интеллектуального» эффекта, вызванного его содержанием.

§ 130 абз. 4 Уголовного кодекса отвечает требованиям принципа соразмерности. Данное положение, защищая общественный порядок, преследует законную цель. В этом контексте под защитой общественного порядка следует в ограниченном смысле понимать защиту миролюбивой полемики, но никак не защиту от «отравления интеллектуального климата» или от оскорбления правосознания населения тоталитарными идеологиями или явно неверной интерпретации истории.

Общественный порядок нацелен на защиту правовых ценностей, которые, в свою очередь, подвержены вышеописанным опасностям. Речь идет о конституционно-правовой оценке законодателя, заключающейся в том, что одобрение тирании и деспотизма того времени на сегодняшний день кажется населению агрессией и вторжением против тех, кто ставит себя под сомнение в своих ценностях и правах, и с учетом исторической реальности является большим, чем просто конфронтация с недемократической и нелиберальной идеологией. Конструкция § 130 абз. 4 Уголовного кодекса является подходящей, необходимой и соразмерной в узком смысле. Данное положение не накладывает общий запрет ни на одобрение мер национал-социалистического режима, ни на проявление позитивной привязанности к дням, местам и формам, которые связаны с идейным содержанием. Реализация данного положения предполагает одобрение национал-социализма как исторически свершившейся тирании и деспотизма. Это может проявляться в прославлении определенной исторической личности, если из конкретных обстоятельств исходит, что эта личность является фигурой, олицетворяющей тиранию и деспотизм.

Кроме того, § 130 абз. 4 Уголовного кодекса соответствует ст. 103 абз. 2 Основного закона.

Совместимость «нарушения общественного порядка» как элемента состава преступления со ст. 103 абз. 2 Основного закона может подвергаться сомнению, поскольку данное понятие сформулировано чрезвычайно абстрактно и уязвимо для такого его понимания, которое не придает основополагающего значения правам и свободам в конституционном порядке. Но в то же время, согласно принципу определенности из ст. 103 Основного закона, нет никаких сомнений, что «нарушение общественного порядка» является элементом состава преступления, когда другие элементы состава преступления сами по себе влекут за собой уголовно-правовую санкцию. Данный элемент, в таком случае, является коррективом, позволяющим в каждом конкретном случае обеспечить реализацию конституционных ценностей. В этой связи законодатель решил установить общее правило, согласно которому одобрение, восхваление или оправдание исторической национал-социалистической тирании и деспотизма рассматривается как достаточно определенное и наказуемое.

Подтверждение запрета собрания, посвященного памяти Рудольфа Гесса, соответствует ценностно-правовым рамкам. В особенности не подлежит какому-либо сомнению тот факт, что проведение запланированного заявителем собрания в честь памяти Рудольфа Гесса означало бы одобрение национал-социалистической тирании и деспотизма.

71) BVerfGE 12, 113

(Schmid-Spiegel / Шмид-Шпигель)

Соблюдение законных интересов также охватывает ответные высказывания, публикуемые в печати, которые формально соответствуют нападениям в печати и их воздействию на формирование общественного мнения (ст. 5 абз. 1 и 2 Основного закона; § 193 Уголовного кодекса).

Решение Первого Сената от 25 января 1961 г.

– 1 BvR 9/57 –

по делу о конституционной жалобе председателя Высшего земельного суда д-ра Шмида [...]

ОСНОВАНИЯ

I.

1. [...]

17 марта 1954 г. заявитель опубликовал в штутгартской газете «Allgemeine Zeitung» статью, в которой редакция решила дать следующий заголовок: «Чем больше сапог [...]» и подзаголовок: «Вызывающая литература помогает совершать лучшие сделки». В тот же день эта статья была опубликована в «Botnanger Rundschau», которая также выходит под руководством «Allgemeine Zeitung». Заявителем был написан текст следующего содержания:

«Вы спросите меня, что я скажу по поводу статьи обо мне в «Spiegel». Все это сплетни обо мне; само по себе данное дело — политическая забастовка, которая едва упоминается в неудачном предложении, будто бы это «попытка объявлять нелегальную политическую забастовку правомочной». Истина, ложь и фальсификации оказались перемешаны, как это и бывает в сплетнях. Поскольку зловердные сплетни более интересны, они и превалируют. Неправда, например, будто бы я в статье протестовал против снятия иммунитета с депутата Ангенфорта. Я никогда, ни в статье, ни еще каким-то образом, не протестовал против снятия иммунитета с депутата Ангенфорта. Это давно опровергнутая ложь. Я однажды в силу должности и в публицистической форме занялся вопросом о том, действует ли иммунитет депутата ландтага в отношении федеральных государственных органов. В тот момент я ничего не знал о деле Ангенфорта. Вопрос тем временем был решен самим федеральным законодателем в том смысле, который я отстаивал. Точно так же ложным является утверждение, будто бы я в своем докладе о политической забастовке упомянул Октябрьскую революцию (1917 г.). Слава Богу, у меня еще есть рукопись моего доклада, которой я дословно придерживался. Я не знаю, кто солгал первым, но «Spiegel» тиражирует эту ложь. Бесчисленными являются сознательные упрямства и искажения из-за некомпетентности. Есть такой вид публицистики, который в области политики является тем, чем является порнография в области морали, с той лишь

разницей, что первое можно еще открыто читать. Эта т. н. раздражающая литература («Reizliteratur»), очевидно, очень необходима в хозяйстве цивилизации. Решающей точкой зрения тут является уровень продаж. То качество, которое получается при этом, нельзя лучше и проще выразить, чем это сделал Карл Крауз: «Чем больше сапог, тем больше каблук»⁸.

2. а) 20 июня 1954 г. ответственный редактор германского отдела «Spiegel», а 23 июля 1954 г. и издатель подали на основании статьи в «Botnanger Rundschau» частный иск против заявителя за клевету и оскорбление.

[...] решением земельного суда г. Геттингена от 11 января 1956 г. заявитель был приговорен к денежному штрафу в размере 150 немецких марок за оскорбление и субсидиарно к тюремному заключению сроком на одну неделю. За частными истцами было признано право на публикацию.

[...]

III.

Конституционная жалоба обоснованна.

Суд, рассматривающий дело об оскорблении, применяет нормы о защите чести и достоинства (§ 185 и далее Уголовного кодекса); поэтому его решения, как правило, не подпадают под проверку со стороны Федерального Конституционного Суда. Они могут быть проверены лишь на предмет того, не была ли при применении норм о защите чести и достоинства неверно оценена направленность права как такового на ценностный порядок, установленный Основным законом, и тем самым нарушены основные права осужденного. В рассматриваемом деле речь идет именно о таком случае. Решение земельного суда г. Геттингена и Высшего земельного суда Целле нарушают основное право истца, вытекающее из ст. 5 абз. 1 Основного закона, поскольку они недооценивают конституционно-правовое значение процесса формирования общественного мнения и, следовательно, неверно оценивают влияние свободы слова на толкование и применение норм о защите чести и достоинства.

1. В своем решении от 15 января 1958 г. (BVerfGE 7, 198 [207 и далее]) Сенат уже пояснил, что соотношение между основным правом

⁸ Здесь речь идет об игре слов. Немецкое слово Absatz означает как объем продаж, так и каблук (прим. пер.).

на свободное выражение мнения и ограничивающими его «общими законами» нельзя понимать как одностороннее ограничение действия основного права такими законами; «напротив, имеет место взаимодействие в том смысле, что «общие законы», согласно буквальному толкованию, устанавливают границы основному праву, но, в свою очередь, должны толковаться исходя из познания ценностного значения данного основного права в свободном демократическом государстве и тем самым сами подвергаться ограничению в своем действии, ограничивающем основное право». Основной закон придал свободе слова повышенное значение. Как уже было изложено Сенатом в более ранних решениях, свобода слова — одно из самых благородных прав человека, являющееся непосредственным выражением личности в обществе; уже один этот факт придает ей особый вес. Кроме того, данное основное право является основополагающим для свободного демократического общественного строя, обеспечивающего интеллектуальную борьбу, свободное противоборство идей и интересов, жизненно необходимых для функционирования данного государственного устройства [ср. BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [208]]. Лишь свободная публичная дискуссия о предметах общественного значения обеспечивает свободное формирование общественного мнения, осуществляющегося в свободном демократическом государстве «плюралистично», в противоборстве разных и отстаиваемых по разным мотивам, но всегда высказанных в свободе взглядов, которые, прежде всего, выражаются в речи и в ответной речи. Каждому гражданину согласно ст. 5 абз. 1 предл. 1 обеспечено право участвовать в такой публичной дискуссии. Печать, наряду с радиовещанием и телевидением, является важнейшим инструментом формирования общественного мнения; поэтому согласно ст. 5 абз. 1 предл. 2 свобода печати пользуется специфической защитой основного права.

Значимость свободы слова должна оказать существенное влияние на требуемое в § 193 Уголовного кодекса взвешивание и сопоставление таких ценностей, как честь и свобода слова, — в том случае, если речь идет о вопросах формирования общественного мнения. Федеральный Верховный Суд это учитывает, когда он оценивает основание, исключяющее ответственность из § 193 УК, как «проявление» свободы слова и принимает во внимание значение формирования общественного мнения (Официальное собрание решений Федерального Верховного

Суда по уголовным делам (BGHSt) 12, 287 [293 след.]), и когда он — отклоняясь от прежней судебной практики — признает защиту прессой общественного интереса в связи с ее функцией в демократическом государстве, выражающейся в соблюдении законного интереса по смыслу § 193 УК (Собрание решений Федерального Верховного Суда по гражданским делам (BGHZ) 31, 308 [312]).

Исходя из реакции, которая соответствует достигнутому в общественном мнении эффекту, определяется разграничение с наказуемым в соответствии с Основным законом эксцессом.

2. В данном случае суды неоправданно рассматривали обстоятельства только с позиции защиты личной чести и достоинства и вытекающих из нарушения чести и достоинства интересов, не принимая во внимание особенность проводимого в печати противоборства и присущего ему формирования общественного мнения.

[...]

в) [...] «Spiegel», таким образом, под видом полной истины осознанно лишь частично представил своим читателям правду.

Как возражает заявитель, выбор им вида своей статьи по теме, вынесенной на публичную дискуссию, зависел от вида сообщения в «Spiegel» и от необходимости противодействовать его воздействию на общественное мнение. Если «Spiegel» своей подачей сообщений о заявителе вызвал обоснованное подозрение, что он недостоверно подает информацию, то уместный вклад в публичную дискуссию мог заключаться в том, чтобы соответствующим образом раскритиковать «Spiegel» как недостоверно подающий материал. В этом смысле сам «Spiegel» дал повод для столь уничижительного суждения о нем (ср. Официальное собрание решений Федерального Верховного Суда по уголовным делам (BGHSt) 12, 287 [294]) и поэтому должен был смириться с подобным суждением, даже если бы оно ухудшило его репутацию. Признанная земельным судом за заявителем возможность лишь «фактического опровержения» выдвинутых против него обвинений не может быть достаточным противодействием в отношении воздействия упомянутой статьи на формирование общественного мнения. Поскольку общее воздействие статьи в меньшей степени вызвано ложью, в большей — умалчиванием о фактах и перемещением акцентов, подобное опровержение было весьма сложным, и только им

одним вряд ли можно было бы преодолеть эффект публикации в массово читаемом еженедельнике.

г) Обобщая, можно констатировать следующее: если суды не признают основанием, исключающим ответственность за соблюдение законных интересов, обвинение в сопоставимом с порнографией духовном разоблачении в качестве раздражителя для читателей, то они исходят из предположения, что у заявителя был законный интерес только в защите его личной чести по смыслу § 193 Уголовного кодекса. Влияние ст. 5 абз. 1 Основного закона на данную норму требует признания его правомерного интереса в воздействии на формирование общественного мнения по важному вопросу политики распределения должностей и оценки его высказывания как реакции на предоставление неверной информации общественности о ней. Отсутствие данной проверки в оспариваемых решениях нарушает основное право заявителя, вытекающее из ст. 5 абз. 1 Основного закона.
[...]

72) BVerfGE 20, 162

(Spiegel / «Шпигель»)

К вопросу о конституционности проведения обысков в пресс-центрах.

**Решение Первого Сената по части иска от 5 августа 1966 г.
по устному разбирательству от 25, 26 и 27 января 1966 г.
– 1 BvR 586/62, 610/63 und 512/64 —**

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ РЕШЕНИЯ

Конституционная жалоба отклонена.

ОСНОВАНИЯ

А.

1. Заявитель управляет издательством, которое ведет свою деятельность в форме командитного товарищества. В рамках данного издательства заявитель выпускает в качестве единственного печатного издания информационно-политический журнал «Der Spiegel», который выходит в Гамбурге каждую неделю тиражом около 500000 экземпляров (по состоянию на начало октября 1962 г.). Ответственным редактором данного

журнала является Рудольф Аугштайн, который одновременно занимает должность директора единственного лично ответственного товарища заявителя. Заявитель ведет деятельность в Гамбурге; кроме того, он содержит дополнительную редакцию в Бонне.

10 октября 1962 г. в номере 41 журнала была опубликована статья «Условно обороноспособные», в которой были освещены ситуация в армии Германии и НАТО, а также военные и стратегические проблемы и будущие планы. На основании результатов учений НАТО «Fallex 62» в статье было указано, что Бундесвер является лишь «условно обороноспособным». Статья не поддерживала идею вооружения Бундесвера ядерным оружием и не соглашалась с позицией министра обороны того времени Штрауса, который предлагал вооружиться большим количеством неядерного вооружения. В статье освещалось не только учение «Fallex 62» и текущее состояние вооружения, но также и военные планы НАТО и руководства Бундесвера. В этой связи в статье были опубликованы фотографии новых видов вооружения. При этом автор статьи назван не был. В сведениях о газете ответственным редактором по вопросам Бундесвера значился Конрад Алерс, который в то же время занимал позицию заместителя главного редактора.

Сразу в этот же или в ближайшие дни генеральный прокурор начал расследование в отношении ответственного редактора и ряда других редакторов журнала по делу о государственной измене. Он запросил заключение от министерства обороны, которое было подготовлено работавшим в то время в этом министерстве главным правительственным советником д-ром В. 23 октября 1962 г., после получения доклада и обсуждений с составителем заключения и статс-секретарем министерства обороны Х., генеральный прокурор добился судебного ордера на обыск и на арест Аугштайна и Алерса.

Ордер на обыск звучит следующим образом:

«В рамках расследования против руководителя издательства Рудольфа Аугштайна (Hamburg 1, Speersort 1) в связи с подозрением в государственной измене по запросу генерального прокурора в Федеральный Верховный Суд настоящим постановляется провести обыск личности, жилища и других помещений обвиняемого, а также всех служебных помещений в Гамбурге и Бонне и его архива и арест найденных в ходе такого обыска доказательств и предметов. Такие доказательства и предметы

подлежат изъятию. Проведение обыска допускается и в ночное время — § 94, 98, 102, 104, 105, 168 а Уголовного кодекса. Обвиняемый находится под серьезным подозрением в совершении преступления согласно абз. 1 § 100 Уголовного кодекса. Кроме того, он подозревается в совершении преступления, предусмотренного § 333 Уголовного кодекса, поскольку раскрытая им государственная тайна, вероятнее всего, была получена от служащих или членов вооруженных сил, которые получили от него или его представителей подарки или иные преимущества, что нарушило их служебные обязанности. Назначенный обыск необходим из-за предположения о том, что он может привести к получению доказательств, подлежащих изъятию и имеющих значение для расследования.

Согласно ордеру на арест ответственный редактор журнала находится под серьезным подозрением в разглашении 8 октября 1962 г. в Гамбурге и в других местах в Германии государственной тайны, что является преступлением согласно § 100 абз. 1 Уголовного кодекса. Ордер на арест обоснован следующим:

«Подозреваемый является ответственным редактором журнала «Der Spiegel». С его ведома и разрешения 8 октября 1962 г. в номере 41/16 с темой «Бундесвер» (стр. 32 и далее) общественности были представлены факты, касающиеся Бундесвера и НАТО. Обеспечение секретности данных фактов перед правительствами других государств было необходимо для обеспечения благополучия Германии. Существуют серьезные подозрения, что обвиняемый знал о секретности данных фактов и одобрял опасность благополучию Германии, связанную с оглашением информации. Поскольку предметом данного разбирательства является преступление, то подозрение в намерении скрыться имеет под собой законные основания. Кроме того, ввиду характера предполагаемого преступления обоснован риск того, что подозреваемый, если он будет находиться на свободе, затруднит установление истины, уничтожив следы преступления и доказательства другого вида или путем оказания влияния на свидетелей».

Обыск помещений издательства Spiegel в Гамбурге и редакции в Бонне начался вечером 26 октября, в пятницу. Обыск в Бонне длился несколько часов. В Гамбурге все помещения издательства изначально были закрыты, а от работников издательства было потребовано покинуть помещение. На тот момент работа по подготовке следующего номера была почти

завершена. По представлению главного редактора Якоби документы для отправки были изданы, а дежурному редактору было позволено завершить работу над публикацией следующего номера приблизительно с десятью работниками. Обыск помещений издательства продолжался до 25 ноября 1962 г. Во время этой проверки постепенно освобождались отдельные помещения.

Было изъято большое количество материалов. После вынесения судебных решений от 23 и 25 ноября 1962 г. эти материалы были арестованы. Решениями от 22 ноября и 7 декабря 1962 г. Третий Сенат по уголовным делам Верховного Суда отклонил жалобу заявителя на ордер на обыск, выданный следственным судьей. 31 октября 1963 г. Третий Сенат по уголовным делам Верховного Суда отклонил новую жалобу заявителя на ордер на обыск и на решения следственного судьи об аресте от 23 и 25 ноября 1962 г. По итогам следующей жалобы заявителя Верховный Суд в своем решении от 4 августа 1964 г. отменил арест в части.

В ходе разбирательства главные редакторы Якоби, Йэне и Энгель были временно арестованы, но через непродолжительное время выпущены на свободу; директор издательства Бекер и ответственный редактор Аугштайн, главные редакторы Якоби и Алерс и редактор Шмельц содержались под стражей на основании судебных ордеров на арест.

15 октября 1964 г. генеральный прокурор предъявил обвинение против Аугштайна, Алерса и полковника генерального штаба Мартина. Третий Сенат по уголовным делам Верховного Суда своим решением от 13 мая 1965 г. не стал открывать судебное производство против обвиняемых Аугштайна и Алерса и не стал их преследовать в связи с недостаточностью доказательств: «даже с учетом предварительных публикаций следует исходить из того, что публикация обеих статей может повлечь разглашение фактов, составляющих государственную тайну (абз. 1 § 99 Уголовного кодекса)»; но в отношении обоих обвиняемых невозможно доказать, что они сознательно принимали в расчет, что обе эти статьи могли содержать факты, составляющие государственную тайну. Часть изъятых публикаций все еще находится у Третьего Сената.

2. Заявитель уже подавал конституционную жалобу на проведение обыска 29 октября 1962 г., ссылаясь на нарушение ст. 5, 13 и 14 Основного закона, и ходатайствовал о вынесении временного постановления суда. Решением от 9 ноября 1962 г. Федеральный Конституционный Суд

отказал в вынесении временного постановления (BVerfGE 15, 77). Конституционная жалоба была распространена на вышеупомянутые решения Верховного Суда.

[...]

Б.

1. Заявитель, являясь командитным товариществом, может подавать конституционную жалобу (BVerfGE 4, 7 [12, 17]; 10, 89 [99]) и заявлять о нарушении основного права на свободу печати.

[...]

В.

1. Свободная, не зависящая от публичной власти и не подвластная цензуре пресса является значимым элементом свободного демократического государства; свободная, регулярно выходящая политическая пресса в особенности незаменима в современной демократии. Если гражданин принимает политическое решение, он должен быть полностью информированным, знать позиции сторон и иметь возможность сопоставлять их. Пресса всегда поддерживает эту дискуссию в активном состоянии; она добывает информацию, занимает ту или иную позицию и, таким образом, выступает ориентиром в общественной дискуссии. В ней формулируется общественное мнение; аргументы проясняются в речи и в ответе на нее, принимают отчетливые очертания и облегчают гражданину процесс принятия решения. В представительной демократии пресса является постоянно действующим связующим и контролирующим звеном между народом и выбранными им представителями в парламенте и в правительстве. Она критически обобщает формирующиеся в обществе и в отдельных его группах мнения и требования, представляет их на обсуждение и доносит их до органов, занимающихся политической деятельностью, которые, таким образом, могут оценить принимаемые ими решения, в т. ч. по отдельным вопросам текущей политической деятельности, с учетом реально представленных в обществе позиций.

Такая важная «общественная задача», которая возложена на прессу, не может быть выполнена государством. СМИ должны иметь возможность свободно формироваться в общественном пространстве. Они функционируют на основе рыночных принципов и в рамках частноправовых организационных форм. По отношению друг к другу они находятся в состоянии

идеологической и экономической конкуренции, в сферу которой публичная власть не может вмешиваться.

2. Функции свободной прессы соответствует ее правовое положение, определенное Конституцией. Основным закон в ст. 5 гарантирует свободу печати. Таким образом, если работающим в сфере СМИ лицам и компаниям, в первую очередь, гарантируется субъективное право, которое в противовес государственному принуждению обеспечивает им свободу и особое правовое положение, соответствующее ее системному положению и традиционному пониманию, то такое положение имеет и объективно-правовую сторону. Оно гарантирует наличие института свободной прессы. Государство, вне зависимости от полномочий отдельных лиц, обязано во всех случаях, когда правовые нормы как-то касаются прессы, следовать постулату ее свободы. Важнейшими следствиями этого являются свободное создание печатных органов, свободный доступ к профессии журналиста, обязанность государственных органов предоставлять сведения; но вместе с тем следует также задуматься о другой обязанности государства — отражать опасность, которая может угрожать свободной прессе в связи с возникновением монополии мнений.

Гарантированная в ст. 5 Основного закона самостоятельность прессы обеспечивается с момента получения информации и до распространения сообщений или мнений (BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260]). Поэтому свобода печати в какой-то степени защищает доверительные отношения между печатью и информаторами. Такая защита необходима, поскольку пресса не может отказаться от сообщений, поступающих от частных лиц, но в то же время данный источник информации должен использоваться рационально, т. е. информатор может всегда полагаться на то, что редакционная тайна будет сохранена.

3. Свобода печати таит в себе возможность вступить в конфликт с другими ценностями, охраняемыми Основным законом; в данном случае речь идет о правах и интересах отдельных лиц, союзов и групп, а также общности как таковой. Для решения подобных конфликтов Основной закон отсылает к «общему правопорядку» («allgemeine Rechtsordnung»), под действие которого подпадает и пресса. Другие правовые блага, как, например, равенство, которое как минимум равнозначно свободе печати, также должны приниматься во внимание. Привилегированное

положение предоставляется представителям прессы лишь в том случае, когда речь идет о выполнении ими возложенных на них задач. Таким образом, речь в данном случае не идет о личных привилегиях; освобождение от действия общих норм должно обосновываться в зависимости от конкретного дела.

Отсылка к общему правопорядку выражена в ст. 5 абз. 2 Основного закона, согласно которому свобода печати находит свои границы в предписаниях общих законов. В своем решении от 15 января 1958 г. Федеральный Конституционный Суд (BVerfGE 7, 198 [208 и далее]) высказался о соотношении свободы слова и общих законов. Согласно этому решению свобода слова ограничивается общими законами; но в то же время такие законы должны толковаться с учетом свободы слова, что, таким образом, ограничивает и сами общие законы. Обозначенные судом принципы действуют и в отношении свободы печати; более того, в контексте свободы печати эти принципы приобретают особенное значение, поскольку высказывания в прессе, как правило, формируют общественное мнение (там же, стр. 212). Смысл такого суждения, применительно к свободе печати, заключается в том, чтобы всегда гарантировать ее и, толкуя общие законы, всегда ориентироваться на свободу печати, гарантировать соответствующее пространство для ее действия и избегать ее ограничения, если такое ограничение не требуется соображениями охраны других равнозначных правовых благ. Необходимо всегда иметь в виду объективно-правовую и институциональную сторону свободы печати, ее влияние на ценностный порядок, а также роль в качестве принципа толкования для общего правопорядка.

4. Положения о государственной измене, содержащиеся в § 99 и 100 Уголовного кодекса, являются общими законами по смыслу ст. 5 абз. 2 Основного закона. Нет никаких обоснованных сомнений о соответствии этих положений Конституции. В частности, не имеют значения сомнения, касающиеся недостаточно определенного состава преступления (абз. 2 ст. 103 Основного закона). Данные положения не являются неконституционными и с учетом того, что они квалифицируют разглашение государственной тайны путем ее публикации в прессе как «публицистическая государственная измена».

Защита целостности Федеративной Республики Германия вовне, которая является целью уголовно-правовых норм о государственной измене, находится в противоречии со свободой печати в том случае, когда пресса

публикует информацию, содержание которой в секретности соответствовало бы интересам защиты государства. Этот конфликт не может быть решен не в пользу свободы печати на основании того, что речь идет о целостности Германии, угроза которой является предпосылкой для квалификации деяния в качестве государственной измены. Причина тому заключается в том, что под целостностью следует подразумевать также и либерально-демократический порядок. Несмотря на то что дела государства, в том числе и касающиеся обороны, ведутся государственными органами, они также являются объектом для критики или одобрения народа.

С этой точки зрения необходимость сохранения в тайне, в интересах государственной безопасности, информации, касающейся обороны, с одной стороны, и свобода печати — с другой, не исключают друг друга. Оба этих элемента служат цели обеспечения целостности Германии. С учетом этой цели конфликты между ними подлежат решению. В этом случае в каждом конкретном случае необходимо определять значимость раскрытой информации как для потенциальных соперников, так и для процесса формирования общественного мнения по этому вопросу; необходимо сопоставить возможные риски для безопасности государства, исходящие из публикации, и потребность во владении информацией, касающейся оборонной политики. В этом случае абзац 1 ст. 5 Основного закона оказывает ограниченное влияние на толкование названных положений уголовного права.

Г.

Проверка ордера на обыск с учетом вышеизложенного привела к тому, что, согласно предл. 4 абз. 2 § 15 Закона о Федеральном Конституционном Суде, нарушение положения предл. 2 абз. 1 ст. 5 Основного закона при применении норм уголовного права не имеет места.

[...]

73) BVerfGE 25, 256

(Blinkfuer / Блинкфюр)

Призыв к основанному на политических мотивах бойкоту печатного издания, который должен быть осуществлен преимущественно экономическими властными средствами, не защищается правом на свободу слова и нарушает основное право свободы печати.

**Решение Первого Сената от 26 февраля 1969 г.
– 1 BvR619/63 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

I.

Заявитель был издателем и главным редактором еженедельника «Blinkfüer», распространяемого преимущественно в районе Гамбурга. В приложении к газете печатались радио- и телевизионные программы западногерманских и центрально-германских каналов, а также каналов восточного сектора Берлина.

Издательские дома Axel Springer & Sohn KG, Hammerich & Lesser KG и Die Welt («ответчики») являлись в рассматриваемый период времени издателями *10 газет с наибольшими тиражами* [...]. В конце августа 1961 г. ответчики послали всем продавцам газет и журналов в Гамбурге циркуляр следующего содержания:

«Дорогой деловой партнер,

беспрецедентные насильственные акты, от которых тяжело страдает население Восточного Берлина и зоны в течение последних недель, вызвали везде в свободном мире возмущение. Цепь совершаемых правонарушений и насильственных мер против наших братьев и сестер на Востоке не прерывается. Мы, находясь в свободной части Германии, не можем каждый день читать об этом, молчаливо возмущаясь и бездействуя. Каждый обязан защищать свободу в области своей деятельности. В связи с особыми событиями последнего времени соответствующие решения требуются и от сферы торговли газетами и журналами в Германии. Со временем мы все чаще наблюдаем, как власти зоны используют радиовещание и телевидение как инструмент пропаганды. Фильмы и развлекательные передачи, заявленные в программе в качестве неполитических, произвольно прерываются, чтобы пропагандисты Социалистической единой партии Германии («СЕПГ») могли вылить на нас свои тирады ненависти. При этом на нас подлым образом клеветают, а Берлинские события ужасным образом фальсифицируются. Поэтому совершенно непонятно поведение спекулянтов, которые готовы публиковать программы восточной зоны

и, тем самым, распространять ложь из Панкова. В этом испытании нашего народа на прочность надо ожидать от всех ответственных торговцев газет и журналов, чтобы они дистанцировались от продажи тех изданий, которые не готовы отказаться от публикации радио- и телепрограмм восточной зоны, таких как, например, «Bildfunk», «Fernsehprogramme» и «Lotto-Toto-Express». Издательские дома AXEL SPRINGER и DIE WELT убеждены, что подавляющее большинство их деловых партнеров разделяют это мнение и поступят сообразно ему. Не в нашем духе, чтобы у понимающих нас из-за занятой ими позиции возникал ущерб. Если в этой связи отдельные торговцы будут намерены извлечь прибыль из возникшей ситуации и впредь распространять объекты, продвигающие пропаганду Ульбрихта, то названные издательские дома проверят, смогут ли они взять на себя ответственность продолжить деловые отношения с подобными торговцами. В настоящей ситуации Вы поймете необходимость данного призыва. Чтобы Вы смогли подходящим образом информировать своих покупателей, Ваш оптовый торговец снабдит Вас листовками (образец прилагается). Покажите своей позицией, что Вы, будучи торговцами газетами и журналами, осознаете свою ответственность перед немецкими читателями.

С наилучшими пожеланиями,
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ ДОМ AXEL SPRINGER
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ ДОМ DIE WELT»

К данному письму прилагался образец указанной листовки следующего содержания:

«Скажем нет восточным программам!

Бурно развивающиеся в наше время политические события требуют от всех нас принятия ясного решения. Представители сферы торговли газетами и журналами в Германии приняли такое решение. Они полагают, что наш национальный долг заключается в том, чтобы некоторое время не предлагать журналов, публикующих радио- и телепрограммы восточной зоны. Радиовещание и телевидение из восточной зоны стали инструментом пропаганды. На всех нас подлым образом клеветают, нас поливают грязью, а Берлинские события самым ужасным образом

фальсифицируются. Хорошие развлекательные передачи и ценные старые фильмы прерываются, чтобы напустить на нас потоки ненависти пропагандистов СЕПГ. Представители сферы торговли журналами в Германии знают, что они должны делать: они не хотят, чтобы Ульбрихт, таким образом, злоупотреблял возможностью реализовывать продукты своих средств массовой информации. Существует много хороших журналов с программами, которые подробно проинформируют Вас о радио и телевидении. В этом я всегда охотно готов проконсультировать Вас. Но для журналов, публикующих программу с востока, у меня больше нет места. Это Вы должны понять.

ВАШ

ТОРГОВЕЦ ГАЗЕТАМИ и ЖУРНАЛАМИ»

На основании того, что ответчики против него ведут недобросовестную конкуренцию, поскольку разосланные циркуляры содержат призыв к бойкоту, направленный против его предприятия, заявитель выдвинул иск об обязанности ответчиков возместить ущерб. Суд нижней инстанции Гамбурга и Высший земельный суд удовлетворили иск. По кассационной жалобе ответчиков Федеральный Верховный Суд своим решением от 10 июля 1963 г. (Новый юридический еженедельник (NJW) 1964, С. 29 = Юридическая газета (JZ) 1964, С. 95) отменил решение апелляционной инстанции, отклонил иск и возложил на заявителя обязанность возместить судебные расходы.

[...]

II.

Заявитель подал конституционную жалобу против решения Федерального Верховного Суда, ссылаясь на нарушения ст. 2, 3 и 5 Основного закона.

[...]

Б.

[...]

II.

Конституционная жалоба обоснованна.

Данное дело является гражданско-правовым спором, который следует решить с помощью частного права. Ценностный порядок, установленный в разделе Основного закона об основных правах, влияет на толкование

данных норм в той мере, в которой они поддаются подобному толкованию в свете норм конституционного права (BVerfGE 7, 198 [205]). В рамках § 823 абз. 1 Гражданского уложения конституционное право имеет значение для установления противоправности нарушения. При этом, с одной стороны, необходимо проверить, в какой мере бойкот оправдывается правом на свободу слова, а с другой стороны, в свою очередь, в какой мере заявитель может претендовать на основное право свободы печати. Федеральный Верховный Суд в оспариваемом решении недооценил право на свободу слова на стороне ответчиков; со стороны истца суд не учел основное право свободы печати.

1. Федеральный Верховный Суд оценивает как призыв ответчиков к торговцам прекратить распространение газет с программами передач из центральной Германии, так и указание на возможность от отказа поставок оправданными ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона. Тем самым он чрезмерно расширил охранительную область основного права.

Невзирая на лежащие в основе мотивы, требование ответчиков к торговцам газет представляет собой призыв к бойкоту, будучи призывом к организованному и, по крайней мере, частному лишению возможности истца распространять «Blinkfuer». Из-за экономического влияния ответчиков и угрозы прекращения поставок торговцам газет данный призыв был пригодным, чтобы лишиться адресатов возможности принятия свободного решения.

Призыв к бойкоту, в основе которого лежит выражение определенного мнения, защищается ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона, в частности, тогда, когда он используется как средство интеллектуальной борьбы мнений по вопросу, существенно затрагивающему общественность, в том случае, когда в его основе лежит не частное противоборство, а забота о политических, экономических, социальных или культурных интересах общества (BVerfGE 7, 198 [212]). Призыв к бойкоту может подпадать под охранительную область ст. 5 абз. 1 Основного закона даже тогда, когда призывающий находится в конкуренции с бойкотируемым как в профессиональном, так и в коммерческом или ином деловом отношении, поскольку подобная ситуация не исключает интеллектуального противоборства как такового. Если у призывающего к бойкоту имеется определенное экономическое влияние, то его высказывание и служащий ему призыв к бойкоту становятся значительными. Одно лишь экономическое

неравенство позиций не делает призыв к бойкоту недопустимым, поскольку, согласно Конституции, экономически более сильному не запрещается вести интеллектуальную борьбу мнений.

Однако средства, которыми пользуется лицо, призывающее к бойкоту, должны быть допустимыми с точки зрения конституционного права. Призыв к бойкоту не защищается основным правом на свободу слова, если он основывается не только на интеллектуальных аргументах, т. е. не ограничивается убедительной силой изложений, объяснений и аргументов, но использует еще и такие средства, которые лишают призываемых возможности принять свое решение в полной свободе и без какого-либо экономического давления. Сюда относится, в частности, угроза или сообщение о тяжелых последствиях или использование социальной и экономической зависимости, если такие средства воздействия придают призыву к бойкоту особую настойчивость. Свобода интеллектуального противоборства является обязательной предпосылкой функционирования свободной демократии, поскольку только она обеспечивает публичную дискуссию о предметах, представляющих общественный интерес, и о предметах государственно-политической значимости (ср. BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [212, 219]; 20, 162 [174 и далее]). Оказание экономического давления, приводящего к серьезному ущербу для затрагиваемых им лиц и преследующего цель воспрепятствовать обеспечиваемому конституционным правом распространению мнений и сообщений, нарушает равенство шансов в процессе формирования мнения. Оно противоречит и смыслу и существу свободы слова, которая призвана обеспечить интеллектуальную борьбу мнений.

Оценка поведения ответчиков по данным критериям показывает, что Федеральный Верховный Суд слишком широко трактовал охранительную область основного права свободы слова.

[...]

Средства, использованные ответчиками для реализации призыва к бойкоту, не соответствуют основному праву, вытекающему из ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона. Если бы ответчики высказали свое мнение по поводу публикации центрально-германских программ, например, в издаваемых ими печатных изданиях, и ограничились бы призывом к читателям бойкотировать соответствующие газеты и журналы, то подобное поведение не противоречило бы конституционному праву. В таком случае ответчики, руководствовавшиеся общественным интересом,

обратились бы непосредственно к тем, кого это касается. Однако их циркуляр, обращенный к торговцам газет и журналов, не приводил к интеллектуальному противоборству мнений по поводу допустимости и целесообразности публикации программ центрально-германского вещания, поскольку данные адресаты находились в экономической или правовой зависимости от ответчиков.

[...]

Обстоятельства дела в этом смысле существенно отличаются от решения по так называемому делу Лют (BVerfGE 7, 198 и далее). Высказывание директора Сената Люта, которое взывало только к моральной и политической ответственности, не могло ограничить распространение фильмов режиссера Харлана; в распоряжении Люта не было никаких принудительных средств, которые бы делали его призыв настойчивым. Он мог лишь взывать к чувству ответственности и нравственной позиции тех, к кому он обращался. Лют был вынужден предоставить на их собственное усмотрение решение вопроса о том, готовы ли они разделить его позицию. В отличие от этого, учитывая господствующее положение ответчиков на рынке, их угроза о прекращении поставок могла привести к ощутимым последствиям для оптовиков и торговцев печатью. При некоторых обстоятельствах подобные последствия и вовсе угрожали их дальнейшему существованию.

[...]

2. [...] На основании свободы печати заявитель имел право на публикацию информации о центрально-германских программах, чему хотели воспрепятствовать ответчики, исходя из содержания циркуляра. Примечательно, что и Федеральный Верховный Суд также не считает публикацию программ в еженедельнике «Blinkfuer» запрещенной законом. Но он отсюда не извлек вывод о необходимости противопоставления свободе слова, на которую претендовали ответчики, свободы печати, которой обладает заявитель, публикующий центрально-германские радио- и телепрограммы. Он исходил лишь из противоречия свободы слова, принадлежащей ответчикам, правовому благу заявителя, которое защищено гражданским правом. Тем самым Федеральный Верховный Суд недооценил значение свободы печати для материально-правовой позиции истца.

По общему правилу, органы печати не могут ссылаться на свободу печати, выступая против реализации свободы слова другими лицами, даже если это для них связано с экономическим ущербом. Свобода слова

и свобода печати призваны защищать свободную интеллектуальную деятельность и процесс формирования мнения в свободной демократии; они не служат гарантией экономических интересов. Однако в целях защиты института свободной прессы необходимо защищать независимость органов прессы от вмешательства властных экономических групп, воздействующих неуместными средствами на распространение печатных материалов (Решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 20, 162 [175 и далее]). Цель свободы печати заключается в том, чтобы облегчить и обеспечить свободное формирование общественного мнения. Такая цель требует защиты печати от попыток исключить конкуренцию мнений при помощи средств экономического давления.

Бойкот еженедельника «Blinkfuer» нарушил данную свободу, гарантируемую конституционным правом. Ведь его целью было предотвращение дальнейшей публикации центрально-германских радио- и телепрограмм и лишение общества информации путем предотвращения дальнейшего распространения данного еженедельника торговцами газет. Заявитель зависел от распространения. Поведение ответчиков вопреки свободе освещения событий было направлено на подавление сообщений преимущественно экономическими средствами.

[...]

74) BVerfGE 102, 347

(Benetton-Schockwerbung / Шокирующая реклама Benetton)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 156/2000 от 12 декабря 2000 г.

Решение от 12 декабря 2000 г.

– 1 BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95 –

Конституционная жалоба на запрет «шокирующей рекламы» удовлетворена

На основании устного слушания, проведенного 8 ноября 2000 г., Первый Сенат Федерального Конституционного Суда отменил решения

Федерального Верховного Суда, которое запрещало печатному изданию — заявителю — публиковать три рекламных объявления фирмы Benetton. Содержание конституционной жалобы изложено в Сообщении для печати № 130/2000 от 10 октября 2000 г., которое может быть отправлено по запросу.

Федеральный Конституционный Суд отменил решения, поскольку они нарушают права заявителя в части соблюдения свободы печати. Основанием такого решения является следующее:

Публикация чужого мнения подпадает под охранительную область свободы печати, даже если оно является коммерческой или экономической рекламой. Это же относится и к многозначительным изображениям. Суды правильно определили рекламу Беннетона как выражение мнения.

Запрет заявителю публиковать данные объявления нарушает свободу печати. Органу печати нельзя запретить публикацию чужого мнения, если самому лицу, выразившему данное мнение, дозволено его высказывать и распространять. В то же время Федеральный Конституционный Суд не соглашается с аргументом заявителя о том, что § 1 Закона о борьбе с недобросовестной конкуренцией, на котором был основан запрет Федерального Верховного Суда, не является достаточно определенным и изначально неприменим к случаям подобного рода. Содержащаяся в § 1 Закона о борьбе с недобросовестной конкуренцией универсальная оговорка, согласно которой запрещаются конкурентные действия, нарушающие добрые нравы, не вызывает сомнений с точки зрения конституционного права. Но, несмотря на это, Федеральный Верховный Суд, оценивая объявления на соответствие конкурентному праву, недооценил значение и объем свободы слова. Ограничение свободы возможно только в тех случаях, когда речь идет об общем благе или правах третьих лиц. Федеральный Верховный Суд не установил наличие таких условий для ограничения свободы слова, и такие условия нельзя распознать.

Федеральный Верховный Суд расценил объявления Беннетона как нарушающие общественные нравы, поскольку посредством изображения большого горя человека и животного они вызывают чувство сострадания, в чем усматривается использование этого в целях конкуренции. Такое поведение в рамках конкурентной борьбы, вероятно, отвергается большинством населения. Однако это еще не говорит о том,

что нарушаются и важные интересы третьих лиц или общественности. В столкновении наблюдателя с неприятными или вызывающими сострадание фотографиями не проявляется такое нарушение, которое могло бы оправдать ограничение основного права.

Обеспечение душевного состояния граждан, свободного от горя этого мира, не является тем интересом, ради которого государство может ограничить основное право. Оценка может быть иной, если показываются изображения, вызывающие отвращение, страх или представляющие опасность для детей.

Даже из отсутствия взаимосвязи между этими изображениями и рекламируемыми изделиями нельзя делать вывод о наличии нарушения. Отсутствие взаимосвязи отличает сегодня большую часть имиджевой рекламы — примечательно также, что посредством фотографий рекламодатели, например, используют либидозные желания. Тот факт, что потребитель, возможно, привык скорее к подобным «позитивным» фотографиям, чем к призывам к чувству сострадания, не оправдывает ограничение основного права заявителя.

Интересы общественного блага также не затронуты. Нельзя констатировать, будто бы реклама, критикующая негуманность или загрязнение окружающей среды, способствует развитию тенденции ожесточения или безразличия в нашем обществе.

С другой стороны, наложенный запрет является существенным посягательством на свободу слова. При этом не принципиально то, что объявления фирмы Беннетон не вносят ничего существенного в дискуссию о преодолении показанных ими недостатков. Даже простое указание на недостатки подпадает под защиту ст. 5 абз. 1 Основного закона. При этом рекламный контекст такого указания не ставит под сомнения данный факт.

Поскольку запреты на изображения детского труда и утки, испачканной в нефти, основаны исключительно на изложенном толковании § 1 Закона о борьбе с недобросовестной конкуренцией, то такие запреты подлежат отмене. Изображение о ВИЧ-инфицированных Федеральным Верховным Судом счел противоречащим правилам конкуренции, в том числе потому, что данное объявление грубым образом нарушает принципы защиты достоинства человека, представляя больного СПИДом, как «отмеченного» и тем самым исключенного из человеческого общества.

Федеральный Конституционный Суд исходит из такого смысла толкования § 1 Закона о борьбе с недобросовестной конкуренцией, в рамках которого реклама посредством использования изображений, нарушающих человеческое достоинство отображенных лиц, не вызывает каких-либо сомнений с точки зрения конституционного права. Однако отнюдь не установлено, что реклама о ВИЧ-инфицированных должна пониматься именно в этом смысле.

Как минимум столь же близким является толкование, согласно которому посредством рекламы обличительно указывались опасения возможного или действительного отторжения ВИЧ-инфицированных. Чтобы не нарушать положения ст. 5 абз. 1 Основного закона, Федеральный Верховный Суд для начала должен был разобраться с различными возможностями толкования и указать соответствующее обоснование найденного решения.

75) BVerfGE 103, 44

(Gerichtsfernsehen / Телевидение в суде)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 12/2001 от 24 января 2001 г.

Решение от 24 января 2001 г.

– 1 BvR 2623/95, 1 BvR 622/99 –

**Конституционная жалоба о судебном телевидении
не удовлетворена. Решение на основе устного слушания
от 7 ноября 2000 г.**

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда своим решением от сегодняшнего дня отклонил конституционные жалобы n-tv GmbH & CoKG (заявителя) против запрета телевизионных съемок во время судебного разбирательства.

Обстоятельства дела изложены в Сообщении для печати № 13/2000 от 10 октября 2000 г., которое может быть отправлено по запросу.

1. В обосновании своего решения Сенат для начала излагает принципиальные моменты относительно охранительной области ст. 5 абз. 1 Основного закона:

Свобода информации, вытекающая из ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона, защищает доступ к общедоступным источникам информации. Она не включает в себя право на раскрытие источника информации. Подобное требование также не вытекает из свободы радиовещания, гарантируемой ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона. Соответствующее уполномоченное на то лицо, напротив, само может решить, хочет ли оно, в каком объеме и при каких условиях сделать информацию или событие общедоступным. Только тогда, когда источник информации является общедоступным, и только в объеме, определенном уполномоченным лицом, доступ телерадиокомпании подпадает в охранительную область ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона.

Если государство устанавливает вид доступа к государственным документам и, тем самым, степень открытости определенного источника информации, то охранительная область свободы информации будет действовать в масштабе, соответствующем такой степени открытости. Если у СМИ есть доступ, предоставленный ему в целях информирования, но с безусловным с правовой точки зрения исключением съемок и распространения звуковых и телевизионных записей, то подобное ограничение не представляет собой вторжение в сферу основного права.

Если доступ к источнику информации предоставляется с ограничениями — например, относительно радио- и телевизионных записей, то конституционность нормы, устанавливающей такие ограничения, зависит от того, оправдывается ли подобное ограничение правом, определяющим доступ, без дополнительной оценки согласно ст. 5 абз. 2 Основного закона. Если доступ к источнику информации должен был быть открыт дальше или даже неограниченно, то носитель основного права может оспорить это в суде.

Законодатель в пределах своих полномочий, регламентируя ход судебной процедуры, установил публичную доступность судебных разбирательств. С помощью § 169 Закона о судебной системе он использовал принадлежащее ему право принятия решения таким образом, что общий доступ был открыт лишь для тех, кто хочет следить за судебным разбирательством в отведенном для этого помещении.

2. § 169 предл. 2 Закона о судебной системе соответствует Основному закону.

а) Принцип публичности устных слушаний является составной частью принципа правового государства и соответствует общему принципу гласности в демократии.

Смысл имеющей длительную традицию гласности в судебных заседаниях заключается, с одной стороны, в том, чтобы защитить участников разбирательства от проявлений секретной юстиции путем общественного контроля. Кроме того, позиция народа заключается в том, чтобы существовала возможность узнавать о событиях, происходящих в ходе судебного разбирательства, и контролировать своим присутствием государственную власть, действующую через суды.

б) При организации гласности судопроизводства законодатель должен учитывать ее функцию, а также различные затрагиваемые интересы. Процессы проводятся перед общественностью, но не для нее. Право о судоустройстве учитывает противоположные интересы посредством исключения из принципа гласности, которые существуют в качестве общих правил или могут быть предусмотрены в рамках конкретного дела.

в) Закон о судебной системе предусматривает присутствие общественности в рамках судебного разбирательства. Возникновение телевидения побудило законодателя в 60-е годы ограничить общественность так называемой «общественностью в зале» посредством включения § 169 предл. 2 Закона о судебной системе. Принятие такого решения не являлось конституционной обязанностью законодателя, но было его правом. Цель публичного контроля судебного разбирательства, а также доступа к информации, имеющей значение для формирования индивидуального и общественного мнения, может быть достигнута и наличием лишь «общественности в зале». Принцип демократии не требует присутствия иной общественности, кроме как присутствующей в зале. Доступ в зал в этом случае открыт для СМИ. Журналисты телерадиокомпаний могут присутствовать на судебном разбирательстве и сообщить о нем. Тем самым закон в достаточной степени учитывает то обстоятельство, что информация сегодня поступает к общественности преимущественно посредством СМИ. Судебные разбирательства не всегда относятся к тем событиям, которые вызывают большой интерес публики. Интерес общественности, скорее,

заключается в кратких сообщениях, составленных для пробуждения общественного внимания.

г) Действующее регулирование запрещает журналистам теле- и радиовещания лишь изготовление и распространение аудио- и видеозаписей судебного разбирательства. Даже ввиду повывисшегося в недавнее время значения телевидения это не приведет к воспрепятствованию передаче информации с помощью телевидения. В этой связи следует также учитывать, что наряду с сообщениями корреспондентов возможны и звуковые записи, а также съемки до начала и после окончания разбирательства и во время перерывов.

Следует, конечно же, признать, что телевидение в таком случае лишается возможности передать атмосферу аутентичности и чувство сопереживания к происходящему на судебном заседании. Кроме того, нет никаких гарантий, что телевизионные записи привели бы к такому отражению судебного заседания, которое бы больше соответствовало действительности. СМИ вправе составлять передачи согласно их собственным интересам и правилам, принятым в соответствующей отрасли. Давление, оказываемое экономической конкуренцией, и стремление привлечь все более сложно привлекаемое внимание зрителей часто приводят к тому, что изображаемые на телевидении события искажаются, например, когда о событии сообщается лишь какая-то скандальная информация или для того, чтобы вызвать сенсацию. Обычная (объективная) подача информации, как правило, непривлекательна. Зачастую деятельность СМИ, таким образом, связана с риском выбора «нужной» информации или же с искажением информации.

д) Ограничение общественности в суде до круга непосредственно присутствующих в зале лиц учитывает вопросы защиты личности и требования справедливого разбирательства, а также установления истины и отправления правосудия. Часто ситуация, в которой обвиняемые и свидетели находятся перед судом и перед общественностью, эмоционально напряжена. Информация добывается при помощи государственных судов, а в случае необходимости — при помощи принуждения. Если же в такой ситуации производится звуко- и видеозапись, которая после этого используется на телевизионной передаче, то это, тем самым, усиливает вторжение в право личности. Распространение подобных записей может иметь существенные последствия, не связанные с судебным производством,

например, связанные с таким явлением, как «позорный столб», или же негативно влияющие на последующую ресоциализацию (ср. BVerfGE 35, 202, решение в деле Лебах). Кроме того, возможна манипуляция смыслом высказывания посредством монтажа, технической и прочей обработки. Высказывание может быть приведено в контексте других высказываний и использоваться в другом смысловом контексте. Поэтому целью общего запрета на съемки и их распространение является отражение подобных опасностей для права на информационное самоопределение.

Возможность аудио- и видеозаписи исключается в интересах честного разбирательства и обеспечения установления объективной истины и отправления правосудия. В присутствии камер и магнитофонов многие люди начинают вести себя иначе. Справедливость разбирательства в отношении обвиняемых или свидетелей ставится под угрозу, в особенности в уголовном процессе, поскольку из-за съемок они могут воздержаться от изложения интимных, постыдных или нечестных обстоятельств, которые важны для установления истины. Присутствие и деятельность операторов с камерами может оказать влияние и на внешнее течение разбирательства. Подобные нарушения хода разбирательства можно ограничить посредством организационных мер, но их невозможно полностью исключить.

е) Законодатель не был обязан допустить исключения из строгого запрета съемок для отдельных видов судопроизводства или его частей с учетом того, что опасность для защиты прав личности и проведения слушания может выражаться в разной степени. Риск оказания влияния на определенные части судебного заседания (например, на оглашение решения) является меньшим, чем в случае других частей (допрос свидетелей). Степень угрозы для права личности различна в уголовном разбирательстве или в рамках слушания по делу об административном производстве. Несмотря на подобные различия, угрозы существуют во всех видах судопроизводства и на всех его этапах. Кроме того, звуко- и видеозапись может усложнить руководство слушанием, если суду придется учитывать чуждые процедуре разбирательства интересы СМИ. Так, устное оглашение приговора непосредственно после слушания в случае его записи может менять свой характер.

Конкретные действия и риски для соответствующего разбирательства трудно предсказуемы; поэтому их сложно предотвратить. Подобные

сложности могли побудить законодателя обеспечить максимальную защиту судебного слушания от возможных отрицательных воздействий, что, в особенности, касается звуко- и видеозаписей. Это, прежде всего, означает, что он не был обязан переносить уже существующее для Федерального Конституционного Суда особое регулирование на другие отрасли судопроизводства.

Законодатель был вправе не создавать исключения для отдельных категорий дел. Проведение судебного слушания выдвигает существенные требования к суду, и в первую очередь к председателю. Последний должен был бы в каждом случае решать, имеет ли здесь место исключение. Для этого ему необходимо было бы заслушать участников разбирательства, затем провести сложные оценки приемлемости съемок и их воздействия на поведение участников. Более того, такая ситуация могла бы порождать предпосылки для последующих судебных разбирательств. Кроме того, следует исходить из того, что СМИ в особо интересующих их делах будут оказывать давление на суд. Посредством установления запрета без каких-либо исключений и в целях установления истины и отправления правосудия законодатель имел право освободить суды от подобных дополнительных нагрузок. Это правило действует даже при согласии участников.

3. Судьи Кюлинг и Хоффманн-Рим, а также госпожа судья Хоманн-Деннхардт приложили к настоящему решению особое мнение.

Они в основном разделяют основания решения, но считают, что ввиду развития системы правовой защиты и СМИ исключительный запрет радио- и телевизионных съемок уже не оправдан.

В более ранние времена общественность, присутствующая зале, была одновременно медиаобщественностью в роли общественности, представляющей прессу. В современном информационном обществе другие СМИ отчасти взяли на себя роль газет и журналов. Если аудиовизуальные СМИ вправе передавать сообщения только без использования звуко- и видеозаписи, то медийная общественность существует уже в ограниченном виде. Подобное посягательство государства на права СМИ самим принимать решение о способе своего освещения требует оправдания. В решении вполне подходящим образом описываются интересы, противостоящие неограниченной медиаобщественности, но не обосновывается, почему они превалируют во всех видах и на всех этапах судопроизводства. Коренные изменения в СМИ, а также опыт судебного

телевидения, накопленный за рубежом, должны побудить законодателя задуматься над исключительным запретом и, может быть, допустить для начала пробные проекты. Оправдание исключительного запрета на радио- и телевизионные съемки необоснованно для отрезков административного судопроизводства, не имеющих влияния на процесс установления истины и отправления правосудия, какими являются, как правило, открытие процедуры и ее окончание посредством оглашения решения. Открытие доступа к определенным отрезкам процедуры для аудиовизуальных съемок требуется, во всяком случае, не только для нетипичных особых случаев, которые можно и не рассматривать. Ей не противостоят и причины практической осуществимости. Правовые дела, в которых присутствует медиаобщественность, слишком важны, чтобы подобным образом ограничивать к ним доступ только по причинам более легкого проведения слушания.

76) BVerfGE 113, 63

(Junge Freiheit / «Молодая Свобода»)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 57/2005 от 28 июня 2005 г.

Решение от 24 мая 2005 г.

— 1 BvR 1072/01 —

Успешная конституционная жалоба против включения в доклад Ведомства по защите Конституции

Заявитель является издателем и ответственным редактором еженедельника «Молодая Свобода» («Junge Freiheit»). Его конституционная жалоба, в которой он обратился против включения его еженедельника в доклады Ведомства по защите Конституции Федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия 1994 и 1995 г., была удовлетворена. Первый Сенат Федерального Конституционного Суда отменил оспоренные решения суда по административным спорам и Высшего административного суда Земли, поскольку они нарушают основное право заявителя на свободу печати

(ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона). Дело было вновь направлено в суд по административным спорам. С учетом изложенных Сенатом требований он должен снова проверить, достаточно ли улики для подозрения заявителя в антиконституционных устремлениях. В частности, следует заново оценить, можно ли вменить в вину заявителю враждебные по отношению к Конституции позиции, опубликованные в статьях третьих лиц, не входящих в состав редакции.

Обстоятельства дела:

В целях информирования общественности Министерство внутренних дел Земли Северный Рейн-Вестфалия ежегодно публикует доклады Ведомства по защите Конституции. Правовым основанием для этого выступает § 15 абз. 2 в связке с § 3 абз. 1 Закона о защите Конституции в Земле Северный Рейн-Вестфалия. Данная норма устанавливает полномочие по публикации докладов Ведомством по защите Конституции для информирования общественности об устремлениях и действиях, направленных против коррупции. В докладах за 1994 и 1995 г. «Junge Freiheit» была подробно рассмотрена в контексте сообщений о ее крайне правых устремлениях. Согласно оценке властей Федеральной земли опубликованные в еженедельнике статьи содержат признаки антиконституционных устремлений. В качестве подтверждений в докладах Ведомства по защите Конституции приводятся отдельные статьи из «Junge Freiheit», на основе которых делается общий вывод о газете и стоящей за ней группы людей.

Суд по административным спорам отклонил иск заявителя, в частности, на том основании, что включение записи о «Junge Freiheit» в доклад Ведомства по защите Конституции не затрагивает охранительную область свободы печати. С тем же правовым основанием Высший административный суд Земли отклонил заявление на разрешение пересмотра решения в апелляционном порядке. Направленная против данных решений конституционная жалоба имела успех.

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

1. Упоминание о еженедельнике в докладе Ведомства по защите Конституции затрагивает основное право свободы печати. Упоминание

в докладе Ведомства по защите Конституции не создает для заявителя препятствий по дальнейшему распространению и публикации его материалов. Однако такое упоминание имеет некоторые отрицательные последствия. Так, например, потенциальные читатели могут воздержаться от приобретения газеты. Также нельзя исключать, что рекламодатели, журналисты или пишущие письма читатели обратят внимание на упоминание в докладе Ведомства по защите Конституции и в связи с чем отвернутся от газеты и бойкотируют ее. Подобные последствия равноценны вторжению в свободу печати.

2. Вторжение в сферу действия свободы печати может быть оправдано лишь общим законом (ст. 5 абз. 2 Основного закона). Подобным законом является § 15 абз. 2 Закона о защите Конституции в Земле Северный Рейн-Вестфалия. При использовании полномочий, вытекающих из § 15 абз. 2 Закона о защите Конституции в Земле Северный Рейн-Вестфалия, при публикации информации в докладе Ведомства по защите Конституции следует учитывать принцип соразмерности. Применение негативной санкции в виде публикации в докладе Ведомства по защите Конституции возможно лишь при наличии достаточно значимых фактических обстоятельств. Простая критика конституционных ценностей не обосновывает применение таких санкций. Это вызвано тем, что свобода слова и свобода печати также допускают критику конституционных принципов. Однако меры для защиты общественного строя могут быть применены в том случае, если из высказывания можно вывести устремление к устранению свободного демократического общественного строя. При этом обоснованием таких мер могут быть и отдельные газетные статьи, если они сами по себе или в совокупности с другими элементами указывают на антиконституционные устремления. Сюда же относятся и статьи, не написанные самими членами редакции. Однако в данном случае требуется наличие особых фактов, обосновывающих, почему статьи третьих лиц, не входящих в состав редакции, подтверждают наличие подобных устремлений со стороны редакции и издательства. Это может иметь место тогда, когда в редакционном отборе написанных третьими лицами статей выражаются антиконституционные устремления издательства и редакции.

3. Использованное специализированными судами обоснование того, почему привлеченные в качестве доказательств статьи подтверждают

антиконституционные устремления издательства и редакции, а не только их авторов, не удовлетворяет конституционно-правовым требованиям. Суды ошибочно исходили из того, что «Junge Freiheit» не может рассматриваться в качестве «рынка мнений» только потому, что она открыта лишь для определенного спектра политических мнений. Свобода печати также защищает решение редакции предлагать форум только для определенного спектра политических мнений, предоставлять авторам на таком форуме большую свободу действия и впоследствии не идентифицироваться с отдельными публикациями. Поэтому специализированным судам вновь придется оценить, являются ли фактические обстоятельства достаточными для подозрения заявителя в антиконституционных устремлениях, в том числе с учетом изложенных принципов.

Кроме того, им надлежит проверить, соответствовал ли способ публикации требованиям принципа соразмерности. Несмотря на то что Ведомство исходило только из наличия изначальных фактических обстоятельств, для подозрения оно поставило заявителя в тексте доклада на одну ступень с группами, относительно которых оно установило антиконституционные устремления. В качестве альтернативы Ведомство в тексте доклада изначальное могло бы указать, что антиконституционные устремления заявителя отнюдь не установлены.

77) BVerfGE 117, 244

(Cicero / «Цицеро»)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 21/2007 от 27 февраля 2007 г.

Решение от 27 февраля 2007 г.

– 1 BvR 538/06; 1 BvR 2045/06 –

Нарушение свободы печати при обыске и аресте в редакционных помещениях «Цицеро»

Распоряжение об обыске редакционных помещений «Цицеро» и арест найденных там доказательств представляют собой неоправданное

с позиции конституционного права вторжение в сферу действия свободы печати заявителя. Суды не уделили достаточного внимания завещаемой конституционным правом защите осведомителей. Сама по себе публикация журналистом служебной тайны в прессе недостаточна для обоснования подозрений в соучастии журналиста в разглашении сведений, составляющих государственную тайну, которое вело бы к обыску и аресту. Для этого необходимы особые факты, которые бы подтверждали наличие у носителя государственной тайны цели опубликовать такую тайну, а также деяния, заключающегося в пособничестве. В случае обыска редакционных помещений политического журнала «Цицеро» такие особые факты отсутствовали. Так постановил Первый Сенат Федерального Конституционного Суда в своем Решении от 27 февраля 2007 г. Таким образом, конституционная жалоба главного редактора Цицеро была удовлетворена. Решение вынесено с соотношением голосов семь к одному.

(Чтобы ознакомиться с обстоятельствами дела ср. Пресс-релиз № 69/2006 от 31 июля 2006 г.)

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

1. Распоряжение об обыске редакционных помещений Цицеро и арест найденных там доказательств нарушают основное право заявителя на свободу печати.

1. Обыск редакционных помещений представляет собой посягательство на свободу печати ввиду вызванного обыском нарушения редакционной работы. Посредством распоряжения об аресте цифровых носителей, данных для проведения их оценки следственным органом, помимо этого, был предоставлен доступ к материалу, содержащему редакционную информацию. Это представляет собой вторжение, в частности, в конфиденциальность редакционной работы, а также в возможные доверительные отношения с информаторами, охватываемые правом на свободу печати.

2. Конституционное право не оправдывает подобное вторжение. При толковании и применении норм, допускающих проведение обыска и ареста, суды не уделили достаточного внимания завещаемой конституционным правом защите осведомителей. Положенное в основу судебного распоряжения подозрение заявителя в совершении правонарушения

не является достаточным для проведения обыска редакционных помещений и ареста доказательств.

а) § 353 в Уголовного кодекса предусматривает наложение штрафа за несанкционированное раскрытие государственной тайны. Тем не менее сама по себе публикация тайны в прессе не обязательно указывает на совершение носителем государственной тайны такого рода правонарушения. Например, фактический состав, предусмотренный § 353 в Уголовного кодекса, не будет реализован, и, таким образом, пособничество также не будет иметь места, если документы или файлы, содержащие тайну, нечаянно или через не связанных соглашением о конфиденциальности посредников попадают к третьим лицам. Если носители государственной тайны передадут журналистам только справочную информацию, и она вопреки соглашению будет опубликована, то деяние закончится уже на стадии раскрытия тайны; тогда в случае последующей публикации соучастие не может быть совершено. В таких случаях обыск и арест не могут быть организованы с целью выяснения действий журналиста по соучастию (пособничеству).

б) При проведении расследования обыск и арест с конституционно-правовой точки зрения недопустимы, когда предназначены исключительно или главным образом для определения идентичности осведомителя. Даже если соответствующие представители прессы или радио сами являются обвиняемыми, обыски и аресты, осуществляемые в рамках расследования по подозрению их в пособничестве умышленному разглашению государственной тайны, должны быть направлены на расследование предполагаемого преступления, но не на поиск оснований для подозрений, особенно в отношении информаторов.

Риск нарушения гарантированной конституционным правом защиты осведомителей особенно велик, когда подозрение в соучастии основывается лишь на том, что государственная тайна была опубликована в прессе и авторитетный письменный документ, по всей видимости, незаконным образом попал в руки журналиста. В такой ситуации конституционно допустимым образом прокуратура может признать соответствующего журналиста обвиняемым посредством возбуждения против него уголовного дела. Если бы какое-либо подозрение являлось достаточным для организации обыска и ареста в отношении представителей прессы и радио, то во власти прокуратуры находился бы инструмент, в виде возбуждения

уголовного дела, по лишению представителей средств массовой информации специальной правовой защиты. Поэтому уголовно-процессуальные нормы о проведении обыска и ареста должны толковаться таким образом, чтобы сама по себе публикация журналистом государственной тайны не являлась достаточной для обоснования подозрения журналиста в разглашении сведений, составляющих государственную тайну. Для этого необходимы особые факты, которые бы подтверждали наличие у носителя государственной тайны цели опубликовать такую тайну, а также деяния, заключающегося в пособничестве.

в) В соответствии с этими стандартами организованные в данном случае обыск и арест противоречат гарантированной свободой печати защите редакционной работы, в том числе защите осведомителей. Распоряжение об обыске и аресте имело место в ситуации, в которой не было никаких доказательств, кроме публикации доклада в журнале, что разглашение служебной тайны могло быть совершено носителем государственной тайны. Все исследования в этом направлении были безуспешными. Таким образом, обыск, в конечном счете, должен был бы определить предполагаемого осведомителя из Федерального ведомства уголовной полиции Германии.

II. Кроме того, решение земельного суда, в котором суд разрешил спор по жалобе заявителя на подтверждение ареста, нарушило право заявителя на получение эффективной правовой защиты. Учитывая наличие серьезных ограничений свободы печати, заявителю следовало бы позволить осуществить подтверждение ареста редакционного материала в судебном порядке.

78) BVerfGE 12, 205

(1. Rundfunkentscheidung / 1-е решение о радиовещании)

[...]

10. Статья 5 Основного закона устанавливает требование принятия законов, посредством которых руководство радиокompаний будет организовано таким образом, чтобы представители разных групп имели влияние на принятие решений в органах управления радиокompаний и могли высказываться относительно общей программы передач. Также должны устанавливаться базовые принципы организации программы передач,

которые бы гарантировали сбалансированность содержания, объективность и уважение взаимных интересов.

**Решение Второго Сената от 28 февраля 1961 г.
– 2 BvG 1/60, 2 BvG 2/60 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

Д.

[...]

III.

[...] радиовещание, как и пресса, относится к неотъемлемым современным средствам массовой коммуникации, посредством которых оказывается влияние на общественное мнение и которые участвуют в формировании данного общественного мнения. Радиовещание — это не просто «среда» для формирования общественного мнения; оно является важным «фактором» формирования общественного мнения. Данная роль в формировании общественного мнения не ограничивается лишь новостными программами, политическими комментариями, сериями передач о политических проблемах современности, прошлого и будущего; формирование мнения точно так же происходит во время радиоспектаклей, музыкальных и эстрадных программ. На формирование мнения влияет даже сценическое оформление передачи. Каждая радиопрограмма в результате отбора и оформления передач будет обладать определенными характерными особенностями. В частности, это касается материала, который не должен попасть в эфир, решения о том, что интересно слушателю, а что нет, что можно не освещать без ущерба для формирования общественного мнения и как транслируемый материал должен быть оформлен и преподнесен.

При таком рассмотрении вопроса становится ясно, что для радиовещания, которое, как и пресса, является как минимум столь же значимым и необходимым современным средством коммуникации и фактором формирования общественного мнения, организационная свобода важна не меньше, чем для прессы. В ст. 5 Основного закона данный вывод выражен однозначно: в абз. 1 предл. 2 наряду со свободой печати гарантируется также «свобода печати и информации посредством радио и кино».

Однако в данном положении не сказано, каким способом свобода радиовещания в общем и свобода информации посредством радио в частности должна обеспечиваться, чтобы соответствовать ст. 5 Основного закона. Важную роль здесь играет особенность, по которой разделяется радиовещание и пресса. Однако является неправильной ситуация, когда газетные издательства, газетные типографии и газеты открываются и работают в неограниченном количестве. Но отличие прессы от радиовещания заключается в том, что в немецкой журналистике существует относительно большое количество самостоятельных, конкурирующих друг с другом по своим целям, политическим предпочтениям или мировоззренческим позициям изданий, тогда как в области радиовещания, как по техническим причинам, так и с учетом высоких финансовых затрат, необходимых для организации трансляции радиопрограмм, число операторов подобных мероприятий должно оставаться относительно низким.

Данная специфическая ситуация в области радиовещания требует особых мер для реализации и поддержания гарантированной в ст. 5 Основного закона свободы радиовещания. Одним из средств, служащих данной цели, является принцип, по которому построены существующие радиостанции: для организации радиовещания посредством закона создается юридическое лицо публичного права, свободное от государственного влияния и находящееся лишь под ограниченным правовым надзором со стороны государства; его коллективные органы фактически в равном соотношении состоят из представителей всех значимых политических, мировоззренческих и общественных групп; они обладают полномочиями контролировать и направлять лиц, ответственных за создание или участвующих в создании программ с той целью, чтобы соответствовать названным в законе принципам соразмерного участия всех заинтересованных лиц в радиовещании. Если организации, обладающей подобными защитными механизмами, при современных технических возможностях предоставляется монополия на проведение радиовещания на уровне федеральной земли, то это не противоречит ст. 5 Основного закона; но из ст. 5 Основного закона не вытекает необходимости обоснования подобной монополии на территории федеральной земли.

Статья 5 Основного закона в целях обеспечения свободы в области радиовещания, однако, не требует наличия формы, которая была

установлена в земельных законах о радиовещании и экстраполирована на уровень федеральных радиовещательных компаний. В частности, федеральная Конституция не требует, чтобы учредители радиокompаний были бы исключительно субъектами публичного права. Правоспособное общество частного права также может выступать в качестве организатора мероприятий подобного рода, если оно по своей организационной форме предоставляет достаточно гарантий того, что в рамках данного частного общества, по аналогии с публично-правовыми компаниями, представлены все общественно важные группы и что свобода печати и информации посредством радио не ограничивается. Против подобных обществ и в Конституции отсутствуют ограничения, если, например, на основании закона создается особая организационно-правовая форма компании, обеспечивающая специфические цели радиовещания, в частности обеспечение организационной свободы, и каждая компания, соответствующая данным требованиям и занятая организацией радиотрансляций, будет находиться под государственным надзором по примеру банковского или страхового надзора.

Тем не менее в ст. 5 Основного закона установлено, что данный современный инструмент формирования общественного мнения не может быть передан под исключительный контроль государства или общественной группы. Радиовещательные компании должны быть организованы таким образом, чтобы все значимые группы имели влияние в их органах управления и имели возможность высказывать свое мнение относительно программы передач и чтобы программа передач в содержательном плане строилась на принципах, обеспечивающих гарантированный минимальный уровень объективности, компетентности и взаимного уважения. Данные принципы можно обеспечить лишь тогда, когда подобные организационные и сущностные принципы являются обязательными в силу закона. Статья 5 Основного закона устанавливает в связи с этим требование принятия подобных законов.

[...]

79) BVerfGE 31, 314

(2. Rundfunkentscheidung / 2-е решение о радиовещании)

[...]

**Решение Второго Сената от 27 июля 1971 г.
– 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68 –**

[...]

См. Решение № 11 — Первая часть: Принципы — § 6 — Права и обязанности, вытекающие из основных прав

80) BVerfGE 57, 295

(3. Rundfunkentscheidung / 3-е решение о радиовещании)

1. В ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона установлено требование о законодательном регулировании частного радиовещания в целях обеспечения свободы радиовещания. Необходимость подобного законодательного регулирования сохраняется и тогда, когда вызванная нехваткой трансляционных частот и высокими финансовыми затратами на организацию радиовещания особая ситуация в радиовещании отпадет в результате современного развития.

2. К вопросу, который должен регулировать законодатель, относится принятие базовых принципов радиовещания. В рамках положенной в основу организационной модели законодатель должен обеспечить соответствие совокупного предложения национальных программ существующему разнообразию общественных мнений. Кроме того, законодатель должен обеспечить обязательность исполнения базовых принципов, гарантирующих минимальный уровень объективности, компетентности и взаимного уважения. Он должен предусмотреть ограниченный государственный надзор, регулировать доступ к проведению частных теле- и радиопередач и, пока данный доступ носит ограниченный характер, установить правила отбора участников. Вопрос о том, нуждается ли финансирование частного телерадиовещания в законодательном регулировании, не рассматривается.

3. Нормы, предусмотренные Законом об организации радиовещания в земле Саар в отношении частного радиовещания на немецком языке, в основном не соответствуют данным конституционно-правовым требованиям и поэтому являются ничтожными.

**Решение Первого Сената от 16 июня 1981 г.
– 1 BvL 89/87 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

Предметом рассмотрения является вопрос соответствия норм Закона об организации радиовещания в земле Саар, касающихся организации частного радиовещания на немецком языке, Основному закону.

[...]

В.

[...]

II.

В ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона установлено требование о законодательном регулировании частного радиовещания. В данном законодательном регулировании необходимо предусмотреть необходимые меры для обеспечения свободы радиовещания.

1. Для придания эффективности конституционно гарантированная, закрепленная в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона свобода радиовещания нуждается в законодательном оформлении. Это вытекает из задач и своеобразия данной гарантии.

а) Свобода радиовещания служит выполнению тех же задач, как и все гарантии ст. 5 абз. 1 Основного закона: обеспечению свободно-го формирования индивидуального и общественного мнения, причем не ограничиваясь лишь новостями или изложением политических мнений, а гарантируя распространение информации или мнений в более широком смысле (ср. BVerfGE 12, 205 [260] — Немецкое телевидение; 31, 314 [326] — Налог с оборота; 35, 202 [222 и далее] — Лебах). Свободное формирование мнения происходит в процессе коммуникации. Это предполагает, с одной стороны, свободу высказываний и распространения мнений, с другой стороны, свободу восприятия мнений, получения информации. Обеспечивая свободу выражения, распространения мнений и свободу информации как прав человека, статья 5 абз. 1 Основного закона направлена одновременно на защиту данного процесса посредством конституционного права. В этом смысле данная статья является основой для субъективных прав; в этой связи она направлена на регулирование свободы выражения мнения — объективного принципа общего правопорядка, при котором субъективно- и объективно-правовые элементы обуславливают и подкрепляют друг друга (ср. BVerfGE 7, 198 [204 и далее] — Лют).

Радиовещание представляет собой «среду» и «фактор» защищенного конституционным правом процесса свободного формирования мнения (BVerfGE 12, 205 [260]). Соответственно свобода радиовещания относится в первую очередь к свободам, направленным на формирование мнения в его субъективно- и объективно-правовых элементах: в условиях современной массовой коммуникации она дает необходимую поддержку и усиление данной свободы; она служит задаче обеспечения свободного и широкого формирования мнений посредством радиовещания.

Данная задача определяет своеобразие и значение свободы радиовещания:

свободное формирование индивидуального и общественного мнений посредством радиовещания предполагает, прежде всего, свободу радиовещания от государственного господства и влияния. В этом смысле свобода радиовещания, как классическая охраняемая правом свобода, имеет охранительное значение. Однако таким образом нельзя добиться эффективной защиты охраняемого объекта права. Сама по себе свобода от государства еще не означает, что свободное и широкое формирование мнения посредством радиовещания будет возможно; данную задачу нельзя решить лишь установлением запрета. Для ее решения, напротив, требуется позитивное регулирование, которое будет направлено на то, что многообразие существующих мнений в телерадиовещании будет находить свое выражение с максимально возможной широтой и полнотой, и, таким образом, общественности будет предоставляться полный спектр информации. Для достижения этой цели требуется наличие материальных, организационных и процедурных правил, ориентированных на обеспечение свободы радиовещания и потому способных обеспечить требования ст. 5 абз. 1 Основного закона.

б) Необходимое правовое оформление находится тем самым в области исключительной компетенции законодательной власти [...]: необходимые решения носят существенный характер, так как они, если абстрагироваться от материального значения радиовещания для современной индивидуальной и общественной жизни, принимаются в сфере действия основных прав и являются существенными для реализации основных прав (Решение Федерального конституционного суда (BVerfGE) 47, 46 [79]). В частности, здесь пересекаются различные основные права, которые могут вступить в коллизию друг с другом: с одной стороны,

вытекающее из свободы информации право на широкую и соответствующую действительности информацию, с другой стороны, права, вытекающие из свободы выражения мнения лиц, составляющих программы или выступающих в передачах. Задачей законодателя является установление баланса в данных коллизиях.

Данная исключительная компетенция законодательной власти относится к (земельным) парламентам (ср. BVerfGE 47, 46 [79]): непосредственно парламент должен определить все существенные шаги для обеспечения свободы радиовещания; он не может предоставить принятие решения исполнительной власти, например, в виде общего полномочия, включающего возможность издания предписаний, а также не может принимать, хотя бы и не в явном виде, но, по сути, недостаточно определенные нормы. Также парламент не может передать регулирование свободы радиовещания на уровень уставов радиовещательных компаний или в договорную сферу.

При этом вытекающая из ст. 5 абз. 1 Основного закона задача правового оформления свободы радиовещания не дает право на ограничение основного права. Подобное допустимо только в соответствии с ст. 5 абз. 2 Основного закона, согласно которому права, закрепленные в абз. 1, ограничиваются предписаниями общих законов, направленных на защиту молодежи и права уважения личности.

Каким образом законодатель будет выполнять данную задачу, зависит от его собственного решения. Основной закон не предписывает ему определенной формы организации радиовещания. Решающим является только обеспечение свободного, широкого и достоверного формирования мнения, а также предотвращение влияния на формирование мнения или неверного его развития. Законодатель должен, в частности, принимать меры, обеспечивающие, чтобы радиовещание не контролировалось одной или отдельными общественными группами, и чтобы все соответствующие общественные группы могли высказаться относительно общей организации программы передач, и чтобы свобода печати посредством радио не нарушалась (ср. BVerfGE 12, 205 [262]; 31, 314 [325 и далее]).

в) Необходимость подобного законодательного регулирования сохраняется и тогда, когда вызванная нехваткой трансляционных частот и высокими финансовыми затратами на организацию радиовещания особая ситуация в радиовещании отпадет в результате современного развития.

Из данной особой ситуации Федеральный Конституционный Суд исходил в своей прежней судебной практике (BVerfGE 12, 205 [261]; 31, 314 [326]); вопрос о порядке действий после окончания данной ситуации остался открытым (ср. BVerfGE 31, 314 [326]). Однако и в этом случае сохраняется конституционно-правовая потребность в законодательных мерах обеспечения свободы радиовещания. В ситуации неизбежного ограничения количества радиовещательных компаний данные законодательные меры могут стать необходимыми в более широком объеме или потребовать иных средств, чем в ситуации, когда подобного ограничения больше не существует. Однако в данной ситуации остается необходимость обеспечения свободы радиовещания посредством законодательных мер в изложенном смысле.

Даже в том случае, когда отпадут прежние ограничения, нельзя с достаточной уверенностью ожидать, что спектр программ в целом, в силу конкуренции, будет соответствовать требованиям свободы радиовещания. Вероятно, многое говорит в пользу того, что в такой ситуации установится ограниченное многообразие, наподобие того, что сегодня существует в области межрегиональных ежедневных газет. Однако это лишь один из возможных вариантов развития событий. Если в сфере прессы историческое развитие привело к определенному существующему равновесию, в силу чего для обеспечения прав общественности на получение полноценной информации и формирования мнений сегодня достаточно обеспечить поддержание существующего состояния, то, по крайней мере, на сегодняшний день нельзя исходить из подобного же положения вещей в области частного радиовещания. Соответственно не ясно, смогут ли при устранении прежних недостатков в «общей программе», как совокупности всех транслируемых программ в стране, все или хотя бы существенная часть общественных групп или интеллектуальных направлений действительно иметь возможность высказываться, то есть возникнет ли «рынок мнений», на котором многообразие мнений найдет свое неограниченное выражение. Кроме того, именно в таком значимом СМИ, каким является телерадиовещание, следует учесть возможность концентрации власти в вопросе формирования мнений и опасность злоупотребления властью с целью оказания одностороннего влияния на общественное мнение [...]. При таком положении дел конституционно-правовое требование обеспечения свободы радиовещания не будет выполняться,

если лишь государственное влияние будет исключено, но радиовещание в свою очередь будет предоставлено в распоряжение различным группам (ср. BVerfGE 31, 314 [325]); тем более если один раз допустить неправильное развитие в данной сфере, то исправление такой ситуации будет возможно лишь условно или с большими сложностями, в случае принципиальной возможности исправления такого неправильного развития.

В связи с этим именно законодатель несет ответственность за обеспечение совокупного предложения, которое отражает базовое для свободной демократии многообразие мнений. Необходимо противодействовать опасности, когда отдельные мнения, рассчитанные на распространение, исключаются из программы и тем самым не участвуют в формировании общественного мнения, а носители мнений, имеющие в своем распоряжении вещательные частоты и финансовые средства, преимущественно участвуют в формировании общественного мнения [...]. Идеальная ситуация, при которой бы данные опасности полностью исключались, вряд ли достижима; тем не менее необходимо обеспечить достаточную возможность отражения всего спектра мнений в системе радиовещания, урегулированной законом.

Необходимость обеспечения данного многообразия останется актуальной и в том случае, если требования свободы радиовещания в существующих публично-правовых компаниях будут оцениваться как выполненные, чтобы в каждом конкретном случае в зависимости от объема требований все существенные общественные группы и направления получили бы эфирное время в рамках публично-правовых программ, и участники могли бы получать полную информацию. Дополнительный односторонний учет только отдельных мнений в области частного радиовещания привел бы к нарушению, если не уничтожению, равного доступа общественных групп к эфиру в рамках доступных отдельному слушателю национальных программ.

2. Объем требований Основного закона, предъявляемых в соответствии с вышеизложенным к законодательному регулированию частного радиовещания, в настоящем деле не требует окончательного рассмотрения. Это касается, в частности, вопроса законодательного регулирования финансирования частного радиовещания, что обосновывается, например, возможным влиянием на составление программы передач, а также на другие СМИ, в особенности печатные.

а) К существенным вопросам, подлежащим решению законодателем, безусловно относится определение основных руководящих принципов устройства системы радиовещания; введение частного радиовещания, таким образом, требует создания законодательной базы и решения парламента. Это касается и регулирования, ограниченного по времени и территории действия, так как оно, так же как и окончательное законодательное регулирование, основывается на основных правах. Однако здесь законодатель обладает несколько большей свободой действия в том смысле, что подобные попытки регулирования данной сферы служат целью накопления опыта (ср. BVerfGE 54, 173 [202] со ссылками на другие источники).

б) Законодатель не может остановиться на этом принципиальном решении. Помимо этого требуется принятие законов, обеспечивающих в рамках положенной в основу организационной модели, независимость радиовещания от одной конкретной группы лиц или отдельных общественных групп, а также возможность учета мнений всех групп относительно общей программы радиокompании.

Если законодатель принимает решение в пользу плюралистической внутренней структуры компаний — организаторов радиовещания (что не противоречит Конституции согласно решению о телевидении (BVerfGE 12, 205 [262]), то есть в пользу организации, при которой влияние соответствующих групп осуществляется через органы компаний-организаторов, в таком случае требуется, помимо прочего, компетентная, учитывающая существующее многообразие оценка действующих общественных групп, а также законодательное обеспечение полномочий органа, в котором они представлены.

Однако законодатель вправе выбрать и другие формы организации, если посредством подходящих мер он может гарантировать, что совокупный спектр программ внутри страны действительно по основным критериям будет соответствовать существующему многообразию мнений. Если законодатель при этом намерен создать и сохранить свободу радиовещания посредством внешнего многообразия (плюрализма), то и в таком случае он не может отказаться от законодательного регулирования данной сферы; гарантия свободы остается в сфере его ответственности (см. выше 1 с). До тех пор пока отсутствует достаточное количество частот, обеспечение данной гарантии могло бы заключаться в такой организации радиовещания, при которой несколько групп, отстаивающих

определенные мнения, могли бы пользоваться одной и той же частотой, с временными ограничениями.

в) Кроме того, в отношении содержания общей программы законодатель должен установить обязательные руководящие принципы, обеспечивающие минимальный уровень объективности излагаемого материала, компетентности и взаимного уважения (BVerfGE 12, 205 [263]). При использовании модели внутренней плюралистической структуры данное требование относится к совокупной программе каждой отдельной компании — организатора радиовещания. При использовании модели внешнего многообразия (плюрализма) отдельные компании-организаторы не должны соблюдать требование взвешенности, однако они обязаны предоставлять компетентную, всеобъемлющую и достоверную информацию и обеспечивать минимальный уровень взаимного уважения. Наряду с этим все компании-организаторы обязаны руководствоваться рамками, установленными в ст. 5 абз. 2 Основного закона. В частности, охрана прав молодежи должна быть учтена в законодательстве о радиовещании.

г) Относительно сферы частного радиовещания законодательно должен быть также определен вопрос регулирования ограниченного государственного надзора данной сферы, который должен служить исключительно задаче соблюдения норм, установленных для обеспечения свободы радиовещания (ср. BVerfGE 12, 205 [262]).

д) Наконец, при применении любой формы законодательного регулирования сферы радиовещания обязательно необходимо проведение предварительной проверки на предмет выполнения изложенных требований в отношении частного радиовещания или новых компаний-организаторов. Если законодатель выбирает организацию радиовещания, включающую частное радиовещание, в таком случае он должен создать законодательную базу, регулирующую доступ к радиовещанию, включая проверку и процедуру отказа доступа к радиовещанию, и предусматривающую процедуры проверки и принятия решений в соответствии с принципом правового государства. Подобная разрешительная процедура может, помимо проверки общих требований, например способности совершать сделки или надежности заявителя, служить только обеспечению свободы радиовещания, ради которой она требуется с точки зрения конституционного права.

При этом законодателю подлежит самостоятельно определить условия выдачи разрешения или отказа в его выдаче. Передача права принятия решения об организации частного радиовещания органам исполнительной власти запрещена законодателю в соответствии с тем, что данный вопрос отнесен к компетенции парламента (см. выше 1 б).

Данное условие и принцип разделения властей требуют от законодателя самостоятельного определения правовой сферы, в которой возможно вмешательство государства. Закон должен подробно регулировать деятельность администрации компаний и не может ограничиваться установлением общих принципов (BVerfGE 52, 1 [41] — Садовые участки). То же самое относится к отзыву разрешения.

е) Если имеющиеся возможности не позволяют предоставить доступ к проведению частного радиовещания для всех заявителей, в правила доступа следует включить также правила отбора претендентов. Этого требует принцип равенства (ст. 3 абз. 1 Основного закона).

В связи с этим вопрос о том, кому должно быть предоставлено право трансляции, нельзя решать без определенных критериев или передавать на решение посредством конкурентной борьбы заявителей. Недостаточно также предоставить разрешение данного вопроса на свободное усмотрение исполнительной власти. Это было бы несовместимо с требованием о законодательном регулировании данного вопроса (ср. BVerfGE 33, 303 [345 и далее] — Ограничение по количеству). Более того, законодатель должен определить условия, при соблюдении которых следует предоставлять доступ или отказывать в нем, и законодатель должен определить процедуру, в соответствии с принципом правового государства, в рамках которой следует принимать решение по данному вопросу. Требование равного обращения без больших сложностей решается в рамках процедуры, которая позволяет осуществить распределение эфирного времени и пропорциональное сокращение такого времени при необходимости. Если этого недостаточно, или если законодатель принял решение в пользу системы, при которой предоставляются лишь лицензии на вещание для каждой конкретной компании — организатора радиовещания, он обязан установить критерии отбора, предоставляющие одинаковые возможности для претендентов (ср. BVerfGE 33, 303 [345]); степень реализации возможностей должна определяться на основании

объективных и выполнимых критериев (ср. BVerfGE 43, 291 [316 и далее]).

[...]

81) BVerfGE 73, 118

(4. Rundfunkentscheidung / 4-е решение о радиовещании)

1. а) В рамках дуального регулирования радиовещания, которое в настоящее время установилось в большинстве немецких земель на основе новых законов о СМИ, так называемое «основное обеспечение» относится к компетенции публично-правовых компаний, континентальные программы которых доступны почти всему населению и которые способны представить широкую содержательную палитру передач. Поставленная таким образом задача охватывает существенные функции радиовещания, важные как для демократического строя, так и для культурной жизни в Федеративной Республике. В этом находит свое оправдание публично-правовое телерадиовещание и его особое своеобразие. Задачи, которые в этом смысле поставлены перед ним, делают необходимым обеспечить технические, организационные, кадровые и финансовые условия их выполнения.

б) До тех пор и в той мере, в которой осуществление названных задач надежно обеспечивается публично-правовым радиовещанием, представляется оправданным не выдвигать в отношении частного радиовещания такие же высокие требования к спектру предлагаемых программ и обеспечению многообразия, как к публично-правовым компаниям. Меры, предпринимаемые законодателем, должны, тем не менее, быть определенными и пригодными для того, чтобы достичь и сохранить как можно более высокую степень многообразия в частном радиовещании. Для контроля поддержания многообразия созданными для этого (внешними) органами и для судов определяющим является базовый стандарт, охватывающий существенные условия многообразия мнений: возможность для представителей всех мнений, в том числе меньшинств, выступать в эфире частных радиокompаний и исключение одностороннего, в большой степени неравноценного влияния отдельных организаторов или программ, направленных на формирование общественного мнения, в частности предотвращение господства определенного мнения. Задача

законодателя заключается в обеспечении строгого осуществления данного базового стандарта материальным, организационным и процедурным регулированием.

2. В целом концепция устройства частного, финансируемого за счет рекламных поступлений радиовещания удовлетворяет названным и иным требованиям свободы радиовещания. Данная концепция наряду с общими минимальными требованиями четко определяет условия сохранения многообразия и объективности программ, передает заботу об их соблюдении, а также принятие всех значимых для содержания программ решений внешнему, независимому от государства органу, находящемуся под влиянием преобладающих общественных сил и направлений, и устанавливает действенные законодательные меры, направленные против навязывания определенного мнения большинству.

[...]

**Решение Первого Сената от 4 ноября 1986 г.
– 1 BvF 1/84 –**

по делу на основании заявления о проверке соответствия Закона Земли Нижняя Саксония о радиовещании от 23 мая 1984 г. (Вестник законов и постановлений Нижней Саксонии (GVBl.) стр. 147) Основному закону. Заявитель: д-р Ханс-Йохен Фогель, депутат Бундестага, и еще 200 депутатов Германского Бундестага [...]

[...]

82) BVerfGE 74, 297

(5. Rundfunkentscheidung / 5-е решение о телерадиовещании)

1. Конституционно-правовая гарантия свободы радиовещания принципиально воспрещает законодателю запрещать трансляцию определенных радиовещательных программ и связанных с радиовещанием услуг или принимать иные меры, ограничивающие возможность распространения программ, способствующих формированию общественного мнения. Также и вне рамок базовых трансляций публично-правовыми учреждениями (BVerfGE 73, 118 [157 и далее]) законодателю в связи с этим запрещается предоставлять право трансляции данных программ и оказания связанных услуг исключительно частным радиовещательным компаниям.

2. В той мере, в которой Закон земли Баден-Вюртемберг о СМИ исключает возможность участия земельных радиовещательных компаний в создании региональных и местных радиовещательных программ (предл. 1 и 2 абз. 2 § 13), а проведение аудио- и визуальных трансляций по запросу земельными телерадиовещательными компаниями ставит под условие получения специального допуска или заключения государственного договора (абз. 2 § 45), он противоречит предл. 2 абз. 1 ст. 5 Основного закона.

Напротив, соответствуют Конституции следующие положения:

- а) запрет на рекламу в публично-правовом региональном или локальном радио (§ 13 абз. 2 предл. 4 Закона земли о СМИ),
- б) требование получения особого допуска на основе закона или посредством заключения государственного договора для радиовещательных программ земельных радиовещательных компаний, которые остаются доступными для абонентов или лиц, производящих оплату за разовый доступ (абз. 3 § 13 Закона земли о СМИ),
- в) ограничение кооперации между частными и публично-правовыми радиовещательными компаниями (абз. 4 § 13 Закона земли о СМИ),
- г) обязанность земельных телерадиовещательных компаний предоставлять свободные мощности для телетекста частным компаниям (абз. 3 § 44 Закона земли о СМИ).

**Решение Первого Сената от 24 марта 1987 г.
– 1 BvR147, 478/86 –**

ОСНОВАНИЯ

А.

Предметом конституционных жалоб является в основном вопрос о том, соответствует ли Основному закону, в рамках установившегося в настоящее время дуального порядка устройства радиовещания, исключение возможности участия публично-правовых компаний в проведении определенных радиовещательных программ и возможности оказания аналогичных коммуникационных услуг и их передача, хотя, возможно, только на переходное время, исключительно частным компаниям.

[...]

В.

В той мере, в которой конституционные жалобы направлены на проверку конституционности отстранения заявителей от участия в организации регионального и местного радиовещания (§ 13 абз. 2 предл. 1 и 2 Закона земли о СМИ) и условий получения специального допуска на основании закона или государственного договора в отношении аудио- и визуальных трансляций по запросу (§ 45 абз. 2 Закона земли о СМИ), они являются обоснованными [...].

1.

Для конституционно-правовой оценки определяющей является гарантированная в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона свобода радиовещания.

Свобода радиовещания служит той же задаче, как и все гарантии, закрепленные в ст. 5 абз. 1 Основного закона: обеспечению свободного индивидуального и публичного формирования мнения, причем в широком смысле, который не ограничивается простыми репортажами или распространением политических мнений (BVerfGE 57, 295 [319], со ссылками на другие источники — Частное радиовещание в Земле Саар; 59, 231 [257 и далее]; 73, 118 [152] Нижнесаксонский земельный закон о радиовещании). Свободное формирование мнений осуществляется в процессе коммуникации. Это предполагает, с одной стороны, свободу выражения и распространения мнения, с другой стороны, принятие к сведению чужих мнений, получение информации [...]

Радиовещание является «средством» и «фактором» данного, защищенного конституционным правом процесса (BVerfGE 12, 205 [260] — Deutschland-Fernsehen / Немецкое телевидение). В соответствии с этим свобода радиовещания является прежде всего свободой, направленной своими субъективно- и объективно-правовыми элементами на обеспечение свободы формирования мнений: в условиях современной массовой коммуникации она представляет собой не только необходимое дополнение данной свободы и не только усиливает ее действие; она служит задаче обеспечения свободного и широкого формирования мнений посредством радиовещания (BVerfGE 57, 295 [319 и далее]).

Это требует в первую очередь независимость радиовещания от государственного господства и влияния. Кроме того, для обеспечения данной свободы требуется принятие позитивного регулирования, обеспечивающего широту и полноту разнообразия существующих мнений

в радиовещании, и чтобы таким образом распространялась наиболее полная информация. Для достижения этих целей требуется материальное, организационное и процедурное регулирование, ориентированное на обеспечение свободы радиовещания и потому гарантирующее применение ст. 5 абз. 1 Основного закона. Как законодатель планирует выполнять данную задачу, относится к сфере его компетенции в рамках границ, установленных данной гарантией. Решающее значение имеет обеспечение свободного, широкого и достоверного формирования мнений в описанном смысле (BVerfGE 57, 295 [321]; 73, 118 [152 и далее]).

Как указал Федеральный Конституционный Суд в своем решении от 4 ноября 1986 г. (BVerfGE 73, 118 [157 и далее]), конституционно-правовым требованиям в настоящих и обозримых для ближайшего будущего условиях может соответствовать и дуальный порядок радиовещания в том виде, в котором он в настоящее время формируется в большинстве федеральных земель.

В рамках данного порядка обязательное «базовое обеспечение» находится в сфере ответственности публично-правовых учреждений: при расширении предлагаемых гражданам программ за счет программ, финансируемых частными лицами, и европейских программ необходимо обеспечить выполнение стандартных задач радиовещания, которые включают не только роль радиовещания в формировании общественного мнения и политической воли, в вопросах развлечения и предоставления информации, выходящей за рамки предоставления информации о текущих событиях, но и ответственность за формирование культурного поля. Поставленные перед ним задачи, требуют обеспечить технические, организационные, персональные и финансовые условия для их выполнения.

До тех пор и в той мере, в которой осуществление данных задач еще не выполняется в рамках публично-правового радиовещания, представляется оправданным не выдвигать столь же высокие требования к спектру предлагаемых программ и к обеспечению равного многообразия на частном радиовещании, как на публично-правовом радиовещании. Однако меры, которые подлежат принять законодателю, должны быть определены и применимы для целей обеспечения как можно более высокого уровня равного многообразия на частном радиовещании.

II.

В той мере, в которой нормы § 13 абз. 2 предл. 1 и 2 Закона земли о СМИ исключают возможность истцов в организации региональных и местных радиопрограмм, они нарушают ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона.

1. Однако данный вывод не следует лишь из того, что Закон земли о СМИ не предусматривает на региональном и местном уровне базового обеспечения со стороны земельных радиовещательных компаний.

а) Посредством термина «базовое обеспечение» Федеральный Конституционный Суд в решении от 4 ноября 1986 г. описал задачи радиовещания, осуществление которых является необходимым и в рамках дуального порядка радиовещания, устанавливаемого на основании нового земельного законодательства, и которые должны эффективно обеспечиваться публично-правовыми радиовещательными компаниями (см. выше I): принципиально необходимо обеспечить, чтобы для всего населения были доступны программы, которые широко и в полной мере в соответствии с задачами радиовещания информировали бы население, и чтобы разнообразие мнений было обеспечено таким образом, как того требует конституционное право (BVerfGE 73, 118 [157 и далее]). Как явно следует из изложенного, данное понятие обозначает не минимальное обеспечение, которым должно ограничиваться публично-правовое радиовещание или которое можно было бы уменьшить без последствий для требований в отношении частного радиовещания. Точно так же речь идет не о разграничении или распределении задач между публично-правовым и частным радиовещанием, например в том смысле, что программы или передачи, которые следует относить к базовому обеспечению, полностью передаются публично-правовому радиовещанию, а все остальные передаются или могут быть переданы частному радиовещанию. Согласно решению от 4 ноября 1986 г., решающими являются, однако, следующие три элемента: трансляционная техника, которая обеспечивает прием передач всеми лицами — на данный момент традиционная наземная техника (BVerfGE 73, 118 [123]); кроме того, содержательный стандарт программ в смысле предложения, которое по предмету и способу преподнесения или изложения информации не только частично, но и в полном объеме отвечает изложенной задаче радиовещания; наконец, эффективная защита равного многообразия

в отображении существующих мнений посредством организационных и процессуальных мер.

Вопрос о том, какие программы публично-правовых радиовещательных компаний относятся к обязательному базовому обеспечению, не рассматривался как в решении от 4 ноября 1986 г., так и в данном деле. Во всяком случае, на этот вопрос нельзя ответить изолированно в отношении отдельных программ или элементов программ данных компаний, так как базовое обеспечение всегда предполагает множественность программ. Федеральный Конституционный Суд в решении от 4 ноября 1986 г. исходил из того, что, во всяком случае, программы публично-правовых радиовещательных компаний, транслируемые на момент принятия данного решения, должны быть отнесены к обязательному базовому обеспечению.

б) [...]

аа) С учетом задачи отражения региональных и местных политических, экономических и культурных особенностей требование о дополнении программ базового обеспечения в пределах земли или всей страны программами собственного базового пакета публично-правовых радиовещательных компаний для данной области не однозначно. Количество возможных тем специализированных региональных или местных передач вряд ли достаточно для того, чтобы обеспечить необходимость широкой и полной программы передач земельных радиовещательных компаний, выходящей за пределы предложений частных компаний. Кроме того, ни частные, ни публично-правовые региональные и местные программы не могут в течение всего дня транслировать передачи со специфически-региональной или местной привязкой; они в любом случае будут ограничиваться лишь несколькими часами в день. В отношении программ, транслируемых на ограниченной территории без такой привязки, требование базового обеспечения выполняется уже благодаря программам, транслируемым на территории всей федеральной земли.

бб) И в региональном, и в местном радиовещании, которому по праву приписывается возрастающее значение, необходимо эффективно обеспечить отражение многообразия мнений на конкретной ограниченной территории. Чтобы добиться этого, требуется базовое обеспечение со стороны земельных радиовещательных компаний, когда равное многообразие мнений на региональном и местном уровнях не обеспечивается посредством законного порядка частного радиовещания.

[...]

2. [...]

а) В рамках дуального порядка радиовещание в том виде, в котором оно сейчас формируется на основе новых земельных законов о средствах массовой информации, дополнение имеющихся программ публично-правовых компаний программами частных компаний может иметь смысл лишь в том случае, если привлечение дополнительных компаний и увеличение количества программ улучшит качество материала, предлагаемого посредством радиовещания в целом — даже если частное радиовещание само по себе в настоящих условиях не полностью соответствует требованиям ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона. Подобное улучшение, с одной стороны, зависит от того, что предлагается большее число программ, и тем самым повышается шанс на большее содержательное многообразие. С другой стороны, многое зависит от конкуренции данных программ. В основе параллельной деятельности публично-правового и частного радиовещания лежит (помимо прочего) идея, что содержательная публицистическая конкуренция между ними подействует стимулирующим и оживляющим образом на совокупное предложение программ в стране и что разнообразие мнений таким образом поддерживается и расширяется. Противоречит данной идее ситуация, при которой частному радиовещанию ставится задача публицистической конкуренции с публично-правовым радиовещанием, но публично-правовому радиовещанию запрещается участвовать в подобной конкуренции: свободное, широкое и достоверное формирование мнений основывается на том, что от участников этого процесса не скрывают информации и что одни мнения противостоят другим мнениям, и в этой конкурентной борьбе они отстаиваются и изменяются; запреты на интеллектуальное противостояние никогда не могли гарантировать свободу формирования мнений, не говоря уже о поддержке данной свободы. Таким образом, если задача обеспечения свободы радиовещания заключается в том, чтобы сделать возможным свободное формирование мнений и их защиту, то данная гарантия принципиально не позволяет законодателю запрещать трансляцию определенных радиопрограмм или принимать другие меры, которые ограничивают возможность внесения вклада в формирование мнений посредством радиопередач. Также и вне рамок базового обеспечения публично-правовым радиовещанием законодатель,

напротив, должен допускать свободное проведение радиовещательных программ в равных условиях.

В этом смысле программы публично-правового радиовещания способствуют обогащению и разнообразию предложенных программ; они делают возможной и расширяют публицистическую конкуренцию, являющуюся важнейшим элементом свободы формирования мнений. При нехватке частот или каналов они не могут претендовать на приоритет, но могут рассчитывать на равные права с программами остальных радиовещательных компаний, и как для них, так и для публично-правовых радиовещательных компаний должна существовать возможность финансирования подобных программ.

Для радиовещания на региональном и местном уровне изложенный принцип имеет особое значение. В данной сфере количество лиц, занимающихся подготовкой репортажей для прессы или радио, тематика которых связана с регионом или конкретной местностью, значительно ниже, чем на межрегиональном уровне; часто, если не всегда, речь идет о газетах, помимо которых в лучшем случае имеется еще региональная или местная радиопрограмма, независимая от издателя газеты. При таком положении дел запретить публично-правовые региональные или местные программы означает не что иное, как частично или полностью ограничить публицистическую конкуренцию.

[...]

б) Подобное ограничение не входит в компетенцию законодателя по регулированию свободы радиовещания (см выше I), закрепленную в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона. [...]

Основание, лежащее в основе запрета публично-правовых программ на региональном и местном уровне, не соответствует требованиям Конституции. [...]

83) BVerfGE 83, 238

(6. Rundfunkentscheidung / 6-е решение о радиовещании)

1. а) В ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона установлена обязанность государства обеспечить базовое обеспечение публично-правового радиовещания в рамках дуального порядка радиовещания.

б) Границы основанной на данной обязанности гарантии сохранности и развития публично-правового радиовещания определяются функциями, которые радиовещание должно выполнять в рамках гарантированного в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона процесса коммуникации.

в) Гарантия сохранности и развития публично-правового радиовещания распространяется и на новые услуги, предоставляемые посредством новых технологий, которые в будущем смогут взять на себя функции традиционного радиовещания.

2. а) В рамках дуального порядка радиовещания у законодателя отсутствует конституционная обязанность строгого разделения публично-правового и частного радиовещания. В Основном законе не предусмотрена обязанность создания определенной модели взаимодействия.

б) Если законодатель устанавливает возможность кооперации организаторов радиовещания или возможность иных форм совместного финансирования программ, он должен гарантировать, что публично-правовое радиовещание сохранит возможность в полном объеме выполнять свою основную задачу базового информационного обеспечения. Это предполагает, в частности, возможность разграничения сегментов программ и идентификации лиц, определяющих содержание данных программ.

в) Решение относительно модели радиовещания должен принимать законодатель самостоятельно. Он не может передать решение данного вопроса посредством соглашения между радиовещательными компаниями. В этом и выражаются границы возможной кооперации между публично-правовыми и частными радиовещательными компаниями, закрепленные в законе.

г) Публикация издательской продукции, содержание которой по большей степени связано с данными программами, подпадает под действие свободы радиовещания, если ее можно причислить к кругу задач телерадиовещания в качестве дополнительной деятельности.

3. а) В рамках дуального порядка радиовещания в Конституции закреплена возможность, но не требование, в соответствии с которой в отношении частного радиовещания могут быть установлены более низкие требования к количеству транслируемых программ и обеспечению равногo многообразия, чем в отношении публично-правового радиовещания.

б) Многообразие мнений является надлежащим критерием отбора частных компаний — претендентов на допуск к радиовещанию. В данных

рамках законодатель мог бы учесть [...] участие сотрудников редакции при составлении программ и их ответственность за составление программ.

в) Для распределения трансляционных мощностей между публично-правовыми и частными радиовещательными компаниями законодатель должен установить надлежащие критерии.

4. а) Цели, лежащие в основе «модели двух опор» местного радиовещания Земли Северный Рейн-Вестфалия, не вызывают нареканий с точки зрения конституционного права. Модель принципиально пригодна для обеспечения свободы радиовещания на местном уровне.

б) При использовании модели организации частного телерадиовещания на основе внутреннего плюрализма мнений законодатель должен определить, какие общественные силы или группы могут участвовать в организации радиовещания. Установленный в законе список общественных групп не противоречит Конституции до тех пор, пока выбор осуществляется компетентно, т. е. обеспечивается равное многообразие.

в) Участие коммун в радиовещательных компаниях в Земле Северный Рейн-Вестфалия не нарушает требования независимости радиовещания от государства.

5. а) Контрольные органы радиовещательных компаний должны служить не представлению интересов или мнений организованных групп, а обеспечению многообразия мнений в радиовещании.

б) Законодатель обладает большой свободой при образовании контрольных органов. В ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона установлено лишь требование, в соответствии с которым состав органов управления общества должен иметь возможность обеспечения свободы радиовещания.

**Решение Первого Сената от 5 февраля 1991 г.
– 1 BvF 1/85, 1/88 –**

[...]

84) BVerfGE 87, 181

(7. Rundfunkentscheidung / 7-е решение о радиовещании)

1. Если законодатель частично или полностью поручает публично-правовым компаниям проведение радиовещания, то в соответствии со ст. 5

абз. 1 предл. 2 Основного закона он должен обеспечить финансирование исполнения такого поручения.

2. Финансирование публично-правовых компаний должно по своему виду и объему соответствовать их функциям и не ставить под угрозу защищенную ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона автономию программ.

3. Соответствующим для публично-правового телерадиовещания способом финансирования являются сборы на радиовещание. Смешанное финансирование допускается, если при этом финансирование за счет сборов не отступает на второй план.

4. Объем предоставления финансовой гарантии зависит от программ, которые соответствуют функциям публично-правового радиовещания и необходимы для выполнения данных функций.

5. Расчетной величиной для определения необходимых для выполнения задач средств является не каждая отдельная программа, а весь спектр программ публично-правовой радиовещательной компании.

6. Обязанность возмещения доходов, изъятых законным путем, существует лишь тогда, когда иначе нельзя сохранить необходимый объем программ радиовещательной компании.

Решение Первого Сената от 6 октября 1992 г.

– 1 BvR1586/89 и 487/92 –

ОСНОВАНИЯ

А.

В своих конституционных жалобах Гессенское радио (Hessische Rundfunk) обращается против запрета на рекламу на своей третьей телевизионной программе.

1.

Заявитель является единственной публично-правовой радиовещательной компанией в Германии, которая на своей третьей телевизионной программе транслирует рекламу. Трансляция была начата еще в 1985 г. с целью создания новой четвертой радиопрограммы за счет поступлений от рекламы. Она работает под названием «hr 4» с 6 октября 1986 г. и служит дополнением к уже транслируемым радиопрограммам заявителя в виде региональной программы. Она включает в себя «спокойную развлекательную музыку» и по действующей в настоящее время программе

передач транслируется на региональном уровне три раза в день общей продолжительностью 95 минут. Ежечасно программу слушают приблизительно 220 000 слушателей (по сравнению со 140 000 слушателей у «hr 1» и 320 000 слушателей у «hr 3»). Расходы на данную программу изначально составили 16,5 млн немецких марок, а сегодня составляют 24 млн немецких марок. Изначально данные расходы по большей части покрывались за счет рекламных поступлений третьей телевизионной программы, которые составляли около 15 млн немецких марок. После того как они уменьшились до 12 млн немецких марок, они стали покрывать лишь половину расходов на четвертую радиопрограмму.

[...]

II.

1. а) В государственном договоре о реорганизации радиовещания от 1 апреля и 3 апреля 1987 г. федеральные земли договорились сохранить существующие на 1 января 1987 г. ограничения на трансляцию рекламы на третьих телевизионных программах. В отношении заявителя было принято переходное регулирование. [...]

Фактическое значение данной нормы объяснялось тем обстоятельством, что ни на одной из других третьих телевизионных программ рекламу не показывали. [...]

2. Вместо прежнего государственного договора вступил в силу государственный договор о радио- и телевещании в объединенной Германии от 31 августа 1991 г. Он вступил в силу 1 января 1992 г. Этот (единый) государственный договор объединяет различные отдельные государственные договоры. Статья 1 содержит государственный договор о телерадиовещании, который заменил государственный договор о телерадиовещании старых федеральных земель от 1 апреля и 3 апреля 1987 г. Запрет на рекламу был сохранен. В § 15 ст. 1 абз. 1 предл. 1 указано:

«На транслируемых на всей федеральной территории телевизионных программах ARD и ZDF, а также в третьих телевизионных программах реклама не транслируется».

Однако данный запрет вступит в силу в отношении заявителя, который и в настоящее время является единственной публично-правовой радиовещательной компанией, которая транслирует рекламу, [...] лишь 1 января 1993 г.

[...]

III.

1. В конституционной жалобе по пункту 1 заявитель обжалует конституционность § 3 а абз. 1 Гессенского закона.

[...]

2. Заявлением от 28 марта 1992 г. заявитель подал конституционную жалобу относительно ст. 1 и ст. 2 абз. 2 предл. 1 и 2 Гессенского закона о государственном договоре о телерадиовещании в объединенной Германии от 31 августа 1991 г. во взаимосвязи с § 15 ст. 1 абз. 2 данного предл. 1 государственного договора.

Относительно необходимости подобной конституционной жалобы заявитель указывает следующее:

Если Федеральный Конституционный Суд не разделяет его мнение относительно замещения норм, то констатация того, что § 3 «а» прежнего закона был неконституционным, не устраняет действующее сейчас регулирование с тем же содержанием. Даже если материально его неконституционность установлена, оно формально сохраняет свое действие, в связи с чем создается представление о возможности его применения. Данную ситуацию можно исправить лишь объявлением о ничтожности данных норм.

[...]

Б.

1.

Конституционная жалоба по вопросу 1 недопустима.

Жалоба направлена на проверку конституционности § 3 «а» Закона, который тем временем заменен идентичной по содержанию нормой § 15 ст. 1 абз. 2 во взаимосвязи с ст. 7 абз. 3 предл. 3 Государственного договора о телерадиовещании в объединенной Германии, с которым согласился Гессенский ландтаг. В таком случае конституционная жалоба, направленная на обжалование отмененной нормы, не распространяется автоматически на норму, заменившую ее. Однако истец мог бы внести изменения в свою жалобу. В свою жалобу от 20 января 1992 г. он мог бы включить такое требование. После того как он 28 марта 1992 г. подал конституционную жалобу в отношении действующей сейчас нормы, конституционная жалоба по вопросу 1 уже не требует правовой защиты. Норма, в отношении которой была направлена данная конституционная жалоба, утратила силу еще до того, как могла бы быть применена. Не является очевидным

факт, что заявитель может извлечь правовую выгоду из констатации того, что данная норма была неконституционной и ничтожной. Он в полной мере достигает своей цели посредством проверки на конституционность действующего на сегодняшний момент регулирования. Так как данное регулирование имеет такое же содержание, как и содержание прежнего регулирования, ни один конституционно-правовой вопрос, имеющий существенное значение, не останется неисследованным.

II.

Конституционная жалоба по вопросу 2 допустима.

Жалоба направлена на проверку конституционности ст. 1 и ст. 2 Гессенского закона о государственном договоре о телерадиовещании в объединенной Германии во взаимосвязи с § 15 ст. 1 абз. 2 и ст. 7 абз. 3 предл. 3 данного государственного договора. [...]

B.

II.

Свобода радиовещания, закрепленная в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона, [...] не нарушена.

1. В качестве охраняемой правом свободы данное основное право по общему правилу не предоставляет субъекту права право требования на вмешательство государства в целях обеспечения возможности реализации данного основного права.

В отличие от иных охраняемых правом свобод, указанных в Основном законе, свобода радиовещания не относится к основным правам, установленным в целях развития личности или осуществления интересов субъекта права. Свобода радиовещания скорее обладает служебными функциями. Она служит свободному индивидуальному и публичному формированию мнений (ср. BVerfGE 57, 295 [319], сложившаяся судебная практика). Данному характеру не соответствовало бы ограничительное понимание ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона, которое бы заключалось в защите от государственного влияния, а в остальном телерадиовещание бы передавалось в зону ответственности общественных сил. Телерадиовещание, напротив, требует законодательного регулирования, которое бы гарантировало, что оно выполняет функции, предусмотренные Конституцией (ср. BVerfGE 57, 295 [320]; 83, 238 [296]).

2. При формировании данного порядка законодатель обладает широкой свободой. Однако если он в интересах свободного формирования

индивидуального и общественного мнения решит доверить вопросы радиовещания частично или полностью публично-правовым компаниям, тогда он согласно Конституции не только обязан уважать их свободу, вытекающую из основных прав, но и выполнять свою обязанность по предоставлению данным компаниям финансовых средств, необходимых для решения данной задачи. Иначе они не смогут выполнить задачи, закрепленные в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона. Данной обязанности законодателя обеспечить финансирование публично-правовых телерадиовещательных компаний корреспондирует также вытекающее из ст. 5 абз. 1 предл. 2 право компаний получать средства, необходимые для выполнения поставленных перед ними задач.

[...]

3. Объем обязанностей государства по финансированию публично-правовых телерадиовещательных компаний также определяется их функциями. Данные функции в своих основных чертах зафиксированы в Конституции и конкретизированы в законах земель о телерадиовещании, которые также должны учитывать конституционно-правовые предписания. В рамках установленной Конституцией цели и закрепленных в законе задач компании-организаторы телерадиовещания могут свободно принимать решения о способе реализации своих функций. Данная свобода вытекает из основного права, закрепленного в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона, субъектами которого они являются. Центральное место в вопросе обеспечения данной свободы занимает автономия программ. Она направлена на защиту от попыток использования телерадиовещания в непублицитических целях. Поэтому она в первую очередь касается содержания и формы теле- и радиопередач. К компетенции телерадиовещательных компаний относится вопрос определения потребностей для выполнения своих публицистических задач на основе масштабов своей профессиональной деятельности.

Вопрос о содержании и форме вещания нельзя, однако, полностью отделить от вопроса количества и спектра программ. [...]

С определением спектра программ косвенно связан вопрос определения потребности радиовещательных компаний в денежных средствах. Однако отсюда не следует обязанность законодателя финансировать любую программу, создаваемую на основании решения публично-правовой телерадиовещательной компании, в рамках реализации своей свободы

радиовещания. В отличие от решений телерадиовещательных компаний по публицистическим вопросам, которые касаются оказания услуг радиослушателям, решения законодателя по финансовым вопросам касаются прежде всего оплаты радиослушателями сборов в пользу радиокomпаний. Данная обязанность уплаты сборов в принципе оправдана, поскольку служит поддержанию трансляции программ, что требуется в соответствии с ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона, и находится в общих интересах. Данная обязанность сохраняется поэтому независимо от конкретных пользователей и основывается лишь на самом статусе радиослушателя, который в свою очередь зависит от наличия приемного устройства. Привлечение третьих лиц к оплате сбора правомерно только в той мере, в которой это необходимо для выполнения указанных функций.

Вопрос определения мер, необходимых для выполнения функций, нельзя предоставить на решение лишь самим телерадиовещательным компаниям. Они не могут дать достаточную гарантию того, что запрашиваемые финансовые средства, которые по большей части формируются из платежей радиослушателей, будут рассчитываться исключительно с учетом объемов, необходимых для выполнения возложенных на них функций. У телерадиовещательных компаний, как и у любого учреждения, имеется интерес в обосновании необходимости собственного существования и расширении; данный интерес направлен на иные цели, но не на выполнение возложенных на них функций. Особую актуальность данная ситуация получает в условиях конкуренции с частными компаниями, которые в вопросах финансирования собственной деятельности и составления программ передач имеют большую свободу.

Однако нельзя предоставить на усмотрение законодателя решение вопроса о том, в каком объеме он готов обеспечить финансирование телерадиовещательных компаний в целях выполнения закрепленных за ними функций. Это невозможно благодаря тесной связи между свободой программ и финансовым обеспечением. Если бы у законодателя была бы неограниченная свобода в решении вопросов финансирования, он мог бы обойти конституционный запрет на ограничение трансляции программ тем, что он добился бы этого же результата косвенным путем — лишением или ограничением финансирования данных программ (ср. решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 74, 297 [342]). Поэтому Федеральный Конституционный Суд решил, что публично-правовым

компаниям следует предоставить возможность финансирования тех программ, проведение которых не только соответствует их специфическим функциям, но и является необходимым для осуществления данных функций (ср. BVerfGE 74, 297 [342]).

Критерий необходимости позволяет объективно соотнести программную автономию телерадиовещательных компаний и защищаемые законодателем интересы радиослушателей. С одной стороны, данный критерий не ограничивает публично-правовое телерадиовещание установлением извне минимального спектра программ, однако учитывает защищенную основными правами свободу при осуществлении функций телерадиовещательных компаний. С другой стороны, данный принцип исключает возможность того, что расширение спектра программ, что поддерживается телерадиовещательными компаниями, будет иметь следствием обязанность государства увеличивать финансирование. Данный принцип в достаточной мере применим к конкретной ситуации, поскольку невозможно однозначно на будущее определить, что потребуются для выполнения функций телерадиовещательных компаний. Данное обстоятельство в основном определяется техническим развитием и порядком ведения бизнеса частных компаний, в отношении с которыми публично-правовое телерадиовещание должно оставаться публицистически конкурентным в дуальной системе, в ситуации, когда требования ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона еще не достигнуты.

4. Точное определение того, какой объем финансовых средств необходим для выполнения функций публично-правового телерадиовещания, в каждом конкретном случае связано с существенными трудностями. Количественная оценка, необходимая для решения финансовых вопросов, не может быть однозначно проведена на основании критерия необходимости. Но она позволяет произвести разграничение.

а) Так как в дуальной системе публично-правовые телерадиовещательные компании должны гарантировать базовое обеспечение населения услугами радиовещания, на законодателя лежит бремя финансирования всех вопросов, решение которых необходимо для поддержания базового обеспечения населения услугами радиовещания (ср. BVerfGE 73, 118 [158]; 74, 297 [324 и далее]; 83, 238 [298, 310]). Однако обязанность финансирования не ограничивается базовым обеспечением. Финансовая

поддержка должна быть гарантирована и в том случае, когда частное телерадиовещание, еще не достигшее требований, установленных в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона, должно находиться на приемлемом уровне с конституционно-правовой точки зрения. Однако это не ограничивает деятельность публично-правовых телерадиовещательных компаний. Наоборот, они сами определяют вид и, в определенной мере, объем своих задач и имеют при этом право требования финансовых средств до тех пор пока они действуют в рамках выполнения собственных функций.

Отправной точкой для определения необходимого объема финансирования является совокупная программа телерадиовещательной компании. Посредством данной совокупной программы, а не каждой программы или даже каждой передачи в отдельности компания должна в полном объеме выполнять задачи публично-правового телерадиовещания. В отличие от этого отдельные программы вполне могут быть посвящены конкретным темам или быть обращены к определенным целевым группам. К компетенции телерадиовещательных компаний относится вопрос, каким образом они будут распределять между отдельными программами или группами программ имеющиеся средства в рамках требований, установленных законом. Дополнительные права на финансирование из этого не следуют. С точки зрения Конституции решающим вопросом является то, смогут ли сборы за телерадиовещание и поступления от разрешенной в соответствии с законом рекламы вместе с другими источниками финансирования телерадиовещательных компаний обеспечить их функционирование в соответствии с установленными функциями. Поскольку пятое решение о радиовещании Федерального Конституционного Суда можно понимать таким образом, что проверке также подлежит вопрос наличия денежных средств для финансирования отдельной программы, суд не будет касаться данного вопроса (ср. BVerfGE 74, 297 [342, 344]).

б) Региональные программы публично-правовых телерадиовещательных компаний могут быть расценены как неоднозначно необходимые с точки зрения базового снабжения телерадиовещанием населения (ср. BVerfGE 74, 297 [327]). Тем не менее трансляция таких программ соответствует функциям телерадиовещания. Следует исходить из того, что данные программы, во всяком случае когда речь идет о телерадиовещательных компаниях, которые проводят трансляции в федеральной земле с большой территорией или даже в нескольких федеральных землях,

необходимы для того, чтобы учитывать региональные особенности и связанную с этим особую идентификационную и информационную потребность слушателей и зрителей.

Телерадиовещательные компании самостоятельно принимают решение, хотят ли они выполнять поставленные задачи в рамках уже существующих программ, транслируемых на территории всей федеральной земли, либо они будут создавать для этих целей новую специализированную региональную программу. Отдельная региональная программа, как правило, лучше отражает интересы слушателей и может предоставить им больше возможностей по получению необходимой им информации. Подобное решение телерадиовещательной компании не будет противоречить поставленным перед ней задачам. Отсюда следует, что финансирование телерадиовещательных компаний должно быть организовано таким образом, чтобы была обеспечена возможность, в том числе, и трансляции региональных программ. Распространяются ли данные выводы на местные программы, не подлежит разрешению в рамках настоящего дела.

в) [...]

5. При применении данных критериев не представляется возможным установить нарушение оспариваемыми нормами положений ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона. Не является очевидным тот факт, что заявитель не сможет продолжить трансляцию программ, которые не только соответствуют возложенным на него функциям, но и необходимы для их реализации, без поступлений от рекламы на третьей телевизионной программе. Еще более неясным является вопрос, почему без данных поступлений базовое обеспечение населения телерадиовещанием на территории трансляции заявителя будет поставлено под угрозу.

[...]

Изложенные заявителем факты практически полностью касаются его общего тяжелого финансового положения. Данное положение является в основном следствием уменьшения поступлений от рекламы, которое было характерно для всех компаний публично-правового телерадиовещания, однако особенно тяжело сказалось на заявителе. [...] Точно так же не представлены обоснования того факта, почему программа не будет соответствовать требованиям базового обеспечения в случае проведения дальнейших мер по экономии средств, таких как сокращения,

трансляция программ других телерадиовещательных компаний или большая кооперация с ними. Кроме того, не представлено достоверных доказательств о том, что исчерпаны все остальные возможности рационализации, не затрагивающие вопросы базового обеспечения населения услугами телерадиовещания.

85) BVerfGE 90, 160

(8. Rundfunkentscheidung / 8-е решение о радиовещании)

1. Свобода радиовещания не требует установления пошлин самими радиовещательными компаниями. Установление пошлин на радиовещание землями в Государственном договоре и последующая имплементация в право земель соответствует Основному закону.

2. Статья 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона содержит требование о соблюдении процедуры установления пошлин на радиовещание, посредством которой публично-правовым организациям радиовещания предоставляются необходимые возможности для выполнения их функций в двойной системе радиовещания, и действительно защищает их от внешнего влияния на содержание программы передач.

3. В отношении оплаты пошлин действует принцип нейтральности программ. При установлении пошлин необходимо руководствоваться решениями относительно программ радиовещательных компаний. Пошлина не должна использоваться в целях управления программами или медийной политики.

4. Проверка потребности в финансировании радиовещательных компаний может проводиться лишь относительно вопроса, находятся ли их решения относительно программ в рамках установленных законом функций радиовещания и соответствует ли потребность в денежных средствах выполнению указанных функций и рассчитана ли она в соответствии с принципами экономичности и бережливости.

5. На основании такой проверки потребность в финансировании радиовещательных компаний и размер пошлин может быть сокращен лишь по причинам, не противоречащим свободе радиовещания. Сюда относятся, в частности, интересы плательщиков пошлин. Отклонение от данного принципа требует обоснования.

**Решение Первого Сената от 22 февраля 1994 г.
– 1 BvL 30/88 –**

[...]

86) BVerfGE 35, 202
(Lebach / Лебах)

1. Радио- или телекомпания в отношении каждой передачи по общему правилу может ссылаться на гарантии, установленные ст. 5 абз. 1 Основного закона. Свобода радиовещания включает в себя как выбор выпускаемого в эфир материала, так и принятие решения о способе предоставления информации, включая выбранную форму передачи.

Лишь в случае, когда свобода радиовещания вступает в конкуренцию с иными правовыми интересами, оценке подлежит цель конкретной передачи, способ организации и достигнутое или прогнозируемое воздействие.

2. Положения § 22, 23 Закона об авторских правах на произведения изобразительного искусства и фотографии предоставляют достаточно возможностей для сопоставления интересов, которое, с одной стороны, будет учитывать влияние свободы радиовещания в соответствии с ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона и защиту прав личности в соответствии с ст. 2 абз. 1 Основного закона во взаимосвязи со ст. 1 абз. 1 Основного закона, с другой стороны.

При этом ни одна из конституционных ценностей по общему правилу не может иметь преимущество. В конкретном случае следует соотнести интенсивность вторжения в личную сферу человека и интерес ответственности в получении информации.

3. Что касается освещения в СМИ рассматриваемых сообщений о тяжких преступлениях, как правило, интерес общественности в получении информации имеет большее значение, чем защита личности преступника. Однако наряду с уважением неприкосновенной внутренней сферы частной жизни необходимо учитывать принцип соразмерности; согласно данному принципу указание имени, показ изображения или прочая информация, идентифицирующая преступника, допустимы не во всех случаях.

Конституционно-правовая защита прав личности, однако, не допускает выход за пределы освещения актуальных событий в СМИ, например,

посредством документальных постановок, во время которых неограниченно по времени затрагивается личность преступника и его частная жизнь.

Последующие репортажи являются, во всяком случае, недопустимыми тогда, когда они могут по сравнению с актуальной информацией спровоцировать заново или в дополнение к предыдущему вторжение в личную жизнь преступника, в частности, поставить под угрозу его интеграцию в общество (ресоциализацию). Угроза нарушения процесса ресоциализации предполагается в том случае, если в передаче, в которой освещается тяжкое преступление, происходит идентификация преступника, и передача транслируется после его выхода на свободу или незадолго до его выхода на свободу.

**Решение Первого Сената от 5 июня 1973 г.
– 1 BvR 536/72 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

[...]

I.

Родившийся в 1945 г. заявитель был соучастником тяжкого преступления, так называемого убийства солдата в Лебахе, которое стало предметом рассмотрения судом присяжных.

[...]

Конституционная жалоба направлена против отклонения заявления истца на принятие судебного определения об обеспечительных мерах в гражданском судопроизводстве. Определение должно было запретить Второму Германскому Телеканалу (ZDF) показывать подготовленный ими документальный сюжет в том объеме, в котором в нем изображается заявитель или упоминается его имя⁹.

[...]

Б.

[...]

⁹ Данный раздел представляет собой обобщение изложения обстоятельств дела из оригинала решения и поэтому отличается от его текста.

II.

[...]

2. [...]

Радиовещание и телевидение относятся, как и пресса, к незаменимым средствам массовой коммуникации, которые играют важную роль как для связи между обществом и государственными органами, так и для их контроля, а также для интеграции общества во всех областях жизни. Они предоставляют гражданам необходимую исчерпывающую информацию об актуальных событиях и о процессах развития государства и общественной жизни. Они делают возможной общественную дискуссию и поддерживают ее, передавая знания с различных позиций, предоставляя отдельным лицам и общественным группам возможность оказывать влияние на формирование мнения, и сами представляют решающий фактор в постоянном процессе формирования общественного мнения и воли (ср. BVerfGE 12, 113 [125]; 12, 205 [260]). Несмотря на ограниченность формулировки («подготовка репортажей»), свобода радиовещания по своей сути не отличается от свободы печати; она распространяется в одинаковой степени как на чисто информационные передачи, так и на передачи иного рода. Информация и мнения могут также передаваться посредством телевизионных постановок или музыкальных передач, в виде новостей или политических комментариев; каждая программа уже на основании выбранного формата и организации передачи имеет определенное воздействие на формирование общественного мнения (ср. BVerfGE 12, 205 [260]; 31, 314 [326]).

Точно так же свобода радиовещания не позволяет заранее различить передачи по преследуемым ими целям или качеству передачи; ограничение передач по признаку «серьезности», их направленности на уважение частного или общественного интереса сводилось бы, в конце концов, к оценке и управлению со стороны государственных органов, что как раз противоречило бы сущности данного основного права (ср. BVerfGE 25, 296 [307]; 34, 269, 282 и далее).

Соответственно радио- или телевизионная компания может по общему правилу в отношении каждой передачи ссылаться на защиту, установленную в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона, независимо от того, идет ли речь о политических передачах, критических дискуссиях об интересующих общественность вопросах или о радиоспектаклях, эстрадных

или других развлекательных передачах. Действие конституционной гарантии, таким образом, не зависит от наличия «правомерного» или «легитимного» интереса в данной передаче (ср. Адольф Арндт, в указанном месте). Соответственно свобода радиовещания включает в себя как выбор выпускаемого в эфир материала, так и принятие решения о способе предоставления информации, включая выбранную форму передачи.

Лишь в случае, когда свобода радиовещания вступает в конкуренцию с иными правовыми интересами, оценке подлежит цель конкретной передачи, способ организации и достигнутое или прогнозируемое воздействие. В Конституции возможный конфликт между свободой радиовещания и интересами отдельных граждан, групп граждан или общества урегулирован указанием на общий правовой режим; согласно ст. 5 абз. 2 Основного закона организация радиопередач подчиняется ограничениям, вытекающим из общих законов. Однако согласно постоянной судебной практике Федерального Конституционного Суда учет других правовых ценностей не должен привести к тому, что свобода радиовещания обретет относительный характер; наоборот, законы, ограничивающие свободу радиовещания, должны, в свою очередь, толковаться с учетом конституционной гарантии и, в случае необходимости, ограничивать собственное действие в целях обеспечения надлежащей реализации свободы радиовещания (ср. Решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 20, 162 [176 и далее]; 7, 198 [208 и далее]). В отдельных случаях это может потребовать общий и конкретный анализ противостоящих друг другу правовых интересов.

III.

1. К общим законам в смысле ст. 5 абз. 2 Основного закона относятся и нормы § 22, 23 Закона об авторских правах на произведения изобразительного искусства и фотографии от 9 января 1907 г. («Закон об авторском праве на произведения искусства»), положенные в основу оспоренных решений (Вестник имперских законов (RGBI.) с. 7), [...]

2. В случаях коллизий подобного рода, с одной стороны, действует общий принцип, в соответствии с которым применение § 22, 23 Закона об авторском праве на произведения искусства по отношению к телепередачам не должно чрезмерно ограничивать свободу радиовещания. С другой стороны, в отношении прочих общих законов в смысле ст. 5 абз. 2 Основного закона в данном случае имеется особенность,

в соответствии с которой ограничение свободы печати, в свою очередь, служит защите высокой конституционной ценности; интерес затронутого лица, который учитывается в рамках § 23 Закона об авторском праве на произведения искусства, направленный против публикации фотографии или изображения, приобретает большую юридическую силу благодаря конституционной гарантии защиты прав личности.

При решении данной коллизии следует исходить из того, что, согласно смыслу Конституции, обе конституционные ценности являются существенными составными частями свободной демократической системы Основного закона, так что ни одна из них не может претендовать на принципиальное преимущество. Представление о человеке в Основном законе и соответствующее ему оформление государственной общности требуют так же признания самобытности индивидуальной личности, как и обеспечение свободных условий жизни, немислимых в настоящее время без свободной коммуникации. Обе ценности конституционны, поэтому в случае конфликта между ними должны быть по возможности приведены в равновесное состояние; если это недостижимо, то следует с учетом характеристик и особых обстоятельств конкретного дела решить, какой интерес должен уйти на второй план. При этом обе конституционные ценности необходимо рассматривать в их взаимосвязи с достоинством человека, как центром системы ценностей Конституции.

Согласно этому хотя основанные на свободе радиовещания ограничения и могут вводиться в отношении требований, основанных на правах личности, тем не менее вызванная публикацией утрата «персональности» должна быть соотносимой со значимостью публикации для свободной коммуникации (ср. Адольф Арндт, в указанном месте). Далее из этого правила следует, что необходимая оценка должна, с одной стороны учитывать интенсивность влияния передачи подобного рода на права личности. С другой стороны, следует оценить конкретную цель, которую преследует или которой способна служить передача, оценить и проверить, можно ли и в какой мере достичь этой цели без нарушения прав личности.

[...]

V.

[...]

3. Нерешенным остается вопрос о том, можно ли признать за документальным спектаклем, в котором должны быть воспроизведены подлинные

события, характер произведения искусства в смысле ст. 5 абз. 5 Основного закона. Даже при применении данной конституционной нормы следует учесть, что свобода искусства, несмотря на то, что ограничения ст. 5 абз. 2 Основного закона на нее не распространяются, не стоит выше защиты прав личности, гарантированных в ст. 1 и ст. 2 абз. 1 Основного закона (ср. BVerfGE 30, 173 [193 и далее] — Мефистофель).

VI.

Оспариваемые решения, таким образом, нарушают основные права заявителя, закрепленные в ст. 2 абз. 1 во взаимосвязи со ст. 1 Основного закона, и должны быть отменены согласно абз. 1 § 95 Федерального закона о Федеральном Конституционном Суде.

[...]

87) BVerfGE 90, 27

(Parabolantenne / Параболическая антенна)

1. Программы, прием которых возможен в Германии, относятся к общедоступным источникам информации по смыслу ст. 5 абз. 1 вторая половина предл. 1 Основного закона. Сюда также относятся иностранные программы.

2. Если прием передач зависит от использования определенных технических устройств, которые позволяют в индивидуальном порядке получить доступ к общедоступному источнику информации, то защита основных прав будет распространяться и на приобретение и использование данных устройств.

3. Не противоречит Конституции ситуация, когда суды общей юрисдикции по общему правилу отказывают в требовании арендатора о понуждении арендодателя предоставить согласие на установку параболической антенны, когда он представляет в распоряжение кабельное подключение.

4. Интерес постоянно проживающего в Германии иностранца в приеме радиопередач с его родины необходимо учитывать при анализе требований арендатора и арендодателя. Принцип равенства в данной ситуации не нарушается.

Решение Первого Сената от 9 февраля 1994 г.

– 1 BvR1687/92 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

Конституционная жалоба касается вопроса установки параболической антенны арендатором.

1.

1. Заявитель является гражданином Турции. Со своей женой и семьей детьми и невесткой он живет в арендуемой квартире в Эссене с 1990 г. Арендодателем является жилищно-строительная компания. На доме имеется общая антенна, которая принимает пять немецких телевизионных программ. В начале 1992 г. заявитель обратился к арендодателю с просьбой дачи согласия на установку приемной установки спутникового телевидения, для того чтобы принимать и турецкие телепрограммы. После получения отказа от жилищно-строительной компании заявитель заявил иск.

2. а) Участковый суд отказал в иске. [...]

б) Земельный суд отклонил апелляцию заявителя, поскольку, несмотря на возросшие потребности в получении информации и развлечениях, установка приемной установки спутникового телевидения не соответствует урегулированному в договоре порядку использования помещения в многоквартирном доме. Условия, при которых в соответствии с правовым обоснованием Высшего земельного суда Франкфурта-на-Майне от 22 июля 1992 г. (WuM 1992, с. 458) должно выдаваться согласие, отсутствуют. Помимо того что отсутствовало обязательство взять на себя расходы, не оспаривался тот факт, что в следующем году должно было быть обеспечено кабельное подключение. Благодаря этому в ближайшем будущем было бы учтено право арендатора на получение полного спектра информации. Интерес заявителя в приеме программ на турецком языке, с учетом предстоящего подключения кабельного телевидения, не является обоснованием того, что ему должно предоставляться право пользования предметами или сооружениями общественного пользования на особых основаниях. Аналогичное право должно было быть тогда предоставлено каждому арендатору исходя из их особых нужд. Из правового обоснования Высшего земельного суда Франкфурта-на-Майне следует, что после подключения кабеля использование собственных антенн запрещается. В связи с этим особый расширенный интерес заявителя отходит на второй план при анализе интересов арендатора и арендодателя. После

подключения кабеля он мог бы получать информацию через радиоканалы и как минимум по одному телевизионному каналу на турецком языке.

II.

Своей конституционной жалобой заявитель оспаривает решение апелляционной инстанции и указывает на нарушение своего основного права на свободу информации, закрепленное ст. 5 абз. 1 вторая половина предл. 1 Основного закона. В обоснование своей жалобы он указывает по существу на следующее:

Решение нарушает принадлежащее ему основное право, поскольку из-за отказа в даче согласия на установку параболической антенны он не имеет возможности принимать турецкие телевизионные каналы, транслируемые через спутник. При помощи приемной установки спутникового телевидения в Федеративной Республике Германия можно принимать десять телевизионных каналов на турецком языке. При этом речь идет об общедоступных источниках информации по смыслу ст. 5 абз. 1 вторая половина предл. 1 Основного закона.

[...]

Б.

Оспариваемое решение нарушает основное право заявителя на свободу информации.

I.

В соответствии со ст. 5 абз. 1 вторая половина предл. 1 Основного закона каждый вправе беспрепятственно черпать знания из общедоступных источников.

1. Значение данного основного права Федеральный Конституционный Суд уже изложил ранее (ср. BVerfGE 27, 71 [80 и далее]). Для развития личности каждого отдельного человека и поддержания демократического порядка важны как свобода слова, так и освещение событий средствами массовой информации. Оно дополняет их с точки зрения адресата данного права. Процесс коммуникации, который защищается ст. 5 абз. 1 Основного закона в интересах свободного формирования частного и общественного мнения (ср. BVerfGE 57, 295 [319]), был бы не полностью охвачен данной нормой, если бы из сферы ее защиты был бы изъят прием информации.

Свобода информации гарантирована в ст. 5 абз. 1 вторая половина предл. 1 Основного закона. Из нормы не следует ограничение ее действия

лишь на определенные виды информации. защите подлежит, однако, лишь информация, происходящая из общедоступных источников. Общедоступным является такой источник информации, который пригоден и предназначен для предоставления информации общественности, т. е. неопределенному кругу лиц (ср. BVerfGE 27, 71 [83 и далее]; 33, 52 [65]). Данная пригодность зависит от фактических обстоятельств. Правовые нормы, регулирующие доступ к информации, не ограничивают область правовой охраны свободы информации, а должны оцениваться как ограничивающие основные права согласно Конституции.

Средства массовой коммуникации относятся в соответствии с этим изначально к источникам информации, защищаемым основными правами (ср. BVerfGE 27, 71 [83]). В частности это также касается радио- и телепередач (ср. BVerfGE 35, 307 [309]). Основным закон не делает различий между внутригосударственными и иностранными источниками информации. Общедоступными поэтому являются и все иностранные радиопрограммы, прием которых возможен в Федеративной Республике Германия.

Если прием зависит от наличия технических устройств, при помощи которых предоставленная для общего использования информация становится доступной конкретному лицу, то в таком случае сфера защиты основных прав распространяется и на приобретение и использование подобных устройств. В ином случае основное право не имело бы ценности в областях, в которых доступ к информации требует использования вспомогательных технических средств. Установка параболической антенны, позволяющей принимать радиопрограммы, транслируемые через спутник, также подпадает в связи с этим в сферу защиты основного права, указанного в ст. 5 абз. 1 вторая половина предл. 1 Основного закона.

2. Данное основное право необходимо учитывать и в гражданско-правовых спорах относительно размещения антенн в арендуемых квартирах. [...]

II.

Оспариваемое решение не учитывает в должной степени данное требование. Однако Земельный суд не упустил из виду, что необходимо учитывать основное право на свободу информации при толковании и применении § 535, 536, 242 ГГУ. Тем не менее он не принял во внимание особые интересы в получении информации иностранного заявителя по причинам, которые не соотносимы с основным правом на получение информации.

1. Масштаб разрешения конфликта интересов арендатора и арендодателя относительно установки внешней антенны, который Высший земельный суд проанализировал в ряде своих правовых обоснований и на который ссылается Земельный суд, в целом соответствует основному праву на информацию, однако не учитывает особые интересы, которые должен был учесть Земельный суд.

а) В соответствии с данной правоприменительной практикой прием радио- и телесигнала является важной частью домашнего быта и относится поэтому к обычному использованию квартиры. В соответствии с этим действия арендатора по установке устройств для качественного приема сигнала нельзя квалифицировать как противоречащие договору. Он имеет право на установку индивидуальной антенны вне арендуемой квартиры до тех пор, пока не будет установлена общая антенна [...].

В то же время у него не будет прямого права требования в том случае, когда его желания не удовлетворяются наличием общей антенны. В данном случае для установки дополнительного приемного устройства ему необходимо получение согласия арендодателя, в котором, однако не может быть отказано необоснованно. Распространяющийся также и на отношения аренды принцип добросовестности запрещает арендодателю без уважительной причины отказывать арендатору в установке устройств, которые делают его жизнь в арендуемой квартире более приятной, если арендодатель будет лишь в небольшой степени затронут данными действиями, а переданный в аренду объект не будет ухудшен [...].

В отношении параболических антенн в соответствии с гражданско-правовой правоприменительной практикой действует правило, в соответствии с которым арендодатель должен дать разрешение на установку в том случае, когда отсутствует кабельное подключение. Однако арендодатель может поставить получение разрешения в зависимость от того, что установка будет производиться специалистом и арендатор примет на свой счет все расходы, платежи и ответственность, а также стоимость демонтажа антенны после окончания арендных правоотношений. Кроме того арендодатель вправе определить место, в котором антенна обеспечит должное качество принимаемого сигнала и визуально будет в наименьшей степени нарушать внешний вид здания. При этом наличие кабельного подключения будет являться существенной причиной для отказа в установке параболической антенны [...].

Данное толкование основывается на выводе, в соответствии с которым защищенный основным правом интерес арендатора на получение информации в рамках сопоставления правовых благ и интересов, как правило, имеет преимущественное значение над интересом собственника сохранить жилой дом в неизменном состоянии. В то время как ущерб от неполучения информации имеет существенный характер, эстетические изменения могут быть минимизированы или полностью исключены при установке общих приемных устройств. Согласно правовому обоснованию данные принципы действительны для общего случая. Однако возможны ситуации, когда интерес арендатора в получении информации — например, с учетом характеристик параболической антенны или самого дома — будет иметь вторичный характер по отношению к интересам собственника [...].

Следование данным принципам обеспечивает в общем случае соответствующее Конституции применение гражданско-правовых предписаний. Они позволяют адекватно сбалансировать защищенные основными правами интересы обеих сторон. Интерес собственника в сохранении внешнего вида своего дома учитывается в том смысле, что подключением кабеля он может предотвратить установку параболической антенны. Наоборот, не имеет существенного значения умаление свободы информации по отношению к арендатору, которому запрещается установка параболической антенны, в случае предоставления подступа к телевизионным программам через кабель.

б) Оценка, действительная для общего случая, не берет в достаточной степени в расчет особый интерес в получении информации постоянно проживающего в Германии иностранца. Данные лица, как правило, заинтересованы в приеме каналов с их родины для получения информации о событиях в той стране и возможности сохранения культурной и языковой связи. Данная возможность может быть реализована зачастую лишь посредством подключения приемной установки спутникового телевидения из-за небольшого количества иностранных программ во внутренних кабельных сетях.

В соответствии с гражданско-правовой правоприменительной практикой, в отличие от местных арендаторов, свобода информации иностранных квартиросъемщиков существенно нарушается при запрете установки параболических антенн, когда иностранные каналы

отсутствуют в местной кабельной сети. Их ситуация сравнима с местными арендаторами, у которых отсутствует подключение как к общей параболической антенне, так и широкополосной кабельной телесети. Арендатор, который находится в подобном положении, как правило, может требовать от арендодателя разрешения на установку параболической антенны.

[...]

Данная правоприменительная практика соответствует конституционно-правовым требованиям. Защищенный ст. 5 абз. 1 вторая половина предл. 1 Основного закона интерес иностранных арендаторов в приеме программ со своей родины необходимо учитывать при соотношении его с интересами собственника. Неконституционного предпочтения иностранцам при этом не усматривается. Однако статья 3 абз. 3 Основного закона запрещает неравное обращение по определенным признакам. К таковым не относится гражданство, однако относится страна рождения. Принятие во внимание повышенного интереса в получении информации иностранными арендаторами не дает им, однако предпочтения по признаку родной страны и, с другой стороны, не нарушает права немецких арендаторов по признаку их страны рождения.

Основное право беспрепятственного получения информации из общедоступных источников принадлежит каждому независимо от страны рождения. В случае когда данный интерес сталкивается с защищенными основными правами интересами третьих лиц, — как, например, в случае с установкой параболической антенны в съемной квартире — необходимым является сопоставление интересов в рамках гражданско-правовых предписаний. При этом следует учитывать существенные обстоятельства в конкретной ситуации. На данном этапе не делается различие по признаку страны рождения. Также чрезвычайные обстоятельства у немецких арендаторов, из-за которых происходит отклонение от стандартной ситуации, должны приниматься в расчет при сопоставлении интересов. Результат сопоставления нельзя заранее предсказать лишь потому, что у иностранцев будет всегда особый интерес в получении информации по сравнению с немцами. Это лишь один из критериев для сопоставления среди множества других. Статус гражданина необязательно ведет к отказу, а статус иностранца необязательно ведет к признанию права на установку параболической антенны.

Речь не идет об общем предпочтении одной группы лиц по признаку их страны рождения, а об учете всех факторов, имеющих значение для принятия решения при сопоставлении интересов. Поэтому исключается ситуация, когда немецкие арендаторы в жилом комплексе только потому получают право на установку параболической антенны, поскольку такое право было предоставлено иностранцам из-за их особого положения. В случае когда арендатор уже имеет возможность приема программ со своей родины по кабелю, отсутствует условие, из которого вытекает обязанность в равном отношении к арендатору, который вынужден пользоваться параболической антенной.

в) В соответствии с этим нарушением основного права на свободу информации будет такое толкование и применение гражданско-правовых норм, при котором доступ к программам, транслируемым с родины через спутник, запрещается иностранному арендатору на том основании, что установка параболической антенны представляет собой пользование квартирой на особых основаниях, что в свою очередь выходит за рамки установленных в договоре пределов использования арендованной квартиры.

Таким же образом не учитывается значение основного права на свободу информации, когда желание иностранного арендатора на установку параболической антенны отклоняется с тем обоснованием, что и остальные арендаторы должны в таком случае получить право на установку антенны. Наоборот, тот факт, что многие арендаторы в жилом комплексе на основании особых обстоятельств имеют правомерный интерес в установке параболической антенны и данный интерес не удовлетворен установкой общего устройства, должен быть учтен при сопоставлении с интересами собственника.

Поскольку статья 5 абз. 1 вторая половина предл. 1 Основного закона в полной мере защищает свободу информации и каждому дает право решать, из каких общедоступных источников получать информацию, является неверным непринятие во внимание иных способов получения доступа к телеканалам с родины. Это касается указания на источники информации такого же рода, например на программы, которые могут приниматься без параболической антенны, однако не касается указания на иные виды источников информации, как радио, газеты, видеокассеты или переводы немецкоязычных передач членами семьи. Напротив,

не противоречит ст. 5 абз. 1 вторая половина предл. 1 Основного закона ситуация, когда при сопоставлении интересов арендатора и арендодателя учитывается, в каком объеме арендатор уже имеет возможность принимать программы со своей родины без использования параболической антенны.

Наконец основное право на свободу информации нарушается в том случае, когда суды общей юрисдикции при сопоставлении интересов заранее отдают предпочтение интересам собственника без указания характеристик арендуемого объекта, лежащих в основе решения.

2. Земельный суд не везде устранил данную ошибку.

[...]

В основе решения лежит признание основного права на свободу информации. Не исключается, что Земельный суд при всестороннем учете ст. 5 абз. 1 вторая половина предл. 1 Основного закона пришел бы к иному результату.

88) BVerfGE 119, 309

(Aufnahmen im Gerichtssaal / Съёмка в зале суда)

Решение Первого Сената от 19 декабря 2007 г.

– 1 BvR 620/07 –

ОСНОВАНИЯ

А

Предметом конституционной жалобы является допустимость телевизионных съемок в зале суда вне рамок слушания уголовного дела по существу.

I.

1. Заявителем является публично-правовая радиовещательная компания. Данная компания планировала подготовить репортаж о слушании дела по существу, которое должно было начаться 19 марта 2007 г. в 8-й Большой судебной коллегии по уголовным делам земельного суда г. Мюнстер.

В обвинительном заключении 18 офицеров и унтер-офицеров бундсвера были признаны виновными в том, то они в 2004 г. подвергли физическим истязаниям призывников и оскорбили их достоинство. [...]

2. 21 февраля 2007 г. председатель 8-й Большой судебной коллегии по уголовным делам земельного суда г. Мюнстер в соответствии с § 176 Закона о судостроительстве распорядился применить следующие ограничения по съемке в целях поддержания порядка во время проведения предстоящего слушания по существу:

«Запись звука, фото- и видеосъемка в зале заседаний и в огороженном фойе перед залом заседания разрешены за 15 минут до начала заседания и в течение 10 минут после его окончания. В остальное время запись звука, фото- и видеосъемка в зале заседаний и в огороженном фойе перед залом заседания не разрешаются.»

Распоряжение было вынесено с учетом конкуренции ст. 5 абз. 2 предл. 2 Основного закона, гарантирующего свободу радиовещания и § 176 Закона о судостроительстве, гарантирующего соблюдение процедуры при осуществлении правосудия. [...]

II.

Заявитель обжалует нарушение своих основных прав, закрепленных в предл. 2 абз. 2 ст. 5 и абз. 4 ст. 19 Основного закона в результате издания распоряжения от 21 февраля 2007 г.

[...]

Б

II.

Конституционная жалоба обоснованна. Распоряжение Председателя 8-й Большой коллегии по уголовным делам земельного суда г. Мюнстер [...] нарушает гарантированную в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона свободу (основное право) печати и информации посредством радио.

1. Свобода печати и информации посредством радио (ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона) направлена на защиту сбора информации, составление программы передачи и трансляцию такой информации (ср. BVerfGE 91, 125 [134 и далее]; устойчивая судебная практика). Поскольку СМИ обеспечивают широкую доступность открытых для всех источников информации, доступ к информации для СМИ и для граждан гарантируется одинаковым образом свободой информации, закрепленной в ст. 5 абз. 1 предл. 1 Основного закона. Использование специфических для вещания средств записи информации, в частности для записи звука и видеосъемки, гарантированы более специальной свободой радиовещания, закрепленной в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона (ср. BVerfGE 103,

44 [59]). В пределы правовой охраны данной свободы входит право использовать для репортажа свойственные телерадиовещанию средства, в том числе записи звука и изображения, при помощи которых может быть передано, в частности, ощущение действительности и присутствия (ср. BVerfGE 103, 44 [67]). Данное положение относится и к ситуации, когда готовится репортаж об открытом судебном заседании.

2. Однако как в пределы правовой охраны свободы радиовещания, так и в пределы правовой охраны свободы информации не входит право на раскрытие источника информации. Тем не менее существует право требования от государства доступа к источнику информации, когда таковой источник информации находится в ведении государства, определен на основании правовых норм как публичный источник информации, однако государство при этом в недостаточной степени обеспечивает доступ к нему (ср. BVerfGE 103, 44 [59 и далее]). Данная ситуация будет иметь место при запрете аудио- и видеозаписи судебного заседания, если общественный интерес в их распространении превышает противоположно направленные интересы.

а) Если из конституционного права следует возможность использования средств записи информации или тот факт, что по общему правилу или в конкретном случае должен был быть предоставлен более широкий доступ к заседанию суда или слушанию дела как таковому, то лицо, на которого распространяется свобода (основное право) информации, может обжаловать данное обстоятельство, а относительно исключения специфических для радиовещания средств записи и распространения информации — лицо, на которое распространяется свобода (основное право) радиовещания (ср. BVerfGE 103, 44 [61]).

В целом соответствует принципу правового государства и демократии объективная правовая обязанность обеспечения возможности наблюдения и, при необходимости, контроля судебных заседаний со стороны общественности, предоставление возможности СМИ освещения, а телекомпаниям осуществления аудио- и видеосъемок, если это не исключено специальными нормами или противоречит противостоящим интересам в конкретном случае. В современных условиях формирования общественного мнения публика в зале заседаний, указанная в § 169 предл. 1 Закона о судоустройстве, сама по себе не может в достаточной мере обеспечить публичный интерес в трансляции информации широкой общественности.

Публичному контролю судебных заседаний принципиально содействует присутствие СМИ и их репортажи. [...] Удовлетворение интереса общественности в получении информации о судебных заседаниях служит не только формированию индивидуального и общественного мнения в целом, но и интересам правосудия, которые заключаются в публичном освещении процедур и решений, в том числе устных разбирательств. Публикация аудиовизуальной информации способствует формированию различных видов и различной интенсивности общественного восприятия. Само устное разбирательство согласно § 169 предл. 2 Закона о судопроизводстве конституционным образом закрыто для аудио- и видеозаписи (ср. BVerfGE 103, 44 [66 и далее]); в этом смысле публичный контроль осуществляется присутствующими в зале заседаний и посредством составления отчетов о заседании. [...]

Соответственно специализированные суды исходят из того, что время до начала и после окончания устного разбирательства, а также перерывы в заседании открыты для СМИ, включая возможность применения характерных для СМИ средств записи и распространения информации (ср. — относительно уголовного процесса — Решение Верховного Федерального суда по уголовным делам (BGHSt) 23, 123). Использование данных средств осуществляется в рамках пределов правовой охраны свободы радиовещания (ср. Решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 103, 44 [62]).

[...]

(1) При оценке интереса общественности в информации значение имеет конкретный предмет судебного заседания. В случае рассмотрения уголовного дела следует учитывать тяжесть уголовного преступления, о котором речь идет в обвинении, но также и общественное внимание, которое оно привлекло, например, из-за особых обстоятельств и общих условий, участников, страха перед повторением подобных преступлений или же из-за сочувствия жертвам и их родственникам. Поэтому, как правило, интерес в получении информации будет тем больше и приобретет при оценке тем большее значение, чем больше уголовное дело отличается от обычных преступных деяний, например из-за особенности способа совершения или особенности объекта преступления (ср. BVerfGE 35, 202 [231]). Большой интерес в получении информации может иметь место и тогда, когда сам обвиняемый не обладает выдающимся значением для

современной истории, но существует информационный интерес к процессу как таковому, например, из-за предмета, привлекающего повышенное внимание.

Информационный интерес общественности, как правило, направлен не только на обвиняемых и деяния, в совершении которых их обвиняют, но и на тех лиц, которые в качестве членов судебного состава или прокуроров во время заседания участвуют в отправлении правосудия от имени народа. Предметом такого по общему правилу оправданного информационного интереса может быть, кроме того, адвокат, призванный, как орган правосудия, участвовать в заседании, или иной участник слушания, например свидетель.

(2) При принятии оценочного решения, а также при самой оценке необходимо учитывать и подлежащие защите интересы, которые могут быть направлены на ограничение записи и распространения аудио- и видеоматериалов. Сюда относится, в частности, защита общего права личности, которое применяется к участникам, в частности к обвиняемым и свидетелям, а также право участников на честное ведение процесса (ст. 2 абз. 2 во взаимосвязи со ст. 20 абз. 3 Основного закона), возможность осуществления правосудия, в частности беспрепятственное установление объективной истины и применимого права (ср. BVerfGE 103, 44 [64]). При этом лица, имеющие такой противоположный интерес, играют особую роль, если имеют место установленные законодателем характерные личностные предпосылки исключения публики из зала заседаний. [...]

(а) К подлежащим защите правам относятся права личности участников (ср. BVerfGE 103, 44 [68]).

(aa) Полномочие СМИ на сбор и распространение визуальных записей лиц, присутствующих на заседании, следует, в частности, соотносить с основным правом на собственное изображение, которое является конкретизацией права личности. Данное право предоставляет отдельному человеку возможность влияния и решения не только вопроса об использовании, но и вопроса о возможности фотографирования или записи его другими лицами (ср. BVerfGE 101, 361 [381]).

Судебные заседания, на которые направлен особый информационный интерес общественности, являются событиями современной истории; защита прав личности лиц, участвующих в них, не требует в связи с этим полного запрета на съемку (ср. BVerfGE 87, 334 [340]; 91, 125 [137 и далее]).

При определении пределов правовой охраны на собственное изображение следует, однако, учитывать, что, как минимум, часть участников судебного разбирательства находится, как правило, в непривычной и тяжелой для них ситуации. Часто они — например, свидетели или обвиняемый в уголовном деле — обязаны присутствовать на заседании. Особенно по отношению к обвиняемым следует учитывать тот факт, что их идентификация в репортажах может быть фактически расценена как «клеймение позором» или ограничение презумпции невиновности и возможности последующей ресоциализации (ср. BVerfGE 35, 202 [226 и далее]; 103, 44 [68]). При этом следует также учитывать «силу внушения» средств массовой информации, которая может привести к эффекту преждевременного осуждения в СМИ. Необходимо учитывать, что свидетели находятся под особым напряжением, например, если они являются жертвами преступления, которое рассматривается судом.

Лица, которые занимают государственные должности или иные позиции и, участвуя в судебном заседании, находятся в центре внимания общественности, не имеют права требования защиты своих прав личности в том же объеме, в котором может этого требовать участвующее в судебном разбирательстве частное лицо (ср. BVerfGE 103, 44 [69]) или присутствующие слушатели. Однако судьи, прокуроры, адвокаты или сотрудники суда имеют право на защиту, которое может иметь большую юридическую силу, чем право на публикацию, например, если публикации изображений указанных лиц могут повлечь за собой существенное обременение или угрозу безопасности из-за возможных нападений со стороны третьих лиц. [...] Значение при этом может иметь и участие этих лиц в других разбирательствах, которые могут служить основанием возникновения подобных последствий для участников судебного заседания.

бб) Конституционно-правовые ограничения записи высказываний присутствующих представляют собой право на высказывание, которое является конкретизацией права личности (ср. BVerfGE 34, 238 [246 и далее]; 54, 148 [154]; 106, 28 [39]). [...]

б) Право участников судебного разбирательства на производство с соблюдением процессуальных норм (ст. 2 абз. 1 во взаимосвязи с ст. 20 абз. 3 Основного закона), а также функционирование системы правосудия, в частности беспрепятственное установление объективной истины и применение права в рассматриваемом деле, затрагиваются при записи

вне рамок устного разбирательства в меньшей степени, чем при записи непосредственно во время слушания. Однако и здесь нельзя исключить нарушение интересов присутствующих лиц. Если события вне рамок слушания дела записываются при помощи аудио- и видеопаратуры, то осознание возможности распространения данных материалов может повлиять на некоторых участников таким образом, что это отрицательно скажется на установлении объективной истины и применении права в ходе судебного разбирательства. Одна из существенных целей слушания дела по существу — получение достоверных и полных, пригодных для судебного рассмотрения сведений от всех допрошенных лиц — предполагает наличие рамочных условий, которые бы предотвращали возникновение чувств стеснения и взволнованности, именно у лиц, не имеющих опыта общения со СМИ. Соответствующие опасения могут в отдельном случае противостоять использованию характерных для радиовещания техник записи и распространения информации или оправдывать ограничение их применения.

Таким же образом запись событий вне рамок слушания по делу может нарушать право обвиняемого на беспрепятственное общение со своим защитником, гарантированное в § 148 абз. 1 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ, и, тем самым, затрагивать право на производство с соблюдением процессуальных норм (ср. BVerfGE 49, 24 [55]). [...]

(3) [...] Запрет аудио- и видеозаписи не требуется, если защита интересов сторон может быть осуществлена посредством ограничительного распоряжения, в частности требования анонимизации изображений лиц посредством соответствующих технических приемов, которые имеют право на особую защиту. [...] Однако и распоряжение об анонимизации материалов представляет собой серьезное ограничение возможностей общественности в получении информации и должно быть обосновано, руководствуясь обстоятельствами конкретного дела.

Если съемки могут показать участника в оскорбительной манере, например в отрицательной или неловой для него ситуации, если способ проведения или продолжительность намеченных съемок затрагивают ход заседания или права участников заседания, которые хотят вне рамок заседания конфиденциально говорить со своим адвокатом, тогда в подобной ситуации возможно вынесение распоряжений, определяющих место, время и продолжительность съемок. Это позволит предотвратить

применение более существенных ограничений, таких как полный запрет съемок (ср. Решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 91, 125 [138 и далее]). Председатель должен на основании надлежащей проверки соотнести интерес общественности в получении информации с противостоящими интересами и, например, установить посредством распоряжения, что съемки публики или суда разрешены только общим планом. [...] Кроме того, у председателя есть право при большом количестве участников с различными интересами выносить и общие распоряжения относительно аудио- и видеозаписи, если вынесение распоряжений, регулирующих порядок съемки отдельных участников заседания, связано со сложностями.

[...]

в) Так как аудио- и видеозаписи непосредственно перед судебным заседанием или во время перерывов защищаются свободой радиовещания, распоряжение, запрещающее или ограничивающее подобные съемки, в интересах эффективной материальной защиты основных прав предполагает, чтобы председатель изложил основания своего решения и, тем самым, дал понять участвующим лицам, что при оценке были учтены все существенные для этого обстоятельства.

[...]

3. [...]

д) Если в конкретном случае есть основания полагать, что телевизионные съемки могут затронуть права личности или возможность их непредвзятого участия в заседании, до запрета съемок необходимо выяснить, возможно ли избежать нарушения прав участвующих в деле лиц, например, посредством анонимизации изображений данных лиц или ограничения съемки заседания лишь общими видами с запретом съемки отдельных лиц крупным планом. Оба варианта были предложены заявителем с целью отмены заявленного ограничения записи судебного заседания по времени.

III.

После подачи конституционной жалобы председатель использовал предоставленную ему правовую возможность изменить свое распоряжение в любое время и в качестве ограничения съемки установил лишь анонимизацию изображений обвиняемых и организацию пула журналистов. Распоряжение в измененной редакции уже не обжаловалось заявителем.

В связи с этим решение ограничивается констатацией того, что распоряжение в изначальной обжалованной редакции было неконституционным.

89) 1 BvF 1/11 и 1 BvF 4/11

(ZDF-Staatsvertrag / Государственный договор о Втором Германском Телевидении (ZDF))

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Пресс-релиз № 26/2014 от 25 марта 2014 г.**

**Решение от 25 марта 2014 г.
— 1 BvF 1/11, 1 BvF 4/11 —**

**Требования о проведении контроля норм в отношении
государственного договора о ZDF в основном удовлетворены**

Основное право на свободное радиовещание (ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона) требует абсолютного соблюдения принципа обеспечения многообразия и последовательного ограничения доли государства и близких к государству лиц в надзорных органах при создании организационной структуры публично-правовых радиокompаний. Данное решение было принято сегодня Первым Сенатом Федерального Конституционного Суда по заявлению правительства Земли Рейнланд-Пфальц и Гамбургского Сената.

Государственный договор о ZDF лишь частично соответствует данному требованию. В нарушение действующего законодательства доля государства и близких к государству лиц в телевизионном и в административном совете ограничена одной третью членов. Представители исполнительной власти не должны оказывать решающего влияния на выбор членов, не аффилированных с государственными органами; кроме того, следует установить запрет совмещения должностей, который будет гарантировать личную независимость членов от государства. Личная независимость при осуществлении функций членов органов управления должна быть гарантирована посредством их свободного назначения на должности и увольнения с должностей только при наличии существенных оснований. Кроме

того, следует обеспечить минимальный уровень открытости в деятельности надзорных органов. Земли обязаны принять новые соответствующие Основному закону нормы в срок до 30 июня 2015 г.

Обстоятельства дела и ход судопроизводства:

Второе Германское Телевидение (*das Zweite Deutsche Fernsehen*) функционирует на основе государственного договора о ZDF (в дальнейшем также ZDF-ГД), утвержденного актами земель. Наряду с управляющим, который в качестве центрального органа управляет делами учреждения и несет прямую ответственность за программу, государственным договором о ZDF создается два внутренних надзорных органа в виде совета по телевидению и административного совета. Со своим заявлением о проведении абстрактного контроля правовых норм правительство Земли Рейнланд-Пфальц и Сенат свободного и ганзейского города Гамбурга выступают против, по их мнению, чрезмерного влияния государства в совете по телевидению и в административном совете.

Существенные выводы Сената:

Заявления допустимы и по существу обоснованы.

1. а) Содержащаяся в ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона гарантия свободы радиовещания имеет целью установить порядок, обеспечивающий многообразие и полноту существующих мнений, распространяемых посредством радиовещания. Юридическое оформление данного порядка — задача законодателя, обладающего при этом широкой свободой действий.

б) На основании Конституции требования к организационному оформлению радиовещательных компаний должны иметь целью обеспечение многообразия. Данные требования находятся в тесной взаимосвязи с базовым решением законодателя в пользу дуального порядка радиовещания. На основании данного порядка публично-правовое радиовещание призвано внести свой вклад в содержательное многообразие в эфире, что не может быть обеспечено лишь средствами свободного рынка. Задачи публично-правовых радиовещательных компаний не ограничиваются минимальным участием на рынке или заполнением информационных пробелов и ниш, не покрытых частными компаниями, а охватывают всю полноту классического радиовещания.

в) При формировании коллегиальных органов учреждения необходимо включать в них лиц с разнообразными точками зрения и опытом, представляющих все сферы общественной жизни. При этом законодатель должен, в частности, обращать внимание на то, что преимущественно должны быть представлены не позиции отдельных ведомств и их точки зрения, которые важны для государственно-политического волеизъявления. Наряду с крупными объединениями, определяющими жизнь общества, должны быть представлены и различные небольшие группы, доступ которых к средствам массовой информации затруднен. Также должны быть представлены и разные точки зрения. Назначение членов, исходя из их связи с различными общественными группами, не означает того, что они выступают в качестве представителей данных групп. Надзорные органы, скорее, защищают интересы общественности. Обеспечение многообразия не означает противопоставление общественной сферы государству. Поэтому законодатель не ограничен в возможности предоставления определенного количества мест и представителям государства. Руководствуясь общей целью обеспечения многообразия при выборе членов, представляющих интересы государства, необходимо также обращать внимание на разнообразие их взглядов.

г) Организация публично-правового радиовещания должна одновременно удовлетворять требованию невмешательства государства, конкретизирующему требованию обеспечения разнообразия. Согласно данному требованию, государство хоть и должно организовать публично-правовое радиовещание и реализовывать данную обязанность через собственные учреждения, однако при этом государство должно гарантировать, что создание программ и их конкретное содержание не входит в число общих задач государства. Органы управления публично-правовых радиовещательных компаний должны в связи с этим формироваться таким образом, чтобы препятствовать влиянию государственных и близких к государству лиц посредством продвижения собственных интересов или определенных, в частности партийных или политических интересов, при освещении каких-либо событий в СМИ. Состав органов управления сам по себе уже должен гарантированно исключать возможность подобного манипулирования.

2. В отношении данного вопроса Конституцией установлены следующие ограничительные меры:

а) Доля государственных или близких к государству членов не должна превышать одну треть от общего, установленного законом, количества членов органа. Только когда надзорные органы отражают широкое многообразие течений в обществе, а влияние государственных или близких к государству членов на принятие решений исключено, тогда состав таких органов удовлетворяет требованиям обеспечения многообразия и требованию независимости от государства. При этом следует также учитывать влияние государственных, и в особенности партийно-политически организованных, структур коммуникации, которые сегодня представляют собой так называемые «дружеские круги». Чтобы государственные и близкие к государству члены действительно не получили чрезмерное влияние через подобные неформальные объединения, деятельность которых невозможно контролировать, их долю следует последовательно ограничивать. Влияние подобных структур на принятие решений можно исключить в достаточной мере лишь тогда, когда на одного государственного или близкого к государству члена приходится как минимум два независимых члена, то есть когда их доля не превышает одну треть законных членов соответствующего органа. Аналогичное соотношение должно соблюдаться и при создании рабочих комитетов в данных органах управления.

б) Классификация участника как государственного или близкого к государству для целей ограничения его участия определяется исходя из его функций. Решающим при этом является наличие у участника государственно-политической власти для принятия решений или его участие в конкурентной борьбе за публичную должность или мандат, в связи с чем он находится в особой зависимости от мнения широкой общественности. Данный способ рассмотрения включает, помимо членов правительств, депутатов, политиков, также избранных на руководящие должности чиновников или членов политических партий с повышенным уровнем ответственности. В отличие от перечисленных лиц лица, направленные в органы надзора из высших учебных заведений, судов или учреждений самоуправления, таких как торгово-промышленные палаты, не рассматриваются в качестве государственных или близких к государству членов для целей ограничения участия.

в) Требования обеспечения многообразия действуют, с одной стороны, для отбора государственных и близких к государству членов. Это,

в частности, подразумевает как можно более широкое представительство различных политических течений и перспективных взглядов, например федерального или функционального рода. Кроме того, необходимо учесть требование защиты равенства, закрепленное в ст. 3 абз. 2 предл. 2 Основного закона. В целом у законодателя имеется широкий простор для действия. Федеральный Конституционный Суд лишь проверяет, происходит ли оформление указанных органов с учетом принципа обеспечения многообразия, и, при реалистичном рассмотрении, приведет ли это к приемлемому результату.

г) С другой стороны, правила отбора и назначения независимых от государства членов также должны основываться на принципе обеспечения многообразия. Для предотвращения нарушения требования независимости от государства члены правительства и прочие высокопоставленные представители исполнительной власти не должны обладать определяющим влиянием в данных органах. В той мере, в которой отбор членов поручается определенным общественным группам, их предложения можно отклонять лишь в исключительных случаях, при наличии особых правовых оснований. Законодатель должен противодействовать доминированию позиций большинства и несменяемости состава органов управления радиовещанием. При этом законодатель располагает широким, недетализированным конституционным спектром возможностей регулирования. Ввиду практической необходимости ограничения количества мест в органах управления имеется опасность, что право назначения членов органов управления будет передано самым большим и наилучшим образом организованным объединениям. Данное обстоятельство приведет к структурному риску, который заключается в том, что в конкретных областях будут учитываться только общепринятые точки зрения большинства, представленного наиболее сильными объединениями, а небольшие союзы с иными взглядами не смогут получить возможность выражения своего мнения. Если группы, имеющие право на назначение, определяются законом, существует, кроме того, опасность несменяемости состава органов. Законодатель должен эффективно противодействовать данным обстоятельствам.

д) Не должны назначаться в качестве независимых от государства членов члены правительств, депутаты, политики или избираемые чиновники с руководящими функциями. Не соответствуют критерию независимости

от государства также те лица, которые выполняют ключевые функции в политических партиях. Они с неизбежностью участвуют в государственно-политической системе принятия решений и в конкурентной борьбе за должность или мандат. В каждом конкретном случае при определении критериев независимости члена от государства законодатель обладает широкими возможностями для оценки и классификации.

е) Все члены надзорных органов публично-правовых радиокompаний должны освобождаться от обязанности выполнения указаний в связи с осуществлением своих функций и могут быть отозваны только по существенному основанию. Подробное регулирование данного вопроса осуществляется законодателем.

ж) Законодатель должен принять нормы, гарантирующие обеспечение минимального уровня прозрачности деятельности надзорных органов публично-правовых радиокompаний. Конституция подробно не устанавливает, какая степень прозрачности необходима для реализации функций радиокompаний в соответствии с целями их деятельности. К критериям обеспечения необходимого минимума относится, однако, информирование о составе органов и комитетов, а также об актуальных повестках дня, своевременная публикация протоколов заседаний после их проведения или информирование общественности иным способом о предмете и результатах заседаний.

3. а) Нормы о составе совета по телевидению, закрепленные в § 21 ZDF-ГД, нарушают в различной степени ст. 5 абз. 2 предл. 2 Основного закона.

Доля непосредственно назначенных государственных или близких к государству членов совета по телевидению превышает конституционно установленную границу в одну треть членов. Согласно установленным предельным значениям, в настоящее время в совет входят 16 представителей земель, 3 представителя Федерации, 12 представителей политических партий и 3 представителя муниципальных образований. Совместно их доля составляет около 44 % членов совета по телевидению. При решениях, требующих большинства в три пятых членов, установленных законом, они составляют блокирующее меньшинство.

§ 21 абз. 3 во взаимосвязи с абз. 6 ZDF-ГД, согласно которому назначаемые лица в соответствии с § 21 абз. 1 п. «g»-«q» ZDF-ГД, должны назначаться на основе по возможности единодушных предложений трех лиц

премьер-министрами, не вызывает сомнений только при толковании в соответствии с Конституцией. Данные нормы могут и должны в соответствии с актуальной практикой толковаться таким образом, что премьер-министры по сути привязаны к соответствующим спискам, предложенным объединениями или организациями, имеющими право предложения членов, и что отклонение от данных списков возможно только при наличии особых правовых оснований.

В отличие от этого назначение названных в § 21 абз. 1 п. «г» ZDF-ГД членов, которые согласно § 21 абз. 4 во взаимосвязи с абз. 6 ZDF-ГД без дальнейших условий должны как можно более единодушно избираться премьер-министрами, не соответствует требованию о назначении лиц, независимых от государства, в качестве членов. Принятие решения об избрании конкретного члена в настоящее время находится непосредственно в руках исполнительной власти.

§ 21 абз. 1 ZDF-ГД в той мере не удовлетворяет конституционно-правовым требованиям на независимое от государства формирование органов управления, в которой в отношении независимых от государства членов не устанавливается запрета совмещения должностей, а относительно всех членов не устанавливается достаточных гарантий их самостоятельности. Кроме того, отсутствует нормативно-правовое регулирование, обеспечивающее минимальный уровень прозрачности работы совета по телевидению; ограничительных норм в уставе ZDF и в регламенте совета по телевидению для этого недостаточно.

б) Нормы, касающиеся состава административного совета, согласно § 24 ZDF-ГД по тем же причинам нарушают ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона.

Доля государственных членов (6 членов из 14) в соответствии с § 24 абз. 1 пунктами «а» и «с» ZDF-ГД превышает конституционно установленную верхнюю границу в одну треть. Кроме того, государственные члены при решениях, требующих большинства в три пятых голосов законных членов, составляют блокирующее меньшинство. Неконституционной данная норма является и потому, что назначенные в соответствии с § 24 абз. 1 п. «б» ZDF-ГД лица избираются советом по телевидению, который недостаточно независим от государства, и в отношении них не устанавливается запретов совмещения должностей.

Как часть членов совета по телевидению, так и члены административного совета не обладают достаточными гарантиями обеспечения их личного правового положения. Кроме того, отсутствует законодательное регулирование относительно прозрачности работы административного совета.

4. Поскольку § 21 и 24 ZDF-ГД нарушают ст. 5 абз. 1 предл. 2 Основного закона, следует констатировать лишь их несоответствие Основному закону в связи с указанием на то, что они могут применяться на переходный период до принятия новых правовых норм. Земли должны принять новые законы, соответствующие конституционно-правовым требованиям и распространяющие свое действие на ближайшие выборы надзорных органов в соответствии с графиком их проведения, в срок до 30 июня 2015 г.

Особое мнение судьи Паулус:

Я не могу согласиться с решением в той мере, в которой оно объявляет допустимым с точки зрения конституционного права в свободном от государства, или хотя бы «отдаленном от государства» Втором Германском Телевидении участие членов исполнительной власти в надзорных органах. Публично-правовое телевидение не служит распространению государственной информации, а служит выражению многообразия мнений и общественных позиций в эфире. Данный принцип судебной практики Федерального Конституционного Суда я считаю и в отношении данного решения применимым. Однако решение лишь отчасти направлено на реализацию особого подхода, хотя после первого решения о телевидении было определено, что состав надзорных органов Второго Германского Телевидения не соответствует принципу независимости от государства. Данные органы — и вместе с ними компании — приспособляются к политике, а не политика приспособляется к задачам органов.

Если в надзорных органах радиовещания и телевидения господствуют лица, контроль за которыми они, среди прочего, и должны сделать возможным, тогда можно констатировать ущемление функций надзорных органов. Посредством возможности направления представителей исполнительной власти решение переквалифицирует государственную власть из угрозы многообразию мнений в элемент обеспечения именно этого многообразия. По моему мнению, квота в треть, охватывающая государственных и «близких к государству» представителей, недостаточна для

обеспечения многообразия на Втором Германском Телевидении. Более того, я считаю широкую свободу надзорных органов от представителей государства необходимой, чтобы — по примеру большинства земельных компаний — защитить контрольные органы Второго Германского Телевидения от государственного влияния. Здесь опасность политических манипуляций выше, чем среди членов парламентов и партий, которых Конституция рассматривает как посредников между государством и гражданами.

В крайнем случае, можно допустить содействие ограниченного количества членов исполнительной власти в совете по телевидению в смысле участия федеральной власти. Но полностью следует исключить членство представителей исполнительной власти земель в административном совете. В связи с этим нечеткие предписания данного решения о плюрализме представителей государства едва ли приведут к действительному обеспечению многообразия.

§ 16. Свобода творческой и научной деятельности (Ст. 5 III Основного закона)

90) BVerfGE 30, 173

(Mephisto / Мефистофель)

1. Статья 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона является нормой-принципом морально-этического характера, регулирующей связь искусства и государства. Вместе с тем она предоставляет индивиду право на свободу.

2. Гарантия свободы творчества касается не только творческой деятельности, но и подачи и распространения произведения искусства.

3. На право свободы творчества может сослаться также и книгоиздатель.

4. На свободу творчества не распространяются ни ограничения ст. 5 абз. 2 Основного закона, ни ст. 2 вторая часть предложения абз. 1 Основного закона.

5. Конфликт между гарантией свободы творчества и личными правами, защищенными нормами конституционного права, должен решаться в соответствии с системой ценностей Основного закона; при этом особенно следует учитывать гарантированное в ст. 1 абз. 1 Основного закона достоинство человека.

**Решение Первого Сената от 24 февраля 1971 г.
– 1 BvR 435/68 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

I.

Конституционная жалоба направлена против запрета, которого добился приемный сын и единственный наследник актера и художественного руководителя Густава Грюндгенса в отношении заявителя, тиражировать, распространять и публиковать книгу «Мефистофель. История одной карьеры» Клауса Манна.

Автор, который в 1933 г. эмигрировал из Германии, опубликовал роман в 1936 г. в издательстве «Кверидо» в Амстердаме. После его смерти в 1949 г. роман был издан в издательстве «Ауфбау» в Восточном Берлине.

Роман рассказывает о восхождении очень талантливого актера Гендрика Геффгена, который отрекается от своих политических убеждений и отвергает все человеческие и этические связи, чтобы по договоренности с властями национал-социалистической Германии сделать творческую карьеру. Роман раскрывает психические, духовные и социологические предпосылки, которые сделали возможным этот подъем.

Прообразом персонажа романа Гендрика Геффгена послужил актер Густав Грюндгенс.

[...]

III.

Статья 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона объявляет искусство, наряду с наукой, исследованиями и преподаванием, свободным. Вместе с данной гарантией свободы статья 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона согласно букве и духу закона содержит, прежде всего, объективную норму-принцип морально-этического характера, регулирующую связь искусства и государства. Вместе с тем норма предоставляет каждому, кто осуществляет деятельность в этой области, право индивида на свободу.

1. Сфера жизни «искусство» определяется структурными признаками, на которые сущность искусства наложила свой отпечаток и которые свойственны только ему. Из них должно исходить толкование понятия искусства, содержащееся в Конституции. Существенным для творческой деятельности является свободное творческое решение, в котором впечатления,

опыт, переживания деятеля искусства посредством определенного языка форм представляются для непосредственного восприятия. Вся творческая деятельность представляет собой взаимное проникновение сознательных и неосознанных процессов, которые нельзя объяснить с помощью разума. В творческой деятельности взаимодействуют интуиция, фантазия и творческий ум; изначально она является не сообщением, а выражением, и причем наиболее непосредственным выражением индивидуальной личности деятеля искусства.

Гарантия свободы творчества касается в одинаковой степени «области создания» и «области действия» творческой деятельности. Обе области составляют неразрывное единство. Не только творческая деятельность (область создания), но, кроме того, подача, и распространение произведения искусства являются, по существу, необходимыми для знакомства с произведением как специфическим творческим процессом; данная «область действия», в которой общественность получает доступ к произведению искусства, является той почвой, из которой, прежде всего, выросла гарантия свободы согласно ст. 5 абз. 3 Основного закона.

[...]

3. Статья 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона широко гарантирует свободу деятельности в области искусства. В той мере, в какой для установления отношений между деятелем искусства и публикой потребуются публицистические коммуникативные средства, деятельность лиц, осуществляющих подобную посредническую деятельность, также защищается гарантией свободы творчества.

[...]

4. Искусство с его самостоятельностью и автономией безусловно гарантировано ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона. Попытки ограничить гарантию свободы творчества посредством оценочного сужения понятия искусства, расширительного толкования или аналогии с ограничениями, предусмотренными другими положениями Конституции, должны оставаться безуспешными ввиду ясных предписаний ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона. Неприменим, в частности, как справедливо полагает также Федеральный Верховный Суд, ст. 5 абзац 2 Основного закона, ограничивающий основные права из ст. 5 абз. 1 Основного закона. Систематическое разделение областей, которым предоставлены гарантии в ст. 5 Основного закона, учитывает положения абз. 3 данной нормы

в отношении абз. 1 как *lex specialis* и запрещает по этой причине применять ограничения абз. 2 в отношении указанных в абз. 3 областей. Точно так же было бы недопустимо из цельного литературного произведения выделить отдельные части и рассматривать их в качестве выражения мнения в смысле ст. 5 абз. 1 Основного закона, на которое тогда распространились бы ограничения абз. 2. И история возникновения ст. 5 абз. 3 Основного закона не дает оснований полагать, что авторы Конституции хотели бы рассматривать свободу творчества как частный случай свободы выражения мнения.

[...]

Следует также отвергнуть мнение, что свобода творчества согласно ст. 2 второй части предложения абз. 1 Основного закона ограничена правами других, конституционным строем и нравственным законом. Данная точка зрения несовместима с признанным Федеральным Конституционным Судом в устоявшейся судебной практике отношением субсидиарной нормы ст. 2 абз. 1 Основного закона к специальным нормам об отдельных свободах (ср., в частности, BVerfGE 6, 32 [36 и далее]; 9, 63 [73]; 9, 73 [77]; 9, 338 [343]; 10, 55 [58]; 10, 185 [199]; 11, 234 [238]; 21, 227 [234]; 23, 50 [55 и далее]), которое не допускает распространение оговорки об ответственности второй половины предложения ст. 2 абз. 1 Основного закона на защищенные особыми основными правами области жизни. По тем же соображениям запрещается обращаться к ст. 2 абз. 1 Основного закона как к правилу толкования для интерпретации смыслового содержания ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона. Данное ограничительное регулирование также неприменимо к «области действия» творчества.

5. С другой стороны, свобода не предоставляется безгранично. Гарантия свободы в ст. 5 абз. 2 предл. 1 Основного закона исходит, как все основные права, из образа человека согласно Основному закону, т. е. из человека как самостоятельной личности, которая свободно развивается внутри социума (BVerfGE 4, 7 [15 и далее]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]; 27, 1 [7]). Однако безоговорочность основного права имеет то значение, что границы гарантии свободы творчества определяются только самой Конституцией. Так как гарантия свободы творчества не содержит оговорку о простом законодателе, она не может быть признана относительной ни общим правопорядком, ни неопределенной оговоркой, создающей без конституционно-правовой базы и без достаточного

государственно-правового обеспечения угрозу для ценностей, необходимых для дальнейшего существования государственного сообщества. Напротив, конфликт, который надлежит учитывать в рамках гарантии свободы творчества, должен решиться в соответствии с системой ценностей Основного закона и с учетом единства данной основополагающей системы ценностей посредством толкования Конституции. Как часть системы ценностей Основного закона свобода творчества, в частности, связана с гарантированным в ст. 1 Основного закона достоинством человека, которое, будучи высшей ценностью, господствует над всей системой ценностей основных прав (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]). Тем не менее гарантия свободы творчества может вступить в конфликт с равным образом защищенной Конституцией областью личности, так как произведение искусства может оказывать свое действие на социальном уровне.
[...]

IV.

В соответствии с этим Федеральный Конституционный Суд должен решить, учли ли суды в предпринятом ими сопоставлении защищенной ст. 1 абз. 1 Основного закона области личности покойного Густава Грюндгена и его приемного сына и защищенной ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона свободой творчества изложенные выше принципы. При решении данного вопроса голоса в Сенате разделились поровну. Следовательно, в соответствии с § 15 абз. 2 предл. 4 Федерального закона о Федеральном Конституционном Суде не могло быть установлено, что оспариваемые решения противоречат Основному закону.
[...]

91) BVerfGE 67, 213

(Anachronistischer Zug / «Анахроничное шествие» или «Свобода» и «Демократия»)

Касательно пределов действия гарантии свободы творчества (ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона) в целях оценки деятельности уличного политического театра с точки зрения уголовного права.

Решение Первого Сената от 17 июля 1984 г.

– 1 BvR 816/82 –

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ РЕШЕНИЯ

Приговор Участкового суда г. Кемптена (Альгойя) от 30 октября 1981 г. — Ls 20 Js 12777/80 — и решение Верховного земельного суда Баварии от 30 апреля 1982 г. — 5 St 91/82 — нарушают основное право заявителя, предусмотренное ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона, и отменяются в той степени, в какой они нарушают указанные права. Дело направляется на новое рассмотрение и разрешение в Участковый суд г. Кемптена.

Свободное государство Бавария обязано возместить заявителю понесенные расходы.

ОСНОВАНИЯ

А.

Предметом конституционной жалобы является вопрос о том, действует ли гарантия свободы творчества согласно ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона в отношении оценки действий политического уличного театра как оскорбления.

I.

1. Поэт Бертольт Брехт, основываясь на написанном в 1819/20 гг. стихотворении Пирси Биши Шелли «The Masque of Anarchy. Written on the Occasion of the Massacre in Manchester», повествующем о кровавом подавлении восстания рабочих при Петерлоо, написал в 1947 г. стихотворение «Der Anachronistischer Zug oder Freiheit und Demokratie» («Свобода» и «Демократия»). В этом стихотворении он описывает колонну, шествующую через разрушенную Германию с двумя старыми «скрижалями» с заголовками «Свобода» и «Демократия». Участниками демонстрации являются, среди всего прочего, священнослужитель, идущий с крестом, концы которого переклеены; представители оборонной промышленности; учителя, выступающие за воспитание немецкой молодежи как добродетельных палачей; медики, которые ругают коммунистов за их опыты над людьми; сотрудники, отвечающие за газовые камеры; занимающие высокие посты бывшие нацисты; требующие свободу прессы редакторы газеты «Штюрмер»; судья, освобождавший всех причастных к гитлеризму; «мишостью фюрера «мастера искусств» хором славят искренность чувств».

В «столице движения» к колонне присоединились шесть «партийцев»: подавление, награда, обман, глупость, убийство и кража, которые также

требуют свободы и демократии и которых Бертольт Брехт описывает следующими строками:

Кнут держа в руке костлявой, проезжает Гнет кровавый, и (подарок от господ) броневик его везет. В танке, прикрывая язвы, едет гнусная Проказа; чтобы скрыть изъяны кожи — бант коричневый на роже. Следом Ложь ползет блудливо с даровым бокалом пива; хочешь даром пиво пить — нужно деток совратить. Вот — проныра из проныр — Глупость, дряхлая, как мир, едет, держит две вожжи, не спуская глаз со Лжи. Свесив с кресла нож кривой, важно движется Разбой и поет, смакуя виски, о свободе — по-английски. Наконец, пьяным-пьяна, едет наглая Война. И фельдмаршалским мундиром прикрывает глобус Мира. И шестерка этих сытых, всякой мерзостью набитых, едет нагло и орет: «Демократий и свобод!»¹⁰.

2. Это стихотворение Брехта послужило привязкой для политического уличного театра в борьбе на выборах в Бундестаг 1980 г. для политических противников тогдашнего кандидата в канцлеры от ХДС/ХСС — баварского премьер-министра Франца Йозефа Штрауса. Согласно лежащей в его основе театральной программке с заголовком «Шествие во спасение отечества или свобода и демократия» примером шествия с участием автомобилей и пешеходов должно было стать стихотворение Брехта, причем шествие также и без стихотворения должно было быть «описанием действительности». В поездке по Федеративной Республике в период с 15 сентября по 4 октября 1980 г. в поселках и городах должны были разыгрываться сцены и зачитываться стихотворение, что, собственно, и происходило.

Шествие должно было начинаться с автомобиля, везущего большой колокол с заголовком «Свобода и Демократия». За ним должны следовать, в том числе, открытый автомобиль с «генералом», военный с ракетой и военным оркестром, три черных лимузина (с обозначениями СИ-МЕНС, ФЛ-ИК, ТИС–СЕН), машина с «членами народного трибунала» и машина с одетыми в черную форму служащими частного охранного агентства.

В продолжение к лозунгу предвыборной программы ХДС/ХСС «Свобода вместо социализма» для шествия были предусмотрены транспаранты с такими заголовками, как «Свобода вместо масла», «За победу

¹⁰ Пер. С. Кирсанова.

в Третьей мировой войне», «Свобода вместо коммунизма», «За Германию в границах 1937 г.», «Свобода вместо политики», «За право на цветную газету», «Свобода вместо конфискации», «Свобода для нас», «Фрейслер вместо Шпандану». Шествие должна была завершать машина, по поводу которой в театральной программке дословно было сказано: «После того как шествие так постаралось разбудить созывающий рекрутов барабан для Франца Йозефа Штрауса, появился и он сам: в большом открытом автомобиле кто-то сидит или стоит в его маске рядом с водителем, одна рука на ветровом стекле, другой рукой он машет или раскачивает табличку с надписью «Свобода и демократия» (которую он непременно должен иметь при себе). Коротко: Штраус отмечает победителя, которым он хочет быть, лучший, которого себе только можно представить. Однако, как это указано в стихотворении, в автомобиле также сидят, сначала практически незаметно, шесть мучеников в образе «шести партийцев» из «коричневого дома»: подавление в маске Гейдриха, награда в маске Гитлера, обман в маске Геббельса, глупость в маске Лея, убийство в маске Гимmlера и кража в маске Геринга. Этот состав пассажиров автомобиля не выражает никакого безмятежного отношения. Наоборот: что потом прослеживается в строках стихотворения Брехта, это являет собой представление жестких противоречий, которые Штраус неуклонно проводит.

При упоминании ключевых слов (подавление, обман и т. д.) соответствующие куклы (мученики) должны приподниматься, а потом исполнитель баварского премьер-министра снова — в первую очередь успешно — возвращает их на свои места, незадолго до окончания стихотворения все шесть фигур поднимаются, оборачивают свой взор на премьер-министра и демонстративно оставляют высоко поднятую им табличку с надписью «Свобода и демократия». Театральная программка при этом особо отмечает:

«Характер борьбы, равно как и ее приятный исход (политика, желающая воспользоваться достоинствами гитлеризма-фашизма, без ее недостатков, невозможна, а привела бы только к еще большей катастрофе), мог быть особенно ясным в том, что такая борьба имеет место быть между человеком в маске Штрауса, с одной стороны, и механически, машинально двигающимися фигурами, с другой стороны, то есть фигурами, от которых ожидается, что они все еще будут появляться, даже и в том случае, если Штраус серьезно докажет, что он «лучший».

3. Заявителю в «Анахроничном шествии» была предложена роль тогдашнего кандидата на должность канцлера, сидящего рядом с водителем, в целях чего ему необходимо было надеть белую маску с чертами лица кандидата. В первой половине дня 15 сентября 1980 г. в назначенное ландратом место в Зонтхофене прибыла демонстрация, там он, следуя указаниям театральной программки, вошел в состав и был проверен на предмет соблюдения требований органов порядка. Верх последнего автомобиля был опущен таким образом, что шесть кукол были видны. Заявитель сидел или стоял рядом с водителем и надел маску. По требованию представителей прессы и сотрудников полиции он много раз вставал лицом к куклам и поднимал табличку с заголовком «Гитлер должен однажды умереть». Гидравлика в автомобиле была приведена в действие, на что куклы встали строем, а потом снова сели. Стихотворение Брехта не было зачитано.

25 сентября 1980 г. шествие дошло до Касселя. Пока колонна перед декламацией стихотворения формировалась, верх последнего автомобиля был снова опущен таким образом, что куклы стали видны для стоявшей вокруг толпы людей. Заявитель стоял рядом с водителем с надетой белой маской.

II.

Описанные фактические обстоятельства Участковый суд расценил как оскорбление баварского премьер-министра, подал заявление об уголовном преследовании и присоединился как обвинитель к инициированному против заявителя уголовному процессу по двум связанным между собой делам и приговорил заявителя, а также его соучастницу шествия к денежному штрафу.

[...]

Апелляцию заявителя и его обвиняемой соучастницы шествия, в рамках которой в особенности ставился вопрос о нарушении ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона, Верховный земельный суд Баварии расценил как очевидно необоснованную.

III.

1. В своей конституционной жалобе заявитель ставит вопрос о нарушении его основных прав, вытекающих из ст. 5 абз. 3 предл. 1, ст. 5 абз. 1, ст. 3 абз. 1, ст. 3 абз. 3, ст. 2 абз. 1 и ст. 1 Основного закона. [...]

Б.

[...]

В.

Конституционная жалоба обоснованна. Обжалуемые решения нарушают основные права заявителя, предусмотренные в ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона.

I.

[...]

II.

Мероприятие «Анахроничное шествие» попадает под сферу регулирования основного права на свободу творчества (ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона), через призму которого надлежит оценивать обжалуемые решения в обозначенном объеме.

1. Предоставление гарантии свободы творчества содержит в себе согласно букве и духу закона объективную норму, регулиющую отношение сферы жизни «искусство» и государства. В то же самое время положение предоставляет каждому, кто осуществляет свою деятельность в указанной области, индивидуальное право свободы. Указанная норма касается в равной степени также «области действия» подачи и распространения произведения искусства, в рамках которой общественность получает доступ к произведению искусства (BVerfGE 30, 173 [188 и далее]). В Основном законе гарантия появилась под влиянием печального опыта, пережитого деятелями искусства во время национал-социалистического господства. Этот факт имеет значение для толкования ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона: гарантия свободы творчества не может быть ограничена ни ценностным сужением понятия «искусство», ни расширительным толкованием или аналогией в отношении ограничительного регулирования иных конституционных положений (BVerfGE в указанном месте [191]).

2. Сфера жизни «искусство» определяется структурными признаками, на которые сущность искусства наложила свой отпечаток и которые свойственны только ему. Насколько далеко распространяется гарантия свободы творчества согласно Конституции, и что она в отдельных случаях означает, не поддается описанию общим понятием, действующим в отношении всех форм выражения искусства и в отношении всех видов искусства (ср. BVerfGE в указанном месте [183 и далее]).

а) Предыдущие попытки теории искусства (включая размышления деятелей искусства о своем деле) прояснить свою сущность не дали достаточного определения, таким образом, не представляется возможным привязать искусство к какому-то четкому определению во внеправовом поле. Тот факт, что в теории искусства отсутствует какой-либо консенсус относительно его объективных масштабов, связан, прежде всего, с особенной чертой сферы искусства: «авангард» имеет своей целью расширить границы искусства. Это и повсеместно распространенное недоверие деятелей искусства и теоретиков искусства по отношению к закостенелым формам и строгим правилам представляют собой своеобразие сферы жизни искусства. Их надлежит уважать. Такие особенности указывают на то, что только широкое понятие искусства может привести к адекватным решениям вопросов.

б) Невозможность дать общее понятие искусству не освобождает, однако, от конституционно-правовой обязанности защищать свободу творчества как сферы жизни, то есть в конкретном случае правоприменительной деятельности решать, имеют ли место условия ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона.

Литература и судебная практика по вопросам практического применения законов, содержащих «искусство» как элемент нормы права, выработали формулы и критерии разграничения, однако этого не достаточно для толкования конституционной гарантии, так как обычное толкование нормы права ориентировано на разные цели правового регулирования.

Далеко идущие попытки выработать конституционно-правовое определение понятия, очевидно, только частично затрагивают отдельные аспекты; они могут претендовать на применение только в отношении отдельных отраслей творческой деятельности [...]. Тем не менее указанные попытки несут в себе убедительные точки зрения, которые в своей совокупности в конкретном случае позволяют принять решение о том, подпадают ли фактические обстоятельства в сферу действия ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона.

3. а) Федеральный Конституционный Суд указал в качестве существенного для творческой деятельности «свободное творческое решение», «в котором впечатления, опыт, переживания деятеля искусства посредством определенного языка форм представляются для непосредственного восприятия». Любая творческая деятельность представляет собой взаимное

проникновение сознательных и неосознанных процессов, которые нельзя объяснить с помощью разума. В творческой деятельности взаимодействуют интуиция, фантазия и творческий ум; изначально она является не сообщением, а выражением, и причем наиболее непосредственным выражением индивидуальной личности деятеля искусства (BVerfGE 30, 173 [189]). Аналогичные попытки материальных, ценностно ориентированных описаний в литературе подчеркивают, в том числе, черты творчества, выражения личных переживаний, оформления, а также коммуникативной передачи смысла [...].

Описанным выше требованиям удовлетворяют внешние признаки «Анахроничного шествия». Творческие элементы присутствуют не только в стихотворении Брехта, но и наблюдаются в его образной интерпретации. Стихотворение и его преподнесение могут быть рассмотрены как достаточно «оформленные». Общий и персональный исторический опыт должен — через призму актуальной политической ситуации — быть выражен и представлен для непосредственного восприятия.

б) Если существенные признаки произведения искусства видятся в том, что при формальном, типовом рассмотрении удовлетворяются родовые требования какого-либо конкретного типа произведения искусства, тогда в основе лежит скорее формальное определение искусства, которое связано с деятельностью и результатами, например, живописи, скульптуры, поэзии ([...], так, не может быть оспорено своеобразие «Анахроничного шествия» как произведения искусства. Лежащее в его исполнении стихотворение является также одной из классических форм творческого выражения, как преподнесение в театральной форме, воспроизводимой актерами (с масками и реквизитами) по определенному сценарию на сцене. При этом ничего не меняется от того, что используется специальная форма «уличного театра»; фиксированно установленные сцены не предоставляют преимуществ по сравнению с передвижным театром — театральной формой с давними традициями.

в) Также и в том случае, когда существенный признак творческого выражения видится в том, что вследствие многообразия выразительности становится возможным получить многие значения из изложения путем постоянной интерпретации так, что это на практике нетворческая, многоуровневая передача информации, такой отличительный признак присутствует в «Анахроничном шествии». Уже описанная, особенная форма

личного театра приводит к тому, что создается дистанция к зрителю, а он при просмотре абсолютно уверен, что перед ним играет «театр». Стихотворение, само по себе поддающееся многозначной интерпретации, хотя и становится более однозначным в направленности своей цели через его актуализацию и аллюзию на современных личностей и события, однако остается в своем содержании многозначным, как и прежде, в особенности это содержание не непосредственно, а, наоборот, опосредованно собрано из различных элементов (например, тексты на плакатах, куклы, переодетые люди, группы людей).

г) Если мероприятие «Анахроничное шествие» подпадает под сферу действия ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона, то поверхностное и однозначное политическое намерение организаторов мероприятия не сможет ничего изменить. В таком случае невозможно установить обязательные правила и ценности для творческой деятельности, когда деятель искусства полемизирует с происходящим в настоящее время. Область «деятельного искусства» не исключается из сферы действия гарантии свободы (BVerfGE 30, 173 [190 и далее]).

III.

1. Искусство в своей самобытности и автономии, безусловно, гарантируется ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона; не действуют непосредственно или по аналогии ни границы второй части предложения абз. 1 ст. 2 Основного закона, ни границы ст. 5 абз. 2 Основного закона (BVerfGE 30, 173 [191 и далее]). Напротив, свобода творчества может найти свои границы непосредственно в других положениях Конституции, которые осуществляют защиту важного правового блага в конституционном строе Основного закона. Это действует, в частности, в отношении защиты личности, предусмотренной в ст. 2 абз. 1 в совокупности с ст. 1 абз. 1 Основного закона. При этом свобода творчества создает, в свою очередь, границы для права личности. Для того чтобы установить такие границы в каждом конкретном случае, в рамках судебного разбирательства, очевидно, не является достаточным установить ущемление права личности — в данном случае в форме оскорбления — без учета свободы творчества: необходимо установить, является ли такое оскорбление настолько тяжелым, что свобода творчества должна быть отодвинута на второй план; незначительное ущемление или одна возможность существенного ущемления не являются достаточными в свете большого значения свободы

творчества. Если существует возможность без сомнений установить существенное ущемление права личности, она не может быть обоснована свободой творчества.

2. Участковый суд недооценил следующие из изложенного выше конституционно-правовые требования:

а) творческие выражения являются поддающимися интерпретации и требующими интерпретации; неотъемлемым элементом такой интерпретации является взгляд на произведение как единое целое. Отсюда запрещается оставлять без внимания отдельные части произведения искусства из всей его совокупности и, в особенности, исследовать, следует ли оценивать такие части как преступление. Вместе с тем с конституционно-правовой точки зрения следует возразить, если участковый суд вменяет, что инкриминированные действия могли бы случиться вне фактической постановки, из чего делает вывод, что статья 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона не подлежит применению. При этом не признается исключительно практическая необходимость осуществить подготовительные мероприятия (разработка плана шествия) или сгруппировать участников (событие в Касселе). В этом контексте следует учесть, что в современном театре видимая подготовка может быть включена в творческий концепт в целом.

Хотя символичное изложение с помощью кукол и транспарантов имеет ценностное значение и вне постановки. Однако такая ситуация была предотвращена организаторами шествия вследствие предупреждения о шествии в силу продвижений на большие расстояния. Такой вывод не меняет также и тот факт, что в Зонтхофере шествие не могло начать свое представление незамедлительно. За это событие не несли ответственность ни заявитель, ни организаторы шествия, так как это зависело от требований органов порядка. Также им нельзя вменить фотографирование полицией в целях «обеспечения доказательств». Фотографирование журналистами осуществлялось в рамках привлечения к себе внимания, фотографии являются пробными и их можно сравнить с фотографиями классических театров.

Равным образом, как следует из вышеизложенного, Конституция упускает, что при установлении оскорбления следует исходить не из требуемого ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона всеобъемлющего просмотра, а из оценки автомобиля с мучениками.

б) Кроме того, участковый суд упустил тот факт, что при таком предложенном общем рассмотрении могли бы существовать различные варианты интерпретаций.

Не требовалось здесь окончательного решения относительно того, из какого масштаба следует исходить, если творческие высказывания оцениваются с точки зрения уголовного права. Особенно через призму того, что это по общему правилу и для всех форм искусства едва возможно. Абсолютно несведущий в формах проявления искусства человек, очевидно, не может устанавливать масштабы, если речь идет о понимании искусства. С другой стороны, нельзя также и полагаться на в целом имеющего искусствоведческое образование человека, в любом случае не тогда, когда действие искусства направлено на случайную публику на улице, как в настоящем случае. В настоящем деле является достаточным задаться вопросом, как пешеход, который готов был наблюдать за шествием и исполнением стихотворения, мог интерпретировать «автомобиль с мучениками».

Понимание было бы и тогда возможным, если бы обвинитель сидел с руководителями нацистского движения в той же машине, отождествлял себя с ними и разделял их политические цели. При более подробном рассмотрении содержания стихотворения может сложиться впечатление, что хотя и борьба против нацизма ведется, однако она такая лицемерная и лживая, как и дистанцирование от нацистского прошлого в стихотворении Брехта.

Другой наблюдатель может прийти к выводу, что обвинитель борется с воплощением (материализацией) национал-социализма, пусть даже и безуспешно. Аналогично зритель, который непосредственно или опосредованно ставит умыслы либретто на первый план своих впечатлений, увидел бы тоже такую борьбу, но с дополнительным умозаключением о том, что обвинитель как влиятельный, представленный как политик правого толка, особенно нуждается в разграничении, и старые национал-социалистические идеи будут снова претворяться в жизнь.

Исходя из этих вариантов интерпретации случившегося, которые близки к интерпретации фактических обстоятельств участкового суда, в любом случае не получается принять решение по уголовному делу лишь с помощью фигуры «рассудительного пешехода» и ориентироваться на мимо проходящего наивного наблюдателя, который игнорирует «борьбу» с куклами.

3. Обжалуемые решения основываются на изложенных ошибках. Нельзя исключить, что суды при соблюдении указанных конституционно-правовых

требований приняли бы иное решение. Вследствие этого решения должны были быть отменены; дело должно было быть направлено на новое рассмотрение в участковый суд. При повторном рассмотрении дела и принятии решения суду надлежит учитывать изложенные выше принципы соотношения свободы творчества и всеобщего права личности.

92) BVerfGE 119, 1

(Roman «Esra» / Роман «Эсра»)

1. В случае судебного запрета какого-либо романа из-за особо грубого нарушения свободы творчества Федеральный Конституционный Суд проверяет соответствие оспариваемых решений конституционно-правовой гарантии свободы творчества на основании конкретных обстоятельств имеющегося дела.

2. Свобода творчества требует от литературного произведения, являющегося романом, особенного анализа с точки зрения искусства. Отсюда следует в особенности предположение о художественности литературного текста.

3. Свобода творчества включает в себя право на использование прототипов из реальной жизни.

4. Между объемом, в котором автор создает отделенную от действительности эстетическую реальность, и интенсивностью нарушения прав личности существует взаимосвязь. Чем сильнее образ и прототип совпадают, тем сильнее затрагивается право личности. Чем больше художественное представление затрагивает защищенный объем права личности, тем сильнее должен быть художественный образ, чтобы исключить нарушение права личности.

Решение Первого Сената от 13 июня 2007 г.

– 1 BvR1783/05 –

ОСНОВАНИЯ

A.

I.

Конституционная жалоба направлена на обжалование решений Земельного суда Мюнхена I, Высшего земельного суда Мюнхена I

и Федерального Верховного Суда, согласно которым опубликование, тиражирование и распространение представленного заявителем романа «Эсра» автора Максима Биллера подлежали запрету по причине нарушения романом общего права личности заявителя в первоначальных судебных разбирательствах.

Роман «Эсра» вышел в свет в начале 2003 г. в издательстве заявителя. В романе идет речь о любовной истории Адама и Эсры, писателя и актрисы. Отношения между главными героями романа развиваются в Швабинге (районе Мюнхена) и рассказываются Адамом от своего имени по истечении четырех лет. Любовным отношениям препятствуют обстоятельства разного рода: семья Эсры, в особенности ее властолюбивая мать, дочь Эсры от первого распавшегося брака, отец ее дочери и, прежде всего, пассивный фаталистический характер Эсры.

Хотя, с точки зрения автора и заявителя, фигуры романа являются вымышленными, оба в первоначальном судебном разбирательстве согласились, что автор в своих любовных отношениях был вдохновлен заявителем (п. 1). В дарственной надписи на экземпляре книги, переданном заявителю по п. 1, автор пишет:

«Дорогая А..., это книга для Тебя. Я написал ее только для Тебя, но я понимаю, что Ты боишься ее читать. Может быть, Ты прочитаешь ее, когда мы будем старыми, и посмотришь тогда еще раз, как сильно я Тебя любил. Максим. Берлин, 22.02.03».

В напечатанном послесловии в книге говорится:

«Все герои настоящего романа являются вымышленными. Любая схожесть с реальными людьми (живущими или умершими) является случайной и непреднамеренной».

Заявитель по п. 1 является лауреатом Федеральной кинопремии 1989 г. В 17 лет она вышла замуж. В браке родилась дочь. После развода заявительница по п. 1 имела интимные отношения с автором на протяжении полутора лет. Во время этих отношений дочь заявительницы тяжело заболела. После расставания с автором заявительница по п. 1 состояла короткое время в отношениях с бывшим школьным другом. В результате этих отношений, которые, между тем, распались, родился еще один ребенок. Заявительница по п. 2 является матерью заявительницы по п. 1. Она является лауреатом альтернативной Нобелевской премии 2000 г. и владелицей отеля в Турции.

Героиня романа Эсра представляется как зависящая от воли матери, несамостоятельная женщина, которая выиграла премию Фрица Ланга за свою роль в фильме согласно обжалуемой редакции романа. Отношение к рассказчику следует описать как непрерывную череду симпатии и антипатии и разочаровывающей любви рассказчика. По этой причине она была обречена на разрыв, так как Эсра не могла вырваться из тисков ее матери, тяжело больной дочери Айлы и отца дочери. Отношение рассказчика к героине романа Эсре представлено на различных уровнях с нарушением хронологии через возвращение к прошлому в подробностях. Роман охватывает также переживания Эсры об аборте во время беременности вторым ребенком, что в итоге не случилось, так как она — как повествуют размышления рассказчика — хотела бы иметь этого ребенка взамен своей смертельно больной дочери. Во многих местах роман повествует о сексуальных отношениях между Эсрой и рассказчиком.

Мать Эсры, героиня романа Лале, владеет отелем на Эгейском побережье Турции и согласно первоначальной редакции романа имеет альтернативную Нобелевскую премию за свою деятельность в области защиты окружающей среды, а согласно оспариваемой, переработанной в соответствии с общими стараниями редакции романа получила премию Карла Густава. Между ее биографией и биографией заявительницы по п. 2 существуют очевидные и примечательные соответствия (количество браков и детей, место жительства и место действия романа). Героине романа Лале приписывается весомая ответственность за разрыв отношений между Адамом и Эсрой. Она описана очевидно негативно. Согласно решению Федерального Верховного Суда она представлена как депрессивная, психически больная алкоголичка, которая терроризирует свою дочь и ее семью.

II.

Заявительницы обратились с заявлением сразу после выхода романа, на тот момент было продано около 4000 экземпляров. В заявлении в Земельный суд они ходатайствовали об обеспечительных мерах в виде запрета распространения романа. В ходе судебного разбирательства заявительница подала несколько ходатайств о применении такого средства судебной защиты, как запрет действия, в которых она предлагает во избежание взимания штрафа запретить публиковать роман без определенных сокращений или изменений. Судебное разбирательство закончилось

отказом в удовлетворении ходатайства о применении обеспечительной меры согласно такому средству судебной защиты, как запрет действия. После окончания судебного разбирательства по вопросу о применении обеспечительных мер заявительница опубликовала отредактированную версию романа с определенными изъятиями.

[...]

Заявительница по существу заявила, что в книге речь идет не о романе, в котором изображены фактические события, а изменены лишь герои. Существенная часть того, что случилось в романе, не имело место в жизни. Не является верным, что действия и лица в существенной своей части взяты из биографий заявительниц.

3. Земельный суд вынес решение в отношении заявительницы прекратить публикацию, тиражирование, распространение, рекламу книги «Эсра» под угрозой наложения административного штрафа.

Б.

I.

В своей конституционной жалобе заявительница ссылается также на нарушение ее права, предусмотренного ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона, обжалуемыми решениями.

[...]

В.

Конституционная жалоба обоснована частично. Обжалуемые решения нарушают основные права заявительницы, предусмотренные в предл. 1 абз. 3 ст. 5 Основного закона, если они присуждают заявительнице по п. 2 требование о прекращении действия.

I.

Оспариваемые конституционной жалобой решения затрагивают сферу действия основного права — свободу творчества — заявительницы согласно ст. 5 абз. 3 предл. 1 Основного закона.

1. Независимо от повторно отмечаемой Федеральным Конституционным Судом сложности определения понятия «искусство» (см. BVerfGE 30, 173 [188 и далее]; 67, 213 [224 и далее]), роман «Эсра» представляет собой художественное произведение согласно соответствующей точке зрения в оспариваемых решениях, а именно являет собой свободное творческое оформление, в котором воплощаются впечатления, опыт и переживания деятеля искусства посредством языка форм (см. BVerfGE 30, 173 [188

и далее]; 67, 213 [226]; 75, 369 [377]). Также и в том случае, когда предмет спора, который привел к настоящей конституционной жалобе, представляет собой тот объем, в котором автор в своем произведении описывает существующее лицо, в таком случае очевидно намерение автора представить такую действительность в художественном стиле.

[...]

3. Гарантия свободы творчества касается в равной степени как «области создания», так и «области действия» творческой деятельности. Не только творческая деятельность («область действия»), но и преподнесение и распространение произведения искусства являются по существу необходимыми для обращения с произведением как со специфическим явлением искусства. Эта «область действия» является почвой, на которой гарантия свободы творчества, предусмотренная предл. 1 абз. 3 ст. 5 Основного закона, развила свое действие (см. Решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 30, 173 [189]; 36, 321 [331]; 67, 213 [224]; 81, 278 [292]).

4. На это основное право заявительница вправе ссылаться как издатель. Предложение 1 абз. 3 ст. 5 Основного закона широко гарантирует свободу деятельности в области творчества. Если это требуется для установления отношений между деятелем искусства и аудиторией публицистических СМИ, подпадают под защиту свободы искусства также лица, которые осуществляют такую посредническую деятельность (ср. BVerfGE 30, 173 [191]; 36, 321 [331]; 77, 240 [251, 254]; 81, 278 [292]; 82, 1 [6]).

[...]

II.

Вмешательство в основное право на свободу искусства заявительницы посредством запрета романа обосновано лишь частично.

1. Свобода искусства не характеризуется однозначным требованием дополнительного законодательного регулирования. Однако она не гарантирована в неограниченной мере, а находит свои рамки непосредственно в иных положениях Конституции, которые также направлены на охрану существенных правовых интересов (ср. BVerfGE 30, 173 [193]; 67, 213 [228]).

Именно в том случае, когда понятие «искусство» трактуется широко в интересах защиты художественного самоопределения, и не делается попыток посредством узкого толкования понятия «искусство» исключить

из сферы защиты основного права художественные формы выражения, вступающие в противоречия с правами других лиц (согласно тенденции Федерального Конституционного Суда (BVerfG), Решение на основании предварительной проверки от 19 марта 1984 г. — 2 BvR1/84 —, Новый юридический еженедельник (NJW) 1984, с. 1293 [1294] — «Sprayer von Zürich / Граффитчик из Цюриха»), а когда в сферу защиты включается также область создания и область действия, то в таком случае необходимо установить, что лица, права которых затронуты действиями автора, могут защищать свои права, в том числе с учетом защиты, предоставляемой свободой искусства. В данной ситуации государственные суды обязаны учитывать основные права обеих сторон. Вторжение в сферу действия свободы искусства, на основании частных исков, представляет собой не цензуру искусства со стороны государства, а требует проверки на предмет того, соблюдены ли основные права автора и лица, интересы которого были затронуты произведением искусства, в равной степени.

Данный вывод применим и в отношении свободы личности, защищенной в абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона (ср. BVerfGE 67, 213 [228]). Ему в правоприменительной практике Федерального Конституционного Суда придается особо важное значение. В особенности это актуально в отношении достоинства личности (ср. BVerfGE 75, 369 [380]; 80, 367 [373 и далее]). Свобода личности дополняет собой урегулированные в Конституции охраняемые свободы и защищает ограниченную личную сферу жизни и поддержание ее основных условий (ср. BVerfGE 54, 148 [153]; 114, 339 [346]). Тем самым она представляет собой ограничение для художественных произведений.

Содержание данного права описано не в общих чертах, но без указания конкретных границ. К признанному содержанию данного права относится право использования собственного образа, право на общественное признание, а также личную честь (ср. BVerfGE 54, 148 [153 и далее]; 99, 185 [193]; 114, 339 [346]). Важную гарантию представляет собой защита от высказываний, которая направлена на защиту от нанесения такого вреда лицу, в особенности его положению в обществе. Общая свобода личности защищает человека, в частности, от фальсифицированных или искаженных изображений, которые имеют определенное значение для развития личности (ср. BVerfGE 97, 125 [148 и далее]; 99, 185 [193 и далее]; 114, 339 [346]).

[...]

2. Свобода личности заявителя в первоначальном процессе нарушена.

а) Причиной этому является узнаваемость прообразов романа, хотя и сам этот факт не означает нарушение свободы личности.

Обжалуемые решения основаны на том, что заявители были использованы в качестве прообразов для героинь романа Эсры и Лале, о чем можно догадаться. Данная оценка и лежащие в основе выявленные факты с конституционно-правовой точки зрения не оспариваются. [...] Когда Федеральный Конституционный Суд в своем решении «Мефистофель» установил в свое время конституционные рамки для деятельности гражданских судов, согласно которым немалое количество читателей без труда могли распознать в героине романа Хендрике Хефгене умершего актера Густава Грюндгенса, поскольку в случае с Грюндгенсом речь шла о человеке из современной истории и память о нем в обществе была еще действительно свежа (ср. BVerfGE 30, 173 [196]), при тех обстоятельствах дела это было обосновано, и не существовало необходимости в определении в качестве существенного условия с конституционно-правовой точки зрения высокой узнаваемости героев романа. Защита свободы личности от воздействия на нее произведений искусства ограничивалась помимо этого известными личностями, хотя именно узнаваемость лица в его близком кругу может нести для него особо негативные последствия (касательно дела, связанного с правами СМИ ср. Решение Первой коллегии Первого Сената Федерального Конституционного Суда (BVerfG), от 14 июля 2004 г. — 1 BvR 263/03, Новый юридический еженедельник (NJW) 2004, с. 3619 [3620]).

[...]

В настоящем случае узнаваемость заявителей была подтверждена судами, которые руководствовались вышеописанными рамками. Реальный сюжет романа однозначно трактуется уже на основании однозначной идентификации заявителей, на основании указания на полученные ими награды [...]. Суды обоснованно исходят из того, что даже переименование наград, в соответствии с их названием, представленным суду, как и прежде, указывает на их близость с фактическими обстоятельствами [...], что подтверждается соответствием и других данных, которые, в частности, перечислены в решении Высшего земельного суда и которые не устраняют возможность идентификации, а посредством

сопоставления и объединения множества обстоятельств формально накладывают его. Установление фактов, из которых можно сделать вывод об узнаваемости данных лиц, относится прежде всего к компетенции специализированных судов.

б) Свобода личности заявителей затронута в достаточной мере, что препятствует приоритетному применению свободы творчества. Герои романа, за которыми можно распознать заявителей, совершают действия и наделены такими характеристиками, что при сравнении читателем их с реальными людьми он может сделать вывод об их связи с заявителями, что достаточно для нарушения их свободы личности.

3. В то же время свобода творчества устанавливает рамки для применения свободы личности. Они применимы, в частности, при соотношении свободы творчества и свободы личности потому, что применение данного права пригодно в отношении свободы творчества в большей степени, чем иные личные права на произведения искусства (ср. по вопросу собственности Решение Комиссии по предварительной проверке Федерального Конституционного Суда (BVerfG) от 19 марта 1984 г. — 2 BvR 1/84, Новый юридический еженедельник (NJW) 1984, с. 1293), и позволяют установить рамки для определения содержания творческой свободы. В частности, существует опасность, что со ссылкой на свободу личности будет заблокирована общественная дискуссия и критика важных для общества тем (ср. Особое мнение Штайн, BVerfGE 30, 200 [206 и далее]).

[...]

Тяжесть нарушения свободы личности зависит при этом как от того, в каком объеме автор дает понять читателю, что содержание его произведения связано с реальными лицами, так и от степени вторжения в свободу личности, когда читатель устанавливает эту связь между героем произведения и реальным человеком.

а) Спецификой повествовательных художественных форм, к которым относится роман, является то, что они достаточно часто, если не постоянно, имеют связь с реальностью, которой, однако, автор дает новую эстетическую действительность. Данный вопрос требует художественной оценки, для того чтобы определить, возможно ли на основании сюжета романа читателю сделать связь с реальными событиями, чтобы на этом основании в свою очередь произвести оценку тяжести нарушения свободы личности.

Произведение искусства направлено на создание отдельной от реальной действительности собственной действительности, в которой реальная действительность на эстетическом уровне находит свое новое отношение к индивидууму. Художественное изображение в связи с этим не может оцениваться на основании критериев реального мира, а должно оцениваться на основании специальных художественных и эстетических критериев (ср. Особое мнение Штайн, BVerfGE 30, 200 [204]). Это означает, что конкуренция между свободой личности и свободой творчества должна оцениваться не только исключительно с точки зрения общественной сферы, не связанной с искусством, но и с точки зрения искусства. Решение о том, имеется ли нарушение свободы личности, может быть принято лишь при анализе всех факторов конкретного дела. При этом необходимо обратить внимание, в какой степени произведение, благодаря художественной обработке материала и интеграции в общую систему работы, отличается от реальных событий, в результате чего индивидуальное и личное превратилось в общее и символическое (ср. BVerfGE 30, 173 [195]).

Обеспечение свободы творчества требует воспринимать читателей как полностью дееспособных лиц, отличать произведение от выражения мнения и делать различие между описанием фактических обстоятельств и фиктивным повествованием. Литературное произведение, представляющее собой роман, в первую очередь необходимо оценивать как вымысел, не претендующий на достоверность. Если исходить из предположения, что литературный текст не представляет собой вымысел, то это повлечет за собой упущение такого качества романа как художественного произведения и тем самым нарушение свободы творчества. Данное предположение является отправной точкой и в том случае, когда за героями романа стоят реальные люди, в которых можно распознать прототипов персонажей произведения. Поскольку свобода творчества включает в себя подобное использование прототипов из реальной жизни, нельзя проводить параллель между правом на собственное изображение и правом на изображение собственной жизни, если за ним признается правовая защита, заключающаяся в том, чтобы лицо имело право не являться героем романа. При этом анализируемое произведение должно фактически представлять собой литературное произведение, которое не дает читателю повод соотнесения происходящего в романе с фактическими

обстоятельствами. Ложно обозначенное как роман описание реальных событий не подпадает под специальную защиту произведений искусства.

Чем сильнее автор отстраняет («обрабатывает»; ср. BVerfGE 30, 173 [195]) героя романа от его реального прототипа и превращает его в художественного героя, тем больше он будет рассматриваться с точки зрения искусства. При этом при анализе данного художественного образа не обязательно требуется полное отсутствие возможности соотнесения, однако необходимо дать однозначно понять читателю, что он не должен опираться на изложенный материал как на описание фактических реальных событий. Однако художественное произведение помимо своей художественной действительности воздействует и на реальную жизнь. Тем не менее если в результате данного двойного действия при оценке степени нарушения основных прав учитывалась бы исключительно возможность воздействия на реальную жизнь, то свобода творчества никогда бы не нашла своей реализации в случаях, когда роман касается личностей других людей. Противоположной ситуацией была бы такая ситуация, когда учитывалась бы лишь художественная реальность произведения. В таком случае свобода личности никогда бы не нашла своего выражения из-за ограничения ее со стороны свободы творчества. В связи с этим решение может быть найдено лишь при анализе, при котором будут учитываться обе свободы.

[...]

в) Между объемом, в котором автор создает отдельную от реальной жизни художественную действительность, и степенью нарушения свободы личности имеется взаимная связь. Чем больше соответствует художественный образ реальному, тем больший вес приобретает нарушение свободы личности. Чем сильнее художественное изображение использует защищенную свободой личности сферу, тем больше должна быть вымышленная часть, чтобы исключить нарушение свободы личности.

4. В соответствии с данными критериями суды в настоящем деле только частично соблюли требования свободы искусства. Они полностью удовлетворили заявления обеих заявителей, несмотря на то что имелись существенные факторы как на стороне свободы личности, так и на стороне свободы творчества.

а) Относительно заявителя по п. 2 в обжалуемых решениях не в полной мере учтена художественная точка зрения; тем самым данные решения

нарушают гарантию свободы искусства, закрепленную в предл. 1 абз. 3 ст. 5 Основного закона.

Однако не оспаривается с конституционно-правовой точки зрения тот факт, что обжалуемые решения исходили из того, что героиня романа Лале лишь в небольшой степени отличалась от заявительницы по п. 2, которая послужила для нее прототипом. В связи с этим суды установили, и этот вывод не противоречит Конституции, что заявитель по п. 2 может быть определена как прототип героини романа на основании ряда биографических признаков, в частности на основании указания на вручение премии.

Вопреки собственной точке зрения, (...) в соответствии с которой подобное соотнесение недостаточно для запрета публикации, поскольку дополнительно требуется серьезное нарушение свободы личности, суды сделали вывод, что на том основании, что Лале изображена в романе слишком негативно, в этом и заключается нарушение свободы личности. При этом, в конце концов, они исходят из того и выдвигают в качестве претензии к роману то, что не все описание, которое связано в романе с Лале, соответствует реальным обстоятельствам. При том что заявитель по п. 2 является достоверным прототипом Лале, не указывается на то, что в романе доведено до сведения читателя, что все действия и характеристики, связанные в романе с Лале, должны соотноситься читателем с заявителем по п. 2.

В решениях в недостаточной степени учтено, что роман изначально расценивается в качестве вымысла. В то же время не вызывает сомнений вывод Федерального Верховного Суда о том, что отказ от ответственности в начале или конце книги, согласно которому все совпадения с реальными лицами являются случайными и неумышленными, не является достаточным для оценки текста в качестве художественного. Данный вывод должен следовать непосредственно из самого текста. Если литературный текст представляет собой лишь расплату или носит оскорбительный характер, то в таком случае защита свободы личности будет иметь первостепенное значение.

Рассматриваемый роман, однако, не обладает такими свойствами. Несмотря на то что в «Эсре» речь идет о реалистической литературе, в том смысле, что действие романа происходит в реальных местах с реальными людьми в качестве героев, связь с которыми прослеживается.

Также в романе присутствует игра автора с границами реальности и вымысла. Автор специально их размывает. Однако знакомый с иными литературными произведениями читатель в состоянии понять, что данный текст не носит характера репортажа с описанием реальных людей и событий, а обладает вторым уровнем повествования, выходящим за рамки фактических обстоятельств. Героиня Лале играет важную роль в сюжете романа, находясь в поисках своей вины в разрыве отношений между Адамом и Эсрой. Роман не скатывается из-за подобной роли Лале к оскорблениям заявителя по п. 2. Напротив, автор в равной степени раскрывает собственные слабости посредством введения в сюжет лирического «я», которое в свою очередь не оправдывает ожиданий собственной дочери и находится в состоянии раздробленности и ревности. Как раз такая постановка вопроса вины и особое подчеркивание сложных отношений между возлюбленным и матерью его возлюбленной показывает существование второго художественного уровня в романе.

Этот вывод применим и к образу Лале потому, что автор не описывает ее исключительно на основании собственного жизненного опыта. История жизни Лале представляет собой глубоко проработанный роман в романе. Как раз обжалуемые заявителем по п. 2 части романа носят однозначно художественный смысл, частично также с передачей чужого повествования, слухов и впечатлений.

Уже на основании этого указанное Федеральным Верховным Судом описание заявителя по п. 2 как «депрессивной, психически больной алкоголички», которая «(выступает) в качестве женщины, которая тиранизирует своих дочерей и свою семью, является властной и сварливой, небрежно обращается со своими детьми, вкладывает призовые деньги в свой обанкротившийся отель, отбирает у собственных родителей землю и натравливает на них мафию, борется только потому с добычей золота, что на ее собственном, полученном жульническим путем участке его нет, заключает договор страхования от пожара с высокими ставками выплат, перед тем как отель сгорает дотла, принуждает дочерей к аборту, выступает в качестве женщины, обманутой своим первым мужем и избиваемой своим вторым мужем, также алкоголиком», в недостаточной степени учитывает художественную специфику описания. В данной связи смешиваются высказывания, которые, например, допустимы при

описании фактов в биографии или критике лауреата альтернативной Нобелевской премии, с фиктивным вознаграждением и собственной суженной интерпретацией суда. Федеральный Верховный Суд указывает относительно оспаривания достоверности некоторых текстовых пассажей, что заявитель не предоставила доказательств истинности, требует от автора того, чего он в принципе предоставить не может, поскольку он исходил из вымышленного описания событий. Основанное на реальных событиях произведение, в соответствии с подобным выводом, обладает даже меньшей защитой, чем репортаж, в котором доказательства истинности предоставляются.

Характерным для художественного произведения, которое основывается на реальных событиях, является то, что происходит смешение фактического и вымышленного материала. Ввиду данных обстоятельств данные произведения не подпадают под защиту основных прав, когда имеется нарушение свободы личности, выражающееся в возможности сопоставления героя произведения с реальным человеком, и имеются негативные описания героя такого романа. Такое понимание права на собственное изображение не соответствовало бы свободе творчества. Необходимым в каждом случае является доказательство того, что читатель получает от автора указание на то, что определенные части описания должны рассматриваться как фактические обстоятельства, и что именно эти части произведения представляют собой нарушение свободы личности либо потому, что они содержат порочащие честь и достоинство недостоверные утверждения о фактических обстоятельствах, либо из-за вторжения в сферу свободы личности в результате публикации информации, которая не должна быть известна широкой общественности. Наличие подобного указания не следует из обжалуемых решений. Более того, в данных решениях упускается из виду то, что свобода творчества требует в первую очередь исходить из предпосылки вымышленного характера текста.

б) В противоположность этому обжалуемые решения с учетом того, что в отношении заявителя

1) было удовлетворено требование воздержания от определенных действий, что не противоречит Конституции. В отличие от ситуации заявителя по п. 2 суды здесь установили не только возможность сопоставления героини с заявителем по п. 1, но и квалифицировали определенные описания из романа в качестве серьезного нарушения свободы личности.

При этом они частично ориентировались на нарушение личной сферы, а частично на отношения между матерью и дочерью в связи с угрожающей жизни болезнью дочери. Обе позиции требуют соблюдения запрета.

аа) Заявитель по п. 1 не только, как правильно установили суды, узнаваема в героине романа Эсре. Ее героиня в романе участвует в ключевых событиях, происходящих непосредственно между ней и рассказчиком, в котором без труда узнается автор. В реальности между данными лицами были фактические отношения. Как ее интимная связь с автором, брак, болезнь их дочери и ее новые отношения, согласно правильным выводам судов, более или менее основаны на реальных событиях, таким образом, читателю не дается понять, в отличие от ситуации с заявителем по п. 2, что эти события необходимо понимать как вымысел уже на том основании, что в рамках романа описываются собственные переживания лирического «я».

бб) Основанный на собственном опыте автора, реалистичный и детальный рассказ о происшедших событиях в большой степени нарушает свободу личности заявителя по п. 1. Это является следствием подробного описания интимных характеристик женщины, которые с достоверностью соответствуют партнерше автора. В этом заключается нарушение личной сферы и тем самым свободы личности, относящейся к сфере человеческого достоинства (ср. BVerfGE 109, 279 [313]). В данной сфере ни ей, ни автору не допускается и не является возможным делать указания на связь с реальными событиями. Заявитель по п. 1, которая стала однозначно сопоставима с героиней Эсрой, на основании имеющей большое значение защиты личной сферы не должна мириться с тем, что читатель будет ставить перед собой вопросы о том, соответствуют ли описанные в романе события тем, которые происходили в реальности. В этой связи приоритет отдается заявителю по п. 1 на основании оценки свободы творчества, отстаиваемой заявителем конституционной жалобы — издательством и свободой личности — отстаиваемой заявителем по п. 1 (ср. также BVerfGE 75, 369 [380]).

вв) Также описание фактически наличествующей, угрожающей жизни болезни у дочери является серьезным нарушением свободы личности заявителя по п. 1. Дочь также может быть однозначно идентифицирована в своем окружении, например одноклассниками. Что касается особой защиты детей и отношений между матерью и ребенком (ср. BVerfGE 101, 361 [385 и далее]), то описание болезни и отношений матери и ребенка — двух

однозначно идентифицируемых лиц — как правильно указал Земельный суд, не подлежит публикации.

в) В обжалуемых решениях, которые вынесены в пользу заявителя по п. 1, может быть установлен общий запрет. Не противоречит Конституции тот факт, что ни в резолютивной части, ни в основаниях решения не производилось ограничение использования определенных текстовых пассажей, в которых суды непосредственно увидели нарушение свободы личности. (...) Не относится к задачам суда удалять определенные части текста или вносить изменения в текст в целях исключения нарушения свободы личности, поскольку существует большое множество вариантов, какие именно правки можно включить и каким образом изменится характер романа в результате таких изменений. В то же время свобода творчества требует указания на конкретные нарушения свободы личности, для того чтобы автор и издательство смогли сделать выводы о том, каким образом они могут устранить недостатки. В случае с заявителем по п. 1 судом были даны соответствующие указания.

Из вышеуказанных пояснений следует, что заявитель и автор должны были иметь возможность публикации романа в редакции, в которой не нарушается общая свобода личности заявителя по п. 1. Это могло бы быть сделано как посредством внесения изменений, которые бы снизили вероятность возможной идентификации, так и посредством удаления частей романа, нарушающих свободу личности. Ввиду взаимосвязи между степенью, которой автор создает эстетическую реальность, и интенсивностью нарушения свободы совести это не означает ни «запрета сексуальных вопросов», поскольку описание интимных отношений не запрещено, если читателю не указывается, что они связаны с определенным лицом, ни запрета на использование биографических материалов, как, например, в случае с упомянутой в одном из особых мнений книгой «Страдания юного Вертера». Тот факт, что уменьшение степени узнаваемости вследствие судебного спора относительно романа стало труднодостижимым, должен быть учтен автором и издательством, поскольку это является последствием нарушения свободы личности, которую заявитель по п. 1 вправе защищать.
[...]

IV.

Обжалуемые решения основываются, относительно заявителя по п. 2, на указанных конституционно-правовых недостатках. Не может быть

исключено, что суды при учете изложенных конституционно-правовых требований, в частности, при учете художественной точки зрения, приняли бы другое решение в отношении заявителя по п. 2. Дело подлежит передаче в Федеральный Верховный Суд на основании абз. 2 § 95 Федерального закона о Федеральном Конституционном Суде.

V.

Решение принято при соотношении голосов 5 : 3.

Особое мнение судьи Хоманн-Деннхардт и судьи Гайер

Мы не согласны с решением большинства членов Сената. В решении Федерального Конституционного Суда «Мефистофель» (BVerfGE 30, 173 и далее) гражданские суды применили негодный критерий узнаваемости лица при оценке соотношения свободы творчества и свободы личности лица, с которым связан роман, не признавая необходимость художественной оценки романа в целях определения тяжести нарушения свободы личности [...]. Теперь большинство членов Сената по делу «Эсра» применило данный критерий для собственной проверки. При этом закрепленная в абз. 3 ст. 5 Основного закона свобода творчества была недопустимым образом ограничена (I). Кроме того, данный критерий был разным образом применен к обоим заявителям первоначального процесса, чья свобода личности была нарушена, что привело к неверным результатам (II). При оценке с точки зрения искусства роман «Эсра», по нашему мнению, не нарушает свободу личности заявителей первоначального процесса и в связи с этим не подлежит запрету (III).

I.

[...]

Не является очевидным, каким образом на основании критерия узнаваемости лица в романе можно сделать вывод о тяжести нарушения его свободы личности. Узнаваемость ведет лишь к тому, что возможность нарушения данной свободы не исключается. Данный критерий не помогает определить, что в романе является правдой, а что вымыслом. Порочным кругом является установление все большего числа сопоставимых данных лиц, на основании которых не подлежит применению свобода творчества, причем без цели установления факта нарушения свободы и без цели установления тяжести такого нарушения. Отдельные узнаваемые моменты ничего не говорят о том, повествует ли рассказ, в который они были

включены, о реальных событиях, и в какой степени реальные события были переработаны, и что их доля в рамках произведения изменилась.

Наконец, по нашему мнению, не выдерживает критики вывод о том, что вследствие определяемых указаний на определенных лиц ущемляется их свобода личности и из этого делается вывод о том, что чем больше в романе присутствует описаний, касающихся личной жизни, в частности интимной и сексуальной сферы, тем более данное нарушение должно компенсироваться дополнением вымышленных пассажей, то есть анонимизацией материала. Верным является утверждение, что интимная сфера относится к личной области человека, затрагивает его честь и достоинство, и поэтому подлежит защите, но неверным является утверждение о том, что исключительно на основании того обстоятельства, что роман содержит интимные сцены, делать вывод, что речь идет об описании реальной сексуальной жизни людей, что в данном случае можно сопоставить героев романа с реальными людьми и что этим затрагивается их свобода личности. В данном случае отсутствуют данные, с которыми бы можно было провести сравнение.

[..]

Спорным является вопрос, должен ли был быть запрещен роман Гете «Страдания юного Вертера» согласно с критериями большинства членов Сената. По крайней мере, уже на момент публикации данного эпистолярного романа в героине романа Лотте была распознана Шарлотте Буфф, в которую был влюблен Гете во времена прохождения своего референдарата в Ветцларе, который в свою очередь вероятно предстает в роли Вертера. Шарлотте Буфф была, так же, как и героиня романа Лотте, во время их встреч с Гете обручена, а затем вышла замуж. Ее муж Йоханн Кристиан Кестнер, который предстает в качестве героя романа Альберта, жениха, а в последующем мужа Лотты, писал тогда о романе своему другу следующее: «Лотте, например, не состояла ни с Гете, ни с кем-либо еще в отношениях, как описано это в романе. За это мы на него крайне обиделись, поскольку некоторые вторичные обстоятельства крайне правдивы и известны, что указывает именно на нас ... Портрет Лотты в целом соответствует моей жене» (цит. по: Бернхард фон Бекер, Вымысел и правда в романе, ключевой процесс в деле «Эсра», Вюрцбург, 2006, с. 16). При этом не оспаривается, что роман содержит исключительно интимные сцены с участием Лотте и Вертера. Явная узнаваемость описанных лиц

и описание интимной жизни в романе — два критерия, которые достаточны, по мнению сенатского большинства, для установления тяжкого нарушения свободы личности, здесь имеются в наличии.

II.

Данные критерии, не соответствующие свободе творчества, большинство членов Сената применяет различным образом при проверке вопроса, нарушается ли романом «Эсра» свобода личности изображенных в нем лиц, связь которых с реальными прототипами — заявителями — можно проследить, а также устанавливает дополнительные критерии. Анализ ведется при помощи стилистических средств, при помощи которых проверяется, в какой степени автор дает читателю понять, что текстовые пассажи из романа соответствуют реальной действительности. Данный подход также непригоден для установления и обоснования достоверности вымысла в романе и вопроса о том, нарушается ли данным описанием свобода личности, которая имеет такой вес, что ее умаление не может быть обосновано свободой творчества.

[...]

При анализе выводов решения сенатского большинства в целом сложно проследить, по какой причине в одном и том же романе при наличии множества моментов, основанных на реальных событиях, отдельные описания и характеристики оцениваются в качестве вымысла, а другие — в качестве реальных событий. Роман представляет собой единое произведение, которое сложно разделить на отдельные пассажи. Либо произведение в целом является романом и повествует о вымысле автора, либо речь вообще не идет о романе. Вопрос о том, идет ли речь в книге «Эсра» о романе, сенатским большинством вообще не рассматривался. Поэтому и содержание не может являться объектом дуального анализа. Только в том случае, когда имелись бы основания однозначно полагать, что форма романа была выбрана исключительно для того, чтобы оскорбить определенное лицо, имелся бы повод для дифференцированного анализа. Однако в данном случае это неприменимо, даже при сравнительном исследовании обеих героинь романа «Эсра». В остальном также очевидна необходимость целостного анализа произведения, когда речь идет о последствиях такого решения. Что дает автору и издателю тот факт, что они получают право на использование героини романа Лале, однако книга останется в целом под запретом, а соблюдение требований сенатского

большинства потребует использовать иные стилистические приемы, устранить возможную связь с реальными людьми в тех местах, где появляется героиня Эсра, что, по сути, требует написания нового романа? [...]

III.

Если следовать предложенным критериям и оценивать свободу творчества на основании особого художественного анализа, чего справедливо требует сенатское большинство, то в таком случае, однако, не будет достаточным установления категории материала, к которой можно будет отнести произведение, даже если будут иметься признаки, говорящие о том, каким образом следует понимать конкретный текст. Книгу «Эсра», по мнению сенатского большинства, следует отнести к роману, что указывает на тот факт, что изложенная в книге история является вымышленной, даже в том случае, если в тексте имеются привязки к реальным людям или фактам. Однако этим не достигается окончательной ясности в вопросе о том, относится ли содержание книги к роману, а смешение реальных фактов с вымышленными достигло в книге симбиоза, в результате которого возникла совершенно новая история. Сделать такое суждение нельзя поручить лишь читателю, с большим или меньшим литературным опытом и собственной точкой зрения, на которого так много делалось ссылок. Также и абстрактный читатель, которого можно представить и дать ему право решать, каким образом он оценит роман и как он его поймет, не поможет продвижению вперед в поставленном вопросе. Для этого, скорее, необходимо обратиться к научному литературному анализу произведения.

Если при общем анализе романа становится очевидным, что данная художественная форма используется не по назначению, а исключительно в качестве красивой обертки, средства, при помощи которого ставится цель оскорбить определенных лиц, оклеветать и унизить их, то в таком случае такое поведение не может защищаться в рамках свободы творчества (ср. BVerfGE 30, 218 [224]). Подобное намерение автора не находит своего отражения в книге «Эсра», в том числе с научной литературной точки зрения. Если согласно этому книга «Эсра» является романом, то она должна быть исключена из категории реалистичного искусства. Тем самым не может больше проводиться различий, что является вымыслом, а что правдой. «Поскольку все, что является произведением искусства по своей форме и материалам, духу и содержанию, мигрирует из реальности в сферу искусства и теряет с реальностью свою связь»; к данному высказыванию

Адорно (Теория эстетики (Ästhetische Theorie), издатель Рольф Тидеманн (Rolf Tiedemann), Франкфурт 1990, с. 158) мы присоединяемся. Вынесенный судами на основании нарушения свободы личности заявителей по п. п. 1 и 2 запрет в отношении книги «Эсра» тем самым представляет собой противоречащее Конституции вмешательство в защищенную в абз. 3 ст. 5 Основного закона свободу творчества автора и заявителя данной жалобы.

§ 17. Защита брака и семьи (Ст. 6 Основного закона)

93) BVerfGE 6, 55

(Steuersplitting / Раздельный налоговый режим в отношении доходов супругов)

[...]

5. Статья 6 абз. 1 Основного закона является не только «классическим основным правом», которое предназначено для защиты обладающей определенными особенностями частной сферы брака и семьи, и институциональной гарантией, но также нормой-принципом, то есть обязательным морально-этическим положением для всей области частного и публичного права, касающегося брака и семьи.

Данное конституционное право является обязательным для законодателя хотя бы постольку, поскольку запрещает самому государству причинять ущерб браку и семье посредством вторжения в данную сферу. Ухудшение положения супругов, вызванное обобщенным взиманием с них подоходного налога в соответствии с § 26 Закона о подоходном налоге в редакции от 17 января 1952 г. (Сборник федерального законодательства, часть I (BGBl. I) с. 33), составляет подобное вторжение.

6. Равноправное с мужчиной положение женщины охватывает возможность последней с равными, гарантированными правом шансами получать в условиях рыночной экономики доход наравне с любым гражданином мужского пола.

Решение Первого Сената от 17 января 1957 г.

– 1 BvL 4/54 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

Г.

[...]

I.

[...] Решающим здесь является тот факт, что супруги вследствие режима обобщенного взимания налога с учетом прогрессивного метода налогообложения, ориентированного на учет платежеспособности отдельного лица, будут поставлены в худшее экономическое положение, чем другие лица.

[...]

II.

[...]

2. Статья 6 абз. 1 Основного закона является нормой-принципом, носящей морально-этический характер. Она ставит брак и семью как первичную ячейку любого человеческого сообщества, со значимостью которой не может сравниться никакой другой межличностный союз, под особую защиту государственного строя.

Прежде всего, речь идет о выяснении сущности рассматриваемой нормы в смысле классических основных прав, которые должны служить защите обладающей определенными особенностями частной сферы брака и семьи от внешнего государственного принуждения, что показал опыт периода господства национал-социализма. Отвергая присутствие государства во всех сферах жизни индивида и общества, как это имело место при национал-социализме, Основной закон и в этой области жизни признает независимость человека и его самостоятельную ответственность за свое поведение.

Бесспорно, конституционно-правовое признание брака и семьи охватывает одновременно гарантию обоих этих жизненных укладов и, таким образом, содержит так называемую институциональную, или учредительную, гарантию. Вследствие этого свойства рассматриваемая норма обеспечивает правовую охрану брака и семьи лишь как обобщенных структур, так что в этом отношении ее юридическое действие в рамках правовой действительности заключается только в том, чтобы гарантировать на конституционно-правовом уровне некое «ядро» норм права о браке и семье.

Правовое действие ст. 6 абз. 1 Основного закона, однако, не исчерпывается этими функциями. Как и целый ряд других конституционных норм, прежде всего таких, которые определяют отношения гражданина с государством или регулируют общественную жизнь, статья 6 абз. 1 Основного закона выполняет несколько взаимосвязанных и переходящих друг в друга функций. Задача конституционного правосудия заключается в том, чтобы раскрыть различные функции конституционной нормы, в особенности нормы, содержащей в себе основное право. При этом следует отдавать предпочтение такому толкованию, «которое наиболее полно раскрывает юридическое действие соответствующей нормы» (Тома).

Интерпретация ст. 6 абз. 1 Основного закона согласно данному принципу показывает, что данная норма не только содержит признание определенного социального института и действует как институциональная гарантия, но, кроме того, одновременно выступает как норма-принцип, то есть обязательное морально-этическое положение для всей области частного и публичного права, касающегося брака и семьи.

Статья 6 абз. 1 Основного закона как таковая, исходя из буквального текста нормы, требует особой защиты брака и семьи со стороны государственного строя. Уже данная широкая формулировка характеризует это положение однозначно как норму-принцип для всего брачно-семейного права. Только данное толкование будет удовлетворять также и руководящему принципу социального правового государства, а равно соответствовать логике включения нормы в раздел Конституции об основных правах.

[...]

4. Для конституционно-правовой оценки § 26 Закона о подоходном налоге от 1951 г. решающим, во всяком случае, является действие ст. 6 абз. 1 Основного закона как актуальной охранительной нормы; поскольку обобщенное взимание подоходного налога с супругов нарушает принцип индивидуального налогообложения, а именно причиняет ущерб лицам, состоящим в браке, оно, таким образом, представляет собой вторжение в сферу брака.

[...]

5. Из всего этого следует, что § 26 Закона о подоходном налоге от 1951 г. составляет исключительное предписание, причиняющее вред лицам, состоящим в браке, и тем самым в ущерб супружескому союзу нарушает морально-этическое установление, содержащееся в ст. 6 абз. 1 Основного закона.

[...]

94) BVerfGE 47, 46

(Sexualkundeunterricht / Уроки полового просвещения)

1. Индивидуальное сексуальное воспитание относится в первую очередь к естественному праву родителей на воспитание в смысле ст. 6 абз. 2 Основного закона; государство, однако, по причине стоящих перед ним задач в области воспитания и образования (ст. 7 абз. 1 Основного закона) вправе реализовывать сексуальное воспитание в школе.

2. Сексуальное воспитание в школе должно быть открытым для различных ценностных представлений в этой области и вообще учитывать естественное право родителей на воспитание детей и их религиозные и мировоззренческие убеждения в той мере, в которой они имеют значение для области знаний о сексуальности. Школа, в частности, должна воздерживаться от любой попытки навязывания молодежи каких-либо убеждений.

3. При соблюдении данных принципов сексуальное воспитание как предмет междисциплинарного характера не зависит от согласия родителей.

4. Родители, тем не менее, имеют право требовать своевременного предоставления информации о содержании и методико-дидактическом обеспечении процесса сексуального воспитания в школе.

5. Оговорка закона обязывает законодателя самостоятельно принять решение о введении сексуального воспитания в школах.

Данная оговорка не распространяется на преподавание простых биологических и других фактов.

Решение Первого Сената от 21 декабря 1977 г.

– 1 BvL 1/75, 1 BvR147/75 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

B.

I.

[...]

2. В предмет проверки для целей ответа на поставленные в этой связи конституционно-правовые вопросы входят, главным образом, статья 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона (право родителей на воспитание детей), статья 7 абз. 1 Основного закона (задачи государства в области воспитания и образования) и статья 2 абз. 1 Основного закона (право ребенка на свободное развитие своей личности).

а) Статья 6 абз. 2 Основного закона определяет заботу о детях и их воспитание как «естественное право родителей и их первейшую обязанность», за реализацией которой должно следить государственно-организованное общество. Родители имеют «право и обязанность свободно организовывать уход за своими детьми и их воспитание сообразно собственным представлениям и преимущественно перед другими лицами, осуществляющими воспитание, при условии соблюдения положений ст. 7 Основного закона. Свобода принятия родителями решения о том, каким образом они желают соблюсти данную свою обязанность, защищается основным правом от государственного вторжения, если только подобные вторжения не охватываются охранительной функцией государственно-организованного общества в смысле ст. 6 абз. 2 Основного закона» (BVerfGE 31, 194 [204 и далее], присоединяясь к Решениям Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 4, 52 [57]; 7, 320 [323]; 24, 119 [138, 143 и далее]).

Рекомендации КМК¹¹ по вопросу родительского права на воспитание детей в области полового просвещения кратко указывают: «Сексуальное воспитание является в первую очередь задачей родителей». В самом деле, веские основания говорят в пользу того, чтобы относить индивидуальное сексуальное воспитание преимущественно к родительской домашней области и естественному праву родителей на воспитание детей в смысле ст. 6 абз. 2 Основного закона. Просвещение по сексуальным вопросам наиболее естественным образом осуществляется в защищенной и безопасной атмосфере семьи.

[...]

б) Если исходить из этого, то следует сначала поставить вопрос, может ли государство вообще реализовывать сексуальное воспитание

¹¹ КМК — конференция министров культуры земель, в область их полномочий подпадает и образование – прим. переводчика.

в школе и если да, то в каких рамках. Рекомендации КМК по этому поводу отмечают: «Вследствие своих задач по образованию и воспитанию школа обязана содействовать сексуальному воспитанию». Конституционно-правовое основание задач государства по образованию и воспитанию на федеральном уровне содержится в ст. 7 абз. 1 Основного закона (ср. BVerfGE 34, 165 [181 и далее] — решение по вопросу о наиболее распространенной в общеобразовательных школах Земли Гессен формы организации обучения при переходе учащихся из начальной в среднюю школу (в 5-м и 6-м классах)). Как постановил Федеральный Конституционный Суд (там же, [182]), установленный в ст. 7 абз. 1 Основного закона надзор государства за школами и школьным обучением в любом случае охватывает полномочие на планирование и организацию школьного образования с целью гарантии существования такой школьной системы, которая открывает для всех молодых граждан в соответствии с их способностями соответствующие современной общественной жизни возможности образования. К данной области, формируемой государством, относится не только организационное деление школы, но и определение содержания хода обучения и целей занятий. Государство поэтому может в рамках школьного обучения, по общему правилу, независимо от родителей преследовать собственные воспитательные цели. Общие задачи школы по образованию и воспитанию детей не находятся в подчиненном состоянии по отношению к праву родителей, но являются равноценными с ним по значимости. Ни право родителей, ни задача государства по воспитанию детей не обладают абсолютным преимуществом друг перед другом. Вопреки представленному порой в литературе взгляду, задачи школы по обучению и воспитанию не сводятся к тому, чтобы только знакомить с учебным материалом. Данная задача государства, которая подразумевается в ст. 7 абз. 1 Основного закона, имеет многоаспектное содержание, направленное в итоге на формирование отдельного ребенка как самостоятельного и ответственного члена общества. Ввиду этого задачи школьного образования связаны также и со сферой воспитания. Несмотря на то, что многое — как было изложено выше — говорит в пользу того, что подходящее место для индивидуального сексуального воспитания — это родительский дом, с другой стороны, следует учитывать, что сексуальность обнаруживает наличие многочисленных связей с социальной

средой. Сексуальное поведение является частью поведения вообще. Поэтому невозможно препятствовать государству рассматривать сексуальное воспитание как важную составную часть общего воспитания молодого человека. К нему равным образом относится предупреждение и защита детей от рисков половых отношений.

По всем этим основаниям нельзя выдвинуть принципиальные, основанные на конституционном праве соображения против того, чтобы государство вводило темы сексуальности человека в качестве предмета в программу школьного обучения.

[...]

в) Также сексуальное воспитание в школе затрагивает и права ребенка, предусмотренные ст. 2 абз. 1 Основного закона.

Основной закон поставил области интимной и сексуальной жизни человека как часть сферы его частной жизни под конституционно-правовую защиту ст. 2 абз. 1 в связи со ст. 1 абз. 1 Основного закона. Данные предписания Основного закона обеспечивают человеку право самому определить свое отношение к межполовым контактам и сексуальности. По общему правилу он может самостоятельно решить, допускать ли влияние третьих лиц на определение данного отношения и если да, то в каких пределах и для каких целей. Если, однако, отношение человека к межполовым контактам находится под конституционно-правовой защитой, то данное право, основанное на ст. 2 абз. 1 в связи со ст. 1 абз. 1 Основного закона, должно быть предоставлено также и всякому отдельному ребенку, не достигшему совершеннолетия. Его интимная сфера может быть существенным образом затронута тем, как сексуальное воспитание осуществляется в школе. Несовершеннолетний является не только объектом воспитания со стороны родителей и государства. Напротив, он выступает изначально в качестве самостоятельной личности, права и интересы которой защищаются ст. 2 абз. 1 в связи со ст. 1 абз. 1 Основного закона. Это его качество постоянно усиливается по мере взросления. На основе имеющегося опыта возможно утверждать, что именно несовершеннолетние могут получить психологические травмы из-за педагогически неверно подобранных воспитательных мер в области сексуальности. Это также может нанести серьезный ущерб развитию пострадавшего несовершеннолетнего.

3. Из всего этого вытекает, что вопрос сексуального воспитания в школе находится в особенно противоречивой области коллизии между

правом родителей из ст. 6 абз. 2 Основного закона, правом личности ребенка, предусмотренным ст. 2 абз. 1 в связи со ст. 1 Основного закона, и установленной в ст. 7 абз. 1 Основного закона задачей государства по обеспечению воспитания и образования.

[...]

При правовой оценке обнаруживающихся коллизий, проистекающих из изложенного выше противоречия, следует исходить из того, что сексуальное воспитание в принципе более тесно связано со сферой отношений между родителями и детьми, нежели с областью школьного образования.

[...]

II.

Федеральный Конституционный Суд до сих пор специально касался толкования оговорки в законе относительно правоотношений в сфере школьного образования в трех решениях: BVerfGE 34, 165 [192 и далее] — [...]; BVerfGE 41, 251 [259 и далее] — [...]; BVerfGE 45, 400 [417 и далее] — [...] Решение о старших классах (там же). В последнем решении в качестве обобщения со ссылкой на первые два акта констатируется:

Принцип правового государства и принцип демократии, закрепленные в Основном законе, обязывают законодателя самостоятельно принимать значимые решения в области школьного образования и запрещают ему делегировать полномочия по их принятию школьной администрации [...]. Это в особенности относится к правовой сфере осуществления основных прав, которая открыта для оформляющего воздействия государства [...]

[...]

В качестве решающего последствия приверженности такому правовому восприятию следует рассматривать то, что законодательная оговорка освобождается от своей связи с устаревшими формулами (вторжение в личную свободу и право собственности) и в соответствии со своей функцией в демократическом правовом государстве приобретает новую основу, которая способна обеспечить и новое определение объема и пределов действия данного правового института. Критика направлена, прежде всего, против того, что разграничение полномочий законодателя на принятие тех или иных решений осуществляется посредством использования понятия «существенный» [...]. На 51-м Съезде немецких юристов в рамках дискуссии [...] было указано на то, что понятие «существенный» следует

понимать в первую очередь как понятие эвристическое, а не как догматический термин; как понятие, которое, по сути, выражает лишь всем известную истину, согласно которой все действительно важные дела при парламентско-демократическом государственном строе должны рассматриваться парламентом. К детальному разграничению вопросов значительной общественной и государственной важности следует подходить с большой осторожностью и учитывать опасность чрезмерной законодательной зарегулированности, которая может иметь отрицательные последствия конкретно для школьной области. Характеристика некоторой меры как существенной и потому подлежащей рассмотрению парламентом либо, по крайней мере, как нуждающейся для своего введения в одобрении законодательного органа по причине того, что содержание этой меры указывает на соответствующее полномочие парламента, определяется, прежде всего, на основании Основного закона. Важным аспектом при этом является защита основных прав. Большинство статей об основных правах так или иначе предусматривают, что вторжения в сферу соответствующих основных прав допустимы только посредством закона или на основе установлений закона. Кроме того, их обеспечение посредством включения парламентского органа в механизм защиты основных прав соответствует учению об оговорках, которое входит в состав конституционно-правового института гарантий основных прав, хотя это учение и не различает вторжения и действия по исполнению. Таким образом, в том, что касается основных прав, «существенный» означает, как правило, «существенный для реализации основных прав» (ср. BVerfGE 34, 165 [192]; 40, 237 [248 и далее]; 41, 251 [260 и далее]).

В правоотношениях в области школьного образования критерий значимости для основных прав также играет важную роль. Границы между задачей государства по обеспечению воспитания (ст. 7 абз. 1 Основного закона) и правом родителей на воспитание своих детей (ст. 6 абз. 2 Основного закона), а также правами личности ребенка (ст. 2 абз. 1 Основного закона) часто являются подвижными и с трудом определяемыми. Их установление зачастую обладает ключевым значением для осуществления указанных основных прав. Следовательно, ее установление является задачей законодателя.

III.

[...]

5. Это, тем не менее, не означает, что с точки зрения конституционного строя требуется формальное законодательное регулирование в отношении всех методов сексуального воспитания, как они изложены, например, в основных направлениях политики Гамбурга (ср. BVerfGE 41, 251 [265]). Скорее, в первую очередь речь идет о том, чтобы в рамках руководящего решения парламента с достаточной определенностью изложить задачу школьного образования по воспитанию несовершеннолетних. При законодательном закреплении юридически обязательных целей и направленных на их достижение указаний по проведению уроков необходима сдержанность. Установления должны всегда проверяться на предмет того, оставляют ли они достаточно места для педагогической свободы и остается ли у учителя на занятии тот простор, который ему требуется для удовлетворения своего чувства педагогического долга. В связи с этим отдельные тонкости методов обучения, по общему правилу, могут не регулироваться законодательно, ибо крайне маловероятно, что такие подробности поддаются нормированию, а методика организации уроков должна оставаться гибкой для приспособления к потребностям конкретной ситуации.

[...]

95) BVerfGE 105, 313

(Lebenspartnerschaftsgesetz / Закон о гражданском партнерстве)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 64/2002 от 17 июля 2002 г.

Решение от 17 июля 2002 г.

— 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01 —

Жалобы против закона о гражданских партнерствах не удовлетворены

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда сегодня обнародовал свое решение по процедуре контроля правовых норм земельных правительств Баварии, Саксонии и Тюрингии по поводу закона о гражданских партнерствах и констатировал, что оспоренный закон

совместим с Основным законом. Таким образом, однополые пары, исходя из предпосылок данного закона, могут вступить в зарегистрированное гражданское партнерство. Уже зарегистрированные с момента вступления закона в силу гражданские партнерства сохраняются.

Обстоятельства данных дел изложен в Сообщении для печати № 38/2002 от 26 марта 2002 г. С ним можно ознакомиться на домашней странице Федерального Конституционного Суда.

Закон о гражданских партнерствах является соответствующим Конституции.

1. Единогласно Первый Сенат принял решение о том, что закон был принят конституционным путем. Он не нуждался в согласии со стороны Бундесрата.

Ни одна из содержащихся в законе норм не регулирует создание и административную процедуру земельных ведомств. Поэтому они не могут обосновать необходимость в согласии с законом согласно ст. 84 абз. 1 Основного закона.

Закон также не нуждается в согласии лишь потому, что в одной из его норм до оформления и обнародования еще были названы компетенции сотрудника загса. Данная редакция закона была исправлена способом, не вызывающим конституционно-правовых нареканий, так как она была очевидно ошибочна. Очевидная ошибочность, как предпосылка допустимости исправления принятого закона, может вытекать не только из текста нормы, но и из смысловой взаимосвязи и материалов закона. То, что принятый текст нормы был очевидно ошибочным, вытекает из явного противоречия между ним и обоснованием закона, согласно которому в законе о гражданских партнерствах целиком хотелось бы отказаться от указания уполномоченного ведомства. Исправленная и обнародованная таким образом редакция текста соответствует также воле законодателя, выраженной в законе, предоставить землям определение ведомства, уполномоченного вести дела гражданских партнерств. Это было подтверждено в выступлениях президентов Бундестага и Бундесрата по поводу процедуры исправления и заслушанных по этому вопросу председателей фракций в комитете по праву.

Разделение внесенного законопроекта на проверяемый Федеральным Конституционным Судом закон о гражданских партнерствах и еще один закон с процедурными нормами исполнения, который до сих пор

не состоялся, также не вызывает необходимости в согласии закона о гражданских партнерствах. Бундестаг может разделить содержание закона таким образом на два или несколько законов, что лишь часть намеченного общего регулирования подпадает под право согласия Бундесрата, чтобы исключить тем самым, что Бундесрат сделает невозможной другую часть, которая сама по себе не нуждается в согласии. Это вытекает из права Бундестага на законодательство. Таким образом, ни право земель участвовать в законодательстве Федерации не ограничивается недопустимым образом, ни перемещается конституционно-правовое значение земель и Федерации при законодательстве в пользу земель. Подобным подходом Бундестаг, наоборот, ориентирует свое законодательство на распределение компетенций между Федерацией и землями. При этом Сенат оставил открытым, может ли разделение одной правовой материи на несколько законов иметь конституционно-правовые границы. Во всяком случае, проведенное разделение в случае закона о гражданских партнерствах лишено произвола, так как оно легитимным путем может сделать возможным для парламента реализацию намеченного им законопроекта.

2. Согласно мнению большинства в 5:3 голосов закон не нарушает ст. 6 абз. 1 Основного закона, ставящую брак под особую защиту государственного порядка.

Зарегистрированное гражданское партнерство не затрагивает свободу заключения брака, защищенную основным правом. Данный институт не может удерживать гетеросексуальные пары от заключения брака, так как он для них закрыт. Уже заключенное гражданское партнерство по закону не противоречит заключению брака. Закон, однако, оставляет открытым, какие последствия из заключения брака вытекают для уже зарегистрированного гражданского партнерства. С учетом далеко идущих последствий для отдельных затронутых лиц Сенат полагает, что законодатель необходимое заполнение пробелов не предоставит судам, а осуществит его сам.

Основной закон, далее, требует предлагать и защищать брак как форму жизни. Законодатель не действовал вопреки данной институциональной гарантии, когда ввел зарегистрированное гражданское партнерство. Основной закон гарантирует брак в его соответствующем оформлении законодателем. При этом, однако, следует учесть важные структурные принципы, накладывающие свой отпечаток на брак. Согласно постоянной

судебной практике Федерального Конституционного Суда сюда относится также, что брак — это объединение мужчины с женщиной в жизненный союз, рассчитанный на длительность. Данный структурный принцип брака не затронут законом о гражданских партнерствах. Напротив, все нормы права о браке по-прежнему неизменно действуют, несмотря на этот закон. Так как институциональная гарантия распространяется только на брак, из нее нельзя выводить запрет открыть для однополых партнеров возможность партнерства, оформленного в правовом отношении схожим образом.

Наконец, закон о гражданских партнерствах не нарушает требование, содержащееся в ст. 6 абз. 1 Основного закона, как нормы-принципа ценностного решения для всего права о браке и семье, предоставить браку особую защиту со стороны государственного порядка. Данный закон не нарушает или как-то иначе ущемляет брак. Тем, что права гражданских партнеров во многих областях оформлены наподобие прав и обязанностей супругов, не поставит тех в худшее положение вообще или по сравнению с гражданскими партнерами. Браку не грозят потеря от института, обращенного к лицам, которые не могут друг с другом вступить в брак.

Введение зарегистрированного гражданского партнерства также не нарушает требование содействовать браку как форме жизни. Брак не лишается никакого содействия, которое ему раньше оказали. Из допустимости дать браку привилегии по сравнению с другими формами жизни нельзя выводить требование поставить их в худшее положение по сравнению с браком. Требование содействия ст. 6 абз. 1 Основного закона нельзя понимать как требование поставить остальные формы жизни, не являющиеся браком, в худшее положение. Если правопорядок признает и другие формы жизни, которые не могут вступить в конкуренцию с браком, как с союзом разнополых партнеров, не уменьшится ни правовая защита, ни содействие браку. Нельзя также обосновать с точки зрения конституционного права, что из особой защиты брака можно выводить, будто другие формы жизни должны оформляться отдаленно от брака и обладать меньшими правами. Поручение защиты и содействия требует, однако, от законодателя заботиться о том, чтобы брак мог выполнить ту функцию, которую ему выделяет Конституция.

Особенность защиты брака и семьи заключается в том, что только они, в отличие от всех остальных форм жизни, защищаются

Конституцией. Придавать ей выходящее за эти пределы значение, защищать брак и по объему больше, чем другие жизненные союзы, нельзя обосновать ни текстом ст. 6 абз. 1 Основного закона, ни историей ее становления. Обязанность государства оказать содействие должна ориентироваться на охранительную цель ст. 6 абз. 1 Основного закона. Брак следует оберегать от утраты функций. Законодатель поступил бы вопреки требованию оказать содействие, если бы он создал взаимозаменяемый с браком институт с той же функцией и примерно теми же правами или меньшими обязанностями. Это, однако, не относится к гражданскому партнерству. Оно уже потому не может вступить в конкуренцию с браком, что круг адресатов, к которому обращен институт, не затрагивает круг адресатов брака. Зарегистрированное гражданское партнерство и потому не является браком с ложной наклейкой, а aliud к браку. Не его обозначение обосновывает его отличие, а то обстоятельство, что в зарегистрированном гражданском партнерстве могут соединиться два однополых партнера. Статья 6 абз. 1 Основного закона не запрещает законодателю предложить правовые формы рассчитанной на длительность совместной жизни другим сочетаниям личностей, чем союзу мужчины и женщины. Признак продолжительности не превращает подобные правовые отношения в брак.

Первый Сенат не усмотрел нарушения общего принципа равенства из ст. 3 абз. 1 Основного закона в том, что разнополым парам закрыт доступ к институту зарегистрированного гражданского партнерства. В отличие от однополых пар, для них открыт институт брака. То отличие, что из разнополого отношения могут родиться дети, оправдывает необходимость указать данным парам на брак, если они хотят своим отношениям придать правовую форму. Другие союзы совместного проживания, например между братьями и сестрами или родственниками, согласно взгляду большинства Сената с 7:1 голосов также не сравнимы с однополыми пожизненными союзами и, кроме того, имеют уже, согласно действующему праву, в определенном объеме правовое обеспечение. Суд констатирует в этой связи, что законодателю принципиально не запрещается создать и для разнополых пар или указанных союзов открыть новые возможности привести свои отношения в правовую форму, избегающую заменимость браком. Однако для этого нет конституционно-правового требования.

3. Судья Папир и судья г-жа Хаас приложили к решению по особому мнению.

Судья Папир не согласен с решением большинства Сената о значении институциональной гарантии брака и вытекающим отсюда следствиями. Существенными структурными принципами института брака даже законодатель не может произвольно распоряжаться. Сюда относится разнополость супругов. Институт брака не только по своему названию, но и по своим структурообразующим признакам защищен от обращения законодателя. Если законодатель, пусть и под другим названием, создает формально правовым образом оформленное партнерство лиц одного пола, которое в остальном соответствует правам и обязанностям брака, он пренебрегает существенным, заданным ст. 6 абз. 1 Основного закона структурным принципом. Неверно полагать, что именно из-за отклонения от существенного структурного принципа ст. 6 абз. 1 Основного закона конституционно-правовая институциональная гарантия не может применяться как масштаб. Поэтому большинство Сената должно было обосновать, что закон о гражданском партнерстве не затрагивает структурный принцип, защищенный ст. 6 абз. 1 Основного закона. Значение институциональной гарантии выходит за пределы защиты от неоправданного вторжения во вред браку. Поэтому мнение большинства Сената, что институциональная гарантия уже потому не затронута, что закон о гражданских партнерствах не меняет нормы, регулирующей брак, неверно. Большинство Сената не устанавливает никаких границ для содержательного приравнивания однополых партнерств к браку.

Г-жа судья Хаас не согласна с толкованием ст. 6 абз. 1 Основного закона большинством Сената. Законодатель не может распоряжаться существенными для института брака структурными принципами. Сюда относится разнополость супругов. Статья 6 абз. 1 Основного закона защищает брак, как институт, из-за потенциально в нем заложенной возможности стать родителями и, тем самым, значения брака для семьи и общества. Ни один другой союз личностей не защищается сопоставимым образом Основным законом. Законодатель не может избежать требований ст. 6 абз. 1 Основного закона тем, что он избегает обозначения «брак». Институциональная гарантия ст. 6 абз. 1 Основного закона потому противостоит введению правовой формы гражданского партнерства лиц одного пола, если она по правам и обязанностям совпадает с браком. Это следовало бы более подробно проверить. Дальнейшие изложения также требовались бы для совместимости зарегистрированного гражданского партнерства с принципом равенства. На основании

обоснования Сената не видно, в частности, почему союзы совместного проживания между братьями и сестрами или родственниками не могут вступить друг с другом в зарегистрированное гражданское партнерство. Требовалось бы более конкретного изложения того, почему подобные союзы проживания не сопоставимы с другими жизненными союзами, или почему существующее правовое регулирование оправдывает неравное обращение.

96) BVerfGE 108, 82

(Schutz des biologischen Vaters / Защита биологического отца)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 31/2003 от 29 апреля 2003 г.

Решение от 9 апреля 2003 г.

— 1 BvR 1493/96 и 1 BvR 1724/01 —

Исключение права так называемого биологического отца на общение с ребенком и на оспаривание отцовства другого лица частично противоречит Конституции

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда постановил, что § 1600 Германского гражданского уложения противоречит ст. 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона постольку, поскольку он полностью исключает право родного, но не юридического отца ребенка (так называемого биологического отца) на оспаривание признания отцовства. Кроме того, Первый Сенат постановил, что § 1685 Германского гражданского уложения противоречит ст. 6 абз. 1 Основного закона постольку, поскольку он исключает биологического, но не юридического отца ребенка из круга лиц, имеющих право на общение с ребенком, даже тогда, когда между ним и ребенком существует или существовала социально-семейная связь. В связи с этим законодателю было поручено до 30 апреля 2004 г. принять соответствующие Конституции изменения. До принятия нового законодательного регулирования следует приостановить дела, решение по которым зависит от конституционности § 1600, 1685 Германского гражданского уложения. Решения специализированных судов, оспариваемые

конституционной жалобой, были отменены, а дела возвращены в суды первой инстанции.

Обстоятельства дела:

Заявитель жалобы по делу 1 BvR1724/01 в первую очередь хотел добиться признания отцовства в отношении ребенка, рожденного в ноябре 1998 г. Так как ему сообщили, что мать ребенка против этого, он обратился в участковый суд с целью установить, что он является отцом ребенка, и заявил, что после продолжительного совместного проживания с матерью он присутствовал при рождении ребенка и перерезал пуповину. Ребенок был желанным. Он вместе с матерью совершал все приготовления к рождению и, например, обустроил детскую комнату. Имя ребенка также было выбрано совместно. Мать ребенка никогда не высказывала сомнений в его отцовстве. Мать ребенка оспаривала его утверждения и сообщила, что в октябре 2000 г. другой мужчина признал отцовство. Иск подателя жалобы не был удовлетворен в специализированных судах. Они, в частности, сделали вывод, что установление отцовства допустимо только тогда, когда не было установлено другое отцовство. Но после признания отцовства другого мужчины с согласия матери это уже было не так. Установление другого отцовства, таким образом, исключено. Также податель жалобы не может оспорить признанное отцовство, так как лишь тот мужчина, отцовство которого признано, мать ребенка и сам ребенок имеют право на оспаривание. Право биологического отца, напротив, было осознанно полностью исключено законодателем.

В соответствии с анализом крови, выполненным в 1990 г., заявитель по делу 1 BvR1493/96 без сомнений является биологическим отцом рожденного в 1989 г. ребенка, с замужней матерью которого он имел связь, в том числе и после рождения ребенка, он заботился о ребенке некоторое время. Так как ребенок был рожден в существующем браке, заявитель, являясь его родным отцом, не является его юридическим отцом (так называемый биологический отец). До вступления в силу Закона о реформе правового статуса ребенка по общему правилу решение относительно общения отца с его внебрачным ребенком принимала мать. Тем не менее суд по делам опеки, исходя из интересов ребенка, мог предоставить отцу право на общение (§ 1711 Германского гражданского уложения (в старой редакции)). Законом о реформе правового статуса

ребенка законодатель по-новому оформил общее право на общение и в § 1685 Германского гражданского уложения предоставил право на общение с ребенком и другим близким лицам ребенка, не являющимся его юридическими родителями, но не биологическому отцу. Хотя податель жалобы после развода матери пытался и дальше поддерживать контакт со своим ребенком, его требование об общении с ребенком, которое было основано на правовом регулировании до вступления в силу Закона о реформе правового статуса ребенка, не было удовлетворено в специализированных судах.

Относительно права биологического отца на оспаривание отцовства юридического отца в основаниях решения указано следующее:

Биологический, но не юридический отец ребенка также находится под защитой предл. 1 абз. 2 ст. 6 Основного закона. Тем не менее только факт биологического отцовства не делает биологического отца носителем родительских прав в соответствии с ст. 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона. Однако положение об основных правах защищает интересы биологического отца относительно получения правового положения в качестве отца ребенка. Эта защита не предоставляет ему право в любом случае получить статус отца с преимуществом перед юридическим отцом. Но законодатель предоставил ему возможность получить юридический статус отца, если этому не препятствует защита семейных отношений между ребенком и его юридическими родителями.

§ 1600 Германского гражданского уложения противоречит ст. 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона постольку, поскольку лишает биологического отца права на оспаривание юридического отцовства даже тогда, когда юридические родители не образуют с ребенком семью в социальном смысле, которая защищается в соответствии с абз. 1 ст. 6 Основного закона. Если мужчина, не являясь биологическим отцом ребенка, признает отцовство, но не живет с матерью и ребенком вместе, отсутствуют достаточные основания для отказа биологическому отцу юридически быть признанным отцом и взять на себя обязательства. Этому не препятствуют и интересы матери и ребенка. Если имеет место признание отцовства, опасность того, что мать и ребенок будут затронуты делом об оспаривании, можно предотвратить более мягкими мерами, чем полное исключение права биологического отца на оспаривание. Так, например, можно

в первую очередь потребовать подтверждения биологического отцовства и поставить определенные условия. Срок оспаривания также помогает снизить этот риск.

Решения, оспариваемые конституционной жалобой, нарушают право подателя жалобы в соответствии со ст. 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона. По сведениям подателя жалобы, он выбирал имя ребенка вместе с матерью, еще проживал с ней в первые месяцы жизни ребенка и вместе с ней заботился о ребенке. По его словам, ребенок на него похож. Мать оспаривает эти сведения, ссылаясь только на неосведомленность. В связи с тем что в ходе дела об установлении отцовства другой мужчина с согласия матери признал отцовство, § 1600 Германского гражданского уложения препятствует биологическому отцу в оспаривании юридического отцовства, чтобы иметь возможность самому быть признанным в качестве отца ребенка, хотя мужчина, признанный отцом ребенка, не проживает с его матерью и с ребенком. Таким образом, исключение его права на возможность оспаривания в соответствии с § 1600 Германского гражданского уложения не обосновано защитой семьи в соответствии со ст. 6 абз. 1 Основного закона и нарушает право подателя жалобы в соответствии со ст. 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона иметь возможность юридического признания отцовства, являясь биологическим отцом ребенка.

Относительно права биологического отца на общение с ребенком в основаниях решения указано следующее:

Биологический отец, не являющийся юридическим отцом ребенка, не является носителем родительских прав в соответствии со ст. 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона и, таким образом, не может основывать на этом свое право на общение с ребенком. Тем не менее он также образует семью со своим ребенком, которая находится под защитой ст. 6 абз. 1 Основного закона, если между ним и ребенком существует социальная связь, основывающаяся на том, что он по меньшей мере некоторое время фактически нес ответственность за ребенка. Статья 6 абз. 1 Основного закона защищает интересы биологического отца и ребенка в получении этой социально-семейной связи и, таким образом, в общении друг с другом. Исключение биологического отца, связанного таким образом с ребенком, из общения с ним даже тогда, когда это служит благополучию

ребенка, является нарушением ст. 6 абз. 1 Основного закона. Хотя ни ст. 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона, ни ст. 6 абз. 1 Основного закона не предоставляют биологическому, но не юридическому отцу право требования на продолжение его ответственных действий в отношении ребенка. Но и при прекращении этой возможности между биологическим отцом и его ребенком остается возникшая личная близость, которая, кроме того, поддерживается родственной связью между отцом и ребенком. Интересы биологического отца, который прежде имел семейную связь с ребенком, так же как интересы его ребенка в получении этой связи друг с другом защищаются ст. 6 абз. 1 Основного закона в результате продолжения действия защиты, полученной ранее в результате их общей семейной ответственности. Из этой продолжающей действовать защиты следует право биологического отца на общение со своим ребенком в том случае, если это служит благополучию ребенка.

С учетом этого § 1711 абз. 2 Германского гражданского уложения (в старой редакции) соответствовал ст. 6 абз. 1 Основного закона. С учетом защиты, которую предоставляет положение об основных правах, в том числе и в отношении семейной связи между биологическим отцом и его ребенком, § 1711 абз. 2 Германского гражданского уложения (в старой редакции) мог бы толковаться в соответствии с Конституцией в том смысле, что и биологический отец, не являющийся юридическим отцом, имевший социально-семейную связь со своим ребенком, на основании судебного решения мог получить право на общение с ребенком, если это в интересах благополучия ребенка. Однако судебные решения, основывающиеся на § 1711 абз. 2 Германского гражданского уложения (в старой редакции), противоречат Конституции. Суды, принимая решения, упустили из виду защиту подателя жалобы в соответствии со ст. 6 абз. 1 Основного закона. Они не придали значения обстоятельству, что податель жалобы как биологический отец ребенка долгое время выполнял функцию отца для своего ребенка и выстроил с ним связь, и в связи с этим не проверили, возможно ли толкование § 1711 абз. 2 Германского гражданского уложения (в старой редакции) в соответствии с Конституцией.

То обстоятельство, что § 1711 абз. 2 Германского гражданского уложения (в старой редакции) был отменен Законом о реформе правового статуса ребенка, делает необходимым, чтобы Федеральный Конституционный Суд проверил на соответствие Конституции и применяемое

судами новое законодательство об общении с ребенком. В противном случае невозможно обеспечить, чтобы суды в деле 1 BvR1493/96 могли принять решения относительно общения, соответствующие Конституции. § 1685 Германского гражданского уложения в его редакции в соответствии с Законом о реформе правового статуса ребенка не полностью соответствует ст. 6 абз. 1 Основного закона. Закон о реформе правового статуса ребенка внес принципиальные изменения в право в отношении общения с ребенком. Право родителей на общение, которое регулируется § 1684 Германского гражданского уложения, больше не делает различий между детьми, рожденными в браке, и внебрачными детьми. Кроме того, § 1685 Германского гражданского уложения предоставляет право на общение и другим близким лицам ребенка. Обе нормы не включают прямо биологического отца ребенка в круг лиц, имеющих право на общение. Ни § 1684 Германского гражданского уложения, ни § 1685 Германского гражданского уложения не могут толковаться таким образом, чтобы и биологическому отцу было предоставлено право на общение. Законодатель ясно выразил, что право на общение может быть предоставлено только тем близким лицам, которые прямо указаны в норме (§ 1685 Германского гражданского уложения) и которые, как полагает законодатель, обычно особенно близки ребенку. Он обосновал это ограничение необходимостью предотвратить сильное распространение споров в отношении права на общение. Это не позволяет расширить указанный в § 1685 Германского гражданского уложения круг лиц биологическим отцом при толковании в соответствии с Конституцией. В связи с этим необходимо признать § 1685 Германского гражданского уложения в этом отношении не соответствующим ст. 6 абз. 1 Основного закона.

Законодатель обязан до 30 апреля 2004 г. привести правовое регулирование в соответствие с Конституцией. При этом при установлении срока для осуществления права на оспаривание он должен обеспечить возможность воспользоваться правом на оспаривание тем биологическим отцам, для которых оспаривание ранее было невозможно.

97) BVerfGE 121, 69

(Elterliche Erziehungs- und Umgangspflicht / Обязанность родителей по воспитанию и общению)

Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Сообщение для печати № 44/2008 от 01 апреля 2008 г.

Решение от 01 апреля 2008 г.
— 1 ВvR1620/04 —

**Регулярное отсутствие принудительного осуществления
обязанности по общению родителя, не желающего общаться**

Ребенок имеет конституционное право на то, чтобы его родители заботились о нем и выполняли неразрывно связанные с их родительскими правами обязанности по воспитанию и содержанию их ребенка. Тем не менее общение с ребенком, которое может быть осуществлено только с помощью принудительных мер в отношении его родителя, не желающего общаться, как правило, не в интересах благополучия ребенка. В связи с этим в таких случаях норму о принудительных мерах § 33 Закона о добровольной юрисдикции необходимо толковать в соответствии с Конституцией в том смысле, что следует отказаться от принудительного осуществления обязанности по общению. Ситуация меняется, если в отдельном случае имеют место достаточные основания, указывающие на то, что вынужденное общение послужит в интересах благополучия ребенка. В этом случае общение может осуществляться и с применением принудительных мер. Это постановил Первый Сенат Федерального Конституционного Суда.

Таким образом, конституционная жалоба отца, не желающего общаться, который должен был быть принужден к общению со своим ребенком под угрозой уплаты штрафа, была удовлетворена. Дело было возвращено на повторное рассмотрение в Высший земельный суд (Касательно обстоятельств дела см. Сообщение для печати № 89 от 07 сентября 2007 г.)

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

I.

Угроза денежного штрафа для осуществления обязанности подателя жалобы общаться с его ребенком против его воли затрагивает его основное право на защиту личности. Вопреки его собственному мнению его принуждают встречаться с ребенком. Это влияет на его личное

отношение к ребенку и вынуждает его вести себя со своим ребенком не так, как он этого хочет. Законным основанием для угрозы денежного штрафа является § 33 Закона о добровольной юрисдикции. Для рассмотрения вопроса о том, является ли вмешательство в основное право посредством угрозы денежного штрафа обоснованным, необходимо учитывать абз. 1 § 1684 Германского гражданского уложения, который обязывает родителей общаться со своим ребенком.

II.

Используя возможность угрозы денежного штрафа в отношении родителя, не желающего общаться с ребенком, законодатель преследует законную цель.

1. Законодательно установленная в § 1684 Германского гражданского уложения обязанность родителя по общению со своим ребенком — допустимая конкретизация конституционно закрепленной ответственности родителя за своего ребенка. Статья 6 абз. 2 Основного закона гарантирует родителям право на заботу о своем ребенке и его воспитание, при этом делая его также их преимущественной обязанностью. Обязанность родителей по заботе о ребенке и его воспитанию существует не только перед государством, но и перед ребенком. С этой обязанностью родителей сочетается право ребенка на заботу и воспитание со стороны его родителей в соответствии со ст. 6 абз. 2 Основного закона. Право и обязанность должны быть оформлены законодателем более детально. Так как в основном общение между родителями и ребенком идет на пользу ребенку и его развитию, законодатель в § 1684 Германского гражданского уложения обязал родителей к общению со своими детьми и, таким образом, потребовал, чтобы они несли ответственность перед ребенком.

2. Вмешательство в основное право на защиту личности, связанное с обязанностью родителя по общению со своим ребенком, обосновано в связи с возложенной в соответствии со ст. 6 абз. 2 Основного закона на родителей ответственностью за ребенка и правом ребенка на заботу и воспитание со стороны родителей. При сравнении интересов ребенка в благотворном общении с обоими родителями с интересами родителя, не желающего вступать в личный контакт с ребенком, желанию ребенка придается значительно больший вес, чем желанию родителя, так как общение ребенка со своими родителями имеет большое значение для развития его личности, как важная основа для построения и получения

личных семейных связей, а также для получения родительской поддержки и воспитания и в целом способствует его благополучию. В связи с этим допустимо обязывать родителей к общению со своими детьми, если это служит благополучию ребенка.

III.

Однако часто угроза принудительного осуществления обязанности родителя по общению против изъявленной им воли не подходит для достижения преследуемой цели. Общение с ребенком, которое может быть осуществлено только с использованием принудительных мер в отношении его родителя, не желающего общаться, как правило, не служит благополучию ребенка. В этом случае вмешательство в основное право на защиту личности родителя посредством судебной угрозы денежного штрафа не обоснованно, за исключением случаев, если имеют место достаточные основания, указывающие на то, что вынужденное общение послужит благополучию ребенка.

1. Принудительное осуществление общения, при котором от родителя ожидается не только одно лишь присутствие, но и эмоциональное внимание по отношению к ребенку, противоречит его чувствам, которые он испытывает к ребенку. Проявление такой антипатии, связанное с отрицательным отношением к ребенку, при принудительном общении не может не повлиять на ребенка. Ребенок оказывается в ситуации, в которой не получает отношение, которое является целью общения с родителями, а, напротив, вынужден чувствовать, как его отвергают как личность, и это исходит не от кого-либо, а от его родителя. В связи с этим возникает опасность, что пострадает самооценка ребенка.

2. Пригодность применения принудительных мер против родителя для осуществления нежелательного им общения со своим ребенком зависит не от того, может ли такое общение повредить благополучию ребенка, а от того, послужит ли такое общение его благополучию. Законодатель исходил из того, что общение ребенка со своими родителями имеет большое значение для его развития и служит его благополучию, что оправдывает вмешательство в основное право на защиту личности посредством обязывания родителей. Тем не менее это имеет место, если общение действительно может служить благополучию ребенка. Если эта цель не достигается законными средствами, которыми она должна достигаться, то вмешательство в право личности родителя не может быть обосновано.

Это также касается предоставленной законом возможности осуществить обязанность по общению посредством угрозы денежного штрафа. Этому не препятствует то, что § 1684 абз. 4 Германского гражданского уложения допускает ограничение и исключение права на общение только в том случае, если в противном случае наносится ущерб благополучию ребенка. Предметом этого положения является установление границ права родителей на общение, а не осуществление обязанности по общению.

3. Тем не менее нельзя исключать, что имеют место случаи, в которых существует реальная возможность, что ребенок сможет своим поведением прекратить сопротивление родителя, избегающего контакта с ним, так, что такое общение, вначале вынужденное, послужит благополучию ребенка. При необходимости это следует выяснить со специалистом. Чем старше и чем сильнее ребенок в своем развитии личности, тем более стоит исходить из того, что принудительное осуществление его собственного, убедительно выраженного желания сохранить контакт со своим родителем послужит его благополучию. В таком случае допустимо обязывать родителя к общению со своим ребенком, в крайних случаях и с применением принудительных мер.

IV.

§ 33 Закона о добровольной юрисдикции следует толковать в соответствии с Конституцией в том смысле, что необходимо отказаться от принудительного осуществления обязанности по общению родителя, отказывающегося от общения со своим ребенком, за исключением случаев, если в конкретном случае имеют место достаточные основания, указывающие на то, что вынужденное общение послужит благополучию ребенка.

V.

При повторном рассмотрении и принятии решения по делу суд должен соблюдать право ребенка быть заслушанным в суде и проверить, необходимо ли предоставить ребенку представителя для защиты его прав и интересов в ходе дела об общении. Случай дает повод для сомнения относительно того, отвечает ли действительно интересам ребенка или скорее им противоречит заявление, поданное матерью ребенка, чтобы обязать подателя жалобы против его четко выраженной воли к общению с ребенком и в крайнем случае осуществить это с применением принудительных мер.

Решение по вопросам III–IV принято с результатом 7:1 голосов, по остальным вопросам — единогласно.

§ 18. Школьная система и свобода частных школ (Ст. 7 Основного закона)

98) BVerfGE 52, 223

(Schulgebet / Школьная молитва)

1. Земли в рамках гарантированных в ст. 7 абз. 1 Основного закона властных полномочий свободно могут решить, допускают ли они в общих школах, привязанных к конкретному вероисповеданию, добровольную надконфессиональную молитву за пределами урока религии.

2. Школьная молитва принципиально и тогда не вызывает конституционно-правовых нареканий, если ученик или его родители возражают против проведения молитвы; их основное право на свободу отказа от вероисповедания не нарушена, если они свободно и без принуждения могут принимать решение об участии в молитве.

3. Всегда предполагаемая при соблюдении требования толерантности добровольность в виде исключения не гарантирована, если ученик по обстоятельствам отдельного случая не может приемлемым образом уклониться от участия.

Решение Первого Сената от 16 октября 1979 г. – 1 BvR 647/70, 1 BvR 7/74 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

А.

Объединенные для совместного решения конституционные жалобы касаются вопроса о допустимости школьной молитвы за пределами урока религии в государственных обязательных школах, если родители ученика возражают против молитвы.

[...]

Б.

[...]

1.

1. Масштабом проверки для оценки конституционно-правовых вопросов, связанных со школьной молитвой, является в первую очередь статья 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона (родительское право на воспитание),

статья 4 абз. 1 и 2 Основного закона (свобода вероисповедания и право на свободное отправление обрядов), а также статья 7 абз. 1 Основного закона (поручение государству заботиться о воспитании и образовании).

Статья 6 абз. 2 предл. 1 Основного закона предоставляет родителям право и обязанность свободно, по своим представлениям и с учетом ст. 7 Основного закона с преимуществом перед другими носителями воспитания осуществить уход за своими детьми и их воспитание (ср. BVerfGE 24, 119 [138, 143 и далее]; 47, 46 [69 и далее]). Сюда относится и право на воспитание детей в религиозном и мировоззренческом отношении (BVerfGE 41, 29 [44]).

Статья 4 абз. 1 предл. 1 включает также право родителей передать своим детям религиозное или мировоззренческое убеждение, которое они считают правильным (BVerfGE 41, 29 [47 и далее]).

С другой стороны, статья 7 абз. 1 Основного закона дает государству конституционно-правовое поручение относительно школьного воспитания (BVerfGE 34, 165 [181 и далее]). К области государственного действия, порученной землям в области образования (ср. BVerfGE 6, 309 [355]), относится не только организационное разделение школ, но и содержательное определение процессов обучения и целей преподавания. Государство поэтому может принципиально в школе, независимо от родителей, преследовать собственные воспитательные цели (BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71 и далее]). Воспитательное поручение государства является самостоятельным и приравнено к воспитательному праву родителей; ни право родителей, ни государственное поручение не обладают абсолютным преимуществом (BVerfGE 41, 29 [44]; 47, 46 [72]).

2. Проблему школьной молитвы следует сначала рассматривать в более широких рамках — являются ли религиозные проявления вообще допустимыми в государственных общих школах, или государство обязано исключить всякие религиозные или мировоззренческие связи при оформлении школьной системы, за исключением явно гарантированных в ст. 7 абз. 3 Основного закона уроков религии в таких школах, которые не являются конфессиональными.

Этим вопросом Федеральный Конституционный Суд занимался подробно в решениях от 17 декабря 1975 г. об общих школах баденской традиции (BVerfGE 41, 29 [44 и далее]) и о баварской общей школе (BVerfGE 41, 65 [77 и далее]). На данные изложения содержится указание.

Согласно им, введение христианских тем при оформлении публичной школы не запрещается полностью, даже если часть родителей, которая при воспитании своих детей не может избежать эту школу, не желает религиозного воспитания. Школа, однако, не должна быть миссионерской школой и не претендовать на обязательность христианского содержания веры; она должна быть открыта также для других мировоззренческих и религиозных содержаний и ценностей. Воспитательная цель подобной школы не может быть христиански-конфессионально фиксированной, за исключением уроков религии, к участию в которых никого нельзя принудить. Утверждение христианства в обычных предметах относится, в первую очередь, к признанию воздействия культурного фактора и образовательного фактора, как оно сложилось в европейской истории, не к истинам веры, и поэтому оно легитимировано и в отношении не-христиан из-за продолжающегося действия исторических данностей. К этому фактору не в последнюю очередь относится мысль о толерантности в отношении инакомыслящих.

[...]

3. Если с учетом разработанных Федеральным Конституционным Судом принципов религиозные содержания в публичных обязательных школах не являются недопустимыми, то и проведение школьной молитвы тогда не вызывает принципиальных нареканий с точки зрения конституционного права, если его проведение остается в рамках предоставленного землям в ст. 7 абз. 1 Основного закона права на оформление школьной системы и при этом не нарушаются другие конституционные принципы, в частности, основные права участников, гарантированные ст. 4 Основного закона.

[...]

а) Школьная молитва, как она является предметом конституционных жалоб, представляет собой происходящее на основе христианской веры надконфессиональное (экуменическое) обращение к Богу.

[...]

Школьная молитва, как религиозный акт вероисповедания, которая произносится за пределами уроков религии, не является частью общих школьных уроков, проводимых в рамках государственного поручения на воспитание и образование. Это не преподавание, как оно характеризует уроки как таковые, не передача знаний ученикам, но и не целенаправленное воспитательное воздействие на детей со стороны школы и учителей, а, как правило, совместно с учителем исполняемое религиозное действие.

Тем самым школьная молитва и не подпадает под передачу христианских культурных и образовательных ценностей, как их Федеральный Конституционный Суд считал допустимыми в христианских общих школах (BVerfGE 41, 29 [52]). Однако из допустимости таких школ еще не следует просто конституционно-правовая допустимость школьной молитвы.

б) Так как школьная молитва не представляет собой часть уроков в смысле школьного преподавания, она и не может быть составной частью обязательного учебного плана. Ее проведение — и это вообще бесспорно ввиду регулирования в ст. 4 абз. 1 и 2 Основного закона, а также в ст. 140 Основного закона в связи со ст. 134 ВИК — должно основываться на базе абсолютной добровольности. Это относится не только к ученикам, но и к учителям каждого класса, в котором проводится школьная молитва (ср. об этом также ст. 7 абз. 3 предл. 3 Основного закона).

[...]

Даже если школьная молитва не является и не может быть частью обязательного учебного процесса, она все же остается — причем в каждой из названных форм — школьным мероприятием, причисляемым к государству. Это верно во всяком случае тогда, когда молитва по предложению учителя проводится во время уроков.

[...]

в) Если государство допускает школьную молитву в обозначенном смысле вне уроков религии, как религиозное действие и «школьное мероприятие», то оно, однако, содействует взглядам христианства и, тем самым, религиозному элементу в школе, выходящим за те религиозные содержания, которые вытекают из признания христианства как воздействующего культурного и образовательного фактора (BVerfGE 41, 29 [52]). Молитва и в своей надконфессиональной форме примыкает к истине веры, а именно к вере, что Бог может дать то, о чем просили. Тем не менее, и допущение этого религиозного элемента в общей школе (обязательной школе) при сохранении добровольности участия остается еще в рамках свободы оформления, предоставленного землям как носителям школьной власти согласно ст. 7 абз. 1 Основного закона, и даже тогда, когда основное право инакомыслящих по ст. 4 Основного закона для достижения согласованности привлекается для оценки.

Статья 4 Основного закона предоставляет не только свободу верить, но и внешнюю свободу признаться в своей вере общественности (BVerfGE 32,

98 [106]; 33, 23 [28]; 41, 29 [49]); статья 4 абз. 1 и 2 Основного закона гарантируют в этом смысле простор для активного занятия убеждениями веры.

Если государство в общих школах допускает школьную молитву, то оно не делает ничего иного, как осуществляет предоставленное ему в ст. 7 абз. 1 Основного закона право на оформление школьной системы таким образом, чтобы ученики, которые хотят этого, могли признать свою религиозную веру — хотя и только в ограниченной форме общего и надконфессионального — обращения к Богу.

[...]

Данный свободный простор для осуществления позитивной свободы вероисповедания посредством допущения школьной молитвы государство, однако, должно изначально уравнивать с негативной свободой вероисповедания других родителей и учеников, отвергающих школьную молитву. Уравнивание здесь осуществляется принципиально посредством гарантии добровольности участия учеников и учителей.

[...]

4. Если земли, уполномоченные оформлять свою школьную систему, свободны в допущении школьной молитвы в изложенном смысле, то они, с другой стороны, не обязаны в общих школах всегда допустить проведение школьной молитвы.

В соответствии с Конституцией земли только обязаны предусмотреть уроки религии в конфессиональных школах в качестве учебного предмета (ст. 7 абз. 3 предл. 1 Основного закона). Родители точно так же не имеют позитивного права окончательного решения о введении школьной молитвы, как и они не имеют право на создание школ определенной религиозной или мировоззренческой направленности; [...]

II.

Если против школьной молитвы принципиально нет конституционно-правовых возражений, то оценка могла бы быть иной, если в конкретном случае ученик или его родители возражают против проведения молитвы.

[...]

1. Гессенский государственный суд считает, что школьная молитва при возражении ученика потому должна запрещаться, что нельзя поставить ученика в такое положение, чтобы демонстрировать вовне свое религиозно или мировоззренчески мотивированное отвержение школьной молитвы посредством неучастия. Подобное распространение права

на молчание, которое было бы нарушено не только через принуждение раскрыть то, что человек сам думает или верит, а уже обнаружением позитивного или негативного отношения к поведению других в соответствии с их вероисповеданием, не покрывается основным правом *негативной* свободы вероисповедания [...]

[...]

3. Возражение инакомыслящего ученика или его родителей могло привести к недопустимости школьной молитвы лишь тогда, когда не обеспечивается право отклонившегося ученика принимать решение о своем участии свободно и без принуждения. Но, как правило, ученик может приемлемым образом уклониться от участия, так что он в полной свободе может решиться не участвовать в молитве.

а) В качестве возможностей уклонения можно рассматривать следующие: ученик может отсутствовать в классном помещении во время молитвы; он может, например, войти в помещение только по окончании молитвы или покинуть его до произнесения заключительной молитвы. Инакомыслящий ученик может и во время молитвы находиться в классном помещении, однако не произнести молитву, при этом он — в отличие от молящихся соучеников — может оставаться сидеть на своем месте.

б) Надо признать, что каждая из возможностей уклонения соответствующего ученика всегда его отличает по поведению от молящихся учеников тогда, когда произносится школьная молитва. Это важно тогда, когда речь идет только об одном инакомыслящем ученике: он ведет себя явно по-другому, чем все остальные его соученики. Это выделение может быть неприемлемым для соответствующего лица, если оно его с неизбежностью ставит в роль отверженного и дискриминировало бы его перед сообществом класса [...]

[...]

4. Тем не менее нельзя исходить из того, что уклонение от школьной молитвы инакомыслящего ученика, как правило, или хотя бы в значительном количестве случаев поставило бы в описанную неприемлемую позицию отверженного. Оценка рамочных условий, в которых должна проводиться молитва, задач, которые учитель должен выполнить в этой связи, и действительных отношений в школьной области приводит к тому, что, во всяком случае, как правило, нельзя опасаться дискриминации ученика, не участвующего в молитве.

[...]

§ 19. Свобода собраний (ст. 8 Основного закона)

99) BVerfGE 69, 315

(Brokdorf / Брокдорф)

1. Право гражданина активно влиять на процессы формирования политических взглядов и политической воли посредством реализации права на свободу собраний относится к неотъемлемым функциональным элементам демократического общества. Это основополагающее значение права на свободу должно быть учтено как законодателем при издании ограничивающих основные права предписаний, так и при толковании и применении таких предписаний должностными лицами и судами.

2. Закрепленная Законом о собраниях и шествиях обязанность уведомлять о проведении мероприятий под открытым небом и о предпосылках к их прекращению или запрету (§ 14, 15) соответствует конституционно-правовым требованиям в том случае, когда при толковании и применении нормы об этой обязанности учитывается следующее:

а) обязанность уведомления не относится к проведению спонтанных собраний, и ее нарушение не будет вести к разгону или запрету собрания,

б) прекращение и запрет собрания может осуществляться только в целях защиты равноценных правовых интересов при условии неукоснительного соблюдения принципа соразмерности и при явной и очевидной угрозе этим правовым интересам.

3. Органы государственной власти обязаны доброжелательно относиться к собраниям по примеру мирно протекающих массовых демонстраций и не игнорировать известные примеры проведения массовых мероприятий без достаточного на то основания. Чем более организаторы со своей стороны готовы к принятию односторонних мер, укрепляющих взаимное доверие или к полезной для демонстрации кооперации, тем серьезнее должно быть основание для вмешательства должностных лиц на основании угрозы общественной безопасности.

4. Независимо от немирного характера проведения демонстрации или стремления организатора и его сторонников к такому проведению мирному участнику демонстрации не стоит опасаться, поскольку ему по-прежнему гарантируется защита права на свободу собрания, даже в случае совершения нарушений общественного порядка одиночными

участниками или меньшинством собравшихся. В таком случае к превентивному запрету всего мероприятия предъявляются строгие требования, как к прогнозируемой опасности, так и к исчерпанию всех разумных средств, способных гарантировать соблюдение основного права для мирных демонстрантов.

5. Административные суды должны уже при первоначальной защите права интенсивно проверять обстоятельства и учитывать, что немедленное исполнение решения о запрете демонстрации ведет, как правило, к окончательному нарушению реализации основного права.

**Решение Первого Сената от 14 мая 1985 г.
– 1 BvR233/81, 1 BvR341/81 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

1. Конституционные жалобы касаются запрета демонстраций, запланированных против строительства атомной электростанции Брокдорф. Основным предметом жалоб является вынесенный Верховным административным судом общий немедленный запрет демонстрации, изданный соответствующим начальником окружного управления в форме административного распоряжения общего характера в порядке предупреждения.

I.

1. В качестве конституционной основы гарантии права на проведение демонстраций принимаются во внимание право на свободу слова, и в особенности основное право на свободу собраний:

«Ст. 8

(1) Все немцы имеют право собираться мирно и без оружия без предварительного извещения или разрешения.

(2) Для собраний, проводимых вне помещений, это право может быть ограничено законом или на основании закона».

Дальнейшее правовое регулирование содержит Закон о собраниях и шествиях от 24 июля 1953 г. в актуальной редакции от 15 ноября 1978 г. (Вестник федерального законодательства, ч. 1, стр. 1789). Закон закрепляет право каждого устраивать публичные собрания и шествия

и принимать участие в таких мероприятиях. В главе III содержатся следующие предписания к проведению «публичных собраний под открытым небом и шествий»:

«§ 14

(1) Кто имеет намерение организовать публичное собрание под открытым небом или шествие, должен не позднее 48 часов до сообщения о проведении собрания под открытым небом или шествия уведомить компетентный государственный орган о предмете проведения такого собрания или шествия.

(2) В уведомлении должно содержаться указание о том, какое лицо будет являться ответственным за проведение собрания или шествия.

§ 15

(1) Компетентный государственный орган может запретить проведение собрания или шествия или обязать соблюсти определенные требования при его проведении, если во время издания распоряжения существуют ясные обстоятельства, свидетельствующие о том, что проведение собрания или шествия может непосредственно угрожать общественной безопасности или порядку.

(2) Он может запретить собрание или шествие, если отсутствует информация об уведомлении или не соблюдаются требования к проведению собрания или шествия или если имеются предпосылки к запрету, указанные в абзаце первом данной статьи.

(3) Запрещенное мероприятие подлежит прекращению».

[...]

С.

[...]

І.

Объектом конституционно-правовой проверки является основное право на свободу собраний (ст. 8 Основного закона).

1. Как обжалованные в основном процессе мероприятия, так и положенные в основу законодательные предписания ограничивали заявителей в свободе проведения запланированных демонстраций. Эта свобода гарантирована в ст. 8 Основного закона, которая защищает собрания и шествия, отличающиеся от обычных толп или народных гуляний, как форму проявления общественного мнения, основанного

на коммуникации. Эта защита не ограничивается только самими мероприятиями, на которых аргументируют и спорят, но объединяет самые разнообразные формы совместного поведения, выраженные вплоть до невербальной формы. Сюда можно отнести также такие формы совместного поведения, носящие характер демонстрации, при которых свобода собраний используется для выражения демонстративных и привлекающих всеобщее внимание мнений. Поскольку в исследуемом процессе отсутствуют основания, свидетельствующие о том, что было запрещено выражение мнения (например, в форме призывов, обращений, песен, посредством транспарантов), то отсутствует необходимость применения критериев основного права на свободу слова субсидиарно к положениям ст. 8 Основного закона в рамках проверки мер в отношении демонстраций.

2. Как и право на самооборону, которое также и прежде всего принадлежит инакомыслящим меньшинствам, статья 8 Основного закона гарантирует носителю основных прав право на самостоятельное определение места, времени, вида и содержания мероприятия и одновременно запрещает государственное принуждение к участию или неучастию в публичном собрании. Уже с этой точки зрения в свободном государстве данное право имеет особый статус; право беспрепятственно и без специального разрешения собираться с другими людьми издавна являлось символом свободы, независимости и зрелости самостоятельного гражданина. В своем распространении на политические мероприятия гарантия свободы также воплощается в защите от государственного вмешательства в беспрепятственное развитие личности. В англо-американской правовой системе давно укоренившаяся в естественном правосознании народа свобода собраний достаточно рано приобрела значение выражения суверенитета народа и, соответственно, демократического права граждан на активное участие в политических процессах [...].

[...]

а) В конституционно-правовой судебной практике, которая до сих пор не сталкивалась с правом на свободу собраний, право на свободу слова уже давно относилось к неотчуждаемым и ключевым функциональным элементам демократического общества. Это право является непосредственным выражением индивидуальности человека и, в общем, одним из наиболее важных прав, существующих в свободном демократическом государстве; поскольку именно оно впервые позволило создать длящуюся

умственную дискуссию и борьбу суждений людей как жизненно необходимый элемент такой формы государственного строя (ср. BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [125]; 20, 56 [97]; 42, 163 [169]). Если понимать свободу собраний как свободу коллективного обмена мнениями, то ничего другого в ее отношении силу иметь не может. Этому не противоречит то, что в отношении демонстраций уходит на задний план аспект аргументации мнения, характеризующий в целом свободу слова. Представляя свое мнение в физической форме, публично и без посредничества средств массовой информации, демонстрант непосредственно раскрывает свою индивидуальность. В идеале демонстранты являются общим физическим воплощением убеждений, где участники, с одной стороны, испытывают чувство внутреннего единства с другими участниками, а с другой стороны, внешне лишь выражают присутствие на определенном месте, поведение, поддержку своей точки зрения. Опасность того, что такое выражение мнения будет злоупотреблять демагогией и оказывать сомнительное эмоциональное влияние, так же мала в отношении свободы собраний, как и в отношении свободы слова и печати.

б) Принципиальное значение свободы собраний становится особенно очевидным, если принимать во внимание особенности возникновения воли в демократическом обществе. В решении «KPD» говорится о том, что свободная демократия исходит из того, что существующие, исторически появившиеся государственные и общественные отношения могут и должны быть улучшены; таким образом ставится бесконечная задача, которая может быть исполнена только при помощи постоянно обновляющегося процесса принятия волевых решений (ср. BVerfGE 5, 85). Путь к построению волевых решений описывается как метод проб и ошибок, который при помощи постоянной умственной дискуссии, взаимной критики и контроля служит лучшей гарантией построения (относительно) правильной политической линии и баланса между действующими в государстве политическими силами как результата (указ. соч. [135]; ср. BVerfGE 12, 113 [125]). Такую точку зрения поддерживает и принятое позднее решение о финансировании партий, которое подчеркивает, что в демократии воля должна формироваться от народа к власти, а не наоборот; право граждан на участие в политическом процессе проявляет себя не только в голосовании на выборах, но и на влиянии на постоянный процесс становления политической культуры, существующей в демократическом государстве

свободно, открыто, нерегламентированно и в целом осуществляющейся независимо от государства (ср. BVerfGE 20, 56 [98 и след.]).

В этом процессе граждане участвуют в различном объеме. Большие союзы, сильные спонсоры или средства массовой информации могут оказывать значительное влияние, в то время как гражданин более чем бессилен. В обществе, в котором прямой доступ к средствам массовой информации и возможность высказаться через них напрямую весьма ограничены, людям за исключением организованной поддержки политических партий и союзов, в общем, остается только оказывать коллективное влияние посредством демонстраций. Беспрепятственное осуществление охраняемой правом свободы не только противостоит политическому бессилию и опасным для государства тенденциям, но еще и служит в интересах общественного блага, потому как в параллелограмме политических сил относительно правильный результат может появиться только тогда, когда все образующие его векторы более-менее устойчивы.

В свете вышеизложенного собрания довольно точно описываются в литературе как существенный элемент демократической открытости: «Они предоставляют [...] возможность открыто воздействовать на политический процесс, развивать плюралистическую инициативу и выбор или же критиковать и протестовать [...]; они содержат в себе элемент первоначально-необузданной непосредственной демократии, который предназначен охранять политическую функцию государства от опасности погрязнуть в рутине повседневной деятельности» [...]. В особенности в демократиях с парламентарной системой представительства и низким уровнем прав народного участия в этом представительстве свобода собраний имеет главным образом значение неотъемлемого и основополагающего функционального элемента. Здесь действует — даже при решениях, имеющих после смены власти далеко идущие и с трудом обратимые последствия для каждого — принцип большинства. С другой стороны, влияние в этом отношении даже большинства избирателей между выборами достаточно ограничено; государственная власть осуществляется посредством особенных государственных органов и управляется при помощи превосходящего бюрократического аппарата. В целом принятые такими органами на основе принципа большинства решения тем больше легитимируются, чем эффективнее они защищают права меньшинств; признание таких

решений обуславливается тем, имели ли меньшинства ранее возможность оказывать достаточное влияние на процесс формирования воли и мнений (ср. BVerfGE 5, 85 [198 и след.]). Протест в форме демонстрации может быть в особенности необходим, когда представительные органы не распознают возможные неполадки в своей работе или ложные пути развития либо делают это не вовремя или обращают внимание на иные интересы (ср. также BVerfGE 28, 191 [202]). В литературе стабилизирующая функция свободы собраний для представительской системы справедливо описывается как возможность недовольным гражданам публично, законным образом высказывать негодование и критику и действует как необходимое условие существования политической системы «раннего обнаружения», выявляющей предпосылки для будущих нарушений порядка, дефицитов интеграции и, соответственно, возможных коррекций курса официальной политики [...].

II.

Предписания Закона о собраниях и шествиях, имеющие принципиальное значение для исследуемого дела, удовлетворяют требованиям Основного закона, если они интерпретируются и применяются в соответствии с основополагающим значением свободы собраний.

1. Несмотря на ее высокий статус, свобода собраний не гарантируется безоговорочно. Статья 8 Основного закона гарантирует только право «собираться мирно и без оружия» (ср. далее по этому вопросу в пункте III 3.а) и, вместе с тем, содержит в отношении права собираться под открытым небом оговорку о законе. Таким образом Конституция принимает в расчет, что воплощение свободы собраний под открытым небом непосредственно касается внешней среды и нуждается соответственно в таком особом правовом регулировании, главным образом организационно- и процессуально-правовом, чтобы, с одной стороны, создать реальные предпосылки для осуществления свободы, а с другой — чтобы также соблюсти и противоположные интересы иных лиц.

В то время как Веймарская Конституция прямо устанавливала в ст. 123, что собрания под открытым небом могут «подлежать обязательной регистрации в соответствии с Имперским законом и запрещаться при непосредственной угрозе для общественной безопасности», Основной закон ограничивается простой и кажущейся объективно неограниченной оговоркой. Это, однако, не означает, что действие данной гарантии

ограничено только той сферой, которую определит законодатель с учетом ее сущностного содержания. Как справедливо заявлял министр внутренних дел, в данном случае действует практически то же самое, что и в отношении свободы слова, которая, в соответствии с текстом Конституции, ограничивается общим законом, область действия которого не может быть произвольным образом поставлена в зависимость от простого закона (см. ключевое решение — BVerfGE 7, 198 [207 и след.]; далее ср. BVerfGE 7, 377 [404]).

При принятии любых ограничений законодатель должен учитывать уже разъясненное, воплощенное в ст. 8 Основного закона конституционное положение; использование свободы собраний может быть ограничено лишь в целях защиты равнозначных правовых институтов при условии строгого соблюдения принципа соразмерности.

Когда органы власти и суды толкуют и применяют установленные законодателем законы, ограничивающие конституционные положения, имеет место то же, что и при интерпретации предписаний об ограничении свободы слова (ср. по этому вопросу BVerfGE 7, 198 [208]; 60, 234 [240]; к вопросу о свободе собраний: Решение Федерального административного суда (BVerwGE) 26, 135 [137]). Необходимость во вмешательстве в осуществление свободы собраний может возникнуть в том случае, когда демонстрант посягает на правовое положение третьего лица. И при таком вмешательстве государственные органы должны толковать ограничивающие основное право законы всегда в свете основополагающего значения этого права в свободном демократическом государстве и в своих действиях ограничивать себя тем, что необходимо для защиты равноценных правовых институтов. Действия государственных органов были бы несовместимы с этими требованиями, если они выходили за пределы дозволенного применения ограничивающих основное право законов и затрудняли участие в демонстрации при помощи ограничения прибытия демонстрантов и тянующихся долгих проверок или нарушали независимый от государства статус таких демонстраций чрезмерным наблюдением и регистрациями.

2. Из предписаний Закона о собраниях и шествиях, которому законодатель придал статус указанной в ч. 2 ст. 8 Основного закона оговорки о законе, только установленная ч. 1 ст. 14 Основного закона обязанность уведомления и содержащиеся в ст. 15 основания для роспуска и запрета собраний имеют значение для принятия решения. Положения о сроке

уведомления и об уведомлении об ответственном лице не нуждаются в пересмотре; ни органы исполнительной власти, ни суды не обосновывали свои решения этими положениями.

а) Установленная ч. 1 ст. 14 Закона о собраниях и шествиях обязанность уведомления была предусмотрена Веймарской Конституцией как допустимое ограничение свободы собраний. По мнению Федерального Административного Суда, данная обязанность, как правило, лишь незначительно ограничивает основное право (BVerwGE26, 135 [137 и след.]). Верховный Суд [...], а также господствующая правовая доктрина считают эту обязанность соответствующей Основному закону. С этим можно согласиться, если будет учтено, что обязанность уведомления действует не без исключений и что нарушение этой обязанности не будет, следовательно, вести к запрещению или роспуску собрания.

Обязанность уведомления действует только в отношении собраний под открытым небом, поскольку из-за своих последствий они предполагают принятие особенных мер предосторожности. Предоставленные вместе с уведомлением данные должны снабжать органы государственной власти необходимой информацией, чтобы они могли предполагать, с одной стороны, как сделать так, чтобы проведение собрания не помешало дорожному движению и прочим мероприятиям, а с другой — что необходимо как для соблюдения интереса третьих лиц, так и для общего интереса и как их согласовать [...]. С господствующей точки зрения обязанность уведомления в должный срок не относится к спонтанным собраниям, которые собираются немедленно по актуальной причине [...].

Они гарантируются ст. 8 Основного закона; предписания Закона о собраниях и шествиях не могут применяться в их отношении, поскольку преследуемая спонтанными собраниями цель не может быть достигнута при исполнении этих предписаний. Признание таких собраний, несмотря на неприменение этих предписаний, оправдывается тем, что ст. 8 Основного закона в абзаце первом, по общему правилу, гарантирует свободу собираться «без уведомления или разрешения» и что хоть абзац второй и позволяет ограничивать собрания под открытым небом на основании закона, но такие ограничения не могут исключать действие гарантии в отношении определенных типов собраний, и, таким образом, эта гарантия освобождает, при наличии названных предпосылок, от обязанности уведомления.

Такая оценка спонтанных собраний основывается на том, что установленные Законом о собраниях и шествиях административные предписания будут применяться в свете основного права на свободу собраний и, при необходимости, будут отходить на второй план. Основное право, а не Закон о собраниях и шествиях, гарантирует допустимость собраний и шествий; Закон о собраниях и шествиях предусматривает лишь ограничения в той мере, в которой они необходимы. В пользу этого говорит и то, что нарушение обязанности уведомления не ведет автоматически к роспуску или запрету собрания. Несмотря на то, что это и наказуемо для организатора либо руководителя собрания (ст. 26 Закона о собраниях и шествиях). Вместе с тем часть 2 ст. 15 Закона о собраниях и шествиях устанавливает право компетентного государственного органа распустить собрание под открытым небом или шествие, о котором не поступило уведомления. Министр внутренних дел считает возможным также превентивный запрет собрания как более мягкую меру, чем прописанный в законе роспуск. Роспуск и запрет являются, однако, не обязанностью, а лишь правом государственного органа, которым он, сознавая высокое значение права на свободу собраний, может воспользоваться только при наличии дальнейших предпосылок для вмешательства; отсутствие уведомления и, соответственно, связанный с этим недостаток информации еще не дают полного основания для применения решительных мер.

Если обязанность уведомления действует не без исключений и ее нарушение не ведет автоматически к роспуску и запрету, то в таком случае неясно, что основывающаяся на весомых интересах общего блага обязанность, как правило, могла бы быть несоразмерной. Существуют ли и в какой мере для больших демонстраций особенности, которые могли бы, как при спонтанных демонстрациях, оправдывать иную оценку, нужно обсуждать в другом контексте (см. далее пункт III.2*).

б) Требованиям Конституции при конституционном же толковании так же удовлетворяет предписание ст. 15 Закона о собраниях и шествиях, в соответствии с которой компетентный орган государственной власти может ставить проведение собрания под соблюдение определенных условий или запретить или распустить его, «если на время распоряжения существовали явные обстоятельства, указывающие на то, что общественная безопасность или порядок могут непосредственно пострадать вследствие проведения собрания или шествия».

Заявитель и Федеральный Союз гражданских инициатив по защите окружающей среды подняли вопрос о неопределенности условий для вмешательства на основании «угрозы для общественной безопасности и порядка», которые тем более проблематичны, поскольку решение о вмешательстве находится в компетенции низших должностных лиц и приставов-исполнителей. Названные понятия между тем, как верно изложил министр внутренних дел, ясно и достаточно расшифрованы в полицейском административном праве [...]. Так, понятие «общественной безопасности» включает в себя защиту как основных правовых ценностей, таких как право на жизнь, здоровье, свободу, уважение, собственность и имущество человека, так и неприкосновенность правопорядка и государственного устройства, причем нарушение общественной безопасности предполагается, как правило, если имеет место наказуемое нарушение, угрожающее защищаемым правам. Под «общественным порядком» понимается общность неписаных правил, следование которым господствующие социальные и этические воззрения относят к неперменной предпосылке, упорядоченной совместной жизни людей на определенной территории.

Эти определения сами по себе не обеспечивают никакого соответствующего Основному закону применения закона. Для конституционно-правовой оценки важны два заложенных в законе ограничения, из которых следует, что запреты и роспуски собраний могут применяться только для защиты элементарных прав, в то время как простой угрозы публичному правопорядку в целом недостаточно.

Запрет или роспуск собрания, являясь мерами «ultima ratio», предполагают, с одной стороны, что все более мягкие меры исчерпали себя (такая же позиция содержится в Решении Федерального административного суда (BVerwGE64, 55). В основе этого лежит принцип соразмерности. Он ограничивает, однако, не только усмотрение в выборе меры, но также и свободу компетентного органа государственной власти принимать решения по собственному усмотрению. Защищаемая Основным законом свобода собраний должна отходить на второй план лишь тогда, когда сопоставление правовых благ, при учете значения охраняемой правом свободы, показывает, что это необходимо для защиты иных равноценных правовых интересов. Соответственно никакой произвольный интерес не может, ни в каком виде, оправдать ограничение этой охраняемой

правом свободы; осложнения, неизбежно обусловленные массовостью осуществления основного права и от которых нельзя отказаться без вреда цели собрания, будут оказывать влияние на третьих лиц. Запреты собраний вследствие транспортно-технических сложностей тем более не принимаются во внимание, поскольку по всем правилам одновременное использование демонстрантами улиц и нормальное дорожное движение достижимо при помощи введения соответствующих ограничений.

Полномочия государственных органов на вмешательство ограничиваются, помимо прочего, тем, что запреты и роспуски правомерны лишь при «непосредственной угрозе» общественной безопасности и правопорядка. Требование непосредственности сильно сужает предпосылки для вмешательства по сравнению с общим полицейским административным правом. В каждом конкретном случае необходимо прогнозирование опасности. Оно всегда включает в себя оценку вероятности, основания которой, однако, могут и должны быть документально доказаны. Соответственно закон устанавливает, что оценка должна основываться на «ясных обстоятельствах», а также на фактах, конкретных обстоятельствах и прочих деталях; простое подозрение или предположение не должно быть достаточным. С учетом ключевого значения свободы собраний орган государственной власти при издании указа о превентивном запрете не может предъявлять слишком низкие требования к прогнозированию опасности, тем более что в случае ошибочной оценки остается возможность впоследствии распустить собрание. О том, какие требования предъявляются в каждом отдельном случае, выносит решение компетентный суд [...]. Они едва ли могут отличаться от предписанных Основным законом конкретных обстоятельств, однако могут зависеть от того, насколько готов организатор массовой демонстрации к сотрудничеству в подготовке мероприятия и будут ли совершаться нарушения только третьими лицами или малой долей собравшихся (ср. также ниже разделы III.1* и 3*). В целом статья 15 Закона о собраниях и шествиях соответствует ст. 8 Основного закона, если при ее толковании и применении гарантировано, что запрет или роспуск собраний происходит только в целях защиты важных общественных благ при соблюдении принципа соразмерности и только при непосредственных и явных обстоятельствах, свидетельствующих об угрозе таким благам.

III.

С конституционно-правовой точки зрения является неоспоримым, что проанализированные выше предписания, касающиеся собраний, так же действуют и в отношении массовых демонстраций. Тем не менее, при их применении необходимо использовать тот накопленный опыт, который позволяет мирное проведение таких демонстраций.

1. На основании собранных в первоначальном процессе отчетов и по результатам Штуттгартских переговоров (ср. выше раздел А.1.2*) мирному проведению демонстраций, подобных таким, как Горлебенская в 1979 г., Боннская в 1981 г. и Южнонемецкая в 1983 г., могут способствовать несколько обстоятельств. К ним относятся не только своевременное выяснение правового положения, но и пресечение одновременно и провокаций, и агрессивных побуждений, влияние организатора на участников в целях мирного проведения демонстрации и изоляция тех, кто применяет насилие, вдумчивые действия властей и неприменение радикальных мер, в том числе и путем создания свободных от полиции зон, и особенно своевременное установление контакта, при котором стороны могут узнать друг друга, обмениваться информацией и, возможно, наладить сотрудничество в духе доверия, которое облегчает преодоление непредвиденных конфликтных ситуаций.

Не ясно, основывается ли обязанность принять во внимание этот опыт из обязанности защиты, которая возникает у государственных органов, по мнению профсоюза полиции, из смысла ст. 8 Основного закона тем же образом, что и остальные гарантии основных прав, и которая имеет своей целью как создание возможности для проведения собраний и шествий, так и защиту прав третьих лиц от нарушений общественного порядка и беспокойств. Во всяком случае, необходимо учитывать недавнюю судебную практику Конституционного Суда, в соответствии с которой основные права влияют не только на развитие материального права, но и одновременно задают масштабы формирования организационной структуры и проведения процесса, равно как и устанавливают процессуальные правила, направленные на соблюдение основных прав (ср. доказательства по BVerfGE 53, 30 [65 и след. и 72 и след.]; из последующего периода BVerfGE 56, 216 [236] и 65, 76 [94]; 63, 131 [143]; 65, 1 [44, 49]). Нет никаких сомнений в том, что такую практику необходимо применять и к свободе собраний, тем более что у этого основного права

есть существенное процессуальное и организационное содержание; как право на осуществление свободы оно не содержит предписаний в отношении формирования собраний и шествий, оставляя его на свободное усмотрение организатора, а содержит организационные нормы о проведении собраний и шествий. Требование к государственным властям поступать дружелюбно на основании примеров мирно проведенных демонстраций и не пренебрегать таким опытом без веской причины соответствует стремлению к конституционно-правовому осуществлению свобод. Обязанность не только помнить о таком опыте, но и действовать в соответствии с ним обосновывается также тем, что такие меры являются более мягкими, чем такие вмешательства, как запреты и роспуски. Чем серьезнее государственные органы настаивают на мирном проведении массовых демонстраций, тем вероятнее, что запреты или роспуски, принятые в связи с бесполезностью усилий по мирному проведению демонстрации, пройдут судебную проверку.

Вышеназванные процессуально-правовые требования не могут толковаться так широко в отношении органов государственной власти, чтобы принципиально изменять характер задач полиции по предотвращению опасностей или делать невозможным применение тех или иных гибких стратегий по предотвращению беспорядков. В той же степени и тем более не должны предъявляться по отношению к организаторам и участникам массовых демонстраций никакие требования, которые бы лишали смысла демонстрации как принципиально независимого от государства, нерегламентированного участия общества в формировании политической воли либо влияли на выбор организатора вида и содержания демонстрации. Этого не происходит, пока от организаторов и участников ожидается всего лишь отказ от агрессивного поведения и максимальное уменьшение нарушения интересов третьих лиц.

Такая обязанность проистекает непосредственно из гарантии основного права и ее согласования с основными правами других. Широкие процессуально-правовые обязанности, возможно, оправдываются связанностью основного права с обществом и общей ответственностью участников за итоги массовых демонстраций. Эти обязанности должны уточняться законодателем в рамках оговорки об использовании упомянутого опыта на уровне простого права. В отсутствие законодательного уточнения правильно поступают, конечно, те организаторы и участники, которые

исходят из рекомендаций по проведению массовых демонстраций, основанных на хорошо зарекомендовавшем себя опыте. Административные и судебные органы в любом случае на основании Конституции обязаны выражать следующую готовность: чем более организатор в одностороннем порядке готов к совершению действий, направленных на укрепление доверия или даже к взаимовыгодному сотрудничеству, тем ограниченнее становится возможность государственного вмешательства в связи с угрозой общественному порядку и безопасности.

2. Вопреки мнению Федерального Союза гражданских инициатив по защите окружающей среды, Конституция не предусматривает для массовых демонстраций исключения из обязанности уведомления, установленной в ст. 14 Закона о собраниях и шествиях, равно как и для стихийных демонстраций.

Закон о собраниях и шествиях от 1953 г. действительно ориентируется на традиционные, организованные и имеющие руководителя собрания [...]. В противоположность этому уже несколько лет происходят перемены как в финансировании, так и в проведении собраний. Множество отдельных инициативных групп, организационно не связанных друг с другом и иногда с разными представлениями о цели, действуют в общих интересах, главным образом касаясь таких тем, как окружающая среда и защита мира, иницируя, дискутируя и организуя демонстрационные мероприятия. Поскольку все участники при подготовке и проведении собрания считаются принципиально равноправными, первоначально простые понятия об организаторе и руководителе уже не подходят. Впрочем, снижение готовности отдельных участников взять на себя ответственность в качестве организатора и руководителя может быть объяснено тем, что риск быть привлеченным к уголовной и административной ответственности в отсутствие ясных предписаний и судебной практики, которую можно было бы принять в расчет, по крайней мере временно, не предсказуем.

Тем временем именно законодатель должен делать выводы из таких изменений и совершенствовать Закон о собраниях. Пока этого не происходит, нельзя исключать, что законодательство о собраниях может быть оценено как недостаточное и что защита, предусмотренная ст. 8 Основного закона, выходит за рамки таких собраний, для которых законодатель создавал регулирование в 1953 г. Обозначенные изменения ведут,

однако, не к отмене предусмотренной Конституцией обязанности уведомления о массовых демонстрациях, но только к приданию уведомлению иной функции:

Публичность и открытое обсуждение, предшествующие обычно массовой демонстрации, устроенной многочисленными группами, в целом могут служить источником информации для компетентного должностного лица о времени, месте и концепции собрания. При этом даже при таких массовых демонстрациях уведомление не теряет своего смысла, поскольку публикация указаний по проведению демонстрации предполагает адресатов. Помимо этого связанное с регистрацией установление контакта через взаимное знакомство способствует диалогу и кооперации, к которым орган государственной власти в силу описанных выше причин должен быть готов и которые рекомендуются организаторам демонстраций, поскольку это находится в их интересах. При этом уже заранее можно определить сталкивающиеся интересы, возможные конфликтные ситуации и взаимные противоречия. Тщательная подготовка большой демонстрации со стороны организаторов и органов, осуществляющих соблюдение правопорядка, а также соответствующая кооперация, вместе с тем, уменьшают опасность того, что демонстрация пройдет не мирно. В этой связи заявление о проведении демонстрации должно подаваться в обязательном порядке. В силу разнообразия организаций — участников крупных демонстраций соответствующая требованиям Конституции интерпретация § 14 и § 15 части 2 Закона о собраниях и шествиях считается только тогда целесообразной, когда отдельные группы или лица не в состоянии подать общее заявление об участии в демонстрации. Даже ограниченное делегирование поручения и даже ограниченная готовность к диалогу и принятию ответственности не должны остаться без внимания при проверке возможных санкций из-за неподанного заявления. Отсутствие заявителя, отвечающего от имени прочих организаторов за подачу уведомлений о проведении демонстрации, приводит лишь к тому, что оправданность вмешательства органов государственной власти при нарушениях (сравнимо со спонтанными демонстрациями) увеличивается, при условии что органы государственной власти со своей стороны предприняли все меры во исполнение своих обязательств по проведению мирной демонстрации (например, предложив сотрудничество).

3. В особенности при проведении крупных демонстраций встает весьма значимый вопрос о том, может ли быть прекращена либо распущена демонстрация (и каковы предпосылки к этому) в связи с эксцессами небольшой части ее участников из-за непосредственной опасности для общественного порядка и обеспечения безопасности в соответствии с § 15 Закона о собраниях и шествиях.

а) Конституция гарантирует лишь право «собираться мирно и без оружия». Требование «мирного собрания», закрепленное в Конституции Паульскирхе, а также в Веймарской Конституции, определяет нечто, что следует уже из правовой природы свободы собраний, если такая свобода собраний понимается как средство для ведения интеллектуальной полемики и формирования политической воли [...]. Исходная ситуация, в результате которой дошло до применения насилия, не дает возможности для более точного разграничения между приемлемым воздействием и агрессивным поведением. Участник ведет себя агрессивно в том случае, когда он совершает насильственные действия в отношении людей или предметов. На предотвращение такого поведения должен быть направлен правопорядок, который после преодоления своего средневекового этапа развития, характеризующегося «правом сильного», характеризуется монополизацией принуждения не в последнюю очередь для защиты слабого меньшинства. Это является условием обеспечения свободы собраний в качестве средства активного участия в политическом процессе. И, как показал опыт противодействия уличным беспорядкам во времена Веймарской Республики, это условие является еще потому необходимым для обеспечения мирной демократии, поскольку противодействие насилию требует применения мер, ограничивающих свободу. От демонстрантов можно ожидать мирного поведения еще и потому, что от такого поведения они могут только выиграть, в то время как при насильственных конфронтациях они в конечном итоге все равно сдадутся под государственным принуждением, а цели, которые они преследовали, так и останутся недостигнутыми.

б) Применение запрета на собрания не представляет в том числе и при проведении крупных демонстраций особых проблем, когда в соответствии с прогнозом имеется высокая вероятность того, что организаторы и их сторонники планируют совершение насильственных действий или по крайней мере будут допускать подобное поведение третьих лиц.

Такого рода демонстрации ввиду своего агрессивного характера не подпадают под гарантии ст. 8 Основного закона; разгон и запрет таких демонстраций не нарушают основные права. С аналогичной определенностью представляется такое правовое положение, при котором, наоборот, организаторы и их сторонники ведут себя мирным образом, а беспорядки исходят извне (демонстрации противников, группы нарушителей). В данном случае в литературе высказывается позиция, согласно которой меры государственного воздействия должны быть направлены против таких нарушителей, и что только при условии наличия особых предпосылок полицейской необходимости такие меры воздействия могут быть направлены против всей демонстрации [...].

Если коллективная агрессия не предполагается, то и нет оснований полагать, что вся демонстрация примет насильственный или мятежный характер (ср. № 2 абз. 1 § 13 Закона о собраниях и шествиях), или что организатор или его сторонники имеют целью подобное развитие событий (ср. № 3 § 5 Закона о собраниях и шествиях), или как минимум будут допускать такое развитие, а значит, за мирными участниками необходимо признать гарантированное каждому гражданину право на свободу собраний, даже в том случае, если отдельные демонстранты или малые группы нацелены на нарушение общественного порядка [...]. Если агрессивное поведение отдельных лиц будет вести к упразднению защиты, основанной на основных правах, по отношению ко всему собранию, а не к таким правонарушителям, то в таком случае такие лица получают возможность недопущения проведения демонстраций, и вопреки воле остальных будут способствовать тому, что демонстрации будут признаваться противоправными [...]; с практической точки зрения тогда каждая крупная демонстрация может быть запрещена, поскольку всегда будут иметься сведения об агрессивных намерениях определенной части участников.

Действующая таким образом защита ст. 8 Основного закона должна распространяться на правовые нормы, ограничивающие применение основных прав [...]. Обеспечение применения основных прав, которое находится в компетенции законодателя, не исключает возможность применения на основании § 15 Закона о демонстрациях и шествиях государственных мер, направленных против всей демонстрации, в целях защиты общественной безопасности, в том числе и запрета проведения демонстраций. Тем не менее предпочтительным является применение

последующего роспуска демонстрации, когда участники получают шанс реализовать свои основные права, а организаторы получают преимущество благодаря изоляции агрессивных участников. Превентивный запрет на проведение всей демонстрации из-за опасности выступления отдельных агрессивно настроенных групп, напротив, — чего требует обязанность обеспечения свободы собраний с вытекающими отсюда конституционными обязанностями — возможен только с учетом строгих предпосылок и при соответствующем Конституции применении § 15 Закона о собраниях и шествиях. Для этого необходима высокая вероятность осуществления прогнозов противоправного поведения [...], а также предварительное исчерпание всех разумных мер, направленных на возможность реализации мирными демонстрантами их основных прав (например, посредством территориального ограничения запрета). В особенности запрет всей демонстрации в качестве крайней меры предполагает невозможность использования более мягких мер воздействия, например кооперации с мирно настроенными демонстрантами, благодаря чему опасность применения насилия может быть уменьшена или предотвращена, или такая кооперация невозможна по вине самих демонстрантов. Если будет предварительно обсуждаться общий запрет на проведение демонстрации, то в случае проведения больших демонстраций, с большим количеством мирно настроенных участников, такая исключительная и радикальная мера может быть изначально заявлена только с ограничением срока ее применения, в течение которого должна сохраняться возможность объяснения предполагаемых опасностей и обсуждения соответствующих мер противодействия.

100) BVerfGE 85, 69

(Eilversammlung / Срочные собрания)

1. § 14 Закона о собраниях и шествиях следует толковать с точки зрения ст. 8 Основного закона таким образом, что необходимо уведомлять о проведении срочных собраний сразу, как только для этого возникнет возможность.

2. Номер 2 § 26 Закона о собраниях и шествиях в отношении срочных собраний соответствует требованиям принципа определенности (абз. 2 ст. 103 Основного закона).

**Решение Первого Сената от 23 октября 1991 г.
– 1 BvR850/88 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

Заявитель был наказан за проведение незаявленного собрания под открытым небом. Против этого направлена его конституционная жалоба.

[...]

Б.

[...]

II.

[...]

1. [...] предусмотренный в § 14 Закона о собраниях и шествиях срок уведомления в 48 часов до объявления собрания в целом не противоречит Основному закону.

[...]

Однако § 14 Закона о собраниях и шествиях нуждается в ограничении. Согласно его формулировке срок уведомления распространяется на все без исключения собрания под открытым небом. Как уже ранее отметил Федеральный Конституционный Суд, это не может относиться к стихийным собраниям. Под ними следует понимать собрания, возникшие незапланированно, случайно и без организаторов. Уведомление здесь невозможно по фактическим причинам. Придание обязательного характера уведомлению в соответствии с § 14 Закона о собраниях и шествиях привело бы, следовательно, к общей невозможности проведения стихийных собраний в целом. Это бы противоречило основному праву на свободу собраний (ср. BVerfG, в указанном месте, стр. 350 и след.).

В отличие от этого до сих пор не решен вопрос о так называемых срочных собраниях. Под ними понимаются собрания, которые в отличие от стихийных собраний являются запланированными и имеют организатора, но не могут быть заявлены без угрозы для цели демонстрации с соблюдением срока § 14 Закона о собраниях и шествиях. Если требовать соблюдения установленного в § 14 Закона о собраниях и шествиях срока, это приведет к тому, что срочные собрания в принципе станут недопустимыми. Это также противоречило бы конституционному праву на свободу собраний.

В отличие от стихийных собраний у срочных собраний невозможным является не уведомление как таковое, а лишь соблюдение сроков. Поэтому здесь не требуется исключать необходимость уведомления, а лишь необходимо с учетом особенностей собрания сократить срок уведомления. Следовательно, при толковании § 14 Закона о собраниях и шествиях согласно Основному закону о срочных собраниях следует уведомлять, как только появится такая возможность. Как правило, это будет происходить одновременно с решением проводить собрание, а самое позднее — одновременно с сообщением о нем.

Конституционное право на свободу собраний при таком толковании не будет ущемлено. Опасность того, что при толковании § 14 Закона о собраниях и шествиях в соответствии с Основным законом, при котором формулировка параграфа не меняется, потенциальные организаторы из-за опасения уголовно-правовых санкций могут опасаться проведения срочного собрания, следует расценивать как незначительную. Она не заставляет отказаться от толкования в соответствии с Основным законом и не объявляет § 14 частично не соответствующим ст. 8 Основного закона.

То, что § 14 Закона о собраниях и шествиях нуждается в конституционном толковании, не лишает уголовной нормы номера 2 § 26 Закона о собраниях и шествиях, относящейся к нему, достаточной определенности. Конституционное толкование не расширяет, а сужает круг наказуемого поведения. Для стихийных демонстраций отпадает обязанность уведомления. Для срочных собраний уменьшается срок подачи уведомления. В данном случае, следовательно, наказание не может основываться на нарушении установленного законом срока. Пропущенный срок для уведомления имеет лишь тогда уголовно-правовое значение, когда существовала возможность уведомления. Тем самым в данную норму не добавляется новый признак состава правонарушения, а смягчается уже существующий — определение срока. Тем не менее норма в достаточной мере говорит о том, что относительно собраний, для которых невозможно соблюсти предусмотренный § 14 Закона о собраниях и шествиях срок, не отменяется обязанность уведомления. Для адресата нормы, тем самым, риск уголовного наказания при неуведомлении будет соответствовать требованиям абз. 2 ст. 103 Основного закона.

[...]

§ 20. Свобода образования объединений (ст. 9 Основного закона)

101) BVerfG E19, 303

(Dortmunder Hauptbahnhof / Центральный вокзал г. Дортмунда)

1. Абзац 3 ст. 9 Основного закона гарантирует членам коалиций (объединений) право на участие в защищенной конституционным правом деятельности своей коалиции.

2. Абзац 3 ст. 9 Основного закона защищает основную сферу деятельности коалиций в области представительства персонала.

3. Профсоюзная реклама перед выборами в совет персонала (совет представителей служащих в государственных учреждениях) в определенных пределах защищается конституционным правом и по месту службы, и в рабочее время.

Решение Второго Сената от 30 ноября 1965 г.

– 2 BvR54/62 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

I.

1. Заявитель является государственным служащим, а именно ревизором службы движения при Немецких федеральных железных дорогах, Центральный вокзал города Дортмунда. Он является членом профсоюза железнодорожников Германии. Во время предвыборной кампании в представительный орган сотрудников 15/16 февраля 1960 г. он в свое свободное от работы время раздавал на территории Центрального вокзала города Дортмунда листовки данного профсоюза, в которых критиковался порядок вознаграждения госслужащих Германского союза государственных служащих. В листовках утверждалось, что в период жесткой борьбы за зарплату госслужащих Германский союз государственных служащих легкомысленно занял пассивную позицию. В этой связи госслужащие Немецких железных дорог призывались избирать кандидатов Профсоюза железнодорожников Германии и отказать в доверии кандидатам от Профсоюза чиновников и служащих Государственных железных дорог

Германии в Профсоюзе государственных служащих (далее — Профсоюз госслужащих железных дорог Германии). Одну из листовок заявитель со словами: «Смотри, как работает ваш союз» дал работающему на главном проходе надсмотрщику Е., [...], который является членом Профсоюза госслужащих железных дорог Германии. Е. [...] передал листовку инспектору Федеральной железной дороги В. [...], местному председателю своего профсоюза. В. [...] как раз проводил контрольный обход; он опросил заявителя и сделал выговор, указав, что раздача листовок недопустима согласно должностным инструкциям.

24 апреля 1960 г. Начальником Центрального вокзала Дортмунда на заявителя было наложено дисциплинарное взыскание в виде денежного штрафа в размере 5 немецких марок, так как он якобы нарушил предл. 1 абз. 2 § 7 «Общей служебной инструкции госслужащих федеральной железной дороги», утвержденной Распоряжением главного управления Германской железной дороги от 11 ноября 1954 г., издание 1958 г. Данное положение гласит:

«Исполнение служебных обязанностей не должно нарушаться личными противоречиями, в частности, политического, религиозного или профсоюзного характера».

[...]

В.

І.

[...]

2. В абз. 3 ст. 9 Основного закона закреплена гарантия в отношении объединений и их членов, предоставляющая им права в вопросах представительства персонала. Сюда относится и реклама перед выборами в представительный орган по месту службы.

а) Абзац 3 ст. 9 Основного закона предоставляет не только всем лицам и всем профессиям, то есть и госслужащим, право образовывать объединения, но и коалициям как таковым право преследовать посредством специфической коалиционной деятельности цели, указанные в абз. 3 ст. 9 Основного закона, а именно поддерживать условия труда (в том числе экономические) и содействовать им (BVerfG E4, 96 [101 и след., 106]; 17, 319 [333]; 18, 18 [26]). Абзац 3 ст. 9 Основного закона гарантирует также право каждого отдельного человека участвовать в объединении в той сфере, в отношении которой для объединения предоставлена

конституционно-правовая защита (ср. BVerfGE 17, 319 [333] и Венглер, Методы борьбы в трудовом праве (Wengler, Die Kampfmaßnahme im Arbeitsrecht), 1960, стр. 47 и след., а также § 91 Федерального закона о статусе государственных служащих).

b) Конституционное право на свободу коалиций может распространяться только на деятельность коалиций, направленную на реализацию названных в абз. 3 ст. 9 целей.

[...]

Если деятельность советов представителей служащих в государственных учреждениях направлена в первую очередь на поддержание и улучшение условий службы и если деятельность профсоюзов при представительных органах сотрудников признается законом в явном виде, посредством наделения их полномочиями, или же предполагает ее как неизбежную для эффективного представительства служащих, то и деятельность профсоюзов в представительных органах госслужащих направлена на поддержание и улучшение условий службы. Этому не противоречит тот факт, что профсоюзы не напрямую, а опосредованно — через представительные органы сотрудников и их выборы — пытаются повлиять на условия службы. Абзац 3 ст. 9 Основного закона не проводит различий в том, непосредственно или опосредованно объединения пытаются поддерживать и улучшать условия труда и хозяйствования.

с) Абзац 3 ст. 9 Основного закона гарантирует право объединений определять условия труда (в том числе экономические) посредством коллективных договоров (BVerfG E4, 96 [106]; 18, 18 [26]). Спорным является вопрос о том, распространяется ли конституционная гарантия абз. 3 ст. 9 Основного закона на деятельность объединений, которые иным способом, отличным от заключения коллективных договоров, сохраняют и улучшают условия труда (сторонники: Шнорр, Трудовое право, 1955 стр. 3 [9]; Ниппердей в: Хюк-Ниппердей, Учебник трудового права, том 2, 6-е изд., 1957, стр. 112; противники: Никиш, Трудовое право, том II, 2-е изд., 1959, стр. 58; Диц в: Основные права, том III/1, стр. 417 [462]; Вернер Вебер в: Геттингенский юбилейный сборник Высшего земельного суда Целле, 1961, стр. 239 [246, 249]). Федеральный Конституционный Суд оставил вопрос в решении от 14 апреля 1964 г. (BVerfGE 17, 319 [333]) относительно деятельности объединений

в области представительства персонала открытым. В данной сфере данный вопрос должен быть решен положительно.

(1) Защищенная основным правом на свободу объединений сфера деятельности объединений может определяться только в соответствии со специальной нормой абз. 3 ст. 9 Основного закона; абзац 1 ст. 2 Основного закона здесь должен оставаться за пределами рассмотрения (ср. BVerfGE 6, 32 [37]; 9, 73 [77]; иное мнение: Ниппердей, в указанном месте стр. 108 и след.; Федеральный суд по трудовым спорам, Юридическая газета (BAG, JZ) 1964, 373 [374]). При определении сферы действия абз. 3 ст. 9 Основного закона следует, однако, учитывать историческое развитие (ср. BVerfGE 4, 96 [101 и след., 106, 108]; 18, 18 [28 и след.]).

[...]

(3) [...] Свобода объединений лишилась бы своего сложившегося значения, если бы деятельность объединений не защищалась бы абз. 3 ст. 9 Основного закона относительно вопросов представительства персонала (ср. BVerfGE 4, 96 [102, 106]).

d) Если деятельность объединений в вопросах представительства персонала подпадает под охраняемую абз. 3 ст. 9 Основного закона сферу, то и агитационная деятельность объединений перед выборами сотрудников в представительные органы должна защищаться Конституцией. В задачи советов представителей служащих в государственных учреждениях входит сохранение и улучшение условий труда. С учетом этого объединениям должна быть гарантирована возможность преследования указанных в абз. 3 ст. 9 Основного закона целей влияния на выборы советов представителей служащих в государственных учреждениях [...].

[...]

Предвыборная кампания в совет представителей служащих в государственных учреждениях, соответствующая смыслу таких выборов, не может вестись перед входом в служебное помещение или вне службы в частной сфере избирателей. Поэтому по общему правилу и профсоюзная агитация перед выборами советов представителей служащих в государственных учреждениях охраняется конституционным правом и на рабочем месте, и в рабочее время.

Смысл подобной предвыборной кампании был бы утрачен и в том случае, если бы объединению или его членам запрещалось высказать критику в адрес конкурирующих объединений. Без выражения противоположных

мнений предвыборная кампания немыслима. Неизбежным является тот факт, и его нужно принять, что члены других профсоюзов отрицательно реагируют на подобные высказывания.

е) Оформление и дальнейшее регулирование права профсоюзов участвовать в деятельности советов представителей служащих в государственных учреждениях является, однако, задачей законодателя. Данный вопрос решается аналогично гарантированной в абз. 3 ст. 9 Основного закона компетенции объединений в сфере коллективных договоров (ср. BVerfGE 4, 96 [107 и след.]; 18, 18 [27]). Законодатель при последующем регулировании может также учитывать задачи государственной службы и ее отличие от деятельности частных предприятий, а также особенности отдельных отраслей государственной службы (BVerfGE 17, 319 [334]). Не умаляя действие абз. 3 ст. 9 Основного закона, можно таким образом определить, что недопустима такая деятельность подобных объединений в области представительства сотрудников, которая мешает выполнению служебных задач и обязанностей, а также нарушает порядок на месте службы. Также допустимо устанавливать в отношении определенных лиц, например, руководителей учреждения, других сотрудников в зависимости от их функций или членов представительных органов сотрудников ограничения в отношении их профсоюзной агитационной деятельности перед выборами в советы представителей служащих в государственных учреждениях; вопрос о том, как далеко могут распространяться такие ограничения, не подлежит разрешению в настоящем деле. Абзац 3 ст. 9 Основного закона в вопросах представительства сотрудников направлен на защиту лишь центральной сферы деятельности объединений (ср. BVerfGE 4, 96 [106, 108]; 17, 319 [333 и след.]; 18, 18 [27]).). Данная центральная сфера и абзац 3 ст. 9 Основного закона будут нарушены, если в отношении агитации перед выборами в советы представителей служащих в государственных учреждениях будут установлены ограничения, которые не требуются по сути дела, то есть которые не направлены на достижение цели свободных выборов в советы представителей служащих в государственных учреждениях (ср. также § 21 Федерального закона о представительстве рабочих и служащих в государственных учреждениях), выполнения служебных задач, обеспечения порядка на месте службы или блага служащих (ср. BVerfGE 18, 18 [27]). Общий запрет профсоюзной агитации перед

выборами в представительные органы сотрудников на службе, таким образом, не оправдан.

3. Гарантированное для каждого и в отношении всех профессий основное право на свободу объединений распространяется и на государственных служащих (ср. § 91 Федерального закона о статусе государственных служащих). Однако необходимо проверить, могло ли данное конституционное право в отношении заявителя, как госслужащего, быть ограничено выше обычно допустимой меры, и было ли оно ограничено в принципе. Подобные широкие ограничения конституционного права могут быть обоснованы абз. 5 ст. 33 Основного закона [...]. Общий запрет деятельности сотрудников объединения, однако, не относится к устоявшимся принципам профессиональной деятельности госслужащих и не требуется для целей деятельности госслужащих. Согласно абз. 5 ст. 33 Основного закона допустимы только такие ограничения конституционных прав, которые обусловлены смыслом и целью служебных правоотношений госслужащего (§ 2 Федерального закона о статусе государственных служащих). Неочевидно, каким образом на основании статуса заявителя как госслужащего, ревизора службы движения на Федеральной железной дороге, можно устанавливать подобные ограничения его профсоюзной агитационной деятельности (ср. также Баварский дисциплинарный суд. Журнал законодательства о государственных служащих (Bayerischer Dienststrafhof, Zeitschrift für Beamtenrecht), 1962, 396, [397]).

II.

Таким образом, общий запрет на профсоюзную агитационную деятельность в служебной сфере перед выборами в представительные органы сотрудников, направленный против других коалиций, не может быть просто наложен на госслужащего без нарушения абз. 3 ст. 9 Основного закона. Но абзац 3 ст. 9 Основного закона будет нарушен также в том случае, если суд из общей нормы, которая сама по себе соответствует Основному закону, в результате толкования выводит подобный запрет. Именно это сделала Федеральная дисциплинарная палата; ее решение основывается на толковании, ограничивающем сферу применения абз. 3 ст. 9 Основного закона. Решение палаты и дисциплинарная мера, основанная на данном решении, должны быть отменены.

[...]

102) BVerfGE 28, 295

(Mitgliederwerbung / Привлечение новых членов)

1. К гарантированной Основным законом деятельности объединений и их членов относится также привлечение новых членов. Законодатель может ограничить данное право в той мере, в которой это необходимо для защиты других правовых ценностей.
2. Соответствует абз. 3 ст. 9 Основного закона ситуация, когда организованным в профсоюз членам совета представителей служащих в государственных учреждениях запрещается в рабочее время и на месте агитировать сотрудников для вступления в их профсоюз.

**Решение Второго Сената от 26 мая 1970 г.
– 2 BvR 664/65 –**

[...]

103) BVerfGE 42, 133

(Wahlwerbung / Предвыборная агитация)

[...].

3. Абзац 3 ст. 9 Основного закона не защищает предвыборную агитацию объединения на предприятии перед общими политическими выборами.

**Решение Первого Сената от 28 апреля 1976 г.
– 1 BvR 71/73 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

[...]

І.

Раздача агитационных материалов профсоюзом в связи с местными выборами не охватывается особой конституционно-правовой защитой коалиционной деятельности (абз. 3 ст. 9 Основного закона), на которую заявитель ссылается в первую очередь.

Хотя объединения в рамках действующего законодательства имеют свободу самостоятельно определять, каким образом они будут улучшать условия труда (включая экономические) своих членов, однако под особую конституционно-правовую защиту предл. 1 абз. 3 ст. 9 Основного закона подпадает направленная на это деятельность лишь тогда, когда она является специфически коалиционной (ср. BVerfGE 17, 319 [333]; 18, 18 [26]). При этом конституционная защита распространяется и на деятельность, которая выходит за рамки поддержки условий труда (включая экономические) посредством коллективных договоров (ср. BVerfGE 19, 303 [313 и след.]). Распространяется ли, как полагает заявитель, конституционная защита на политическую деятельность объединений, и если да, то в какой мере — не подлежит разрешению в рамках настоящего дела. Во всяком случае, предвыборная агитация объединений перед общими политическими выборами не подпадает под сферу защиты абз. 3 ст. 9 Основного закона.

Предположение об особой конституционно-правовой защите предвыборной агитации отдельных групп не соответствовало бы характеру выборов в парламенты на уровне федерации, земель, районов и коммун (предл. 1 абз. 1 ст. 38, предл. 2 абз. 1 ст. 28 Основного закона). Парламентская демократия, в том виде, в каком ее устанавливает Основной закон, характеризуется принципиальным равенством всех политических сил, пытающихся повлиять на волеизъявление народа на выборах, вне зависимости от того, представлены ли данные политические силы группами или отдельными лицами.

Данное принципиальное равенство находит свое конституционно-правовое выражение в равной защите агитационной деятельности перед политическими выборами в том виде, в котором она гарантируется в предл. 1 абз. 1 ст. 38, предл. 1 абз. 1 ст. 28, ст. 28, ст. 5 Основного закона. Предположение о наличии конституционно-правовой защиты предвыборной агитации отдельных групп, выходящей за данные пределы, например, на основании «публичного поручения», поставила бы данные группы в привилегированное положение, что бы противоречило принципу парламентской демократии. Гарантированная в абз. 3 ст. 9 Основного закона особая защита коалиционной деятельности, следовательно, не может относиться к пропаганде коалиций перед общими выборами. Тем более она не относится к основной сфере защищенной коалиционной деятельности

(ср. BVerfGE 4, 96 [108]; 19, 303 [321]; 28, 295 [303])). Предвыборная пропаганда объединений перед общими выборами с конституционно-правовой точки зрения защищается не сильнее и не слабее, чем предвыборная пропаганда всех остальных групп.

[...]

104) BVerfGE 50, 290

(Mitbestimmungsgesetz / Закон об участии представителей наемных работников в управлении предприятием)

Расширенное участие наемных работников в управлении предприятием на основании Закона об участии наемных работников в управлении предприятием от 4 мая 1976 г. соответствует основным правам обществ, участников и объединений работодателей, указанных в законе.

Решение Первого Сената от 1 марта 1979 г.

– 1 BvR532/77, 1 BvR533/77, 1 BvR419/78, 1 BvL 21/78 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

[...]

II.

[...]

3. [...]

с) Конституционные жалобы и Решение Окружного суда об обращении в Федеральный Конституционный Суд указывают на несоответствие Закона об участии представителей наемных работников в управлении предприятием гарантированной в абз. 3 ст. 9 Основного закона свободе объединений. Данное конституционное право гарантирует автономию сторон в сфере коллективных договоров как таковую и ее условия: возможность свободного учреждения, свободу и независимость от предприятия не только объединений наемных работников, но и работодателей.

[...]

Указывается, что Законом об участии представителей наемных работников в управлении предприятием нарушается абзац 3 ст. 9 Основного закона, так как закон открывает возможность для влияния социальных

противников на союзы работодателей и тем самым ставит под угрозу существование и деятельность объединений работодателей — в частности, ущемляет их способность и готовность к отстаиванию своих интересов в трудовых спорах и приводит к бездействию систему коллективных договоров в целом.

[...]

С.

[...]

IV.

[...]

1. [...]

Как следует из формулировки абз. 3 ст. 9 Основного закона и как показывает историческое развитие, свобода объединений является в первую очередь охраняемой правом свободой. Она обеспечивает свободу объединения в союзы для улучшения условий труда (включая экономические) и свободу совместного преследования данной цели (BVerfGE 4, 96 [106]; 38, 386 [393]); участники самостоятельно, под свою ответственность и по общему правилу без вмешательства государства распоряжаются данными свободами. Данная гарантия включает в себя свободу учреждения, свободу вступления, свободу выхода и неучастия, а также защиту объединения как такового (BVerfGE 4, 96 [101и след.]; 19, 303 [312, 319]; 28, 295 [304]) и ее право преследовать названные в абз. 3 ст. 9 Основного закона цели в рамках особой коалиционной деятельности (BVerfGE 19, 303 [312] со ссылками на другие источники; 28, 295 [304]).

Сюда относится заключение коллективных договоров, посредством которых объединения регулируют под свою ответственность и в основном без государственного влияния условия оплаты труда и прочие материальные условия труда в той сфере, где государство во многом ограничило свою регулирующую компетенцию (BVerfGE 44, 322 [340] со ссылками на другие источники); в этом смысле свобода коалиций служит рациональному устройству трудовой деятельности (BVerfGE 4, 96 [107]; ср. также BVerfGE 18, 18 [27]). Будучи партнерами по коллективным соглашениям, объединения должны быть учреждены свободно, быть независимыми от противоположной стороны и быть организованными на межпроизводственном уровне (BVerfGE 18, 18 [28]), по своей структуре они должны быть достаточно независимыми, чтобы на постоянной

основе отстаивать интересы своих членов в области трудового и социального права (BVerfGE 4, 96 [107]; 18, 18 [28]), и признавать действующее тарифное право в качестве обязательного (BVerfGE, в указанном месте). На основании абз. 3 ст. 9 Основного закона объединениям предоставляется возможность выбора средств, которые они считают пригодными для достижения своей цели (BVerfGE 18, 18 [29 и след., в особенности 32]).

В еще большей мере, чем гарантированная в абз. 1 ст. 9 всеобщая свобода объединений, свобода коалиций изначально нуждается в законодательном оформлении. Оно заключается не только в создании правовых институтов и комплексов норм, необходимых для реализации свобод, гарантированных основными правами. Значение и количество вопросов, охваченных деятельностью коалиций, в частности в области экономического и социального порядков, требуют многостороннего законодательного регулирования, в котором также могут быть установлены границы свободы коалиций, тем более, что предмет гарантии относится к изменяющимся экономическим и социальным условиям, которые должны оставлять возможность изменения и дальнейшего развития в большей мере, чем другие охраняемые права свободы.

Соответственно, Федеральный Конституционный Суд в своей сложившейся судебной практике исходит из того, что абзац 3 ст. 9 Основного закона защищает свободу коалиций лишь в рамках ее основного предмета (BVerfGE 19, 303 [321 и след.] со ссылками на другие источники; 28, 295 [304]; 38, 281 [305]; 38, 386 [393]): основное право предоставляет лицам и объединениям неограниченный и не поддающийся ограничению простор для действия, не придавая такому праву статус конституционного (BVerfGE 38, 386 [393]); задачей законодателя является определение сферы действия свободы коалиций путем детального оформления полномочий коалиций и более подробного их регулирования. При этом он может учитывать особенности обстоятельств дела в регулировании конкретного вопроса. Однако деятельность коалиций может быть ограничена лишь в той мере, в которой это необходимо для защиты других правовых ценностей. Регулирование, не соответствующее данным принципам, нарушает гарантированный в абз. 3 ст. 9 Основного закона основной предмет коалиционной деятельности (BVerfGE 19, 303 [321 и след.]; 28, 295 [306]).

То же самое касается и гарантии автономии сторон коллективного договора. Она носит общий характер; она не охватывает то особое

выражение, которое имела система коллективных договоров в Законе о коллективных договорах, действовавшем в момент вступления в силу Основного закона. Она оставляет законодателю широкий простор для регулирования (BVerfGE 20, 312 [317]) и создает тем самым возможность изменения условий получения правоспособности к заключению коллективных договоров на основании текущих общественных обстоятельств таким образом, чтобы коалиции могли выполнять свои задачи (Федеральный Конституционный Суд (BVerfG), в указанном месте, стр. 318). Однако основное право свободы коалиций запрещает ставить условия получения правоспособности к заключению коллективных договоров в зависимость от обстоятельств, которые не требуются исходя из фактического положения вещей, то есть не требуются исходя из служащей общественным интересам задачи регулирования и достижения взаимной удовлетворенности в трудовой деятельности (BVerfGE 18, 18 [27]). Законодателю, в соответствии с этим, не запрещается надлежащим образом развивать систему коллективных договоров; его полномочия по регулированию ограничиваются предметом регулирования свободы коалиций, гарантированной конституционным правом: гарантией законодательно урегулированной и защищенной системы коллективных договоров, участниками которой должны быть свободно созданные коалиции в смысле абз. 3 ст. 9 Основного закона (BVerfGE 4, 96 [108]; ср. также BVerfGE 38, 281 [305 и след.]).

2. § 7, 27, 29 и 31 Закона об участии представителей наемных работников в управлении предприятием не вторгаются в предмет регулирования свободы коалиций, закрепленный в абз. 3 ст. 9 Основного закона. Данные параграфы не затрагивают свободу учреждения и свободу вступления, а также гарантию свободы коалиционной деятельности от государства. Данные параграфы не дополняют систему коллективных договоров неконституционным способом иной формой поддержки условий труда (включая экономические). Они не ограничивают недопустимым образом принцип независимости противоположной стороны. Нельзя исходить также из того, что они могут привести к невозможности функционирования принципа автономии сторон коллективного договора.

а) Обжалуемые нормы не затрагивают свободу образования коалиций, свободу вступления, выхода из них или неучастия в их деятельности. Это касается и коалиций работодателей.

[...]

Вопрос соответствия норм, являющихся предметом обжалования и проверки абз. 3 ст. 9 Основного закона, таким образом, может касаться только гарантий, установленных основным правом относительно системы коллективных договоров.

б) Основное право остается неизменным в правовом смысле. Если Закон об участии представителей наемных работников в управлении предприятием наряду с системой коллективных договоров устанавливает дополнительную форму поддержки условий труда (включая экономические) в виде участия представителей предприятия в данной системе, то абзац 3 ст. 9 Основного закона этому не противоречит.

Как было показано, основное право не содержит гарантии сохранения системы коллективных договоров и системы разрешения трудовых споров. Абзац 3 ст. 9 Основного закона нельзя также толковать таким образом, что он устанавливает систему коллективных договоров в качестве исключительной формы поддержки условий труда (включая экономические). Это бы противоречило основной идее и историческому развитию свободы коалиций, имеющим решающее значение при толковании.

аа) Абзац 3 ст. 9 Основного закона, в качестве охраняемой правом свободы, направлен на то, чтобы вопросы, не урегулированные государством, могли урегулировать участники самостоятельно и под свою ответственность, в соответствии с тем, каким образом они хотят поддерживать условия труда (включая экономические). Не является очевидным тот факт, что это возможно сделать только при помощи коллективных договоров, тем более что подобное решение сводилось бы к ограничению гарантированной свободы. Более того, рациональное регулирование и улучшение условий трудовой деятельности, о которых речь идет в абз. 3 ст. 9 Основного закона, можно достичь разными способами: не только посредством образований, которые, как система коллективных договоров, характеризуются базовыми элементами противоположности интересов, конфликтов и споров, но и таких, которые ставят на передний план объединение и взаимодействие, хотя и не исключают конфликтов и их разрешения. И второй путь, в частности, может служить выполнению задачи улучшения трудовых отношений.

[...]

с) В этом смысле сначала важно определить, может ли при параллельном существовании расширенного участия в управлении и системы

коллективных договоров в достаточной мере сохранять независимость сторон коллективных договоров в том смысле, что они по своей общей структуре останутся достаточно независимыми от противоположной стороны, чтобы эффективно и на постоянной основе отстаивать интересы своих членов в области трудового и социального права (BVerfGE 4, 96 [107]; 18, 18 [28]).

[...]

Нельзя достоверно определить, предоставляет ли Закон об участии представителей наемных работников в управлении предприятием, и в какой мере, возможность влияния на коалиции работодателей со стороны профсоюзов или наемных работников в целом. Данное влияние при соблюдении правового регулирования не является само собой разумеющимся; но его и нельзя полностью исключить. Ограничение независимости противостоящей коалиции работодателей стороне, которое может следовать из закона, не вторгается, однако, в предмет регулирования абз. 3 ст. 9 Основного закона.

аа) Требование независимости коалиций работодателей служит, прежде всего, интересам их членов — предприятиям. Именно на эти интересы обязаны ориентироваться и члены представительных органов членов-предприятий, поскольку они должны выполнять свои обязанности, несмотря на возможные личные конфликты или конфликты интересов, в интересах предприятий (ср. § 93 Закона об акционерных обществах, § 43 Закона об обществах с ограниченной ответственностью, § 34 Закона о промысловых и хозяйственных товариществах); это относится и к указанным в Законе об участии представителей наемных работников в управлении предприятием директорам по трудовым вопросам. Правопорядок предоставляет возможность для установления санкций при несоблюдении данной обязанности. То же самое должно относиться к задачам членов представительных органов в рамках системы коллективных договоров. В этом смысле при конституционно-правовой проверке в первую очередь следует исходить из того, что представители предприятий, участвующих в коалициях работодателей и в их органах, действуют согласно данной правовой обязанности, запрещающей им руководствоваться интересами противоположной стороны; в основу данной проверки нельзя положить несоответствующее праву поведение участников. В отдельных случаях могут возникать

сомнения в том, что входит в данную правовую обязанность; и здесь нельзя исключить, что различные мнения об этом определяются взглядами и менталитетом, которые сформировались в течение карьерного развития и жизненного опыта участников, и в этом смысле могут быть ближе к стороне акционеров или к стороне наемных работников.

bb) [...] И с учетом большего влияния предприятий, участвующих в управлении объединениями работодателей, влияние на объединения работодателей со стороны наемных работников и профсоюзов предприятий-членов явно уменьшится. Наконец, нельзя не обратить внимание на то, что в объединения работодателей входят и предприятия, не принимающие участие в управлении ими. При таком положении дел степень возможного влияния наемных работников в объединениях работодателей и их союзах может быть лишь существенно ниже той степени влияния, которой наемные работники обладают на предприятиях, участвующих в управлении коалициями работодателей. Следует также учесть, что у коалиций работодателей есть возможность посредством уставов ослабить или исключить влияние со стороны наемных работников или профсоюзов.

cc) Оставшееся влияние принципиально не ставит под вопрос независимость коалиций работодателей от противоположной стороны и поэтому соответствует абз. 3 ст. 9 Основного закона.

[...]

105) BVerfGE 84, 212

(Aussperrung / Локаут)

1. Свобода коалиций (абз. 3 ст. 9 Основного закона) распространяется на наемных работников и работодателей. Она защищает также состав и деятельность коалиций по поддержанию и улучшению условий труда (включая экономические). Если достижение целей коалиций зависит от применения определенных средств, то действие основного права распространяется и на такие средства.

2. К средствам, подпадающим под защиту абз. 3 ст. 9 Основного закона, относятся и меры борьбы за улучшение условий труда, направленные на заключение тарифных соглашений. Они в той мере подпадают под действие свободы коалиций, в которой они в целом необходимы для

обеспечения функционирования автономии сторон коллективных договоров. При данных обстоятельствах сфера защиты распространяется, соответственно, на локауты с временным освобождением от обязанностей, которые служат в качестве защиты от частичных забастовок или забастовок в цехах первостепенной важности, в целях восстановления равноправия на переговорах.

3. Свобода коалиций может быть ограничена в целях защиты основных прав третьих лиц и других конституционных прав. Кроме того, она нуждается в правовом регулировании, в случае если затрагиваются взаимные отношения сторон в рамках коллективных договоров.

[...]

**Решение Первого Сената от 26 июня 1991 г.
– 1 BvR779/85 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

С.

[...]

I.

[...]

2. Федеральный суд по трудовым спорам не нарушил свободу заявителя тем, что он сам выработал руководящие принципы в отсутствие возможности применения законодательного регулирования.

а) Федеральный суд по трудовым спорам не был ограничен в установлении правового ограничения права на локаут заявителя только на том основании, что этот вопрос находился в компетенции законодателя. Разработанная Федеральным Конституционным Судом теория, согласно которой законодатель в основополагающих сферах нормативно-правового регулирования должен самостоятельно принимать все существенные решения (теория существенности, ср., например, BVerfGE 49, 89 [126 и след.], со ссылками на другие источники), применяется к отношениям между государством и гражданином. При вторжении в сферу основных свобод государство должно учитывать установленные законом ограничения. Государство может действовать во многих сферах только тогда, когда парламент посредством закона предоставит ему соответствующие

полномочия. Сфера действия данного принципа подробнее определяется судебной практикой в соответствии с теорией существенности.

В данном деле речь идет, однако, об отношениях двух равнозначных субъектов основных прав. Федеральный Конституционный Суд неоднократно высказывался по поводу того, что более подробное оформление свободы коалиций — «дело законодателя» (BVerfGE 50, 290 [368 и след.]; 57, 220 [245 и след.]; критически об обязанности регулирования: Йорн Ипсен, Немецкий административный вестник (DVBl.) 1984, стр. 1102 [1105]). Однако последствия для решения споров между коалициями отсюда не следуют. При недостаточности законодательного регулирования суды должны отправлять правосудие признанными методами, выводя материальное право из общих основ права, имеющих решающее значение для соответствующего правоотношения. Данный вывод применяется и в ситуации, когда законодательное регулирование необходимо, например, вследствие конституционно-правовой охранительной обязанности (ср. BVerfGE 81, 242 [256]). Только таким образом суды могут выполнить наложенную на них Основным законом обязанность компетентного разрешения каждого поступившего к ним правового спора.

[...]

3. Оспариваемое решение по своему содержанию также не нарушает абз. 3 ст. 9 Основного закона.

а) Основное право свободы коалиций предоставлено без каких-либо оговорок. Этим, однако, не исключается возможность ограничения данного права. Такое ограничение может быть обосновано защитой основных прав третьих лиц или других конституционных прав (ср., например, BVerfGE 28, 243 [260 и след.]; 30, 173 [193]; 57, 70 [98 и след.]; сложившаяся судебная практика). Кроме того, свобода коалиций нуждается в нормативном оформлении в той мере, в которой затрагиваются взаимные отношения сторон коллективных договоров, где обе стороны находятся под защитой абз. 3 ст. 9 Основного закона. Вопрос о том, имеются ли у законодателя иные полномочия по регулированию в целях защиты прочих законных интересов (ср. BVerfGE 28, 295 [306]), не нуждается в дополнительном рассмотрении. Предусмотренные обжалуемым решением ограничения полномочий на локаут обосновываются защитой противостоящих основных прав наемных работников и их организаций в соответствии с абз. 3 ст. 9 Основного закона.

Настоящее дело не дает оснований для более подробного определения границ неприкосновенного «основного предмета» свободы коалиций (ср. BVerfGE 4, 96 [106]; 17, 319 [333 и след.]; 38, 386 [393]; 58, 233 [247]). Однозначно сюда относится способность к ведению переговоров обоих социальных контрагентов, то есть и работодателей в спорах относительно коллективного договора. Обжалуемым решением она также не ставится под вопрос, как и их способность вести эффективную борьбу за улучшение условий труда. Наложение на заявителя ограничения полномочий в отношении локаута не нарушают ни сущностное содержание свободы коалиций (абз. 2 ст. 19 Основного закона), ни вторгаются несоразмерным образом в основное право (ср. BVerfGE 55, 159 [165]).

б) Поскольку Федеральный суд по трудовым спорам сам разработал принципы, при помощи которых оценивает спорные меры в борьбе за улучшение условий труда, Федеральный Конституционный Суд должен проверить, мог ли сам законодатель принять подобные правовые нормы без нарушения основных прав заявителя (ср. BVerfGE 59, 231 [256 и след.]). Данное ограничение считается соблюденным, если сохраняется способность работодателя вести переговоры во время споров по коллективным договорам, включая способность вести эффективную борьбу за отстаивание трудовых интересов, а его коалиционная деятельность ограничивается не сильнее, чем того требует защита противостоящих основных прав наемных работников. При такой оценке обжалуемое решение выдерживает конституционно-правовую проверку.

аа) основополагающая позиция Федерального суда по трудовым спорам, согласно которой меры борьбы за улучшение условий труда служат установлению равного положения сторон в переговорах по спорам из коллективных договоров (паритетность в переговорах) и должны оцениваться в соответствии с данной целью, не вызывает нареканий с точки зрения конституционного права. На основании данного принципа применение мер борьбы за улучшение условий труда ограничивается лишь тем, что из-за них не должно возникать неравное положение сторон в переговорах по коллективному договору. Подобное ограничение соответствует абз. 3 ст. 9 Основного закона. Автономия сторон коллективного договора направлена на уравнивание возможностей отдельных наемных работников, которые находятся в подчиненном положении, при заключении трудовых договоров посредством коллективных действий, и тем

самым сделать возможным равноправные переговоры о заработной плате и условиях труда. Если борьба за улучшение условий труда приводит к неравенству сил, способность функционирования автономии сторон коллективного договора ущемлена.

Сомнения, изложенные заявителем относительно принципа паритетности в переговорах, недостаточны. Способность работодателей вести эффективную борьбу в трудовых спорах не может быть поставлена под вопрос порядком проведения таких споров, ориентированным на неравенство сторон по коллективным договорам на переговорах. Пока работодатели не ограничены в применении необходимых для разрешения трудовых споров средств, свобода коалиций не нарушается. Она может быть оформлена таким образом, чтобы по возможности избежать перевес в отношении одной стороны на переговорах. Абзац 3 ст. 9 Основного закона не предоставляет неограниченное полномочие использования всех мыслимых форм борьбы.

[...]

с) [...] Решение о локауте касалось примерно 130000 наемных работников, при количестве бастовавших, равном примерно 4300. Численное соотношение составляет, таким образом, примерно тридцать к одному. На один день противостояния пришлось бы более чем в два с половиной рабочих дней локаута, что определено на основании двух недель забастовок профсоюза. Это послужило для Федерального суда по трудовым спорам поводом для оценки решения о локауте как противоправного, не ограничивая такой оценкой коалиционную деятельность заявителя несоразмерным образом.

[...]

106) BVerfGE 92, 365

(Kurzarbeitsgeld / Пособие по неполной занятости)

1. Предложение 1 абз. 3 § 116 Закона о содействии трудоустройству и профессиональному образованию соответствует Основному закону. Если в результате действия данной нормы возникает структурное неравенство сторон коллективных договоров, что препятствует достижению сбалансированных соглашений по условиям труда (в том числе экономическим) и не может быть исправлено судом, то законодатель должен принять меры для сохранения автономии сторон коллективного договора.

2. Основное право на свободу коалиций требует юридического оформления в той мере, в которой оно регулирует отношения между противоборствующими сторонами. Законодатель при этом имеет широкие возможности для регулирования. При оценке, нарушен ли паритет между сторонами коллективного договора и какие последствия для соотношения сил следуют в результате законодательного регулирования, законодатель обладает исключительным правом оценки.

**Решение Первого Сената от 4 июля 1995 г.
– 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87,
1 BvR 1421/86 —**

ОСНОВАНИЯ

А.

Заявления о проведении нормоконтроля (проверки судом действительности правового предписания) и конституционная жалоба направлены против новых норм, введенных в Закон о содействии трудоустройству и профессиональному образованию, затрагивающих предоставление выплат Федерального ведомства по вопросам труда во время трудовых конфликтов.

1.

1. Проверяемые нормы устанавливают условия, при которых компенсация заработной платы (как правило, пособие по неполной занятости) выплачивается при проведении регионального трудового конфликта наемным работникам той же отрасли, если они в результате последствий трудовых конфликтов временно не заняты. Абзац 3 § 116 Закона о содействии трудоустройству и профессиональному образованию определяет, что соответствующее право требования прекращается, если в отношении таких наемных рабочих выдвигается требование, такое же по своему роду и объему, и результат трудового конфликта, по всей вероятности, будет распространен на их округ («принцип участия»). Абзацы 5 и 6 содержат дополнительные процедурные нормы.

а) На основе правового положения до принятия положений, являющихся предметом проверки, во время некоторых трудовых конфликтов, в которых участвовала заявитель, в некоторых округах, в которых не шли трудовые конфликты, выплачивались пособия по неполной занятости.

Законодатель усмотрел в этом нарушение нейтралитета Федерального ведомства по вопросам труда в трудовых конфликтах.

[...]

С.

Заявления о проведении нормоконтроля и конституционная жалоба не обоснованны. Проверяемые положения не нарушают, во всяком случае сейчас, свободу заявителя на создание коалиций и в остальном соответствуют Основному закону, отчасти, однако, только при толковании в соответствии с Конституцией.

I.

Номер 2 предл. 1 абз. 3 § 116 Закона о содействии трудоустройству и профессиональному образованию в редакции Закона о нейтралитете не нарушает абз. 3 ст. 9 Основного закона. Однако данные нормы затрагивают свободу профсоюзов на создание коалиций. Тем не менее данные нормы находятся в рамках полномочий законодателя, установленных Конституцией.

1. а) Основное право, закрепленное в абз. 3 ст. 9 Основного закона, является, в первую очередь, охраняемой правом свободой. Оно предоставляет отдельному человеку свободу создавать объединения для содействия условиям труда (в том числе экономическим) и совместно с другими лицами реализовывать данную цель. Участники должны иметь возможность свободно от государственного влияния, самостоятельно и под свою ответственность принимать решения. Этим защищается и право самих объединений преследовать в рамках специфической коалиционной деятельности названные в абз. 3 ст. 9 Основного закона цели (ср. BVerfGE 50, 290 [367] со ссылками на другие источники). Выбор средств, которые коалиции считают пригодными для достижения цели, абзац 3 ст. 9 Основного закона предоставляет им самим. Основное право защищает в качестве коалиционной деятельности и меры борьбы в трудовых конфликтах, нацеленные на заключение коллективных договоров. В любом случае они в той мере подпадают под защиту свободы коалиций, в которой они необходимы для обеспечения функционирования автономии сторон коллективного договора (ср. BVerfGE 84, 212 [224 и след.]). Сюда относятся и забастовки (ср. BVerfGE 88, 103 [114]).

б) Основное право на свободу коалиций нуждается в законодательном оформлении в той мере, в которой имеет своим предметом отношения

между представителями противоборствующих интересов. Обе стороны коллективного договора одинаковым образом находятся под защитой абз. 3 ст. 9 Основного закона, но находятся при его реализации в противоборстве друг с другом. Они защищены от государственного влияния и в том случае, когда они используют средства борьбы, обладающие значительным воздействием на противника и общественность. Данная защита требует координирующих норм, обеспечивающих возможность сосуществования двух противостоящих позиций, защищенных основными правами. Возможность использования средств борьбы предполагает наличие правовых рамочных условий, обеспечивающих сохранение цели данной защищенной правом свободы, а также его места в конституционно-правовом порядке (ср. BVerfGE 88, 103 [115]).

При данном правовом оформлении у законодателя есть широкий простор для действия. Основной закон подробно не предписывает, каким образом ему следует преодолеть конфликт основных прав. Основной закон также не требует оптимизации условий борьбы. По общему правилу стороны коллективного договора должны сами приспосабливать свои средства к меняющимся обстоятельствам, чтобы противостоять противнику и добиваться заключения взаимовыгодных коллективных договоров. С другой стороны, у законодателя отсутствуют препятствия для изменения рамочных условий борьбы за улучшение условий труда, проводящейся для целей общего блага или в целях восстановления нарушенного паритета (ср. BVerfGE 84, 212 [228 и след.]).

с) Простор для действий законодателя находит свои границы в объемном содержании абз. 3 ст. 9 Основного закона. Автономия сторон коллективного договора защищается как сфера, в рамках которой стороны коллективного договора, по общему правилу, под свою ответственность могут регулировать свои взаимоотношения без государственного вмешательства (ср. BVerfGE 50, 290 [367]). Функционирование принципа автономии сторон коллективного договора не может быть поставлено под угрозу. Коалиции должны выполнять признанную Основным законом цель — обеспечивать и развивать условия труда (в том числе экономические) для своих членов, в частности, посредством заключения коллективных договоров. Система коллективных договоров рассчитана на то, чтобы сбалансировать структурную подчиненность отдельных наемных работников при заключении трудовых договоров посредством

коллективных действий и, тем самым, сделать возможным относительно равное участие в переговорах о заработной плате и условиях труда. Таким образом, автономия сторон коллективного договора функционирует только тогда, когда силы сторон коллективного договора относительно равны — то есть имеется паритет (ср. BVerfGE 84, 212 [229]). Нормативно-правовое регулирование в том случае не будет соответствовать абз. 3 ст. 9 Основного закона, если оно приведет к тому, что способность к ведению переговоров одной из сторон коллективного договора будет ограничена, включая возможность вести эффективную трудовую борьбу, а коалиционная деятельность стороны будет ограничена в большей мере, чем это необходимо для уравнивания правовых позиций сторон (ср. BVerfGE 84, 212 [228 и след.]).

Из абз. 3 ст. 9 Основного закона не следуют конкретные масштабы, по которым можно было бы оценить баланс сил сторон коллективного соглашения.

[...]

d) При решении вопроса, лишает ли правовое регулирование деятельности профсоюзов возможности вести эффективную трудовую борьбу, следует исходить из оценки законодателя. Сила позиции коалиции наемных работников зависит от множества факторов, которые нельзя полностью учесть и действие которых трудно оценить. Не без труда можно оценить возможности, которыми располагает профсоюз по изменению методов ведения борьбы в целях приспособления к измененным обстоятельствам. В таком случае законодатель несет политическую ответственность за полный учет и оценку решающих факторов. Федеральный Конституционный Суд не может вместо законодателя давать собственную оценку. Неконституционными в соответствии с этим являются такие действия, когда становится очевидным, что имела место неверная оценка или обжалуемая мера изначально сводилась к тому, чтобы нарушить существующее равновесие сил или усилить их неравенство.

e) Оценка, из которой законодатель исходит при регулировании трудовых конфликтов и которая изначально не вызывает сомнений, может впоследствии оказаться неверной. Изначально убедительные допущения могут быть опровергнуты последующим развитием событий, и вполне обоснованные ожидания относительно развития взаимосвязанных

событий могут не оправдаться. Таким образом, несмотря на изначально допустимое с точки зрения конституционного права регулирование, впоследствии данное регулирование может привести к нарушению принципа автономии сторон коллективного договора. Подобное развитие событий требует вмешательства в той мере, в которой выявляется факт структурного неравенства, более не позволяющего объективно согласовать условия труда (включая экономические) и которое не может быть устранено в рамках системы правосудия. В таком случае законодатель обязан принять меры для защиты свободы коалиций (ср. BVerfGE 25, 1 [13]; 49, 89 [130]; 50, 290 [335]).

2. С данной точки зрения оспариваемое нормативно-правовое регулирование проходит конституционно-правовую проверку:

а) Избранный законодателем принцип регулирования соответствует абз. 3 ст. 9 Основного закона.

Законодатель установил данное регулирование, так как полагал, что посредством выплаты пособия по неполной занятости происходит вмешательство в трудовую борьбу в пользу профсоюзов, и, тем самым, недопустимым образом усиливается их позиция в борьбе; при выплате пособий по неполной занятости работникам, находящимся вне округа, в котором идет трудовой конфликт, нарушался бы нейтралитет Федерального ведомства по вопросам труда, если бы эти работники способствовали достижению целей одной из сторон трудового конфликта. В основе нового регулирования лежит принцип, в соответствии с которым риск потери заработной платы при трудовых конфликтах должны нести и те наемные работники, которые непосредственно не участвуют в трудовом конфликте, но (примерно) в той же степени заинтересованы в успехе бастующих наемных работников, поскольку в случае успеха их положение также улучшится.

С конституционно-правовой точки зрения данный вывод не вызывает сомнений. Участие является очевидным критерием для перемещения риска потери заработной платы с системы страхования на случай потери работы на наемных работников, интересы которых в большой степени совпадают с интересами их коллег, непосредственно участвующих в трудовой борьбе. Представляется допустимым исходить из данного соответствия в качестве основания для приостановления выплат пособий по неполной занятости.

b) Фактически законодатель исходил из предположения, что заявителю, ввиду высокой интеграции производства в сфере металлообрабатывающей промышленности, посредством забастовок в отдельном тарифном округе будет легко добиться возникновения сбоев производства в других округах. Данное допущение заявитель не ставит под сомнение, оно к тому же подтверждается трудовой борьбой 1984 г. В результате подобного ведения борьбы оказывается сильное давление на работодателя. Затронутые последствиями таких действий работодатели и их региональные союзы в той мере, в которой они страдают от экономических последствий остановки производства, будут пытаться побудить непосредственно затронутых трудовой борьбой работодателей и их организации пойти на уступки. Достаточно убедительным выглядит также предположение о том, что давление наемных работников, которые попали под «холодный локаут», на профсоюз изнутри было бы смягчено выплатой пособий по неполной занятости.

с) Оценочное суждение законодателя о том, что прежняя редакция § 116 Закона о содействии трудоустройству и профессиональному образованию в том толковании, которое получила данная норма в практике судов по социальным спорам на основе судебной практики судов по трудовым спорам относительно риска потери заработной платы, привела к изменению паритета, не вызывает нареканий. Подобные оценки комплексных фактов законодатель осуществляет в рамках своей политической ответственности за сохранение общего блага.

Нет достаточных признаков того, что функционирование принципа автономии сторон коллективного договора будет ограничено проверяемой нормой таким образом, что опасения заявителя насчет конституционности регулирования найдут свое обоснование.

[...]

Согласно вышесказанному, как в фактическом, так и в правовом отношении определено не установлено, что обжалуемая норма во время будущих трудовых конфликтов приведет к такому неравенству позиций сторон тарифных соглашений, что переговоры на относительно равной основе станут невозможными. Если такая ситуация произойдет, законодатель будет обязан принять соответствующие меры для сохранения тарифной автономии. Пока этого не произошло, задача судов заключается в толковании и применении действующих правил с учетом абз. 3 ст. 9 Основного закона.

[...]

107) 1 BvR3017/11

(Rauchverbot bei öffentlichen Veranstaltungen / Запрет на курение на общественных мероприятиях)

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Пресс-релиз № 95/2014 от 24 октября 2014 г.**

**Решение от 24 сентября 2014 г.
— 1 BvR3017/11 —**

Законодательный запрет курения на общедоступных мероприятиях союзов не противоречит свободе объединений

Законодательный запрет, который распространяется также и на общедоступные мероприятия, организуемые различными союзами и ассоциациями, не противоречит конституционному праву на свободу объединений (абз. 1 ст. 9 Основного закона). Данное решение было принято и опубликовано сегодня третьей коллегией Первого Сената Федерального Конституционного Суда. Само по себе учреждение союза не может иметь следствием распространение действия конституционных прав на деятельность, которая не охватывается данными рамками. Запрет на курение в помещениях союза не нарушает свободу объединений и в том случае, когда помещения союза хотя и используются для целей союза — совместного курения, — фактически являются общедоступными.

Обстоятельства дела и ход судопроизводства:

В Баварии с 1 августа 2010 г. действует строгий запрет на курение, введенный Законом об охране здоровья. Заявитель является членом-учредителем союза «G» и управляющим общества с ограниченной ответственностью, которое осуществляет эксплуатацию G.-бара в арендованных у союза помещениях. Целью союза является развитие арабской и азиатской гастрономической культуры; данная цель реализуется путем посещения помещений союза, т. е. G.-бара, и проведения там дружеских

встреч. Доступ в G.-бар открыт только для членов союза. Лицо, желающее посетить G.-бар, должно стать членом союза. Заявку на членство можно подать на месте; условиями для этого являются минимальный возраст 20 лет и оплата годового членского взноса в размере 1 евро. Каждый член получает удостоверение; лицо, которое не может предъявить удостоверение, на основании заявления получает новое удостоверение. Все сотрудники G.-бара являются членами союза.

7 августа 2010 г. при проведении проверки было установлено, что в баре осуществляется курение кальянов и сигарет. Участковый суд приговорил заявителя к денежному штрафу в размере 750 евро из-за нарушения законодательного запрета на курение. Союз, в котором состоит около 37000 членов, представляет собой клуб курильщиков в форме союза с открытым членством, созданным для обхода запрета на курение в предприятиях общественного питания. Высший земельный суд отклонил жалобу как необоснованную.

Существенные выводы коллегии:

Конституционная жалоба не подлежит рассмотрению, поскольку она не имеет шансов на успех. Нарушение свободы объединений (абз. 1 ст. 9 Основного закона) не усматривается.

Основное право, закрепленное в абз. 1 ст. 9 Основного закона, гарантирует свободу на объединение в союзы частного права. В сферу защиты входит самостоятельное определение внутренней организации, порядка волеизъявления и ведения дел, право на создание и ведение деятельности. Основное право не может предоставить общей цели большую защиту, нежели чем частному интересу.

Обжалуемые положения и решения не запрещают ни учреждения, деятельности или существования союзов, ни вступления или агитации на вступление в члены союза. Запрет на курение в помещениях союза не ограничивает свободу деятельности союза и его членов, поскольку помещения фактически являются общедоступными. В остальном абзац 1 ст. 9 Основного закона не отдает предпочтения коллективному преследованию общей цели над индивидуальным ее достижением. Основное право не защищает индивидуально запрещенное совместное курение табака, которому не присуща особая связь с корпоративной организацией.

§ 21. Тайна переписки и почтовых сообщений (ст. 10 Основного закона)

108) BVerfGE 107, 299

(Fernmeldegeheimnis / Тайна телефонных сообщений)

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Пресс-релиз № 20/2003 от 12 марта 2003 г.**

**Решение от 12 марта 2003 г.
— 1 BvF 330/96, 1 BvF 348/99 —**

О судебном приказе о предоставлении данных телекоммуникационной связи в рамках уголовного преследования

Первый Сенат решением от 12 марта 2003 г. отклонил конституционные жалобы в отношении судебных решений, в которых устанавливалось требование предоставить данные телефонных разговоров журналистов. Предполагалось, что соответствующие журналисты контактировали с вероятными преступниками. Заявителями выступали «ZDF («ЦДФ»), два его журналиста и одна журналистка, работающая на журнал Stern («Штерн»)). Приказ о предоставлении сведений был направлен телекоммуникационной компании (см. Пресс-релиз № 92/2002 от 21 октября 2002 г.).

1. В частности, речь шла о следующих обстоятельствах дела: для передачи телевизионного канала компании ZDF Frontal («Фронталь») двое заявителей в качестве журналистов провели журналистское расследование по делу доктора Юргена Шнайдера, который разыскивался во всем мире за мошенничество, связанное с получением кредита в многомиллиардных размерах и за другие экономические преступления, и который был затем арестован в США. Заявители стали обладателями магнитофонной кассеты, на которой доктор Шнайдер высказывался по поводу проводимых в его отношении расследований. По ходатайству прокуратуры участковый суд со ссылкой на § 12 Закона о телекоммуникационных средствах связи (ЗТС; см. приложение) определил, чтобы телефонная

компания предоставила сведения об одном из мобильных телефонных номеров ZDF, чтобы получить данные о местонахождении обвиняемого, который в тот момент еще находился в бегах. В другом деле журналистка неоднократно готовила репортажи о деле Ханса-Йоахима Кляйна. Его подозревали, как соучастника, в террористическом акте Фракции Красной Армии в отношении конференции ОПЕК в 1975 г. За тройное убийство его разыскивали, с большими затратами на расследование, в течение многих лет, но безуспешно. Прокуратура получила сведения, что заявитель вновь проводит расследование по делу Кляйна и могла бы находиться в контакте с ним. Участковый суд со ссылкой на § 12 Закона об устройствах связи распорядился о выдаче сведений о ее контактах, причем о входящих и исходящих звонках. Кляйн, на основе полученных таким образом данных, был позже обнаружен и задержан.

2. Федеральный Конституционный Суд придерживается своей судебной практики относительно того, что, по общему правилу, именно к компетенции законодателя относится определение того, в какой мере интерес уголовного преследования должен уступать интересу СМИ в том, чтобы держать свое расследование в тайне. Основания для принятия особых мер защиты журналистов отсутствуют в том случае, когда необходимый минимальный уровень свободы СМИ обеспечен уже на основании общих правовых положений. Для рассматриваемого случая уголовного преследования в связи с совершением трех убийств и очень тяжких экономических преступлений распоряжение о предоставлении коммуникационных данных не вызывает нареканий с точки зрения конституционного права.

Далее Сенат излагает по этому поводу следующее:

Распоряжение о предоставлении коммуникационных данных представляет собой вторжение в тайну телефонных сообщений, гарантированную абз. 1 ст. 10 Основного закона, которое, однако, обосновано § 12 Закона об устройствах связи. Суд не высказывает свою позицию по вопросу конституционности данной нормы, утратившей тем временем силу, но толкует ее обстоятельно, с учетом абз. 1 ст. 10 Основного закона. Распоряжения о предоставлении сведений о телекоммуникационных данных разговоров преследовали легитимную публичную цель расследования и преследования тяжких преступлений и были пригодными для установления местонахождения разыскиваемых обвиняемых. Более

мягкие методы, которые бы в меньшей степени обременяли заявителя и которые бы в большей степени не затрагивали бы других субъектов основных прав, ввиду конкретных обстоятельств дела отсутствовали. Сенат подчеркивает, что вторжение в тайну телефонных сообщений посредством предоставления информации о телекоммуникационных данных носит существенный характер. В результате перехода на цифровую связь значительно увеличились возможности сбора данных. Телекоммуникационные данные позволяют делать важные выводы о том, с кем абонент связывался и по каким маршрутам передвигался, а в ограниченной мере — даже о вероятном содержании его разговоров. Кроме того, при оценке тяжести вторжения в тайну телефонных сообщений следует учитывать, что передача данных о телефонных разговорах затрагивает большое число лиц и что приказ о предоставлении сведений — как это обычно происходит при вторжении в тайну телефонных сообщений — принимается без заслушивания мнения затронутых лиц и осуществляется, таким образом, тайно и незаметно для таких лиц.

Подобные серьезные вторжения в тайну телефонных переговоров являются соразмерными только тогда, когда встречные интересы имеют столь же существенное значение. Значимость интереса в уголовном преследовании зависит, в частности, от тяжести и значения расследуемого уголовного преступления. Преступление должно иметь существенное значение, должны иметься существенные подозрения в отношении лица, совершившего данное преступление, и должны иметься фактические основания того, что затронутое распоряжением лицо находится посредством телекоммуникационных средств связи в контакте с обвиняемым, то есть будет действовать в качестве источника информации. Данные условия, установленные рамками состава преступления, суды в исходных делах воспринимали как имеющиеся в наличии. Судьи действовали в рамках предусмотренной законом компетенции. Задача и долг судьи заключаются в том, чтобы под свою ответственность выработать приговор, а не просто подписывать ходатайства прокуратуры о предоставлении данных о переговорах на основании общей проверки. В конкретном деле он должен тщательно проверить наличие условий для вторжения и обстоятельно оценить соразмерность такого вторжения.

Предоставление телекоммуникационных сведений о переговорах включает и вторжение в свободу печати и радиовещания заявителя. Такое

вторжение с конституционно-правовой точки зрения не вызывает нареканий. Конституционно-правовая защита получения информации средствами массовой информации находит свое обоснование в их вкладе в информирование граждан и строящееся на нем формирование индивидуального и общественного мнений. Деятельность органов по уголовному расследованию также осуществляется в интересах общественности. Нельзя обосновать с конституционно-правовой точки зрения, почему принципиально интерес уголовного преследования должен уступить интересу СМИ в проведении расследования. Наоборот, нельзя также абстрактно констатировать, что интерес в уголовном преследовании всегда имеет приоритет перед интересом СМИ. Ввиду многообразия видов публичной коммуникации и связанной с этим деятельностью, на которую влияют традиционные и «новые» СМИ, и вопросом, подлежащим решению законодателем, является принятие решения относительно оснований и сфер, в которых журналисты и медиакомпании получали бы протекцию от распространения на них уголовно-процессуальных мер. Свободу печати и радиовещания нельзя при этом рассматривать только с точки зрения СМИ и понимать их как широкие привилегии в отношении любой деятельности, направленной на сбор и распространение информации. Со стороны законодателя требуется оценка того, оправдывает ли, и если да, то в какой мере выполнение публицистических задач преимущество свободы СМИ перед интересами основанного на принципах правового государства правосудия, и в какой мере свобода печати и радиовещания, в свою очередь, ограничивается этими интересами.

В рамках своих законотворческих полномочий законодатель в Уголовно-процессуальном кодексе в общем виде соотнес охраняемые правом свободы СМИ и требования уголовного правосудия в правовом государстве. Основания для дополнительных мер отсутствуют в том случае, когда минимальная защита, которая требуется в соответствии с абз. 1 ст. 5 Основного закона, уже в достаточной мере обеспечивается общими нормами, как в данном случае в § 12 ЗТС. Не вызывает нареканий и квалификация заявителей как источников информации. В этом смысле недостаточным было бы наличие лишь того обстоятельства, что соответствующие лица, будучи журналистами, вели расследования в отношении обвиняемых. Журналистская деятельность не может служить основанием для того, чтобы подвергать журналистов более высокому риску, чем

остальных носителей основных прав, превратив их в объект сбора коммуникационных данных для целей уголовного преследования третьих лиц. Должны иметься в наличии определенные фактические, а не основанные на опыте основания для предположения, что журналист вступал в контакт с разыскиваемыми преступниками, которых было бы достаточно для того, чтобы вынести распоряжение о применении подобных мер и в отношении любых других лиц.

При анализе следует учитывать, что меры, которые здесь подлежат оценке, направлены не на раскрытие личности типичного информатора, а на установление местонахождения уже известного вероятного преступника. В данном случае не требуется решения о том, в какой мере интересы журналистов в том, чтобы свободно и беспрепятственно вступать в телефонный контакт с разыскиваемыми преступниками, подлежат конституционно-правовой защите. Во всяком случае, данные интересы с конституционно-правовой точки зрения имеют принципиально меньшее значение, чем интересы в коммуникации с лицами, которые в качестве информаторов передают СМИ важную для общественности информацию, например, в целях раскрытия и уточнения деталей правонарушений.

Приложение к пресс-релизу № 20/2003 от 12 марта 2003 г.

§ 12 ЗТС в редакции, действовавшей с 1 июля 1998 г., утратил силу 31.12.2001:

При проведении уголовных расследований судья, а при наличии обстоятельств, не терпящих отлагательства, и прокуратура вправе требовать сведения о телефонных переговорах, если сообщения были направлены обвиняемому и если имеются в наличии факты, из которых можно заключить, что сообщения исходили от обвиняемого или были предназначены для него, и что сведения имеют значение для расследования.

В настоящее время действует § 100 «g» Уголовно-процессуального кодекса:

(1) Если определенные факты обосновывают подозрение о том, что какое-либо лицо в качестве исполнителя или соучастника совершило значительное преступление, в частности, одно из названных в предл. 1 § 100 «a» преступлений, или совершило преступление

посредством устройства связи (№ 3 § 3 Закона о телекоммуникациях), или пыталось совершить или занималось подготовкой к преступлению в случаях, в которых покушение на преступление влечет уголовную ответственность, может быть издан приказ, в соответствии с которым провайдеры, оказывающие или участвующие в оказании коммерческих телекоммуникационных услуг, обязаны незамедлительно предоставить информацию об обозначенных в абз. 3 телекоммуникационных данных, если такие сведения необходимы для расследования. Данное правило действует только в том случае, если такие телекоммуникационные данные связаны с обвиняемым или иными лицами, указанными в предл. 2 § 100 «а». Приказ может быть также издан в отношении предоставления сведений о будущих телекоммуникационных контактах.

(2) Приказ о предоставлении сведений о том, совершались ли с телефонного номера телекоммуникационные контакты с лицами, названными в предл. 2 абз. 1, может быть издан лишь в том случае, если расследование обстоятельств или установление местонахождения обвиняемого иным образом было бы бесперспективным или существенно осложненным.

(3) К телекоммуникационным данным относятся:

- 1. в случае соединения: коды доступа, номера карт, локализация, а также телефонный номер или идентификаторы телефона, с которого производились соединения, и телефона, на который поступали звонки, или конечного устройства,*
- 2. дата и время начала и окончания сеансов связи,*
- 3. телекоммуникационная услуга, использованная абонентами,*
- 4. расположение терминального оборудования установленных соединений, дата и время начала и окончания соединений.*

109) BVerfGE 113, 348

(Telekommunikationsüberwachung Niedersachsen / Контроль телекоммуникаций в Нижней Саксонии)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Пресс-релиз № 68/2005 от 27 июля 2005 г.

**Решение от 27 июля 2005 г.
– 1 BvF 668/04 –**

**Нормы Закона Нижней Саксонии о полиции, касающиеся
превентивного контроля телефонных переговоров, ничтожны**

Нормы № 2 и 4 абз. 1 § 33 «а» Закона Нижней Саксонии об общественном порядке и безопасности, дающие полиции право контроля телефонных переговоров с целью предотвращения и профилактики уголовных правонарушений, ничтожны в связи с нарушением тайны телекоммуникационной связи (абз. 1 ст. 10 Основного закона). Данное решение было принято Первым Сенатом Федерального Конституционного Суда 27 июля 2005 г. Законодательный орган Нижней Саксонии частично перешел границы своей законодательной компетенции. Так как федеральный законодатель в Уголовно-процессуальном кодексе окончательно урегулировал порядок применения мер контроля телефонных переговоров в рамках уголовного преследования, федеральные земли в этом смысле исключены из процесса законотворчества. Кроме того, установленные законом полномочия в целом носят недостаточно определенный характер и не соответствуют требованиям принципа соразмерности. Кроме того, в законе отсутствуют меры защиты центральной сферы частной жизни.

Тем самым конституционная жалоба судьи, который в оспоренных нормах усмотрел нарушение его права на тайну телефонных переговоров, была удовлетворена (дальнейшую информацию об обстоятельствах дела см. в Пресс-релизе № 10/2005 от 28 января 2005 г.).

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

1. Оспариваемые нормы являются формально неконституционными.
 - а) В законе о внесении изменений отсутствует необходимое согласно предл. 2 абз. 1 ст. 19 Основного закона (требование цитирования) указание на ограничение абз. 1 ст. 10 Основного закона (тайна телекоммуникационной связи). Несоблюдение требования цитирования остается, однако, без последствий для действия оспариваемого закона.

б) Законодательный орган Нижней Саксонии превысил свои законодательные полномочия принятием норм о профилактике и преследовании уголовных деяний.

Контроль телефонных переговоров не ограничивается предупреждением уголовных деяний, а предусматривает в № 2 и 3 абз. 1 § 33 Закона Нижней Саксонии об общественном порядке и безопасности также «предупредительные меры преследования уголовных деяний» как самостоятельный элемент. Сбор данных производится, таким образом, для использования в будущем уголовном деле и, тем самым, для уголовного преследования. Подобные предварительные меры относятся к судебному производству в смысле № 1 абз. 1 ст. 74 Основного закона и, таким образом, к конкурирующему законодательству.

Федеральный законодатель исчерпывающим образом реализовал свою законодательную компетенцию в сфере конкурирующего законодательства по уголовному преследованию по вопросу контроля телефонных переговоров и принял решение против дополнительных мер, применяемых на стадии, предшествующей совершению уголовного деяния. Потребность в раннем применении контроля телефонных переговоров федеральный законодатель учел таким образом, что при наличии определенных условий он допускает его применение на подготовительной стадии. Целенаправленные ограничения могут утрачивать свое значение, если федеральные земли будут вводить сопоставимые меры контроля телефонных переговоров также с целью обеспечения последующего уголовного преследования, но применение которых будет возможно при других, например, менее строгих условиях.

2. Оспариваемые нормы также и с материально-правовой точки зрения противоречат Конституции.

а) Широкие полномочия, установленные в № 2 и 4 абз. 1 § 33 «а» Закона Нижней Саксонии об общественном порядке и безопасности в целях предупреждения и обеспечения преследования уголовных деяний не удовлетворяют требованию определенности.

Контроль телефонных переговоров, согласно № 2 и 4 абз. 1 § 33 «а» Закона Нижней Саксонии об общественном порядке и безопасности, предполагает, что обстоятельства дела обосновывают предположение о том, что кто-либо в будущем может совершить уголовное деяние большой тяжести. Закон не предусматривает конкретного действия, его

планирования или подготовительных действий. Достаточно основанного на фактах предположения, что какое-либо лицо совершит уголовные правонарушения большой тяжести. Закон не содержит ограничительных признаков состава преступления, которые позволили бы осуществить сложное — именно на предварительной стадии расследования — различие правомерного поведения от поведения, переходящего в уголовно-наказуемое поведение. Нацеленность на уголовные правонарушения большой тяжести также не способствует уточнению. Данный признак состава преступления не содержит никаких характеристик того, когда поведение указывает на совершение в будущем подобных уголовных деяний. Недостаточно определенным является, далее, регулирование № 3 абз. 1 § 33 «а» Закона Нижней Саксонии об общественном порядке и безопасности, дающее право на контроль телефонных переговоров лиц, вступающих в контакт с данным субъектом и сопровождающих их лиц. К неопределенности в том, кто должен рассматриваться в качестве потенциального преступника, здесь добавляется неясность, связанная с понятием лиц, вступающих в контакт с данным субъектом и сопровождающих их лиц. Согласно определению закона, это — каждое лицо, связанное с потенциальным преступником таким образом, что через него можно получить сведения о предполагаемом уголовном деянии. Но закон не поясняет эту норму.

б) Оспариваемые нормы также не удовлетворяют требованиям соразмерности. Контроль телефонных переговоров на основании № 2 и 3 абз. 1 § 33 «а» Закона Нижней Саксонии об общественном порядке и безопасности позволяет осуществить серьезное вторжение в тайну телефонных разговоров. Посредством сбора данных можно получить представление, в частности, о коммуникации, социальном окружении, а также личных привычках наблюдаемого лица. Ущемления защищенной основными правами свободы не могут находиться в несоразмерном соотношении с целями, которым служит ограничение основного права. Целью сбора данных является легитимная цель преследовать и предупредить уголовные правонарушения большой тяжести. Значимость данной цели зависит от защищенной нормой правовой ценности и интенсивности угрозы в ее адрес. Если в законе нечетко ограничен перечень условий, которые обосновывают предположение о совершении в будущем уголовного деяния, то серьезное вторжение в тайну телекоммуникационной связи может

оцениваться как соразмерное лишь тогда, когда защищаемый интерес общего блага как в общем, так и в конкретном случае является чрезвычайно важным. Подобное ограничение в законе отсутствует.

Такой признак состава преступления, как «уголовные правонарушения большой тяжести», также не учитывает требования к особому значению преследуемой правовой ценности. Из перечисленных в законе преступлений нельзя вывести законодательную концепцию, из которой следуют особенности контроля телефонных переговоров на предварительной стадии, которые бы ограничивались или относились к правовым ценностям особой важности. Кроме того, закон не содержит исчерпывающего описания уголовных преступлений. Подробное толкование понятия «уголовные правонарушения большой тяжести» исключается. Дефицит ясности нормы таким образом только усиливается.

Кроме того, № 2 и 3 абз. 1 § 33 «а» Закона Нижней Саксонии об общественном порядке и безопасности в неполной мере описывают используемые для прогноза и оценки факты. Недостатки определенности отражаются на проверке соразмерности. Отсутствуют критерии для проверки того, достаточны ли фактические признаки значимости правовой ценности, которая находится под угрозой.

в) Наконец, закон не предусматривает достаточных мер для предотвращения вторжения в защищенную центральную сферу частной жизни. Относительно контроля телефонных переговоров действуют, однако, иные требования, нежели те, которые изложены по вопросу наблюдения за жилыми помещениями, изложенные в решении Сената о масштабной прослушке (BVerfGE 109, 279). Тем не менее из-за риска того, что прослушка затрагивает коммуникации, которые относятся к центральной защищенной сфере частной жизни, она допустима лишь в том случае, если особо важная правовая ценность поставлена под угрозу, а масштаб данной угрозы носит серьезный характер при высокой интенсивности угрозы. Кроме того, должны иметься конкретные факты, позволяющие сделать вывод о непосредственной связи с совершением уголовного правонарушения в будущем. Также требуется установление гарантий того, что содержание разговоров, касающихся исключительной частной сферы жизни, не будет использоваться и что такие данные незамедлительно будут уничтожаться, если они были собраны в виде исключения. Подобное регулирование в законе отсутствует.

110) BVerfGE 125, 260

(Vorratsdatenspeicherung / Резервное хранение личных данных)

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Пресс-релиз № 11/2010 от 2 марта 2010 г.**

**Решение от 2 марта 2010 г.
— 1 BvR256/08, 1 BvR263/08, 1 BvR586/08 —**

**Конкретное юридическое оформление резервного хранения
пользовательских данных неконституционно**

Конституционные жалобы направлены на проверку конституционности § 113 «а», 113 «б» Закона о связи и § 100 «г» Уголовно-процессуального кодекса в той мере, в которой они допускают сбор данных в соответствии с § 113 «а» ЗТК. Данные нормы были введены Законом о новом регулировании контроля телефонных переговоров от 21 декабря 2007 г.

§ 113 «а» ЗТК устанавливает, что провайдеры телекоммуникационных услуг для населения, услуг электронной почты и Интернета обязаны хранить без особых оснований практически все телекоммуникационные данные, получаемые в рамках предоставления телефонных услуг (стационарная телефонная связь, мобильная связь, факс, СМС, ММС). Обязанность хранения распространяется, по сути, на все данные, необходимые для восстановления информации о том, кто, когда, как долго, с кем, откуда общался или пытался установить связь. В отличие от этого, не подлежит хранению информация о содержании сообщений и, таким образом, также данные о том, к каким страницам в Интернете обращались пользователи. По истечении обязательного срока хранения, составляющего шесть месяцев, все данные должны быть уничтожены в течение одного месяца.

§ 113 «б» ЗТК устанавливает возможные цели, для которых могут использоваться такие данные. Данное положение при этом понимается как отсылочная норма: сама она не наделяет полномочиями на получение данных, а обозначает лишь обобщенно возможные цели использования, которые должны уточняться специальным законодательством федерации

и земель. При этом в первой половине предл. 1 перечислены цели *непосредственного* использования данных: преследование уголовных преступлений, пресечение серьезных угроз общественной безопасности и выполнение задач разведки. Вторая половина предложения, кроме этого, разрешает еще и *косвенное* использование данных для предоставления сведений согласно абз. 1 § 113 ЗТК, устанавливая право истребования сведений от провайдеров услуг для идентификации IP-адресов. Государственные органы, если они уже знают IP-адрес, например, на основании предоставленной информации или на основании собственных расследований, могут истребовать сведения о том, за каким пользователем числится данный адрес. Законодатель дает разрешение на такие действия, не устанавливая подробных ограничительных мер по вопросам преследования уголовных преступлений и нарушений общественного порядка, а также защиты от опасностей; компетенция судьей по данному вопросу, как и дальнейшие обязанности по уведомлению, не предусмотрена.

§ 100 «g» Уголовно-процессуального кодекса, регулирует, в рамках конкретизации № 1 первой половины предл. 1 § 113 «b» ЗТК, непосредственное использование предварительно сохраненных данных в целях уголовного преследования. Из системного толкования нормы следует, что она регулирует доступ в принципе ко всем телекоммуникационным данным. Таким образом, данная норма разрешает изначально только доступ к телекоммуникационным данным, сохраненным по другим основаниям (например, для совершения сделок) у провайдеров услуг. Законодатель принял решение в пользу того, чтобы не проводить различия между использованием заранее сохраненных данных согласно § 113 «a» ЗТК и другими телекоммуникационными данными. Законом разрешается также использование сохраненных данных без привязки к закрытому перечню преступлений особой тяжести и, кроме того, при соответствующей проверке соразмерности в каждом конкретном деле для преследования уголовных правонарушений, совершенных посредством телекоммуникации. Для применения таких мер требуется предварительное решение суда; Уголовно-процессуальный кодекс также предусматривает обязанность по уведомлению и последующую правовую защиту.

Оспариваемые нормы рассматриваются в качестве имплементации Директивы 2006/24/ЕС Европейского парламента и Европейского союза от 2006 г. о хранении пользовательских данных. Согласно данной

директиве на провайдеров телекоммуникационных услуг следует наложить обязанность хранить указанные в § 113 «а» ЗТК данные в течение как минимум шести месяцев, максимум двух лет и предоставлять их для следствия по тяжким уголовным преступлениям. Директива не содержит более подробного регулирования использования данных; меры для защиты данных также в основном остаются в юрисдикции государств-членов.

На основании временных постановлений Первого Сената Федерального Конституционного Суда (Пресс-релиз № 37/2008 от 19 марта 2008 г. и № 92/2008 от 6 ноября 2008 г.) хранящиеся данные в соответствии с § 113 «а» ЗТК могли передаваться для целей уголовного преследования согласно № 1 предл. 1 § 113 «б» ЗТК только в соответствии с предусмотренными временным постановлением условиями, а заранее сохраненные данные согласно § 113 «а» ЗТК для защиты от опасностей (№ 2 предл. 1 § 113 «б» ЗТК) могли передаваться операторами телекоммуникационных услуг направившему запрос государственному органу только лишь при соблюдении ограничительных условий.

Заявители считают, что хранение пользовательских данных представляет собой, прежде всего, нарушение тайны телекоммуникации и права на информационное самоопределение. Они считают несоразмерным хранить без основания все телекоммуникационные данные. В частности, они подчеркивают, что на основании хранящихся данных можно составить анкеты на каждое лицо с информацией о его передвижении. Один из заявителей, предоставляющий услуги анонимизации в Интернете, жалуется на то, что связанные с хранением издержки несоразмерно ущемляют свободу профессиональной деятельности в области телекоммуникационных услуг.

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда решил, что нормы ЗТК и Уголовно-процессуального кодекса, касающиеся превентивного хранения персональных данных, противоречат абз. 1 ст. 10 Основного закона. Сама по себе обязанность хранения данных в описанном объеме не является неконституционной. Однако отсутствует юридическое оформление данной обязанности в соответствии с принципом соразмерности. Оспариваемые нормы не обеспечивают ни достаточной безопасности данных, ни достаточного ограничения целей их использования. Кроме того, они не во всем удовлетворяют требованиям конституционно-правовой

прозрачности и правовой защиты. Данные нормы тем самым в целом являются неконституционными и ничтожными.

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

О допустимости:

Конституционные жалобы не являются недопустимыми в той мере, в которой оспоренные нормы были приняты в рамках имплементации Директивы 2006/24/ЕС. Заявители требуют того, чтобы без их обращения в специализированные суды, так как их конституционные жалобы обращены непосредственно против закона об имплементации директивы, Федеральный Конституционный Суд обратился с запросом в Европейский суд, чтобы тот посредством предварительного решения согласно ст. 267 Договора о функционировании Евросоюза (ранее ст. 234 Договора об учреждении Европейского сообщества) объявил Директиву ничтожной и открыл бы тем самым путь для проверки оспариваемых норм в соответствии с основными правами по немецкому законодательству. Во всяком случае, в рамках такого метода проверка оспариваемых норм на соответствие основным правам, закрепленным в Основном законе, по жалобе заявителей не исключена изначально.

Об обоснованности:

1. В Европейском суде отсутствует процедура принятия предварительных решений

Обращения в Европейский суд по вопросу толкования норм не рассматриваются, так как здесь не идет речи о возможном приоритетном применении права ЕС. Действие Директивы 2006/24/ЕС и вытекающий отсюда возможный приоритет права ЕС перед германскими основными правами не имеет значения для принятия решения. Директива оставляет ФРГ широкий простор для принятия решений. Директива в основном ограничивается регулированием обязанностей по хранению информации и объемом такой информации и не описывает порядок доступа к данным и их использования государственными органами государств-членов. При таком содержании Директива может быть имплементирована без нарушения основных прав, закрепленных в Основном законе. Основной закон не распространяет запрет на хранение таких данных на все возможные ситуации.

2. Сфера правовой охраны абз. 1 ст. 10 Основного закона

Оспариваемые нормы затрагивают сферу правовой охраны абз. 1 ст. 10 Основного закона (тайна телекоммуникационной связи) также в той мере, в которой речь идет о хранении данных о доступе к Интернету и полномочии требовать предоставления сведений согласно второй половине предл. 1 § 113 «б» ЗТК. Тот факт, что хранение данных производится частными провайдерами, этому не противоречит, так как они выступают лишь в качестве вспомогательных лиц при выполнении задач государственными органами.

3. Возможность хранения телекоммуникационных данных без должных к этому оснований

Хранение телекоммуникационных данных без соответствующего основания на протяжении шести месяцев в целях квалифицированного использования в рамках уголовного преследования, защиты от угроз и для выполнения задач разведки, как это указано в § 113 «а», 113 «б» ЗТК, само по себе не противоречит ст. 10 Основного закона. Если юридическое оформление в достаточной мере устанавливает особую важность оснований для вторжения в тайну телекоммуникационной связи, хранение телекоммуникационных данных без основания, как таковое, не будет подпадать под строгий запрет предварительного хранения данных в смысле судебной практики Федерального Конституционного Суда. Если законодательное оформление будет в адекватной мере соответствовать вторжению в данную тайну, то требования соразмерности могут быть соблюдены.

Однако в случае такого хранения данных речь идет об особо тяжком вторжении, пределы которого до сих пор не были известны правопорядку. Даже если хранение не распространяется на содержание переговоров, на основании таких данных можно сделать достаточные выводы по содержанию переговоров вплоть до вторжения в интимную сферу абонентов. Информация о получателях сообщений, дата, время и место телефонных разговоров позволяет при ее анализе в течение длительного времени в совокупности составить детализированное заключение об общественной или политической принадлежности, а также личных предпочтениях, склонностях или слабостях. В зависимости от количества телекоммуникационной информации, на основании сохраненных данных, возможно составить информативный профиль лица, включая информацию

о передвижении практически на каждого гражданина. Кроме того, увеличивается риск вовлечения граждан в другие расследования, несмотря на то что они для этого повода не давали. Помимо этого возрастает вероятность злоупотреблений, связанных с подобным сбором данных, их негативное влияние на гражданина. Поскольку хранение и использование данных происходят незаметно, хранение телекоммуникационных данных без оснований способствует возникновению чувства опасности нахождения под наблюдением, которое во многих сферах может ущемлять естественную реализацию основных прав.

Тем не менее подобное хранение данных может соответствовать абз. 1 ст. 10 Основного закона при наличии определенных правил. Определяющим является в первую очередь то обстоятельство, что хранение телекоммуникационных данных должно осуществляться не напрямую государством, а посредством установления обязанности в отношении частных провайдеров. Благодаря этому данные при самом хранении еще не объединяются, а остаются распределенными среди многих частных компаний, и в своей совокупности не предоставляются в распоряжение государства. Хранение данных в течение шести месяцев не представляет собой меру, нацеленную на тотальный охват коммуникации или активности гражданина в целом. В ограниченной степени данная мера связана с особым значением телекоммуникации в современном мире и является отражением специфических опасностей, которые связаны с ней. Восстановление цепочки телекоммуникационных соединений обладает поэтому особым значением для эффективного уголовного преследования и защиты от опасностей.

Соответствие предварительного хранения телекоммуникационных данных без оснований Конституции предполагает, чтобы такое хранение оставалось исключением из общего правила. К конституционно-правовым особенностям правопорядка Федеративной Республики Германия относится тот факт, что процесс реализации гражданами свободы не может полностью контролироваться и регистрироваться, и ФРГ должна отстаивать сохранение такого положения в европейских и международных отношениях. Посредством превентивного сохранения телекоммуникационных данных существенно сужается возможность безосновательного сбора данных в других случаях, в том числе со стороны Европейского союза.

4. Соразмерность законодательного оформления (масштаб регулирования)

Ввиду особой значимости превентивного хранения телекоммуникационных данных оно только в том случае соответствует абз. 1 ст. 10 Основного закона, если его законодательное оформление соответствует особым конституционно-правовым требованиям. В этом смысле здесь требуется достаточно точное и прозрачное законодательство о защите данных, об ограничении использования данных, о прозрачности и правовой защите.

Требования к безопасности данных:

Ввиду объема и потенциальной значимости баз данных, создаваемых в результате такого хранения, безопасность данных обладает решающим значением для решения вопроса о соразмерности оспариваемых норм. Необходимо обязательное к применению законодательное регулирование, которое ясно по существу уделяет особо высокое значение вопросам безопасности. При этом законодатель вправе доверить надзорному ведомству техническую конкретизацию объема предполагаемого регулирования. Однако законодатель должен при этом удостовериться в том, чтобы полномочия о принятии решения о виде и объеме необходимых мер по защите данных не было бы без соответствующего контроля в итоге передано в руки соответствующих провайдеров телекоммуникационных услуг.

Требования к непосредственному использованию данных:

Ввиду значимости хранения данных использование данных возможно лишь для чрезвычайно важных задач по защите правовых ценностей.

В случае уголовного преследования, следовательно, обращение к таким данным предполагает наличие в каждом конкретном случае, как минимум, обоснованного определенными фактами подозрения о совершении тяжкого уголовного правонарушения, обладающего большой значимостью. Законодатель должен окончательно определить, какие составы преступлений охватываются требованием о хранении данных.

На основании принципа соразмерности по вопросу защиты от опасностей следует вывод о том, что затребование предварительно сохраненных телекоммуникационных данных может быть допущено только при наличии подкрепленной достаточными фактами конкретной угрозы здоровью, жизни или свободе личности, самой федерации или ее безопасности или одной из земель, или в целях защиты от общей опасности.

Данные требования распространяются, так как и здесь речь идет о предупреждении опасностей, также на использование данных разведкой. Использование данных секретными службами, таким образом, во многих случаях исключается. Однако это вызвано характером выполняемых ими задач на этапе предварительного расследования и не является приемлемым с точки зрения конституционного права поводом для смягчения вытекающих из принципа соразмерности условий для рассматриваемого вторжения.

Кроме того, с точки зрения конституционного права, на основании принципа соразмерности, требуется установление принципиального запрета передачи особо конфиденциальных телекоммуникационных данных. К таким данным могут относиться, например, данные о связях лиц, ведомств и организаций в социальной или религиозных сферах, которые по общему правилу характеризуются сохранением анонимности звонящих, получающих исключительно или в основном телефонные консультации в критических ситуациях с точки зрения душевного или социального положения. Такие организации или их сотрудники подчиняются другим требованиям конфиденциальности.

Требования к прозрачности передачи данных:

Законодатель должен посредством эффективных и прозрачных правил противодействовать размытому ощущению угрозы, которое может возникать у граждан в связи с незаметным для них хранением и использованием их данных. Сюда относится принцип открытости сбора и использования персональных данных. Использование данных без ведома затронутого лица с точки зрения конституционного права допустимо только в том случае, если иначе не может быть достигнута цель расследования, ради которой данные запрашиваются. В отношении защиты от опасностей и осуществления задач секретных служб законодатель может такое использование разрешить. В отличие от этого, в рамках уголовного расследования может рассматриваться вопрос и об открытом сборе и использовании данных. Тайное использование данных здесь может быть предусмотрено только тогда, когда оно необходимо в конкретном случае, на основании решения суда. В той мере, в которой использование данных осуществляется тайно, законодатель должен предусмотреть обязанность уведомления хотя бы в последующем. Данное правило должно гарантировать лицам, в отношении которых непосредственно происходил

запрос данных, возможность их уведомления о таком сборе, хотя бы уже по его факту. Исключения из этого правила требуют судебного контроля.

Требования к правовой защите и санкциям:

Передача и использование хранящихся данных должно по общему правилу находиться в компетенции судьи. Если у лица, в отношении которого проводился сбор данных, не было возможности использовать средства обжалования решения о сборе телекоммуникационных данных в его отношении, ему должна быть предоставлена возможность последующего судебного контроля.

Соразмерное правовое регулирование предполагает также эффективные санкции на случай нарушения права. Если и существенные нарушения тайны телекоммуникации в результате останутся без наказания, то в результате этого, ввиду нематериальной природы данного права, защита права личности будет ущемлена, что будет противоречить обязанности государства по гарантированию каждому возможности развития личности и защиты от нарушений права личности со стороны третьих лиц. Однако у законодателя в этом отношении имеются широкие возможности для действия. В этом смысле он может также учитывать, что при тяжких нарушениях прав личности уже в рамках действующего законодательства применяются запреты использования, устанавливаемые на основании оценки, а также ответственность за нематериальный ущерб. В связи с этим законодатель должен сначала проверить, не учитывается ли в достаточной мере уже действующим законодательством особая тяжесть нарушения права личности, которое заключается в неправомочном получении или использовании данных, о которых здесь идет речь.

Требования к опосредованному использованию данных для идентификации IP- адресов:

Менее строгие конституционно-правовые требования действуют лишь относительно опосредованного использования заранее сохраненных данных в рамках запросов государственными ведомствами у поставщиков услуг данных о владельцах конкретных, заранее известных IP-адресов. При этом важным является тот факт, что сами ведомства фактически не получают доступ к предварительно сохраненным данным. В рамках подобных запросов о предоставлении сведений ведомства запрашиваются не сами предварительно и без соответствующего

основания сохраненные данные, а лишь сведения о владельце определенного адреса, который был установлен поставщиками услуг на основании предоставленных данных. Систематический сбор сведений на протяжении длительного срока или составление профилей о пользователе или о маршрутах его передвижения нельзя осуществить только на основе подобных сведений. Определяющим является, с другой стороны, что для предоставления подобных сведений используется лишь небольшая выборка данных, хранение которых само по себе лишь в небольшой степени затрагивает права пользователя. Такие данные могут быть предоставлены с соблюдением значительно меньшего количества условий.

Однако и обоснование запросов ведомств на получение сведений для идентификации IP-адресов имеет существенное значение. При помощи такого обоснования законодатель воздействует на условия коммуникации в Интернете и ограничивает объем ее анонимности. На их основании благодаря систематическому хранению данных доступа в Интернет можно при помощи установленных заранее IP-адресов весьма точно установить конкретного пользователя сети Интернет.

В рамках установленной законотворческой компетенции законодатель может допустить получение подобных сведений, и независимо от ограниченного перечня уголовных правонарушений или перечней правовых ценностей подлежащих уголовной защите, для целей защиты от опасностей и осуществления задач секретных служб на основе норм специального законодательства. Относительно порога вторжения следует, однако, обеспечить, чтобы сведения запрашивались лишь на основании фактов, свидетельствующих о достаточных подозрениях или наличии конкретной угрозы, относящихся к конкретному случаю. Не требуется устанавливать обязанность обращения за санкцией судьи в таких случаях; однако затронутые лица должны быть уведомлены о запросе подобных сведений. Кроме того, нельзя допустить получение подобных сведений в целом и неограниченно для преследования или предупреждения любого мелкого правонарушения. Снятие анонимности в Интернете требует в качестве основания нарушение правовой ценности, которой правопорядок придает большое значение. Это не исключает полностью получение соответствующих сведений для преследования или предупреждения правонарушений. Но в этом смысле в каждом конкретном случае речь должна идти об особо значимых правонарушениях, которые законодатель должен обозначить конкретно.

Ответственность за оформление правового регулирования:

Гарантия безопасности данных, которая закреплена конституционно, а также конституционное требование ясного нормативного ограничения использования данных в соответствии с требованиями соразмерности является неотъемлемой составной частью распоряжения об обязательном хранении данных и является поэтому согласно № 7 абз. 1 ст. 73 Основного закона задачей федерального законодателя. Сюда относится нормативно-правовое регулирование вопроса безопасности хранения данных и передачи данных, а также обеспечение защиты доверительных отношений. Кроме того, федеральному законодателю подлежит обеспечение достаточно четкого ограничения целей использования данных, преследуемых посредством хранения данных, соответствующих конституционно-правовым требованиям. В отличие от этого ответственность за нормативно-правовое регулирование требований к составлению запроса о предоставлении сведений, а также соблюдение требований прозрачности и правовой защиты при таком регулировании зависит от соответствующей предметной компетенции. В области защиты от опасностей и выполнения задач секретных служб нормотворческая компетенция в большей мере находится у федеральных земель.

5. О положениях в отдельности (применение масштаба):

Оспариваемые нормы не соответствуют данным требованиям. § 113 «а» ЗТК является неконституционным не потому, что область действия обязанности хранения данных изначально несоизмерима. Тем не менее нормы о безопасности данных, о целях и прозрачности использования данных, а также о правовой защите не соответствуют конституционно-правовым требованиям. Тем самым в целом отсутствует правовое оформление, отвечающее принципу соразмерности. § 113 «а», 113 «b» ЗТК и § 100 Уголовно-процессуального кодекса в той мере, в которой они разрешают запрос сохраненных согласно § 113 «а» ЗТК данных, не соответствуют, поэтому, абз. 1 ст. 10 Основного закона.

Безопасность данных:

Отсутствует необходимая гарантия особенно высокого стандарта безопасности данных. Закон указывает в основном только на требуемую в целом в области телекоммуникации осмотрительность (абз. 10 § 113 «а» ЗТК), превращая при этом требования безопасности в относительные, неопределенным образом сводя их к общим соображениям экономичности

в каждом конкретном случае (предл. 4 абз. 2 § 109 ЗТК). При этом более подробная конкретизация мер предоставляется отдельным поставщикам телекоммуникационных услуг, которые, в свою очередь, вынуждены оказывать свои услуги в условиях конкуренции и под давлением расходов. Лицам, обязанным хранить данные, не предложены изложенные экспертами при рассмотрении данного дела инструменты для обеспечения безопасности данных (раздельное хранение, асимметричное кодирование, принцип «четырёх глаз» в связи с прогрессивными способами аутентификации для доступа к ключам, защищенное от внесения изменений ведение протокола доступа и уничтожения данных), и не гарантирован сопоставимый уровень безопасности другими средствами. Кроме того, отсутствует сбалансированная система наказаний, которая придавала бы нарушениям безопасности данных не меньшее значение, чем самой обязанности хранения.

Непосредственное использование данных для уголовного преследования:

С масштабами, определенными на основании принципа соразмерности, несовместимы и нормы об использовании данных для уголовного преследования. № 1 предл. 1 абз. 1 § 100 «g» Уголовно-процессуального кодекса не обеспечивает того, чтобы как в целом, так и в каждом конкретном случае только тяжкие преступления могли бы служить основанием для запроса соответствующих данных. В отличие от этого норма указывает на достаточность уже преступлений средней тяжести, вне зависимости от закрытого перечня таких преступлений. Предл. 2 и № 2 предл. 1 абз. 1 § 100 «g» Уголовно-процессуального кодекса еще дальше отстают от конституционно-правовых предписаний, считая, независимо от тяжести, каждое совершенное посредством телекоммуникации преступление, на основании общей оценки в рамках проверки соразмерности, возможным основанием запроса данных. При помощи данного регулирования хранящиеся согласно § 113 «a» ЗТК данные становятся доступными для использования фактически на основании всех составов преступлений. Их использование утрачивает таким образом ввиду растущего значения телекоммуникации в обыденной жизни свой исключительный характер. Законодатель здесь не ограничивается больше использованием данных для преследования тяжких преступлений, а выходит далеко за эти пределы и, тем самым, за заданные европейским правом цели хранения данных.

§ 100 «g» Уголовно-процессуального кодекса и в той мере не соответствует конституционно-правовым требованиям, в которой он допускает запрос данных не только для отдельных случаев с санкции судьи, но и принципиально без ведома человека, в отношении которого запрашиваются сведения (предл. 1 абз. 1 § 100 «g» Уголовно-процессуального кодекса).

В отличие от этого судебный контроль запроса и использования данных, а также регулирование обязанности уведомления в основном гарантированы соответствующим конституционно-правовым требованиям образом. Запрос данных, хранящихся согласно § 113 «a» ЗТК, предполагает получение разрешения судьи согласно предл. 1 абз. 2 § 100 «g», предл. 1 абз. 1 § 100 «b» Уголовно-процессуального кодекса. Помимо этого, согласно § 101 Уголовно-процессуального кодекса существуют дифференцированные обязанности уведомления, а также возможность последующего проведения судебного контроля правомочности меры. В целом не является очевидным, чтобы данные нормы не гарантировали бы обеспечения эффективной правовой защиты. Нарекания с точки зрения конституционного права вызывает, однако, отсутствие судебного контроля по вопросу отказа от уведомления согласно абз. 4 § 101 Уголовно-процессуального кодекса.

Непосредственное использование данных для защиты от опасностей и для выполнения задач секретных служб:

№ 2 и 3 предл. 1 § 113 «b» ЗТК уже по своему строению не соответствуют требованию по достаточному ограничению целей использования. Федеральный законодатель ограничивается здесь только обобщающим описанием задач, для решения которых возможность направления запроса данных должна быть реализована посредством последующего законодательства, в частности законодательской деятельности федеральных земель. Тем самым он не исполняет своей обязанности действовать в рамках установленных конституционным правом ограниченных целей использования. Наоборот, федеральный законодатель посредством установления в отношении поставщиков услуг обязанности по резервному хранению всех данных телекоммуникационного трафика, предоставляя одновременно разрешение использования этих данных полицией и секретными службами в рамках всех поставленных перед ними задач, создает базу данных, открытую для многообразного и неограниченного использования, базу данных, к которой можно обращаться, ограничиваясь лишь определением примерной цели использования на основании

собственных решений федеральных и земельных законодателей. Предоставление такой открытой с точки зрения целей использования базы данных убирает необходимую взаимосвязь между хранением и целью хранения и не соответствует Конституции.

Юридическое оформление использования находящихся на хранении данных согласно § 113 «а» ЗТК и по тому основанию не соответствует Конституции, что при передаче данных не предусматривается защита доверительных отношений. Хотя бы для узкого круга телекоммуникационных связей, которые характеризуются особой конфиденциальностью, такая защита принципиально необходима.

Косвенное использование данных поставщиков услуг:

Вторая половина предл. 1 § 113 «b» ЗТК также не во всех отношениях соответствует конституционно-правовым требованиям. Не вызывает сомнений, что согласно данной норме допустима передача сведений независимо от перечня преступлений или правовых ценностей. В отличие от этого не соответствует Конституции то обстоятельство, что получение таких сведений без дальнейшего ограничения возможно и в рамках преследования нарушений общественного порядка. Кроме того, отсутствуют обязанности уведомления граждан после предоставления подобных сведений.

6. Соответствие ст. 12 Основного закона

В отличие от этого оспариваемые нормы не противоречат абз. 1 ст. 12 Основного закона в той мере, в которой они подлежат рассмотрению в рамках настоящего дела. Установление обязанности хранения данных, как правило, не является чрезмерно обременительным для поставщиков услуг. В частности, обязанность хранения данных не является несоразмерной относительно финансовой нагрузки, вытекающей для предприятий из обязанности хранения данных согласно § 113 «а» ЗТК и связанных с ней иных обязанностей, таких как обеспечение безопасности данных. В этом смысле законодатель в рамках своих широких полномочий для принятия решений не ограничен тем, чтобы использовать данные частных лиц только в том случае, когда их профессиональная деятельность может непосредственно привести к угрозам, или они непосредственно являются причиной этой угрозы. Более того, достаточно соответствующей близости компетентности и ответственности профессиональной деятельности к наложенной обязанности. Поэтому нет принципиальных

сомнений относительно обременения расходами лиц, обязанных осуществить хранение данных. Законодатель, таким образом, перекладывает издержки, связанные с хранением, в связи с приватизацией телекоммуникационного сектора в целом на рынок. Точно так же, как телекоммуникационные предприятия могут использовать новые возможности телекоммуникационной техники для получения прибыли, они должны и брать на себя издержки для ограничения новых рисков в области безопасности, связанных с телекоммуникацией, и учитывать их в своих ценах.

7. Ничтожность оспариваемых норм

Нарушение основного права охраны тайны телекоммуникации согласно абз. 1 ст. 10 Основного закона приводит к ничтожности § 113 «а» и 113 «б» ЗТК, а также предл. 1 абз. 1 § 100 «g» Уголовно-процессуального кодекса в той мере, в которой согласно им можно собирать телекоммуникационные данные на основании § 113 «а» ЗТК. Оспариваемые нормы следует поэтому, констатируя нарушение основного права, объявить ничтожными (ср. предл. 1 абз. 1 § 95 и предл. 1 абз. 3 § 95 Федерального закона о Федеральном Конституционном Суде).

Решение по вопросу европейского права, формальной конституционности и принципиального соответствия резервного хранения телекоммуникационных данных Конституции было принято в итоге единогласно. Решение по оценке § 113 «а» и 113 «б» ЗТК как неконституционных было принято с результатом 7 : 1 голосов, и относительно дальнейших вопросов материального права с результатом 6 : 2 голосов.

Сенат решил с 4 : 4 голосами, что нормы предл. 1 абз. 3 § 95 ФЗКС являются ничтожными и не соответствуют Основному закону. Следовательно, нормы не могут применяться даже в ограниченном объеме в переходный период. Применяются обычные правовые последствия объявления норм ничтожными.

Особое мнение судьи Шлукебира

1. Хранение телекоммуникационных данных в течение шести месяцев поставщиками услуг не нарушает основное право, закрепленное в абз. 1 ст. 10 Основного закона в той степени, чтобы его можно было бы назвать «особо серьезным» и, тем самым, квалифицировать его как непосредственный доступ государственной власти к содержанию коммуникации. Коммуникационные данные остаются под контролем частных поставщиков

услуг, у которых они появляются в результате эксплуатационно-технических оснований и от которых конкретный участник телекоммуникации может ожидать на основе договорных отношений, что с такими данными поставщики будут обращаться строго конфиденциально и будут охранять их. При обеспечении возможной в соответствии с уровнем технического развития безопасности данных отсутствует объективная основа допущения эффекта запугивания граждан, связанного с хранением данных. Хранение не распространяется на содержание телекоммуникации. При оценке значимости вторжения поэтому должна сохраняться некоторая дистанция от особо тяжких вторжений, как, например, прослушивания жилого помещения или так называемый удаленный обыск информационно-технических систем посредством непосредственного доступа государственных органов, и относительно которых имеется высокий риск того, что будет нарушена абсолютно защищенная центральная сфера личной жизни. Особо интенсивным нарушением поэтому является не само хранение телекоммуникационных данных у поставщика услуг, а только запрос и использование телекоммуникационных данных государственными органами в конкретном случае согласно существующим для этого правовым основаниям. На данные основания, как и на судебные постановления о передаче телекоммуникационных данных, распространяются строгие требования соразмерности.

2. Оспариваемые нормы в принципе не являются несоразмерными, они носят разумный характер с точки зрения затронутых лиц и, таким образом, соразмерны в более узком смысле. Законодатель, приняв решение об обязанности хранения телекоммуникационных данных в течение шести месяцев, установил регулирование целей использования данных и нормы, касающиеся направления запроса телекоммуникационных сведений в рамках уголовного процесса в пределах, предоставленных ему Конституцией. Обязанность государства по охране своих граждан включает в себя вопросы принятия надлежащих мер для предотвращения или расследования нарушений права и возложения ответственности за такие нарушения. В этом смысле гарантия защиты граждан и их основных прав, а также основ общественного строя и предотвращение и расследование тяжких преступлений относятся к условиям мирного сосуществования и свободного использования основных прав гражданами. Эффективное расследование преступлений и действенная защита от угроз не являются сами по себе угрозой нарушения свободы граждан.

В отношении между обязанностью государства по защите правовых ценностей и интересом отдельного человека в соблюдении гарантированных ему Конституцией прав задача законодателя прежде всего заключается в том, чтобы в целом добиться уравнивания противоборствующих интересов. При этом он обладает простором для оценки и действия. Задача законодателя в настоящем случае заключалась в том, чтобы учесть неотложные потребности действенного уголовного правосудия на основании принципов правого государства, учитывая основополагающие изменения возможностей коммуникации и коммуникационного поведения людей в последние годы. Данная задача предполагает возможность установления фактов, необходимых для расследования. При этом законодатель исходил из того, что именно данные телекоммуникационного трафика из-за технического развития вплоть до безлимитных тарифных планов часто либо вообще не сохраняются, либо удаляются до того момента, когда может быть получено постановление судьи о предоставлении данных или даже установлены необходимые для подобного заявления сведения. Тот факт, что электронные или цифровые средства коммуникации проникли фактически во все области жизни и потому в определенных областях усложняют расследование преступлений или защиту от опасностей, большинство членов Сената хотя и учитывает при проверке возможности и необходимости хранения телекоммуникационных данных, но не придает им в необходимой мере должное значение при проверке соразмерности в узком смысле с точки зрения уместности и приемлемости.

Тем самым большинство Сената практически полностью ограничивает возможности законодателя в принятии уместного и приемлемого правового регулирования в области расследования преступлений и защиты от опасностей. Таким образом, оно и не в должной мере учитывает требование самоограничения судебной власти делами, отнесенными к ее юрисдикции («judicial self-restraint») в отношении концептуальных решений демократически легитимированного законодателя. В решении указывается срок хранения данных в течение шести месяцев, то есть минимальный срок, требуемый Директивой ЕС, в качестве предельной границы, которую можно в крайнем случае обосновать с точки зрения конституционного права, и предписывает законодателю с точки зрения техники регулирования, что регулирование целей использования

одновременно должно содержать условия доступа, ограничивает его необходимостью введения списка преступлений, в отношении которых возможно истребование телекоммуникационных данных, исключает возможность использования телекоммуникационных данных для расследования трудно поддающихся расследованию преступлений, совершенных при помощи телекоммуникационных средств, и расширяет определенным образом обязанности по уведомлению. После этого у законодателя уже не остается сколько-нибудь значимого простора для действия в пределах собственной политической ответственности.

Сенат отказывает законодателю, в частности, в праве запроса телекоммуникационных данных, хранящихся согласно § 113 «а» ЗТК, для расследования преступлений, не обозначенных в перечне абз. 2 § 100 «а» Уголовно-процессуального кодекса, но в конкретном случае обладающих существенным значением, и таких преступлений, которые были совершены при помощи телекоммуникации (№ 1 и 2 предл. 1 абз. 1 § 100 «g» Уголовно-процессуального кодекса). Относительно последних категорий преступлений не учитывается в должной мере, что законодатель в данном случае исходит из существенных сложностей при расследовании. Так как обеспечение эффективного уголовного преследования является делом законодателя, и он также не должен допускать возникновения значительных пробелов в правовой защите, то ему нельзя отказать в том, чтобы при преступлениях, которые не являются особо тяжкими, но нарушают значимые правовые ценности, имелась возможность доступа к телекоммуникационным данным, потому что по его оценке только так можно исключить возникновение ситуаций, фактически в большой степени не защищенных правом, и избежать проведения расследования без достижения должных результатов. Кроме того, законодатель при оформлении полномочий на доступ к телекоммуникационным данным в рамках уголовного процесса ориентировался на критерии, которые Сенат одобрил в своем решении от 12 марта 2003 г. (BVerfGE 107, 299 <322>) в отношении предоставления данных телекоммуникационных соединений.

3. В решении относительно правовых последствий следовало бы на основе конституционно-правовой оценки большинства Сената, с обращением к постоянной судебной практике Федерального Конституционного Суда, предоставить законодателю определенный срок для принятия нового правового регулирования, а существующие нормы, ориентируясь

на временные постановления Сената, объявить подлежащими временному применению, чтобы избежать дефицита правового регулирования, в частности, при расследовании уголовных преступлений и при защите от опасностей.

Особое мнение судьи Айхбергера

В своем особом мнении судья в целом присоединяется к критике судьи Шлукебира относительно оценки степени нарушения фактом хранения телекоммуникационных данных абз. 1 ст. 10 Основного закона. Лежащая в основе § 113 «а», 113 «б» ЗТК концепция законодателя об уровне законодательной ответственности за установление требования о хранении данных, с одной стороны, и положений о запросе данных — с другой, в принципе соответствует Конституции. В особенности это касается закрепленного в § 100 «г» Уголовно-процессуального кодекса полномочия по использованию хранящихся согласно § 113 «а» ЗТК данных в целях уголовного преследования. У законодателя нет обязанности определять соразмерность норм, касающихся доступа к данным, исключительно исходя из объема наибольшего возможного вторжения в данные лица, нацеленного, в конечном счете, на информацию о передвижении гражданина или на данные о его связях в обществе, а вправе учитывать, что множество запросов о предоставлении информации обладают намного меньшей значимостью. Об их приемлемости в каждом конкретном случае решение должен принимать компетентный судья.

§ 22. Свобода передвижения (Ст. 11 Основного закона)

111) BVerfGE 2, 266

(Notaufnahme / Экстренный прием беженцев)

1. Свобода передвижения представляет собой право беспрепятственного выбора любого места жительства или места пребывания на территории Федеративной Республики, а также въезда для данных целей на территорию Федеративной Республики путем обращения в органы государственной власти Федеративной Республики.

2. Данным конституционным правом обладают также немцы, проживающие в советской зоне оккупации и советском секторе Берлина.

3. Законодатель имеет возможность по своему усмотрению регулировать процедуру ограничения свободы передвижения на основании абз. 2 ст. 11 Основного закона, а также приостановить реализацию свободы передвижения на основании императивных процессуальных норм до принятия окончательного решения по конкретному случаю.

4. Закон не считается не соответствующим Конституции, если допускается такое его толкование, которое соответствует Основному закону и при котором закон сохраняет целесообразность.

5. Абзац 2 § 1 Закона об экстренном приеме беженцев от 22 августа 1950 г. не содержит исчерпывающего правового регулирования признанных оснований для приема беженцев. В рамках процедуры экстренного приема, скорее в тех случаях, когда отсутствует какое-либо из оснований для приема беженцев, необходимо дополнительно проверить, является ли отказ в приеме беженцев оправданным в каждом конкретном случае в соответствии с абз. 2 ст. 11 Основного закона.

6. Нарушение абз. 3 ст. 3 Основного закона имеется лишь при наличии особого обращения по одному из указанных в нем оснований.

**Решение Первого Сената от 7 мая 1953 г.
– 1 BvL 104/52 –**

[...]

112) BVerfGE 110, 177

(Freizügigkeit für Spätaussiedler / Свобода передвижения для поздних переселенцев¹²)

**Федеральный Конституционный Суд
– Пресс-служба –**

Сообщение для печати № 32/2004 от 17 марта 2004 г.

¹² Лица немецкого происхождения, подпадающие под действие закона ФРГ «Об изгнанных и беженцах». Поздними переселенцами в ФРГ также называют лиц, переехавших в ФРГ после 1980 г.

**Решение от 17 марта 2004 г.
1 BvR 1266/00**

Конституционная жалоба на § 3 а Закона о предоставлении места жительства не подлежит удовлетворению

То, что поздние переселенцы, поселившиеся в отличном от предоставленного им месте постоянного проживания, по общему правилу не получают средства к существованию в соответствии с Федеральным законом о предоставлении социальной помощи, не противоречит конституционному праву на свободу передвижения. К такому выводу пришел Первый Сенат Федерального Конституционного Суда в опубликованном сегодня решении, отклонив конституционную жалобу двух поздних переселенцев (заявителей). Оспариваемые судебные решения имеют правовые основания, соответствующие Конституции, и являются обоснованными. Тем не менее Сенат считает, что существующее в настоящее время правовое положение, касающееся возможности изменения предоставленного места жительства, не противоречит Конституции.

Обстоятельства дела приведены в сообщении для печати № 85/2003 от 16 октября 2003 г.

Решение основано на следующем:

Конституционная жалоба является недопустимой не по причине нарушения принципа субсидиарности. Заявители жалобы не обращались в суд ни для оспаривания предоставления места жительства, предшествующего отказу в социальной помощи, ни для оспаривания решения об отказе в удовлетворении их заявления на изменение предоставленного места жительства. Однако в их конкретной жизненной ситуации у них отсутствовало такое право требования. В момент предоставления места жительства заявители жалобы, практически не владеющие немецким языком, находились в незнакомой для них стране и не имели возможности получить юридическую консультацию. Они не были проинформированы о правовом значении предоставления места жительства и о последствиях выбора другого места жительства. В тот момент они еще не имели причин для переезда. При таких обстоятельствах в данном случае заявителям жалобы нельзя было возразить, сославшись на то, что они не обратились

в суд для оспаривания отказа в удовлетворении их заявления на изменение предоставленного места жительства. В этой связи решение принято с результатом 7:1 голосов в пользу принятия такого решения.

Однако конституционная жалоба по делу не была удовлетворена. Оспариваемая норма не нарушает конституционное право заявителей жалобы на свободу перемещения. Хотя отмена социальной помощи на основании § 3 а Закона о предоставлении места жительства от 1996 г. затрагивает конституционное право заявителей жалобы на свободу передвижения, согласно оспариваемой норме условием для реализации конституционного права на свободу передвижения является существенный экономический ущерб, который, таким образом, привязывает обладателя конституционного права к предоставленному месту жительства. Это косвенно и целенаправленно нарушает конституционное право на свободу передвижения. Тем не менее нарушение конституционного права на свободу передвижения в соответствии с абз. 1 ст. 11 Основного закона соответствует Конституции. Абзац 2 ст. 11 Основного закона предоставляет законодателю возможность ограничивать право на свободу передвижения, если лица, нуждающиеся в помощи, въезжают в Федеративную Республику Германия в постоянно большом количестве, и вследствие этого для Федерации, земель и муниципальных образований возникает значительная нагрузка в связи с их размещением, поддержкой и интеграцией. Такая особая нагрузка возникла в обществе в связи с приездом поздних переселенцев в Федеративную Республику Германия. В период с 1987 г. в общей сложности три миллиона переселенцев и поздних переселенцев переселились в Федеративную Республику.

Оспариваемая норма также является соразмерной.

Она выступает средством соразмерного распределения нагрузки, что является целью закона. Согласно сведениям Федерального правительства, земель и Ассоциации немецких городов принцип предоставления места жительства соблюдается с момента вступления нормы в силу в 1996 г. Для поздних переселенцев не появились новые центры заселения. Социальная нагрузка распределялась равномерно. Муниципальные образования получили возможность предварительно планировать свои инфраструктурные и интеграционные мероприятия. Законодатель считает уместным требовать соблюдения принципа предоставления места жительства и его реализации с целью содействия интеграции поздних переселенцев. Такой оценке законодателя сложно возразить, учитывая

предоставленную законодателю широкую свободу оценки. Однако ему необходимо следить за дальнейшим развитием и, в частности, за последствиями данной нормы и при необходимости в будущем внести в него исправления. Оспариваемая норма также является необходимой. Отсутствует способ, позволяющий снизить нагрузку на поздних переселенцев, но при этом обеспечить достижение указанных целей в той же степени. При определении продолжительности периода проживания в предоставленном месте жительства законодатель в случае с заявителями жалобы еще не вышел за пределы предоставленной ему свободы оценки. Межмуниципальная финансовая система возмещения в соответствии с принципом распределения нагрузки, который лежит в основе Закона о предоставлении места жительства, учитывает только расходы на социальную помощь, но не последующие расходы, возникающие в связи с нагрузкой на инфраструктуру из-за размещения, поддержки и интеграции, что требует очень больших затрат.

Временное предоставление определенного места жительства для поздних переселенцев также является обоснованным. Связанное с этим нарушение конституционного права при общей оценке является соразмерным создаваемой в связи с применением данной нормы пользе для общества. Однако свобода передвижения затрагиваемых оспариваемой нормой поздних переселенцев значительно нарушается. Оспариваемая норма практически исключает переезды поздних переселенцев, которые обычно получают государственную помощь. Запрет длится несколько лет. Определенные для муниципальных образований квоты для приема имеют значительное преимущество перед индивидуальным пожеланием относительно предоставляемого места жительства. Это часто затрагивает имеющиеся связи внутри больших семей, связи между определенными конфессиональными группами или жителями одного муниципального образования. Этому противопоставлены интересы общественного благополучия, соблюдение которых обеспечивается путем распределения нагрузки. Цель интеграции, достигаемая за счет назначения места жительства, также действует в интересах лиц, чьи права нарушены оспариваемой нормой. Назначение места жительства ограничено по времени. Если поздний переселенец найдет работу на полный рабочий день и жилье в другом месте, а не в предоставленном, то его привязка к предоставленному месту прекращается. Кроме того, после внесения изменений в Закон о предоставлении места

жительства в 2000 г. поиск работы за пределами муниципального образования, в котором предоставлено место жительства, был упрощен.

Права на равенство заявителей жалобы не были нарушены оспариваемой нормой. Оспариваемая норма не нарушает права поздних переселенцев в зависимости от их места рождения или происхождения. Принцип предоставления места жительства и его реализация тесно связаны с необходимостью получения социальной помощи. Данный принцип не нарушает права на равенство. Общий принцип равенства также не нарушается. Неравное обращение по отношению к другим немцам, нуждающимся в социальной помощи, оправдано особой необходимостью распределения почти трех миллионов поздних переселенцев. Даже если иностранцы, нуждающиеся в социальной помощи, находятся в лучшей ситуации, чем поздние переселенцы, это в достаточной степени обоснованно. Поздние переселенцы, которые до настоящего времени являются единственной большой группой переселенцев с общими и совпадающими признаками, имеют право на въезд в Германию и право постоянного проживания. Это отличает их и их проблемы распределения от иностранцев без статуса граждан ЕС и лиц, имеющих право на получение убежища.

В дополнение Сенат указывает на то, что законодатель на основании абз. 1 ст. 11 Основного закона в соответствии с Конституцией обязан предоставить возможность изменения предоставленного места жительства по заявлению при условиях, которые он должен определить более детально. Такого регулирования для изменения предоставленного места жительства пока не существует. Согласно позиции Сената решение по такому заявлению должно приниматься в административном порядке, соответствующем требованиям правового государства.

§ 23. Свобода выбора профессии (Ст. 12 Основного закона)

113) BVerfGE 7, 377

(Apotheken-Urteil / Решение об аптеках)

1. В абз. 1 ст. 12 Основного закона выбор профессиональной деятельности не прокламируется в качестве объективного принципа общественного

и экономического порядка, но каждому человеку предоставляется право выбирать всякую легальную деятельность в качестве профессии, даже если такая профессия не соответствует специальности, зафиксированной традиционным образом или юридически.

2. По общему правилу, зафиксированное в абз. 1 ст. 12 Основного закона понятие «профессия» охватывает также те профессии, суть которых заключается в осуществлении деятельности, являющейся прерогативой государства, а также профессии, связанные с государством. Однако ст. 33 Основного закона обеспечивает возможность особого регулирования для профессий, которые являются «государственной службой».

3. Если деятельность может осуществляться как в самостоятельной, так и в несамостоятельной форме, и обе формы осуществления имеют собственное социальное значение, то выбор той или иной формы профессиональной деятельности и переход от одной формы к другой является выбором профессии по смыслу абз. 1 ст. 12 Основного закона.

4. Содержание и объем полномочий законодателя, вытекающих из предл. 2 абз. 1 ст. 12 Основного закона, определяются посредством толкования, учитывающего смысл основного права и его значение в социальной жизни; для этого не требуется обращения к границе сущностного содержания (абз. 2 ст. 19 Основного закона).

5. Полномочие на регулирование, вытекающее из абз. 1 ст. 12 Основного закона, распространяется на занятие профессиональной деятельностью и на выбор профессии, но не на то и другое с одинаковой интенсивностью. Оно дано ради занятия профессиональной деятельностью и может только под этим углом вторгаться в сферу действия свободы выбора профессии. Содержательно оно свободнее в том случае, когда оно по сути своей является лишь простым регулированием осуществления профессиональной деятельности. Оно более ограничено в том случае, если сильнее затрагивает свободу выбора профессии.

6. Основное право должно защищать свободу личности, а оговорка о регулировании — обеспечить достаточную защиту общественных интересов. Из существующей для законодателя необходимости учитывать оба требования вытекает требование дифференциации примерно по следующим принципам:

а) Свобода занятия профессией может быть ограничена в той мере, в которой это может быть целесообразно с позиций общего блага; защита

основного права ограничивается защитой от неконституционных, обременительных и неприемлемых ограничений.

б) Свобода выбора профессиональной деятельности может ограничиваться только в той мере, в которой это требуется защитой особенно важных правовых ценностей. Если подобное вторжение является неизбежным, законодатель должен выбирать ту форму вторжения, которая наименьшим образом ограничивает основное право.

в) Если вторжение в свободу выбора профессиональной деятельности происходит путем установления некоторых предпосылок для осуществления соответствующей профессиональной деятельности, то следует разграничивать субъективные и объективные предпосылки: относительно субъективных предпосылок (в особенности предварительное обучение и образование) действует принцип соразмерности в том смысле, что такие предпосылки должны отвечать цели надлежащего выполнения профессиональной деятельности. К обоснованию необходимости объективных предпосылок допуска следует выдвигать особо строгие требования; в целом, такая мера может быть оправдана лишь защитой доказуемых и высоко вероятных серьезных угроз чрезвычайно важному общественному благу.

г) Регулирование, указанное в предл. 2 абз. 1 ст. 12 Основного закона, должно осуществляться всегда на той «ступени», которая связана с наименьшим вторжением в свободу выбора профессиональной деятельности. Законодатель может перейти на следующую «ступень» лишь в том случае, если высока вероятность того, что для действенной борьбы с ожидаемыми угрозами конституционных средств предыдущей «ступени» будет недостаточно.

7. Федеральный Конституционный Суд должен проверить, учел ли законодатель вытекающие отсюда ограничения его полномочий на регулирование; если свободный выбор профессиональной деятельности ограничивается объективными предпосылками, то он также может проверить, необходимо ли такое вторжение для защиты чрезвычайно важного общественного интереса.

8. В области аптекарского права в настоящее время положениям Конституции соответствует лишь право свободного выбора места размещения, понимаемое как отсутствие объективных ограничений допуска.

**Решение Первого Сената от 11 июня 1958 г.
– 1 BvR596/56 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

[...]

2. [...]

Абзац 1 ст. 3 Закона об аптечном деле гласит:

«(1) Разрешение на осуществление деятельности для вновь создаваемой аптеки может быть выдано только в том случае, если:

а) создание аптеки для обеспечения снабжения населения лекарственными средствами находится в общественном интересе и

б) можно предположить, что создание такой аптеки экономически оправдано, и при этом не затрагивается экономическая рентабельность функционирования соседних аптек в том смысле, что они лишаются условий для надлежащего осуществления своей деятельности.

Сразрешением может быть связано предписание создать аптеку в интересах равномерного снабжения лекарствами в каком-то конкретном месте».

3. Решением от 29 ноября 1956 г. Правительство Верхней Баварии отклонило заявление заявителя на основании лит. а абз. 1 ст. 3 и лит. б абз. 1 ст. 3 Закона об аптечном деле: создание аптеки, на открытие которой было подано заявление, не отвечает общественному интересу. В Траунройте лекарственными средствами должны быть обеспечены порядка 6000 человек. Для этого вполне достаточно существующей аптеки. По соображениям заботы об общественном здоровье следует разрешать открытие новых аптек лишь в тех местах, где необходимо снабдить территорию с высокой плотностью населения. Аптеки, функционирование которых не обеспечено хорошей экономической базой, более склонны отпускать лекарства без рецепта врача и непозволительно часто выдавать опиаты.

Кроме того, экономическое обоснование для создания новой аптеки не обеспечивалось по той причине, что в среднем на одну аптеку приходится в примерно 7000–8000 жителей. Данное число является минимальной границей для функционирования аптеки. Заявителей в их собственном интересе следует оберегать от открытия нежизнеспособной аптеки.

Наконец, открытие новой аптеки затронуло бы экономическую рентабельность уже существующей аптеки в такой степени, что последняя не смогла бы нормально функционировать.

[...]

Б.

[...]

IV.

При изучении вопроса о совместимости абз. 1 ст. 3 Закона об аптечном деле с абз. 1 ст. 12 Основного закона в первую очередь следует упомянуть о значении данной конституционной нормы.

1. Абзац 1 ст. 12 защищает свободу гражданина в области, особенно важной для современного общества, которое основано на разделении труда: данное положение гарантирует каждому право заниматься любой деятельностью, для осуществления которой он считает себя пригодным, рассматривать такую деятельность в качестве «профессии», иными словами, сделать ее основой своей жизнедеятельности.

[...]

2. [...] понятие «профессия» следует трактовать широко. Оно охватывает не только те профессии, которые отражены в определенных, иногда даже не только традиционно, но и юридически зафиксированных характеристиках профессий, но и свободно выбранные отдельным человеком нетипичные (разрешенные) виды деятельности, из которых затем могут возникнуть новые зафиксированные профессии (ср. также Решение Федерального административного суда (BVerwGE) 2, 89 [92]; 4, 250 [254 и далее]).

[...]

3. [...]

б) Если оценивать возможности вторжения законодателя в охранительную область основных прав исходя из самой нормы Конституции, то формулировка абз. 1 ст. 12 могла бы указать на то, что якобы вторжения допустимы только в *осуществление* профессиональной деятельности, тогда как *выбор* профессии попросту был бы выведен из области законодательного регулирования. Однако смысл нормы не может заключаться в этом. Поскольку понятия «выбор профессиональной деятельности (профессии)» и «осуществление профессиональной деятельности (профессии)» нельзя разделить таким образом, чтобы каждое из них означало бы

лишь ограниченный временной отрезок профессиональной жизни, который не пересекается с другим; в частности, начало осуществления профессиональной деятельности является как началом *занятия* профессией, так и деятельностью по *выбору* профессии (при этом часто оно применяется только в таком контексте); таким же образом выражающаяся в текущей деятельности воля к сохранению профессии и, в конечном счете, добровольное прекращение осуществления профессиональной деятельности являются, по сути, одновременно актами выбора профессии. Оба понятия с разных аспектов охватывают единый комплекс «профессиональной деятельности» [...].

В то же время неверно и толкование, запрещающее законодателю *любое* вторжение в свободу выбора профессии; такое толкование не соответствовало бы реальной действительности и не привело бы к ясным с юридической точки зрения результатам. Законодательная норма, представляющая собой норму, регулирующую осуществление профессиональной деятельности, по общему правилу допустима и тогда, когда она косвенно воздействует на свободу выбора профессии. Это происходит прежде всего в тех случаях, когда устанавливаются определенные предпосылки для начала осуществления профессиональной деятельности, иными словами, когда начало занятия профессиональной деятельностью зависит от допуска. Тот факт, что Основной закон не хотел исключать регулирование допуска, доказывает положение № 19 ст. 74, обосновавшее законодательную компетенцию для «допуска» к определенным профессиям. История становления также свидетельствует о желании, с одной стороны, избежать полномочия на ограничение допуска, а с другой — не объявлять вообще недопустимыми многочисленные существующие ограничения допуска [...]. Однако законодатель, при написании Основного закона, не дошел до полного предметного и понятийного выяснения проблем; он, в конечном итоге, выбрал формулировку, примыкающую к принятому в промышленном праве разделению между «выбором» и «занятием» промыслом, а в остальном осознанно оставил регулирование этого вопроса специальным законам [...].

[...]

Таким образом, абз. 1 ст. 12 является универсальным основным правом («свободы профессии»), по крайней мере в том смысле, что содержащаяся в предл. 2 оговорка о регулировании, по сути, распространяется

как на осуществление профессиональной деятельности, так и на выбор профессии. Однако это не означает, что содержание полномочий законодателя относительно каждой из этих «фаз» профессиональной деятельности одинаково широко. Поскольку всегда следует учитывать волю Конституции, явно выраженную в абз. 1 ст. 12, о том, что выбор профессии должен быть «свободным», а осуществление профессиональной деятельности может регулироваться. Этому соответствует лишь то толкование, согласно которому регулятивное полномочие не охватывает в одинаковой степени обе «фазы» и законодатель, напротив, тем более ограничен, чем больше он вторгается в сферу действия свободы выбора профессии.

Данное толкование соответствует и основным положениям Конституции и лежащим в ее основе представлениям о человеке (BVerfGE 2, 1 [12]; 4, 7 [15 и далее]; 6, 32 [40]). Выбор профессии должен быть актом самоопределения, свободного решения воли отдельной личности; он по возможности должен оставаться нетронутым от вторжения со стороны государственной власти. Посредством осуществления профессиональной деятельности отдельная личность вступает в социальную жизнь, где в интересах других лиц и общественности в целом на нее и могут быть наложены определенные ограничения.

Обобщая вышесказанное, можно констатировать следующее: регулятивное полномочие относится как к осуществлению профессиональной деятельности, так и к выбору профессии. Однако оно было предоставлено ради осуществления профессиональной деятельности, и только под этим углом можно вторгаться в сферу действия свободы выбора профессии. Содержательно оно более свободно тогда, когда представляет собой инструмент регулирования осуществления профессиональной деятельности и тем более ограничено, когда затрагивает выбор профессии.

в) Что касается содержания регулятивного полномочия, сфера действия которого определена столь абстрактным образом, то для начала следует выяснить значение понятия «регулировать», в особенности с учетом свободы выбора профессии. Оно не может означать того, что у законодателя в целом есть более широкий простор для усмотрения, чем при прочей общей оговорке о законе, и того, что он может упорядочить всю область профессионального права и конститутивно определить содержание основного права [...]. При использовании подобного подхода основное право бы обесценивалось, поскольку его содержание зависело бы

от усмотрения законодателя, который, в свою очередь, связан основным правом (абз. 3 ст. 1 Основного закона). Такое положение дел не соответствовало бы значению данного основного права и также вряд ли соответствовало бы особому акцентированию в абз. 1 ст. 12 на «свободном» выборе профессии и, кроме того, вступило бы в противоречие с общей тенденцией раздела об основных правах, которому, как изложил Федеральный Конституционный Суд в своем решении от 16 января 1957 г. (BVerfGE 6, 32 [40 и далее]), уже не известны «номинальные» основные права. Более того, в данном случае действует разработанный в решении от 15 января 1958 г. (BVerfGE 7, 198 [208 и далее]) принцип, согласно которому, если законодатель вторгается в сферу действия основных прав, то в качестве исходной точки своего регулирования он должен выбрать значение основного права в социальном строе. Не он свободно определяет содержание основного права, а, наоборот, из основного права может вытекать содержательное ограничение его законодательного полномочия. В абз. 1 ст. 12 закреплено ясное материальное ценностное решение Основного закона для определенной важной сферы жизни; поэтому законодатель здесь не столь свободен, как, например, при применении общего принципа равенства, представляющего собой правовой принцип, действующий в зависимости от государственной власти, и конкретное содержание которого законодатель устанавливает для определенных жизненных условий с учетом соответствующих в данных обстоятельствах представлений о справедливости.

С другой стороны, «регулировать» не означает того, что законодатель никоим образом не может ограничить основное право. Любое регулирование визуализирует определенные границы. В данном случае понятие «регулировать», очевидно, было осознанно использовано составителями Основного закона вместо обычных «ограничить» или «разграничить», что указывает на то, что здесь, скорее, было задумано более точное определение границ изнутри, т. е. границ, заложенных в сущности самого основного права, но никак не ограничения, при помощи которых законодатель мог бы распоряжаться предметным содержанием основного права, тем самым сужая естественную область действия, вытекающую из рационального раскрытия смысла.

г) Основное право призвано защищать свободу индивида, а регулятивная оговорка — обеспечить достаточную защиту интересов общества.

Как уже было показано, притязание отдельного человека на свободу тем сильнее, чем сильнее ставится под вопрос его право на свободный выбор профессии; защита общества становится тем более насущной, чем больше ущерб и угрозы, которые могут возникнуть из полностью свободного осуществления профессиональной деятельности. Если как можно более действенным способом попытаться удовлетворить оба требования, которые в любом социальном правовом государстве легитимны в одинаковой степени, то решение можно будет найти только в результате тщательного взвешивания противостоящих друг другу и, возможно, даже противоборствующих интересов. Если считать, что по смыслу Основного закона свободная человеческая личность является наивысшей ценностью, в связи с чем ей также и при выборе профессии должна гарантироваться большая свобода, то из этого следует, что эту свободу можно ограничить лишь настолько, насколько это необходимо для общего блага.

Исходя из Конституции, в отношении вторжения законодателя в сферу действия основного права существует требование дифференциации, принципы которой, обобщая, можно описать примерно следующим образом:

Свобода осуществления профессиональной деятельности может быть ограничена путем «регулирования», если разумные соображения общего блага делают это целесообразным. В то же время свобода выбора профессии может быть ограничена только в той мере, в которой этого требует защита крайне важных общественных благ, то есть в той мере, в которой под вопрос ставится защита ценностей, которые по результатам тщательного взвешивания имеют преимущество перед притязаниями отдельной личности на свободу, и когда эта защита не может быть обеспечена иным образом, а именно средствами, не ограничивающими или в меньшей степени ограничивающими свободу выбора профессии. Если вторжение в сферу действия свободы выбора профессии неизбежно, то законодатель всегда должен выбирать такую форму вторжения, которая в наименьшей степени ограничивает основное право.

Для объема регулятивного полномочия вытекает несколько «ступеней»:

Законодатель наиболее свободен в тех случаях, когда он осуществляет чистое регулирование осуществления профессиональной деятельности, не воздействующее на свободу выбора профессии, а только определяет,

каким образом представители той или иной профессии должны осуществлять свою профессиональную деятельность. В данном случае в большей мере могут проявляться соображения целесообразности; согласно им нужно определить, какие ограничения следует наложить на занятых данной профессией, чтобы защищаться от ущерба и угроз для общественности. Идея содействия определенной профессии для достижения более высокого социального результата от деятельности ее представителей может оправдывать нормы, ограничивающие свободу осуществления профессиональной деятельности. В этом смысле защита основного права ограничивается от возложения неконституционных, к примеру, чрезмерно обременительных или неприемлемых, законодательных предписаний; если отойти от этих исключений, то следует отметить, что ущемление свободы профессии, о которой здесь идет речь, не так ощутимо касается носителя основного права, поскольку он уже является представителем данной профессии, и его права на осуществление профессиональной деятельности не затрагиваются.

Регулирование, ставящее возможность начать заниматься профессиональной деятельностью в зависимость от выполнения определенных предпосылок и, тем самым, затрагивающее свободу выбора профессии, оправдано лишь в тех случаях, когда необходимо защищать крайне важный общественный интерес, превосходящий свободу отдельной личности. При этом очевидно существует значительное различие — отмеченное также судебной практикой и литературой (ср. Шойнер (Scheuner). Указ. соч. С. 25 и приведенные им ссылки) — между «субъективными» предпосылками, касающимися предварительного образования и обучения, и объективными условиями допуска, не связанными с личной квалификацией претендента на профессию, на которые он не может воздействовать.

Регулирование субъективных предпосылок занятия профессией является частью правового устройства профиля профессии, оно дает доступ к профессии только для определенных — как правило, формально — квалифицированных претендентов. Подобное ограничение легитимируется из сути дела, оно основано на том, что многие профессии требуют наличия определенных технических знаний и навыков (в широком смысле), приобретаемых только теоретическим и практическим обучением, и что занятие этими профессиями без подобных знаний было бы либо невозможно, либо некомпетентно или же могло принести вред или даже угрозы для общества.

Законодатель только конкретизирует и «формализует» данное требование, вытекающее из конкретных жизненных обстоятельств; отдельная личность должна лишь пройти формальное обучение, чтобы надлежащим образом осуществлять свою профессиональную деятельность. Данное ограничение свободы оказывается, таким образом, адекватным средством предотвращения возможного ущерба и угроз; оно не является несправедливым и потому, что в одинаковой степени затрагивает всех претендентов на профессию, которые еще до выбора профессии могут оценить, смогут ли они выполнить требуемые предпосылки. Здесь действует принцип соразмерности в том смысле, что предписанные субъективные предпосылки должны касаться вопроса надлежащего выполнения профессиональной деятельности.

Иначе обстоит дело при установлении объективных условий допуска к профессии. Их выполнение попросту не во власти влияния отдельной личности. Они однозначно противоречат смыслу основного права, ибо даже тот, кто благодаря выполнению всех требуемых от него предпосылок уже реально осуществил выбор профессии или ему было позволено его совершить, тем не менее может быть не допущен к осуществлению профессиональной деятельности. Данное ограничение свободы тем более значимо и воспринимается тем более тяжело, чем дольше и специализированнее было предварительное образование и обучение, и, таким образом, чем более однозначно при выборе этого обучения была выбрана именно данная конкретная профессия.

Поскольку изначально непонятно, какой непосредственный ущерб может быть причинен осуществлением профессиональной деятельности профессионально и морально квалифицированным претендентом, то вряд ли можно доходчиво изложить действующую взаимосвязь между ограничением выбора профессии и намеченным успехом. Опасность проникновения чуждых делу мотивов поэтому особенно велика; в этом контексте прежде всего следует упомянуть мысль о том, что ограничение доступа к профессии должно служить защите от конкуренции уже занятых данной профессией — мотив, который, согласно общему мнению, никогда не мог бы оправдать вторжение в свободу выбора профессии. Посредством выбора столь грубого и радикального способа «блокирования» полностью подходящих по профессиональным и моральным (что презюмируется) качествам претендентов для допуска к профессии право отдельной личности на свободу может быть нарушено особенно

чувствительным образом, не говоря уже о возможном конфликте данного способа с принципом равенства. Отсюда следует сделать вывод о том, что для обоснования необходимости подобного ограничения свободы необходимо предъявлять особенно строгие требования; в целом подобное вмешательство в сферу действия свободы выбора профессии может быть оправдано лишь защитой от доказанных или существующих с высокой степенью вероятности угроз важному общественному благу; цели содействия прочим общественным интересам, заботы о социальном престиже некоторой профессии путем ограничения числа занятых в ней лиц для этого недостаточно, хотя в остальных случаях подобные цели и могут оправдывать принятие тех или иных законодательных мер.

Законодатель должен осуществлять регулирование согласно абз. 1 и 2 ст. 12 в разумной мере, то есть на той «ступени», которая влечет за собой наименьшее вторжение в сферу действия свободы выбора профессии, и может перейти на следующую «ступень» лишь тогда, когда с высокой долей вероятности можно показать, что с ожидаемыми угрозами нельзя действительно бороться при помощи (конституционных) средств предыдущей «ступени».

[..]

5. Ограничения регулятивного полномочия, вытекающие из основного права, являются материальными конституционными предписаниями, которые направлены, в первую очередь, в адрес самого законодателя. За их соблюдением, однако, должен следить Федеральный Конституционный Суд. Если же ограничение свободы выбора профессии ставится под вопрос на «последней ступени» (объективных предпосылок допуска), Федеральный Конституционный Суд для начала должен проверить, находится ли под угрозой важное общее благо и может ли законодательное регулирование вообще служить защите от данной угрозы. После этого он должен проверить, необходимо ли именно такое вторжение для защиты данного блага, иными словами, не смог ли законодатель защитить благо посредством регулирования на одной из предыдущих ступеней.

Против проверки в названном последнем направлении было возражено, будто бы такая проверка выходит за компетенцию суда: суд не в состоянии оценить, необходимы ли определенные законодательные меры, поскольку он не может знать, существуют ли другие, столь же действенные меры и способен ли законодатель такие меры реализовать; это можно предусмотреть лишь зная все жизненные обстоятельства, а также

политические возможности законодательства. Данная точка зрения, прежде всего по практическим соображениям устанавливающая узкие пределы полномочия проверки со стороны Федерального Конституционного Суда, порой подкрепляется тем, что суд, претендуя на столь широкое полномочие проверки, может вторгнуться в сферу законодателя и, тем самым, нарушить принцип разделения властей.

Федеральный Конституционный Суд не может согласиться с подобным взглядом.

Суду делегирована защита основных прав от законодателя. Если из толкования определенного основного права вытекают границы для воли законодателя, суд должен иметь возможность следить за соблюдением таких границ; он не может уклониться от выполнения данной задачи, если, по сути, не хочет в большом объеме обесценить основные права и лишить смысла компетенцию, возложенную на него Основным законом.

Часто выдвигаемое в этой связи требование, согласно которому законодатель должен иметь свободный выбор между несколькими, равно пригодными средствами, не касается обсуждаемой здесь проблемы. Оно подразумевает нормальный случай основного права, который не содержит ступенчатые охранительные области (как, например, в BVerfGE 2, 266). Здесь законодатель действительно свободен при выборе между несколькими равно пригодными мерами — внутри определенных границ — поскольку все они касаются одного и того же основного права в своем единстве, не являющемся ступенчатым содержанием.

Если же речь идет об основном праве, которое содержит области большей или меньшей защиты свободы, то Федеральный Конституционный Суд должен иметь возможность проверять наличие предпосылок регулирования на той ступени, на которой основное право наиболее защищено, иными словами, надо иметь возможность проверить, не существовало ли достаточно законодательных мер на более низких ступенях, и действительно ли такое вторжение было необходимо. Если же предоставить законодателю свободный выбор и между «равно пригодными» средствами, находящимися на разных ступенях, то практически это может привести к тому, что вторжения, наиболее сильно ограничивающие основное право, из-за своей пробивной силы, наиболее пригодной для достижения намеченной цели, выбирались бы чаще всего, и затем с ними приходилось бы мириться без проверки. Все это не гарантировало бы

эффективную защиту сферы свободы, которую абзац 1 ст. 12 Основного закона хочет защищать наиболее устойчиво.

[...]

V.

[...]

Бесспорно, что здоровье населения является важным общественным благом, защита которого может оправдать ограничения свободы отдельной личности; бесспорным является также то, что отлаженное упорядоченное снабжение лекарствами необходимо для защиты здоровья населения.

[...]

VI.

Вышеизложенное свидетельствует о том, что высказанные законодателем опасения относительно свободы размещения аптек не были представлены такими вероятными, что на них — при сохранении действующего законодательства в области аптек и лекарств — можно было бы основывать наиболее сильное ограничение свободного выбора профессии, а именно отделение полностью квалифицированных претендентов от самостоятельного осуществления занятия профессией аптекаря.

[...]

VII.

[...]

Как было изложено ранее, статья 3 абз. 1 Закона об аптечном деле неконституционна. Поэтому основанные на данной норме решения Правительства Верхней Баварии нарушают основное право заявителя, вытекающее из абз. 1 ст. 12 Основного закона, и должны быть отменены. Одновременно в решении следует заявить о ничтожности абз. 1 ст. 3 Закона об аптечном деле — включая и находящееся в неразрывной связи с предл. 1 предл. 2 (абз. 2 и 3 § 95 ФЗКС).

114) BVerfGE 11, 30

(Kassenarzt-Urteil / Решение о врачах страховой кассы)

Действующее в отношении врачей страховых касс право, согласно которому практики врачей страховых касс открываются на основе определенных пропорций, в соответствии с которыми назначается только один претендент, ограничивает осуществление профессиональной

деятельности в качестве врача для недопущенных врачей в такой степени, что регулирование близко к ограничению выбора профессии. Согласно установленным для этого стандартам (BVerfGE 7, 377 [407]) данное регулирование несовместимо с абз. 1 ст. 12 Основного закона.

Решение Первого Сената от 23 марта 1960 г.

– 1 BvR 216/51 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

IV.

[...]

3. [...] Если осуществление деятельности в качестве врача страховой кассы является лишь особой формой занятия свободно практикующего врача, то допуск к практике в качестве врача страховой кассы не является допуском к особой профессии «врач страховой кассы», и речь может идти лишь о регулировании профессиональной сферы единой профессии «свободно практикующий врач». Его следует понимать как «регулирование занятия профессией» по смыслу абз. 1 ст. 12 Основного закона и решения от 11 июня 1958 г. (BVerfGE 7, 377).

При конституционно-правовой проверке данной нормы следует, однако, иметь в виду, что в рамках подобного регулирования занятий существует широкая шкала возможностей, дающих большую или меньшую свободу выбора действий для законодателя. В сфере регулирования осуществления профессиональной деятельности он более свободен, чем в сфере регулирования доступа к профессии. Однако принципиальное требование дифференциации (BVerfGE 7, 377/403 и далее) действует и в рамках регулирования осуществления профессиональной деятельности; законодатель тем свободнее в содержании регулирования, чем больше он затрагивает лишь осуществление профессиональной деятельности, и тем более скован в действиях, чем больше одновременно затрагивается и выбор профессии (BVerfGE, там же). Таким образом, здесь следует тщательно взвешивать степень ограничений, налагаемых на отдельную личность, и необходимость осуществления того или иного регулирования в целях защиты общества.

Чем сильнее сужается свобода осуществления профессиональной деятельности, тем выше должны быть требования, предъявляемые к определению неотложной важности общественных интересов, которыми оправдывается подобное регулирование.

[...]

4. Если [...] свободно практикующий врач не может успешно осуществлять профессиональную деятельность без допуска в качестве врача страховой кассы, то действие регулирования, ставящего допуск в зависимость от определенных пропорций, на которые врач не может повлиять, по своему действию близко к «объективной предпосылке допуска» в виде оговорки о потребности (Федеральный Конституционный Суд (BVerfGE) 7, 377 [40б и далее]). Поэтому подобное регулирование может быть оправдано, лишь когда этого требуют чрезвычайно важные интересы общества, которые нельзя защитить каким-либо иным способом. В результате при взвешивании все зависит от того, не является ли чрезмерным ограничение свободы профессии, поскольку оно не является необходимым для защиты от существенных угроз, которые можно предвидеть с определенной степенью достоверности (BVerfGE, там же).

а) Федеральное правительство и правительства земель настаивают на том, что свободный допуск к кассам для всех имеющих разрешение на частную практику врачей уменьшил бы средний доход уже допущенных врачей страховой кассы до такой степени, что у большинства из них не осталось бы средств к обеспечению существования. Последствием была бы острая конкурентная борьба врачей, снижение уровня профессиональной этики, рост случаев совмещения работы в разных местах, большая готовность выписывать лекарства и выдавать больничные листы. Экономическое бедственное положение врачей страховых касс оказало бы такое сильное политическое давление, что пришлось бы повысить оплату их труда и тем самым страховые взносы на случаи болезни. В конечном итоге свобода допуска к страховым кассам возложила на них такую дополнительную нагрузку, что их существование оказалось бы в опасности.

Федеральный Конституционный Суд не смог убедиться в наличии данных угроз в подобном масштабе.

[...]

б) [...] В результате можно констатировать следующее: действующее регулирование, основанное на взаимосвязи элементов пропорции, места

практики врача страховой кассы, тендера и допуска только одного врача на одно место практики врача страховой кассы, приводит к глубокому вторжению в сферу свободы осуществления профессиональной деятельности недопущенных врачей. Кроме того, не было изложено, почему такое регулирование оправдывается важным общественным интересом, который не может быть учтен иным образом. Поэтому данное регулирование несовместимо с абз. 1 ст. 12 Основного закона.

[...]

115) BVerfGE 13, 97

(Handwerksordnung / Положение о ремеслах)

1. Требование удостоверения квалификации для ремесел совместимо с Основным законом.

2. Субъективные предпосылки допуска могут быть оправданы лишь в целях защиты важных общественных благ. При этом могут защищаться не только общепризнанные общественные ценности, но и вытекающие из особых экономических, социальных и общественно-политических целей законодателя, как, например, сохранение уровня качества и результативность ремесел и обеспечение притока молодых специалистов для всего промыслового хозяйства.

3. Законодатель обладает полномочием на определение характеристик профессии и, тем самым, на сужение свободы выбора профессии в данной области. В то же время он может стандартизировать и учитывать тенденции специализации лишь в определенном объеме.

4. Идеи защиты абз. 1 ст. 12 Основного закона отвечает выдача разрешения в порядке исключения согласно абз. 2 § 7, § 8 Положения о ремеслах, если отсылка его для подтверждения квалификации на сдачу экзамена на звание ремесленного мастера было бы чрезмерным, неприемлемым обременением.

Решение Первого Сената от 17 июля 1961 г.

– 1 BvL 44/55 –

по делу о конституционно-правовой проверке § 1 и абз. 1 и 2 § 7

Положения о ремеслах от 17 сентября 1953 г. [...]

ОСНОВАНИЯ

А.

I.

Согласно § 1 Положения о ремеслах самостоятельное занятие ремеслом в качестве постоянной коммерческой деятельности разрешается только тем лицам, которые зарегистрированы в списке ремесленников (самостоятельным ремесленникам). Промыслы, которыми можно заниматься в виде ремесла, приведены в приложении А закона (абз. 2 § 1). В список ремесленников включаются те лица, которые сдали квалификационный экзамен по их ремеслу (абз. 1 § 7).

[...]

В.

§ 1 и § 7 Положения о ремеслах совместимы с Основным законом.

I.

Федеральный Конституционный Суд в решении об аптеках (BVerfGE 7, 377) изложил принципы, на которых он основывает толкование абз. 1 ст. 12 Основного закона. Согласно этим принципам основное право свободы профессии гарантирует отдельному человеку право выбрать в качестве профессии любую деятельность, для которой он считает себя пригодным; он вправе свободно выбирать деятельность, к которой считает себя «призванным», и иметь возможность делать ее основой своей жизнедеятельности. Данное основное право является, таким образом, выражением права на свободное развитие личности, гарантированного в абз. 1 ст. 2 Основного закона. Последнее также не должно противоречить интересам общества, которые могут противостоять его неограниченной реализации. Соответствующую возможность дает регулятивное полномочие, предоставленное законодателю в предл. 2 абз. 1 ст. 12 Основного закона. Решение об аптеках вывело его границы из смысла самого основного права. Разработанная в данном решении «ступенчатая теория» является результатом строгого применения принципа соразмерности при вторжениях в сферу свободы профессии, которые требуются для обеспечения общественного блага. Оно исходит из понимания (там же, С. 405) того, что, согласно порядку Основного закона, свободная человеческая личность является наивысшей правовой ценностью, и поэтому при выборе профессии у нее должна сохраниться как можно большая свобода. Свобода, таким образом, может быть ограничена лишь настолько, насколько это

необходимо для общего блага. Из принципиальной презумпции свободы вытекает разграничение между простым регулированием *осуществления профессиональной деятельности* и ограничениями *выбора* профессии, относительно последних, в свою очередь, между субъективными и объективными предпосылками допуска к профессии; кроме того, вытекает принцип, согласно которому вторжения оправданы лишь на той «ступени», которая подразумевает наименьшее ограничение свободы профессии отдельной личности.

Таким образом, для решения о допустимости конкретного законодательного ограничения свободы профессии в каждом случае требуется взвешивать противостоящие друг другу интересы отдельной личности и общества. При этом следует исходить из преимущества права на свободу; однако судья может отклонить соображения и оценки, на основе которых законодатель ограничил свободу, если они окажутся необоснованными с позиций Основного закона.

II.

Решение заняться на постоянной основе ремеслом из числа приведенных в приложении А к Положению о ремеслах является актом выбора профессии по смыслу абз. 1 ст. 12 Основного закона [...]

III.

Требование подтверждения квалификации является *субъективной* предпосылкой допуска: начало осуществления профессиональной деятельности в качестве самостоятельного ремесленника ставится в зависимость от наличия профессиональных навыков и умений, которыми человек может овладеть посредством прохождения определенного обучения (в качестве исключения и иным способом) и которые он должен подтвердить, сдав экзамен.

Даже субъективные предпосылки допуска могут быть установлены только для защиты важного общественного блага. Это связано с тем, что они также ощутимо ограничивают право отдельного человека на свободу, поскольку запрещают ему начинать осуществлять выбранную профессиональную деятельность до тех пор, пока он не предоставит доказательств того, что он в течение длительного времени проходил обучение и сдал соответствующий экзамен.

При этом достойными защиты можно назвать не только «абсолютные», т. е. общепризнанные и независимые от текущей ситуации общественные

блага (как, например, здоровье населения). Законодатель может обосновать решение осуществить регулирование профессиональной деятельности и интересами общества, не «заданными» ему в этом смысле, а вытекающими лишь из его особых экономических, социальных и общественно-политических представлений и целей, которые лишь он сам поднимает в ранг важных общественных интересов. В подобных случаях Федеральный Конституционный Суд не может критиковать профессиональное регулирование лишь потому, что лежащие в его основе политические взгляды являются спорными. Суд в этом смысле ограничен проверкой того, являются ли общественные интересы, защите которых служит законодательное регулирование, общественными благами высокого ранга, оправдывающими ограничение свободы выбора профессии. Суд вправе не поддерживать позицию законодателя лишь в том случае, когда такая позиция явно ошибочна или несовместима с ценностным порядком Основного закона.

IV.

Проверяемая в настоящем деле норма Положения о ремеслах основывается на убеждении о существовании важного общественного интереса, заключающегося в том, чтобы сохранить уровень качества и результативности ремесла и обеспечить приток молодых сил специалистов для всего промыслового хозяйства путем предоставления допуска к самостоятельному занятию ремесленной профессией не для каждого. Такое убеждение не вызывает критики с точки зрения конституционного права.

1. Федеральный законодатель рассматривает ремесло как необходимую с точки зрения народного хозяйства отрасль и как особо важную часть среднего класса. В соответствии с Конституциями большинства земель Федеративной Республики Германия, которые в явном виде включили защиту и содействие ремеслу в свою экономико-политическую программу, законодатель хотел защитить и поддержать ремесло как единое целое; одновременно он, таким образом, хотел обеспечить обучение молодых рабочих сил для всех ремесел. Законодатель рассматривал введение требования о квалификации как необходимое средство для достижения данной цели.

[...]

2. [...] законодатель не преследовал цель предотвращения угроз для общества или отдельных лиц, которые вытекают из ненадлежащего

осуществления профессиональной деятельности, например в строительном деле или группах автомехаников и электриков. Определяющим был интерес в сохранении и поддержке здорового, трудоспособного сословия ремесла как такового.

[...]

3. Соображения, которыми законодатель обосновывает особый интерес общества в сохранении и содействии ремеслу, находятся в рамках возможной с точки зрения Основного закона и потому определяемой только законодателем экономической, социальной и общественной политики; они не противоречат ни основным принципам, ни особым ценностным решениям Конституции; с другой стороны, они подтверждаются фактами и опытом экономической и социальной жизни.

В пользу этого можно, в частности, отметить следующее: [...]

V.

Законодатель мог обоснованно усмотреть в сохранении и содействии высокому уровню качества ремесла особенно важное общественное благо, но, тем не менее, сохраняет свое значение вопрос о том, имеет ли такое благо преимущество в отношении свободного права отдельной личности, и при утвердительном ответе на данный вопрос — не чрезмерно ли регулирование, вытекающее из закона и ограничивающее основное право. Согласно основному праву свободы профессии у отдельной личности при выборе ею профессии должно оставаться столько свободы, насколько это совместимо с достойными защиты интересами общества, иными словами: отдельный человек может мириться с ограничениями свободного выбора профессии лишь в той мере, в какой этого требует защита важных общественных интересов. Необходимо равновесное соотношение потребностей общего блага и ограничений свободы граждан. Согласно формулировке данного принципа, данной в решении об аптеках, для начала следует проверить, был ли законодатель вынужден для достижения своей цели ограничить свободу выбора профессии, вместо того чтобы ограничиться регулированием осуществления профессиональной деятельности, и не представляет ли собой введенная им предпосылка допуска очевидно непригодное для сохранения общественной ценности средство; наконец, не обременяет ли данная предпосылка допуска отдельного человека чрезмерно и неприемлемым образом. И относительно всех возникающих в этой связи вопросов оценки и взвешивания мнение законодателя

не может быть подвергнуто критике Федерального Конституционного Суда, пока не будет выяснено, что оно исходит из неверных фактических предпосылок или находится в противоречии с Конституцией.

1. Законодатель мог бы оставить решение вопроса обеспечения сохранения уровня качества и результативности ремесел на усмотрение свободного рынка. Тогда он руководствовался бы тем, что свободная конкуренция в достаточной мере отсекает нерезультативных игроков на рынке, так что в результате подобного «самоотбора» наиболее результативные игроки стали бы самостоятельными или смогли бы отстаивать свои позиции. Данной цели также можно было бы содействовать посредством регулирования осуществления профессиональной деятельности. Подобное было бы возможно даже при свободном допуске к профессии, например, путем обозначения владельцев предприятий, сдавших соответствующий экзамен, таким титулом, как мастер; это являлось бы индикатором для общественности, указывающим на (предположительно) более высокий уровень результативности предприятия, руководимого мастером. Обучение молодежи также могло бы оставаться привилегией мастеров, как при ранее существовавшем «малом свидетельстве о квалификации». Техническое и производственное повышение квалификации ремесленников, объявленное Положением о ремесленниках обязанностью ремесленных палат и профессиональных объединений ремесленников, следовало бы расширить при помощи различных мер.

Если данные возможности показались законодателю недостаточными, то причины этого понятны, во всяком случае, они являются не явно ошибочными. Это вызвано тем, что нормы, регулирующие осуществление профессиональной деятельности — и тем более свободная рыночная игра, — становятся действенными лишь относительно того, кто уже начал осуществлять профессиональную деятельность. Они не защищают профессию от проникновения неквалифицированных сил. Пока они вновь отсекаются или же достигают желаемый уровень профессионализма, существенный ущерб может быть нанесен как клиентуре (из-за некачественных услуг), так и самому сословию (из-за вытеснения или ущемления действительно результативных предприятий или уменьшения престижа ремесленного труда в целом). Цель законодателя заключалась именно в том, чтобы избежать этого. Если он по этой причине полагал, что нужно использовать механизм ограничения свободы уже на стадии выбора профессии, хотя бы для

того, чтобы по возможности не допустить начала осуществления профессиональной деятельности людьми неподходящей квалификации, то в этом ему нельзя принципиально возражать — всегда при допущении, что данные меры соответствуют Конституции и, в частности, принципу соразмерности.

2. В качестве субъективной предпосылки допуска к самостоятельному осуществлению профессиональной деятельности Положение о ремесленниках выдвигает лишь доказательство профессионального умения, которое приводится посредством прохождения определенной образовательной программы и сдачи определенного экзамена. Если абстрагироваться от особых случаев, которые изучены в разделе под цифрой 4, то это наиболее мягкая, наименее отягощающая для претендента на профессию форма ограничения свободного выбора профессии. В данном случае в полном объеме действуют разъяснения, содержащиеся в решении об аптеках (BVerfGE 7, 377 [406 и далее]), согласно которым ограничения подобного рода легитимируют себя из самой сути дела. Надлежащее осуществление ремесленной деятельности предполагает наличие знаний и умений, которые можно обрести лишь с помощью теоретического и практического обучения. Когда законодатель в отдельном случае определяет уровень необходимых знаний и умений и способ их обретения, то речь в таком случае идет всего лишь о формализации и конкретизации вытекающих из природы дела квалификационных предпосылок. Если допуск к подобной профессии будет свободно предоставлен лишь тому, кто обрел необходимые для надлежащего выполнения профессиональной деятельности способности, то от претендента требуется лишь то, что необходимо делать при разумной оценке по собственной инициативе. Это в особой мере верно в тех случаях, когда, как в кустарном промысле, речь идет о профессиях, характерная особенность которых заключается как раз в том, что владелец предприятия сам участвует в выполнении работ, так что его личные умения и знания имеют решающее значение для выполнения работы. Правовая норма, требующая от него подтверждение наличия именно этих умений и знаний, настолько сильно приспособлена к особой ситуации именно данных профессий, что лежащая в ней ограничение свободы для отдельной личности как таковое едва ощущается и обладает, во всяком случае по сравнению с защитой важных общественных интересов, сравнительно малым значением. Это имеет решающее значение, несмотря на то что число лиц, затронутых регулированием,

относительно высоко, поскольку ремесленная деятельность из-за своего многообразия и относительно простой возможности получения допуска многими избирается в качестве профессии.

[...]

4. Можно было бы усмотреть наличие недопустимого ограничения свободы в том, что закон в Приложении А ограничивает выбор профессии перечисленными в нем отраслями ремесла, что лишает отдельного человека возможности выбрать в качестве профессии конкретную область из объединенных в жестких квалификационных профессиональных профилях форм ремесленной деятельности и ограничить свое обучение соответствующим образом. Тот, кто хочет специализироваться на определенных, возможно, разумно ограниченных видах труда, например в рамках ремесла портного или механика, мог бы настаивать на том, что от него на деле требуется более высокий уровень образования и экзаменационных результатов, чем это вытекает из природы деятельности.

Однако с такой точки зрения закон не может вызывать нареканий со стороны конституционного права. В Решении об аптеках уже было сказано о том, что законодатель, по общему правилу, может юридически закреплять определенные профили профессий. При этом он не может поступать иначе, кроме как не объединить родственные виды деятельности в рамках одной профессии, с учетом происхождения и особенностей осуществления деятельности в рамках такой профессии. В данной ситуации только в рамках конкретных обстоятельств можно определить, зашел ли законодатель при «разветвлении» профессии слишком далеко. В целом можно утверждать, что у законодателя должен оставаться определенный простор для действий; он должен проводить систематизацию, в связи с чем это позволяет ему исходить из в среднем оправданных квалификационных требований; даже распространенные тенденции к специализации он может учитывать лишь в определенных границах, если он хочет сохранить более обширный характер деятельности ремесленника по сравнению с рабочим узкого профиля.

Если регулирование в целом не приводит к искажению традиционных и действительно существующих отношений в области затронутых профессий, то следует мириться с определенным, находящимся в разумных пределах «переизбытком» требований к обучению и экзаменам — что, кстати, можно обнаружить во многих государственных положениях об обучении и экзаменах — тем более что закрепленное в нем «излишнее»

ограничение свободы определенным образом компенсируется увеличением профессиональных шансов и повышением социального престижа.
[...]

VI.

Общий принцип равенства не нарушается тем, что для промышленного производства изделий, которые также производятся ремесленниками, не требуется свидетельства о квалификации.

Если законодатель устанавливает субъективные предпосылки допуска в виде свидетельства о квалификации, то он на основании абз. 1 ст. 3 Основного закона не обязан одинаковым образом обращаться с профессиями по той причине, что в них можно обнаружить внешнее сходство определенных областей деятельности и способа их осуществления. Более того, законодатель может в большой мере дифференцировать способ и объем профессионального регулирования согласно особым отношениям отдельных профессиональных областей жизни и, в частности, социальной структуре соответствующих профессий (BVerfGE 9, 338 [350]). При применении данного критерия не может считаться нарушением общего принципа равенства тот факт, что деятельность не требует допуска при занятии ею в промышленности, но в ремесле такая деятельность подчиняется требованию наличия свидетельства о квалификации.

В отличие от промышленных предприятий ремесленные предприятия являются преимущественно малыми предприятиями. Типичным для них является личное участие владельца в ремесленной работе; его профессиональная квалификация является решающей относительно ценности ремесленной услуги. В отличие от этого, владелец промышленного предприятия, как правило, не принимает непосредственного участия в производстве, а ограничивается коммерческим или техническим руководством. Данное структурное различие позволяет считать оправданным, что только самостоятельное занятие ремеслом требует предоставления доказательств наличия личных умений и знаний.

116) BVerfGE 19, 330

(Sachkundenachweis / Доказательство компетентности)

Требование доказательства компетентности для начала осуществления розничной торговли всеми товарами (за исключением товаров,

названных в абз. 2 § 3 Закона о розничной торговле) несовместимо с абз. 1 ст. 12 Основного закона.

**Решение Первого Сената от 14 декабря 1965 г.
– 1 BvL 14/60 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

I.

[...]

2. [...]

Для осуществления розничной торговли требуется разрешение (абз. 1 § 3), в выдаче которого отказывается на основании абз. 2 § 3 Закона о розничной торговле, если

1. ни предприниматель, ни назначенное в законном порядке для представительства предпринимателя лицо, ни лицо, которому предприниматель поручил руководство предприятием, не могут доказать необходимую компетентность или

2. имеют место факты, из которых вытекает недостаток надежности, необходимой для руководства предприятием, одного из названных в п. 1 лиц.

Закон о розничной торговле проводит дифференциацию розничной торговли по следующим группам:

Розничная торговля продуктами питания согласно абз. 1 § 1 Закона о продуктах питания, розничная торговля лекарственными средствами и вспомогательными медицинскими средствами, за исключением контролируемых уполномоченными врачами наркотических средств, розничная торговля остальными товарами (в дальнейшем — общая розничная торговля).

В отличие от общего разрешения на розничную торговлю для торговли продуктами питания и лекарственными средствами, согласно абз. 2 § 4 Закона о розничной торговле, требуются особые знания в области товароведения. Доказательство необходимой компетентности для общей розничной торговли представил тот, кто успешно сдал экзамен помощника коммерсанта в любой отрасли торговли и затем в течение как минимум двух лет осуществил практическую деятельность в торговле (абз. 1 § 4 Закона о розничной торговле). Для доказательства компетентности,

далее, достаточно пятилетней коммерческой деятельности, из них — два года на руководящей должности (абз. 3 § 4 Закона о розничной торговле). Наконец, закон предусматривает, что лицо, не выполнившее выше-названные предпосылки, могло бы доказать свою компетентность для розничной торговли в виде сдачи особого экзамена (абз. 4 § 4 Закона о розничной торговле).

[...]

IV.

[...]

2. Несмотря на свое название, Закон о розничной торговле регулирует не осуществление профессиональной деятельности, а допуск к профессии. Требование компетентности является объективной предпосылкой допуска в смысле судебной практики Федерального Конституционного Суда (BVerfGE 7, 377 [406 и далее]). Начало осуществления профессиональной деятельности розничного торговца ставится в зависимость от наличия определенных знаний, которые необходимо подтвердить определенным учебным курсом и, как правило, прохождением экзамена.

Субъективные предпосылки допуска оправданы только для защиты важного общего блага. Они чувствительно ограничивают свободный выбор профессии, так как запрещают претенденту начинать заниматься выбранной им профессией, пока он не приводит доказательство того, что проходил обучение, на которое потребовалось значительное время, и сдал особый экзамен (BVerfGE 13, 97 [107]).

[...]

4. [...]

а) Защита потребителя, противостоящего розничному торговцу в качестве покупателя, от нанесения ущерба здоровью или экономического ущерба может рассматриваться как важный общественный интерес, который сам по себе оправдал бы и субъективные предпосылки допуска. Но для этой цели выбранное здесь средство является непригодным.

Розничный торговец посредством «дистрибуции товаров» участвует в удовлетворении потребностей. Его народнохозяйственная функция заключается в том, чтобы достать товар, хранить и сбыть его, как правило, частным потребителям. Обработка и переработка товара («манипуляция») отступают полностью на задний план, их взяли на себя в большой мере производственные предприятия и предприятия оптовой торговли;

как правило, сбываются готовые к потреблению потребительские товары [...].

Опасности для здоровья могут грозить потребителю со стороны некомпетентного розничного торговца при торговле продуктами питания, лекарственными средствами и подобными. Но в отношении данных отраслей товаров действуют особые положения, не подлежащие здесь проверке. Общая розничная торговля, как правило, не может угрожать здоровью покупателя. Однако нельзя исключить возможность экономического ущерба, если розничный торговец, например, достает некачественный товар, хранит товар ненадлежащим образом или дает покупателю неверные консультации. Данную опасность можно было бы исключить или уменьшить, если от розничного торговца требовалось бы подтверждение знаний товароведения в его особой отрасли. Именно данного доказательства закон не требует. Он удовлетворяется доказательством общих коммерческих знаний, которые могут быть обретыены в совершенно иной отрасли.

б) Очевидно, предпосылка допуска в виде подтверждения компетентности должна в первую очередь служить интересам самой профессии, сохранению ее трудоспособности и ее социального престижа. Однако при преследовании данной — самой по себе оправданной — цели законодатель не учел границы, установленные перед ним принципом соразмерности.

[...]

Выходит [...] далеко за границы необходимого, если законодатель от всех розничных торговцев требует уже в качестве предпосылки начала занятия профессией доказательство значительных коммерческих знаний посредством схематически одинакового обучения и экзамена. Если отношения в определенных отраслях розничной торговли, по мнению законодателя, действительно потребовали бы введение подобной предпосылки допуска, то следовало бы грозящие в противном случае опасности для общества изложить в отдельности и показать их вероятность. Но и тогда законодатель должен был пытаться противодействовать подобным угрозам сначала на этапе регулирования занятия профессией. С конституционно-правовой гарантией свободы выбора профессии несовместимо, если из-за подобных опасностей, возможно грозящих в отдельных случаях, целая профессия превентивно подвергается ощутимым ограничениям свободы выбора профессии.

в) Забота о трудоспособности и социальном престиже целой профессии может оправдать введение субъективных предпосылок допуска лишь в виде исключения. Федеральный Конституционный Суд допустил это относительно ремесла (BVerfGE 13, 97). В сохранении здорового и трудоспособного сословия ремесленников заключается большой общественный интерес, прежде всего потому, что в ремесле обучается также в большом объеме молодая рабочая сила для остального производственного хозяйства, в частности и для промышленных предприятий. Для защиты ремесла законодатель потому смог выйти за рамки ступени регулирования занятия профессией и потребовать так называемое большое свидетельство способностей в виде экзамена на звание мастера. В розничной торговле отсутствуют сопоставимые отношения, здесь товар не обрабатывается или перерабатывается; к личному профессиональному умению предпринимателя потому не надо выдвигать столь высокие требования; с другой стороны, розничная торговля объединяет в себе предприятия разного рода и размера, от автомата по розничной торговле (как в исходном деле) до универсама. Поэтому нельзя осмысленно оправдать ограничения основных прав со ссылкой на общий интерес общества в сохранении «розничной торговли» как таковой. Очень различные место и функции двух отраслей профессий в экономической и социальной жизни обнаруживаются и в правовом развитии: в ремесле квалификационное свидетельство и экзамен на звание мастера соответствуют старой правовой традиции, розничная торговля до новейшего времени была полностью свободна от всякого правового ограничения допуска.

[...]

117) BVerfGE 33, 303

(Numerus Clausus / Numerus Clausus)

1. По вопросу о конституционно-правовой оценке абсолютных ограничений свободы допуска, характеризуемых нехваткой учебных мест, для начинающих студентов определенной специальности (абсолютный numerus clausus для высшего образования в сфере медицины).

2. Из права свободного выбора профессии и места обучения, гарантированного в абз. 1 ст. 12 Основного закона, в связи с общим принципом

равенства и принципом социального государства вытекает право на свободный допуск к высшему образованию. Данное право может быть ограничено законом или на основе закона.

3. Абсолютные ограничения допуска для начинающих студентов определенной специальности являются конституционными лишь тогда,

а) когда они назначаются в пределах абсолютно необходимого при исчерпывающем использовании образовательных мощностей и

б) когда отбор и распределение претендентов осуществляются по компетентным критериям с шансом для каждого претендента, который сам по себе имеет достаточную квалификацию для обучения в высшем учебном заведении и с как можно большим учетом индивидуального выбора места образования.

4. Законодатель должен сам принимать значимые решения о предпосылках установления абсолютных границ допуска и о применяемых критериях отбора. Высшие учебные заведения могут получить полномочие на более детальное регулирование в заданных рамках.

5. § 17 Гамбургского закона об университетах от 25 апреля 1969 г. несовместим с Основным законом в той мере, в которой законодатель, в свою очередь, для случая абсолютных ограничений допуска не принял никаких определений о роде и ранге критериев отбора.

[...]

**Решение Первого Сената от 18 июля 1972 г.
– 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

В рамках двух дел о допуске к изучению медицины в университетах г. Гамбурга и г. Мюнхена уполномоченные суды по административным спорам запросили решение Федерального Конституционного Суда о том, соответствуют ли нормы права федеральной земли об ограничениях допуска к высшему образованию (*numerus clausus*) Основному закону.

[...]

Б.

[...]

II.

1. Предметом конституционно-правовой проверки является лишь вызванный нехваткой учебных мест *numerus clausus* для начинающих студентов определенной специальности, тогда как локальные и структурные ограничения, осложняющие выбор определенного университета, или ограничения, касающиеся уже допущенных студентов старших семестров, не будут рассматриваться. Абсолютный *numerus clausus* отличается от этих ограничений своими крайне тяжелыми последствиями. Это связано с тем, что он приводит к тому, что более или менее значительное число претендентов вынуждено откладывать начало получения желаемого высшего образования на более или менее длительный срок. При сильном спросе и соответствующем длительном времени ожидания подобные ограничения допуска ущемляют не только выбор места образования, но могут одновременно влиять на выбор профессии, вплоть до отказа от изначальных намерений. У социально более слабых претендентов отсутствуют те же возможности, что и у более состоятельных, чтобы переждать длительное время ожидания или попытаться начать свое обучение за рубежом.

[...]

B.

[...]

I.

1. Для конституционно-правовой проверки ограничений допуска следует, как это принято в доктрине и судебной практике [...], в первую очередь прибегнуть к гарантированному в абз. 1 ст. 12 Основного закона праву всех немцев свободно выбирать место обучения.

При включении данного права в Основной закон и также при его изначальном толковании в центре внимания находилась мысль о том, что абзац 1 ст. 12 Основного закона предоставляет отдельной личности право на защиту от ограничений свободы в сфере образования. Так, во время совещаний в главном комитете Парламентского Совета было подчеркнуто, что при любых обстоятельствах необходимо гарантировать свободу выбора между университетами и возможность слушать лекции особо выдающихся преподавателей, чтобы получить соответствующее разностороннее образование; кроме того, следует препятствовать тому, чтобы отдельные федеральные земли пускали в свои

университеты только уроженцев своей земли (стенограмма о 44-м заседании главного комитета от 19 января 1949 г., с. 575 и далее). Таким образом, по сути описан существенный частный аспект защиты основного права, который затем и должен быть учтен в как можно более полном объеме, если вследствие исчерпания количества учебных мест становится неизбежным планомерное распределение претендентов между различными образовательными учреждениями.

При нехватке учебных мест добавляется другой существенный аспект права на свободный выбор места обучения, основанный на его тесной взаимосвязи с также гарантированным в абз. 1 ст. 12 Основного закона правом свободного выбора профессии. Как правило, обучение является предварительной ступенью начала осуществления профессиональной деятельности, оба они — составные части взаимосвязанного процесса. В этой связи в судебной практике Федерального Конституционного Суда по абз. 1 ст. 12 Основного закона ранее уже подчеркивалось, что не только используемые там понятия выбора профессии и более позднее осуществление профессиональной деятельности неразрывно взаимосвязаны и касаются единого комплекса профессиональной деятельности, но что к правовому упорядочению данной профессиональной деятельности относятся и нормы о предварительном профессиональном обучении (ср. BVerfGE 7, 377 [401, 406]). Из этой тесной взаимосвязи Федеральный Административный Суд верно вывел, что ограничения допуска к обучению не могут служить целям профессиональной ориентации (Юридическая газета (JZ), 1963, С. 675; ср. также Решение Федерального Административного Суда (BVerwGE) 6, 13 и 7, 287). Кроме того, эта тесная взаимосвязь заставляет делать еще и вывод о том, что хотя бы в тех случаях, когда начало осуществления профессиональной деятельности предполагает наличие определенного образования — как у врачей, — ограничения свободного допуска к предписанному образованию должны оцениваться примерно столь же строго, как предпосылки допуска к самой профессии.

Между тем конституционно-правовая защита основных прав в области образования не исчерпывается обычно приписываемой различным свободам защитной функцией против вторжений государственной власти. Федеральный Конституционный Суд неоднократно отмечал, что основные права, будучи объективными нормами, одновременно создают

ценностный порядок, который, будучи конституционно-правовым основополагающим решением, претендует на действие во всех областях права, в связи с чем основные права являются не только охранительными правами гражданина в отношении государства (BVerfGE 21, 362 [372], с дальнейшими ссылками).

Чем сильнее современное государство обращается к социальной защите и культурному содействию гражданам, тем сильнее в отношении между гражданином и государством наряду с изначальным постулатом обеспечения свободы основными правами выступает комплементарное требование гарантии права на участие в получении государственных услуг. Данное развитие особенно четко прослеживается в области образования, которая в этом смысле, несмотря на существующую в остальном тесную взаимосвязь с выбором профессии, тем не менее явно от него отделяется: реализация свободы выбора профессии имеет место в настоящее время — за исключением государственной службы, подчиняющейся особому регулированию ст. 33 Основного закона (ср. BVerfGE 7, 377 [398]; 17, 371 [379 и далее]) — преимущественно в области частного устройства профессии и труда, и здесь оно прежде всего направлено на то, чтобы защищать собственно личное, самоопределенную сферу личной жизни, то есть предоставить свободу от принуждений или запретов в связи с выбором профессии и осуществлением профессиональной деятельности. В отличие от этого свободный выбор места обучения по своей природе нацелен на свободный доступ к заведениям; свободное право было бы обесцененным без действительной предпосылки пользования им. В соответствии с этим проект рамочного закона о высших учебных заведениях исходит из права каждого немца получить выбранное им высшее образование, если он докажет наличие необходимой квалификации для прохождения данного обучения.

Признание данного права не зависит от усмотрения законодателя. При этом можно не рассматривать вопрос о том, можно ли выводить «права участия» в определенном объеме уже из того, что социальное правовое государство занимает место гаранта реализации ценностной системы основных прав в конституционной действительности (ср. об этом Решение Федерального Административного Суда (BVerwGE) 27, 360, о финансировании частных школ). Даже если, как правило, следует придерживаться того, что в современном социальном государстве зависит от решения

законодателя, не подлежащего обжалованию, хочет ли он и в какой мере в рамках предоставленного управления предоставить права участия, то, тем не менее, если государство создало определенные образовательные заведения, то из принципа равенства в связи с абз. 1 ст. 12 Основного закона могут вытекать притязания на доступ к этим заведениям. Это действует особенно в тех областях, в которых государство — как в сфере высшего образования — претендует на фактическую монополию, от которой не может произвольно отказаться и где — как в сфере образования по академическим профессиям — участие в государственных услугах одновременно является необходимой предпосылкой для реализации основных прав. В свободном правовом и социальном государстве уже нельзя предоставить государственным органам возможность принятия решения, зависящего от их усмотрения, о разграничении круга льготников и исключении части граждан из этих льгот, тем более что подобное в конечном итоге сводилось бы к управлению профессиями. Наоборот, из того, что государство предоставляет услуги, вытекает право каждого квалифицированного для получения высшего образования гражданина на равных правах принимать участие в предоставленной возможности. Абзац 1 ст. 12 Основного закона во взаимосвязи с абз. 1 ст. 3 Основного закона и требованием социального государства, таким образом, гарантируют право гражданина, отвечающего субъективным предпосылкам допуска, на допуск к получению высшего образования по его выбору.

2. Согласно распространенному мнению право допуска по своей природе должно быть изначально ограничено притязанием на участие в существующих возможностях получения образования. В отличие от этого суд по административным спорам г. Гамбурга в своем решении об обращении в Федеральный Конституционный Суд исходит из обязанности увеличения количества учебных мест и делает оттуда заключение, что установление абсолютного *numerus clausus* для начинающих студентов возможно лишь в тех случаях, когда одновременно выполнение данной обязанности в течение определенного срока в явном виде признается законом. Тем не менее оба мнения в данном случае недооценивают в достаточной мере аспекты, существенные для защиты основных прав:

Проблематика абсолютных ограничений допуска характерна тем, что имеющихся мест для обучения недостаточно для того, чтобы каждому претенденту, имеющему необходимую квалификацию и право на допуск,

предоставить место для получения высшего образования. Если бы проводимый здесь анализ с точки зрения конституционного права изначально был сужен до участия в рамках имеющихся учебных мест, то такой анализ не затронул бы ключевой сути имеющихся сложностей. В то время как в обычной ситуации предоставления социальным государством участия в делах, а именно в финансовых льготах, отрицательные последствия ограничения могут быть более или менее выравнены при помощи перераспределения имеющихся средств, то абсолютный *numerus clausus* приводит к вопиющему неравенству, когда часть претендентов получает все, а другая часть — во всяком случае, в течение более или менее длительного времени и, может быть, в решающий для дальнейшего жизненного пути момент — не получает ничего. Если число тех, кому отказывают в высшем медицинском образовании, превышает даже более половины претендентов, то гарантированное конституционным правом притязание на допуск может лишиться своего реального наполнения. Ввиду данных последствий нельзя спорить с тем, что абсолютный *numerus clausus* находится на грани приемлемого с точки зрения конституционного права. Поскольку устойчиво противодействовать данным последствиям можно лишь посредством увеличения количества учебных мест, то можно было бы задать вопрос, следует ли из ценностного решения основных прав и использования монополий на образование объективное поручение социальному государству на предоставление достаточного количества учебных мест для получения высшего образования по различным специальностям. Однако здесь не нужно решать, требует ли данный вопрос утвердительного ответа и вытекает ли из данного конституционного поручения при определенных обстоятельствах отстаиваемое посредством иска индивидуальное притязание гражданина на создание мест для получения высшего образования. Ибо конституционно-правовые последствия наступили бы только при очевидном нарушении данного конституционного поручения. Подобное в данный момент, в частности относительно области высшего медицинского образования, нельзя установить.

Но даже в той мере, в которой права участия не ограничиваются имеющимся на данный момент, они все же находятся под оговоркой о возможном в том смысле, на что отдельная личность может разумным образом претендовать в отношении общества. В первую очередь это следует оценить под собственную ответственность законодателя, который при

ведении бюджета должен учитывать и другие дела общества и, согласно явному предписанию абз. 2 ст. 109 Основного закона, обязан учитывать потребности общеэкономического равновесия. Ему следует принять решение об объемах и приоритетах высшего образования, при этом следует учитывать, что расширение и новое строительство высших учебных заведений согласно ст. 91 а Основного закона относятся к совместным задачам, выполняемым во взаимодействии федерального центра и федеральных земель. При данных решениях уполномоченные органы, с одной стороны, должны ориентироваться на вырисовывающиеся тенденции спроса на места для получения высшего образования, поскольку исключительная ориентация на и без того сложное установление потребностей может привести к недопустимому управлению выбором профессий и установлению потребности, при которых ущемлялось бы значение свободного самоопределения как основополагающего элемента свободного строя. С другой стороны, возможное конституционное поручение еще не обязывает предоставить каждому претенденту в любое время желаемое место для получения высшего образования и, тем самым, ставить затратные инвестиции в область высшего образования в зависимость от часто меняющегося и испытывающего влияние со стороны разнообразных факторов индивидуального спроса. Это сводилось бы к непониманию свободы, при котором неверно понималось бы, что личная свобода на длительный срок не может реализоваться в отрыве от способности к функционированию целого и его равновесия и что неограниченное субъективное мышление в категориях притязаний за счет общества несовместимо с мыслью о социальном государстве. Основной закон, как это неоднократно подчеркивал Федеральный Конституционный Суд в связи с основным правом общей свободы действия (ср. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]), разрешил напряженное отношение индивид — общество в смысле соотношения и связи личности с обществом; поэтому отдельный человек должен мириться с границами своей свободы действия, предусмотренными законодателем в целях охраны и содействия социальному общежитию в рамках общеприемлемого, при условии что при этом сохраняется самостоятельность личности.

Данные соображения особенно актуальны в рамках предоставления государством права на участие. В данном случае это противоречило бы требованию социальной справедливости, которое конкретизируется

в принципе равенства, если бы наличествующие лишь в ограниченном объеме общие средства, при пренебрежении другими важными общественными делами, преимущественно использовались бы лишь для привилегированной части населения. Поэтому законодателю нельзя запретить ориентироваться на приоритетную потребность в кадрах для определенных профессий, если не удастся привести в соответствие индивидуальный спрос и общественные потребности посредством консультативной помощи начинающим студентам.

Если положить в основу эти соображения, то нарушение Конституции не усматривается. Обязанность как можно быстрее предпринимать необходимое в рамках возможного не отрицается ответственными лицами в государственных органах. В § 2 Закона о содействии строительству высших учебных заведений открыто признается, что федеральный центр и федеральные земли при выполнении совместной задачи «расширения имеющихся и строительства новых научных высших заведений» должны способствовать созданию системы научных высших учебных заведений, взаимосвязанной по специальностям, числу, размеру и месту размещения, «благодаря которой гарантируется достаточное и уравновешенное предложение исследовательских и образовательных мест». Что касается выполнения данного обязательства, то, согласно распространенному мнению, настоящее бедственное положение вызвано не только объективными сложностями, но и тем, что усиливаемому рекламой образования спросу неадекватно отвечали меры по расширению высших учебных заведений и реформа высшей школы. Однако и в прошлом, тем не менее, значительная часть имеющихся средств была использована именно для расширения особенно затратных медицинских высших учебных заведений; [...].

Наряду с этим с момента обнаружения трудностей имели место усиленные устремления их преодоления, в связи с чем следует, в частности, указать на первый рамочный план согласно Закону о содействии строительству высших учебных заведений. В случае таких федеральных земель, как Гамбург и Бавария, также добавляется тот фактор, что здесь доля студентов-медиков выше, чем доля в населении в целом по Германии.

3. Если согласно вышеизложенным соображениям явное законодательное признание обязанности увеличения количества мест для обучения в течение определенного срока не представляет собой необходимую с точки зрения конституционного права предпосылку абсолютного

pumerus clausus, то тем настоятельнее следует требовать того, что допуск к уже *имеющимся* местам получения высшего образования может быть ограничен только при наличии строгих формально- и материально-правовых предпосылок.

а) Тот факт, что право квалифицированных претендентов на поступление в высшие учебные заведения по выбранной им специальности может быть ограничено, вытекает — в той мере, в которой данное право основывается на абз. 1 ст. 12 Основного закона — из регулятивной оговорки в предложении 2. Оно охватывает и право на свободный выбор места обучения, что подтверждается историей становления [...].

Из уже обсужденного единства абз. 1 ст. 12 Основного закона следует, что регулятивная оговорка относится не только к осуществлению профессиональной деятельности, но, по сути, точно так же и к выбору профессии (так уже в BVerfGE 7, 377 [402 и далее]), и к предшествующему выбору профессии выбору места обучения. Если притязание на допуск понимается как право участия, то возможность его ограничения вытекает из того, что права участия — как уже было упомянуто — находятся под оговоркой о возможном и нуждаются в регулировании.

б) Таким образом, наложение допустимых с позиций конституционного права ограничений допуска возможно только посредством закона или на основе закона.

[...]

В той мере, в которой полномочие на подобное ограничение выводится из оговорки о регулировании, содержащейся в абз. 1 ст. 12 Основного закона, названная формальная потребность вытекает непосредственно из данной нормы Основного закона. Если уже упомянутые там регулирования осуществления профессиональной деятельности нуждаются в законодательной основе, то тем более это касается подобных ограничений свободного выбора места обучения, которые могут сказываться на свободе выбора профессии. Если притязание на допуск к обучению в имеющихся высших учебных заведениях понимается как право на участие, то и в этой связи не вытекает ничего иного. При этом открытым может оставаться вопрос, относятся ли принципы правового государства о законодательной оговорке («Vorbehalt des Gesetzes») или об оговорке о законности деятельности государства только к управлению вторжениями или в той же мере к управлению услугами (ср. об этом BVerfGE 8, 155 [167

и далее]). Ибо в данном случае законодательная основа требуется по той причине, что участие в государственных услугах представляет собой необходимую предпосылку для реализации основных прав. Здесь законодатель, как то лицо, от чьих решений зависит объем предложения услуг, сам должен взять на себя ответственность за то, что вследствие недостаточного количества мест круг льготников должен быть ограничен, с учетом принципиально важного неравного обращения.

в) В материально-правовом отношении из уже изложенных ранее соображений следует, что к абсолютному ограничению доступа следует выдвигать строгие требования. Согласно так называемой теории ступеней Федерального Конституционного Суда (ср. BVerfGE 7, 377 [401 и далее]; 30, 292 [315 и далее]) регулятивное полномочие согласно абз. 1 ст. 12 Основного закона тем больше ограничено, чем больше оно затрагивает и свободу выбора профессии. Поскольку от выбора места обучения одновременно зависит и выбор последующей профессии, и так как основанный на нехватке количества учебных мест *numerus clausus* для отдельной специальности приравнивается к объективной предпосылке допуска в смысле теории ступеней (ср. BVerfGE 7, 377 [407 и далее]), постановление, согласно разработанным по абз. 1 ст. 12 общим принципам, допустимо только для защиты от доказанной или весьма вероятной угрозы чрезвычайно важному общественному благу и только при строгом соблюдении принципа соразмерности, причем нельзя упустить из виду и опасные побочные последствия — переход в другие специальности или переезд за рубеж. С позиции идеи права на участие, ориентированного на принцип равенства, вытекают, скорее, еще более строгие требования, поскольку ограничения допуска, о которых здесь идет речь, могут означать распределение шансов, влияющих на дальнейший жизненный путь.

Абсолютный *numerus clausus* для начинающих студентов согласно имеющемуся опыту является конституционным лишь тогда, когда он

(1) назначается в пределах абсолютно необходимого при исчерпывающем использовании имеющихся, созданных на публичные средства мест для обучения (ср. об этом ниже II) и когда

(2) отбор и распределение претендентов осуществляются по компетентным критериям с шансом для каждого претендента, который сам по себе имеет достаточную квалификацию для

прохождения обучения в высшем учебном заведении, и с как можно большим учетом индивидуального выбора места образования (ср. об этом ниже III).

[...]

118) BVerfGE 53, 135

(Puffreisschokolade / Шоколад с воздушным рисом)

О требованиях к регулированию свободы осуществления профессиональной деятельности согласно предл. 2 абз. 1 ст. 12 Основного закона в рамках правовых норм, регламентирующих продажу продовольственных товаров.

**Решение Первого Сената от 16 января 1980 г.
– 1 BvR 249/79 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

I.

Предметом конституционной жалобы является вопрос о совместимости с Основным законом абсолютного запрета на обращение пищевых продуктов, которые можно перепутать с шоколадом.

2. [...]

а) Предметом изначального дела были сезонные товары-сладости, такие как деды морозы или пасхальные зайцы, состоящие из воздушного риса, и в которых используемая в качестве скрепляющей массы глазурь состоит из соевого масла, сахара-пудры и какао-порошка.

[...]

II.

Конституционная жалоба обоснованна.

1. Норма № 2 § 14 Постановления о какао несовместима с абз. 1 ст. 12 Основного закона, поскольку данная норма предусматривает полный запрет на названные в Положении изделия. Норма содержит регулирование осуществления профессиональной деятельности. Согласно абз. 1 ст. 12 Основного закона подобное регулирование возможно лишь посредством закона или на основе закона; если осуществление профессиональной деятельности регулируется постановлением, то последнее должно

основываться на полномочии, отвечающем требованиям Основного закона и по своему содержанию покрываться таким полномочием. Материально конституционное регулирование осуществления профессиональной деятельности предполагает, что оно оправдывается разумными соображениями общего блага, выбранные средства являются пригодными и необходимыми для преследования намеченной цели и ограничение является приемлемым для затронутого лица (BVerfGE 46, 120 [145]). Норма № 2 § 14 Постановления о какао выполняет данные требования лишь частично.

а) Полномочие, содержащееся в лит. б № 4 § 19 Закона о пищевых продуктах и товарах первой необходимости, на котором основывается норма, удовлетворяет требованиям предл. 1 и 2 абз. 1 ст. 80 Основного закона [...].

в) Регулирование, которое было принято составителями постановления, нарушает принцип необходимости, поэтому оно несоразмерно.

аа) При проверке вопроса о соразмерности ограничений, содержащихся в регулировании осуществления профессиональной деятельности, следует учитывать свободу организации, которой обладает законодатель, а в рамках установленных полномочий также и орган, издающий постановление в области хозяйственной деятельности. Основной закон при определении экономико-политических целей и пригодных для их достижения мер предоставляет большой простор для оценки и действий, внутри которого можно также корректировать свободную игру сил посредством осуществления мер экономико-политического управления. С точки зрения Конституции норма, содержащаяся в № 2 § 14 Постановления о какао, может вызывать критику только в том случае, если выяснится, что она вышла за относительно широкие конституционно-правовые границы данного простора для действия (ср. BVerfGE 46, 246 [257], с дальнейшими ссылками). Требуется однозначно установить, что для достижения цели имеются другие, менее радикальные средства (BVerfGE 39, 210 [231], с дальнейшими ссылками). Это установлено.

бб) Задача положений продовольственного права заключается в том, чтобы в интересах потребителя избежать смешения товаров и защищать потребителей от угроз для здоровья. Об этом явно свидетельствуют нормы, содержащиеся в § 8 и далее и § 17 и далее Закона о пищевых продуктах и товарах первой необходимости. § 14 № 2 Постановления о какао служит исключительно защите потребителя от введения его в заблуждение.

Данная защита, несомненно, является разумным основанием для обеспечения общественного блага, которое может оправдать ограничение осуществления профессиональной деятельности.

Для достижения данной цели пригодным является не только требование маркировки, но и запрет на оборот определенных товаров. Однако запрет на оборот товаров является одним из самых радикальных средств защиты потребителя от введения его в заблуждение. Но подобную опасность можно всегда предупредить столь же действенным, но менее радикальным способом посредством требования маркировки товара. Конечно, верно и то, что решение потребителя приобрести определенное изделие часто не основывается на подробном изучении маркировки товара, а ориентируется на его внешний вид (BVerfGE 46, 246 [260]). Однако это не дает права на допущение, будто бы для защиты «невнимательного» потребителя требуется принципиальный запрет на оборот в любой форме пищевых товаров, обозначенных в № 2 § 14 Постановления о какао. Запрет, благодаря которому шоколадные изделия получают преимущество в конкуренции, нельзя оправдать другими соображениями. Однако законодатель в случае, например, возможного смешения молочных продуктов или маргарина в интересах сохранения продуктивности сельского хозяйства может принимать меры, выходящие за пределы непосредственной цели защиты потребителей (ср. BVerfGE 46, 246 [256 и далее]). В подобных случаях все же не существует оправдывающего основания для ограничения, выходящего за рамки исключения опасности смешения. В этом смысле следует ограничиться мерами, которые необходимы в интересах допустимым образом преследуемой защиты потребителей.

Для достижения данной цели, как правило, достаточно требования маркировки товаров.

[...]

119) BVerfGE 95, 173

(Tabakwarnhinweis / Предупредительная надпись на табачных изделиях)

К вопросу о совместимости с основными правами распространения на пачках с табачными изделиями предупреждения о вреде курения для здоровья.

**Решение Второго Сената от 22 января 1997 г.
– 2 BvR1915/91 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

Конституционные жалобы необоснованны.

[...]

II.

Обязанность по размещению предупредительных надписей касается производителей и торговцев табачными изделиями при сбыте их товара, а не в процессе выражения мнения и его распространения. Поэтому обязанность маркировки следует проверить посредством критериев свободы выбора профессии (абз. 1 ст. 12 Основного закона), но не свободы слова (абз. 1 ст. 5 Основного закона). Заявители, будучи юридическими лицами частного права, могут ссылаться на абз. 1 ст. 12 Основного закона (ср. BVerfGE 30, 292 [312]; 50, 290 [363]). Их профессиональная внешняя подача, включая рекламу их изделий, подпадает под связанную с профессией область деятельности, которая защищается предл. 1 абз. 1 ст. 12 Основного закона (ср. BVerfGE 85, 248 [256]; Журнал «Охрана промышленной собственности и авторское право» (GRUR), 1996, С. 899 [902]). Государственные меры, ограничивающие при этом человека, занятого данной профессией, представляют собой вторжение в свободу осуществления профессиональной деятельности (ср. Федеральный Конституционный Суд, указ. соч.). Однако нарушение основного права здесь не имеет место.

1. а) В случае с коммерческой рекламой на основное право свободы слова можно претендовать лишь в том случае, если реклама содержит оценивающее, формирующее мнение или содержит указания, способствующие формированию мнения (ср. BVerfGE 71, 162 [175]). Эти факторы в данном случае отсутствуют. Не ущемляя в остальном рекламу, государство использует пачки производителей в той мере, в которой производители табачных изделий обязаны распространять на их пачках санкционируемые государством предупреждения. В этом смысле затронуто не формирование мнения и его выражение предприятиями, а исключительно осуществление ими профессиональной деятельности.

Дело обстояло бы иначе, если бы предупредительные надписи не были бы очевидным выражением чужого мнения и их можно было бы приписать производителю табачных изделий. Если от носителя основного права потребовали бы распространения чужого мнения, как собственного, то свобода слова (предл. 1 абз. 1 ст. 5 Основного закона) была бы нарушена. Если бы у адресата рекламы возникало впечатление, будто производитель табака по собственной инициативе поддерживает распространение предупредительных надписей, то есть самостоятельно распространяет данное высказывание, то это дало бы возможность провести проверку с позиций свободы распространения мнения. Если же очевидно, что мнение, распространенное на пачках табачных изделий, принадлежит другому лицу и что распространение данных предупредительных надписей является общим условием реализации табачных изделий, то обязанность маркировки касается свободы осуществления профессиональной деятельности.

б) При использовании данных критериев для проверки право заявителей на свободу слова не затрагивается оспариваемым регулированием. Обязанность нанесения надписи служит распространению чужого мнения, касается всех предприятий, которые на профессиональной основе вводят в оборот сигареты, и не вызывает ощущения, будто бы предприятия сами по себе распространили данное мнение.

Предупредительные надписи следует оценить как воспроизведение распознаваемого чужого мнения. Они говорят о том, что министры здравоохранения стран Европейского сообщества отстаивают мнение, что курение вызывает рак, а также сердечно-сосудистые заболевания.

[..]

2. Поэтому обязанность производителей по размещению предупредительных надписей подпадает под охранительную область абз. 1 ст. 12 Основного закона.

а) Согласно предл. 2 абз. 1 ст. 12 Основного закона вторжения в свободу осуществления профессиональной деятельности должны осуществляться на основе закона, соответствующего требованиям Конституции к законам, ограничивающим свободы. Такой закон совместим с абз. 1 ст. 12 Основного закона в тех случаях, когда его введение оправдывается общественным благом, соответствует принципу соразмерности, то есть если выбранное средство пригодно, а также необходимо для достижения

намеченной цели и если при общем взвешивании тяжести вторжения, с одной стороны, и веса оправдывающих его причин — с другой, граница приемлемости еще не нарушается (ср. BVerfGE 76, 196 [207]; 85, 248 [259]; [...]).

б) Указанные предпосылки выполнены в рассматриваемом случае.

В Постановлении о маркировке табачных изделий в случае с предупредительными надписями также используется авторитет государства, и, тем самым, данное постановление претендует на особое, опосредствованное правом доверие. Данное использование государственных прав не вызывает сомнений с позиций конституционного права, поскольку содержание предупреждения основывается на естественно-научных знаниях, предупреждение относительно опасности для здоровья относится к государственным задачам и мера соответствует требованиям свободы осуществления профессиональной деятельности.

Законодательной основой постановления выступает § 21 Закона о пищевых продуктах и товарах первой необходимости, а основанием действия конкретно сформулированной обязанности — Постановление о маркировке табачных изделий.

аа) Предупредительные надписи служат защите потребителей от опасностей для здоровья, коими грозит курение. Общеизвестно, что курение вредит здоровью [...].

[...]

В результате согласно современному уровню медицинских знаний установлено, что курение вызывает рак, а также сердечно-сосудистые заболевания и тем самым ведет к смертельным заболеваниям, а также представляет собой опасность для здоровья некурящих сограждан [...].

бб) Предупреждение об этих опасностях для здоровья является легитимной задачей государства. Государственная политика в сфере здравоохранения может предупредить, во всяком случае, о доказанных медицинской тяжелой угрозах от курения и заставить осознать потребителя, что активное курение вредит курильщику, а пассивное курение — окружающим. Исключительно языковая форма выражения предупредительных указаний просит адресата еще раз подумать о своем решении о покупке в связи с теми опасностями, которые угрожают здоровью. Поэтому государственное просвещение служит защите населения от опасностей для здоровья.

вв) Законодатель также был вправе исходить из пригодности меры для защиты народного здоровья. По общему правилу, определение пригодности зависит от его оценки (ср. BVerfGE 25, 1 [12, 17]; 30, 292 [317]). Несмотря на предупредительные надписи, потребление сигарет в настоящее время растет. В 1994 г. их потребление в Германии выросло примерно на 3 % до 131,1 млрд сигарет (ср. Харенберг (Harenberg), Энциклопедия современности (Lexikon der Gegenwart), Aktuell '96, 1995, Ключевое слово: курение (Rauchen), С. 339). Однако в любом случае законодательная оценка, согласно которой посредством предупредительных надписей можно предотвратить еще большее распространение потребления табака, не вызывает сомнений с позиций конституционного права. По крайней мере, предупреждения способны удерживать потребителя от бездумного потребления табака.

Конкретное оформление предупредительных надписей соответствует требованиям пригодности. Высказывание о том, что курение способствует возникновению рака, других болезней, а также о том, что оно опасно для здоровья третьих лиц, соответствует естественно-научным исследованиям. Посредством такого высказывания не утверждается, будто бы курение является единственной причиной, и, с другой стороны, в нем не говорится и о том, что некурящие защищены от всякого риска заболеть раком или другими болезнями. Наоборот, предупредительные надписи в обычном языковом понимании слова «вызывает» указывают на типичную и поддающуюся обобщению каузальную взаимосвязь между курением и вредом для здоровья; они заставляют осознать, что при отказе от курения исчезает существенный риск для здоровья.

гг) Предупреждение также является необходимым. Возможность более щадящей защиты от опасностей, исходящих из курения, не была изложена и не является очевидной.

[...]

В качестве альтернативной меры, которая — наряду с государственным просвещением в области здоровья — была бы способна вместо предупредительных надписей уменьшить бездумное потребление табака, мог бы выступить запрет его рекламы. Можно было бы и задуматься над наложением обязательств для сбыта (например, запрет продажи через автоматы и продажи молодежи). По сравнению с данными альтернативами оспариваемое законодательное регулирование является более щадящим [...].

дд) Очевидно, что обязанность размещения предупредительных надписей не затрагивает границу приемлемого. Вторжение в сферу свободы осуществления профессиональной деятельности и впредь разрешает рекламную коммерческую деятельность табачной промышленности и передает потребителю всего лишь основу медицинских знаний для принятия им решения о покупке. Выбранное средство ограничения, а именно простое языковое воздействие, выражающееся в предупредительных надписях, является такой формой действия, которая не затрагивает обмен товарами посредством спроса и предложения, и предоставляет стороне информацию, которая в соответствии с актуальным состоянием медицинских знаний должна быть осознана всеми.

е) С абз. 1 ст. 12 Основного закона совместимо и использование частной организационной и финансовой силы для решения задач государственной политики в области здравоохранения (ср. BVerfGE 68, 155 [170]). Обязанность печатания предупредительных надписей оправдана из-за особой близости предмета и ответственности изготовителей и торговцев табачными изделиями к задачам защиты от опасностей потребления табака, вызванного данными предприятиями.

III.

Оспариваемые решения также не нарушают основное право заявителей, вытекающее из абз. 1 ст. 14 Основного закона.

1. Обязанность размещения предупредительных надписей хотя и уменьшает шансы на сбыт и прибыль для заявителей, но в этом смысле не нарушает права, защищенные правом собственности. Абзац 1 ст. 14 Основного закона защищает только такие правовые позиции, которые уже принадлежат субъекту права (ср. BVerfGE 20, 31 [34]; 30, 292 [334 и далее]), то есть по общему правилу не охватывает будущие шансы и возможности заработка (ср. BVerfGE 30, 292 [335]; 45, 272 [296]; 68, 193 [223], с дальнейшими ссылками).

[...]

IV.

Таким образом, исключается и нарушение свободы предпринимательского распоряжения, гарантированной абз. 1 ст. 2 Основного закона. Оспоренное регулирование касается свободы действия в профессиональном праве, которая имеет свою специальную гарантию, закрепленную в ст. 12 Основного закона. Проверка по критериям абз. 1 ст. 2 Основного закона в этом смысле в данном случае не проводится (ср. BVerfGE 70, 1 [32]).

[...]

120) BVerfGE 98, 169

(Arbeitspflicht / Трудовая обязанность)

1. Основным законом обязывает законодателя выработать эффективную концепцию ресоциализации, которая служила бы основой приведения приговора суда в исполнение. В данном случае законодателю предоставлен обширный объем полномочий.

2. а) Работа в местах лишения свободы, которую поручают заключенному в качестве принудительной, является действенным средством ресоциализации лишь в том случае, если выполненный труд надлежащим образом оценивается. Поощрение за труд не обязательно должно выражаться в денежной форме. В первую очередь оно должно способствовать тому, чтобы показать заключенному ценность регулярной трудовой деятельности для будущей самостоятельной жизни, в которой нет места для правонарушений.

б) Законодательная концепция ресоциализации посредством назначения исправительных работ за финансовое вознаграждение может способствовать дальнейшему развитию закрепленного конституционно-правового принципа ресоциализации только в том случае, если заключенный благодаря размеру заработка осознает, что трудовая деятельность целесообразна для обеспечения жизненных потребностей.

Статья 12 абз. 3 Основного закона ограничивает допустимые принудительные работы учреждениями или видами трудовой деятельности в связи с тем, что органы исполнения наказания сохраняют публично-правовую ответственность за вверенных им заключенных.

Решение Второго Сената от 1 июля 1998 г.

**– 2 BvR 441/90, 2 BvR 493/90, 2 BvR 618/92, 2 BvR 212/93,
2 BvL 17/94 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

Жалобы в Конституционный Суд, направленные на вынесение общего решения, и процесс проверки отдельных положений нормативно-правовых

актов на соответствие Основному закону включают аспекты принудительных работ при исполнении наказания, соразмерности заработной платы при выполнении принудительных работ, социально-правового положения заключенных и рецидивистов.

[...]

В.

1.

[...]

1. Система исполнения наказаний в соответствии с положениями Конституции должна быть направлена на ресоциализацию заключенных. Каждый заключенный исходя из ст. 2 абз. 1 Основного закона и ст. 1 абз. 1 Основного закона имеет конституционное право требования, исходящее из основных прав и свобод человека, на то, что исправительные работы при исполнении наказания будут способствовать его ресоциализации.

При назначении наказания в виде лишения свободы принцип ресоциализации приобретает еще более важное значение. Это связано с тем, что государственная власть устанавливает условия индивидуального образа жизни. Федеральный Конституционный Суд выработал принцип ресоциализации, основываясь на естественном понимании правового общества, в котором человеческое достоинство является основой в системе ценностей и признаются принципы социального государства. Заключенному должны быть донесены возможности и желания для ответственного образа жизни. В будущем, находясь в свободном обществе, он должен утвердиться в жизни не прибегая к правонарушениям и осознавать все шансы и риски жизни в свободном обществе. Ресоциализация служит защитой самого общества: непосредственный интерес общества заключается в том, чтобы злоумышленник не совершал повторных правонарушений и не причинял вреда согражданам и обществу (сравнение BVerfGE 35, 202 [235 и далее] — *Лебах*). [...]

2. Конституционно-правовой принцип ресоциализации является обязательным для всех органов государственной власти. В первую очередь он должен учитываться законодательной властью, которой поручено нормативное закрепление отбывания наказания (сравнение с Решением BVerfGE 33, 1 [10 и далее]). Указанный принцип обязывает законодателя выработать действенную концепцию ресоциализации и в зависимости от нее определить систему исполнения наказания.

Конституционно-правовой принцип ресоциализации имеет важное значение для органов государственного управления и судопроизводства при интерпретации правовых понятий и оговорок, касающихся применения норм права, а также в случаях, когда законодатель допускает учреждению исполнения наказания определять правовые последствия.

3. Конституционно-правовой принцип ресоциализации не устанавливает конкретной концепции его применения для законодателя. В этом плане для разработки эффективной концепции ему предоставлены широкие возможности для деятельности. Законодатель может благодаря применению всех имеющихся познаний, в особенности в сферах антропологии, криминологии, социальной терапии и экономики прийти к регулированию, которое с учетом последующих расходов будет соответствовать рангу и срочности других задач, стоящих перед государством (сравнение с BVerfGE 82, 60 [80]; 90, 107 [116]; 96, 288 [305 и далее]).

4. Работа в местах лишения свободы, которую поручают заключенному в качестве принудительной, является действенным средством ресоциализации лишь в том случае, если выполненный труд надлежащим образом оценивается. Поощрение за труд не обязательно должно выражаться в денежной форме. В первую очередь оно должно способствовать тому, чтобы показать заключенному ценность регулярной трудовой деятельности для будущей самодостаточной жизни, в которой нет места для правонарушений. В том случае, если заключенный сможет достичь подобного поощрения после выполненной им работы, законодатель может полагать, что принуждение к труду способствовало предотвращению дальнейшей десоциализации заключенного и он может при развитии деловых качеств, а также самосовершенствовании своей личности выработать позитивное отношение к труду.

а) Требование принципа ресоциализации, основанное на надлежащей оценке труда, имеет значение только для тех заключенных, которые принудительно направлены на работу или которым назначено осуществление вспомогательной деятельности (принудительный труд). Особые условия применяются в отношении заключенных, к которым не применяются принудительные работы, так как они имеют возможность получать профессиональное образование, заниматься повышением квалификации или участвовать в иных образовательных мероприятиях (сравнение с § 37 абз. 3 Закона об исполнении наказания), а также завершить

среднее школьное образование (сравнение с § 38 Закона об исполнении наказания) или посещать курсы трудотерапии.

б) Труд осужденных к лишению свободы прежде всего подготавливает их к трудовой деятельности на свободе после отбывания наказания, если данный труд оплачивается. Однако преимущество от полученного заработка может по-разному выражаться. Поощрение за труд выражается не только в денежном концепте. Современное общество признает не только финансовые, но и иные формы поощрения за добровольно выполненную или порученную работу. Однако, во всяком случае, поощрение должно быть соразмерным. В местах лишения свободы помимо заработной платы или вместо нее предусмотрено пенсионное накопление или помощь в погашении долговых обязательств. Законодатель может при установлении предписаний об исполнении наказания и подготовке к выходу из мест лишения свободы выработать новые формы поощрения принудительных работ, основываясь в том числе и на личных инициативах. Законодатель может предусмотреть соразмерное поощрение трудовой деятельности путем сокращения срока заключения (*«время хорошего поведения»*) или иными способами, если в результате не будет нарушений основных и специальных превентивных мер.

5. Законодательная концепция ресоциализации посредством назначения принудительных работ в основном за финансовое вознаграждение (сравнение с § 43 Закона об исполнении наказания) может способствовать развитию конституционно-правового принципа ресоциализации, если заключенному благодаря размеру полученного заработка будет понятно, что трудовая деятельность является целесообразной для получения средств для жизнеобеспечения. Однако законодатель может учитывать при регулировании соразмерного поощрения за труд типичные условия в местах лишения свободы, в частности удаленность потребительского рынка. Кроме того, стоимость труда заключенных имеет важную роль для предпринимателей и формирования конкуренции за счет наличия других возможностей производства на иных рынка труда. Поэтому законодателю в данном случае предоставлен большой простор для соразмерной оценки поощрения за труд.

[...]

б) Если законодатель устанавливает финансовое вознаграждение за труд заключенных, то ему не запрещается взимать взносы, связанные

с содержанием заключенных. Взимание соответствующих взносов (вычет за пребывание и продовольственное снабжение) не противоречит принципу соразмерного вознаграждения за труд. Принцип ресоциализации требует при возникновении ситуаций, типичных для заключенных, установить компенсации при столкновении государственных интересов и интересов заключенных во время возмещения расходов. Поэтому необходимо законодательное регулирование, при котором взнос за содержание в местах лишения свободы устанавливается в таком размере, чтобы у заключенного от заработной платы оставалась всегда определенная сумма.
[...]

II.

Если законодатель включает принудительные работы в концепцию ресоциализации и предусматривает выполнение трудовой деятельности заключенным, то он должен при назначении соответствующих работ учитывать положения ст. 12 абз. 3 Основного закона. Содержащееся в конституционной норме правомочие ограничивает принудительные работы учреждениями и исполнением, перед которыми учреждение исполнения наказания несет публично-правовую ответственность за доверенных ему заключенных.
[...]

Создатель Конституции исходил при установлении ст. 12 абз. 3 Основного закона из существующих форм труда осужденных к лишению свободы. Должно быть и в дальнейшем возможно использовать труд при исполнении наказания и способствовать ресоциализации заключенных. Меры, практикуемые в этой области и оправдавшие себя в прошлом, не должны лишиться правовой основы (сравнение с BVerfGE 74, 102 [115 и далее]. Для ознакомления с историей возникновения ст. 12 абз. 2 и абз. 3 Основного закона; сравнение с BVerfGE 83, 119 [126 и далее]).

1. Содержание допущенного ст. 12 абз. 3 Основного закона исключения из запрета принудительного труда уже вытекает из традиционных форм труда в местах лишения свободы. Принудительный труд является неотъемлемой частью правового государства и основывается на принципе публично-правового контроля органов исполнения наказаний. «Сдача в наем» заключенных с целью осуществления трудовой деятельности для третьих лиц не соответствует принципам, на которых строится традиционная система исполнительных работ.
[...]

121) BVerfGE 102, 197

(Spielbankengesetz Baden-Württemberg / Закон Баден-Вюртемберга о казино)

Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Пресс-релиз № 122/2000 от 21 сентября 2000 г.

Решение от 19 июля 2000 г.
– 1 BvF 539/96 –

Закон Земли Баден-Вюртемберг о казино частично неконституционен

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда в деле о Законе Баден-Вюртемберга «О казино» решил, что статья 1 Закона Баден-Вюртемберга о внесении изменений в Закон «О казино» от 12 февраля 1996 г. и § 13 абз. 1 предл. 2 и 3 в связи с § 1 абз. 3 и 5 Закона Баден-Вюртемберга о публичных казино от 23 февраля 1995 г. не соответствуют ст. 12 абз. 1 Основного закона и ничтожны.

Земельный законодатель обязан до 31 декабря 2001 г. принять регулирование, соответствующее Конституции.

Право, переданное согласно договорам о казино между Администрацией купален и курорта Баден-Баден и казино Баден-Баден ГмбХ & Ко. КГ, а также казино Баден-Баден ГмбХ & Ко. казино Констанц КГ на управление казино в Баден-Бадене и Констанце, остается в силе до объявления решения о выдаче новых разрешений на управление казино для данных казино на основе нового законодательства, максимум до 31 марта 2002 г.

I.

В настоящее время в Германии существует 46 государственных казино. Шесть из них работают как государственные предприятия Свободного государства Бавария, 25 управляют компании, доли которых полностью находятся в руках соответствующей земли. Еще 15 находятся в руках частных лиц. В 1999 г. казино при обороте в 68 млрд немецких марок получили совокупную прибыль в размере примерно 1,7 млрд немецких марок.

От казино, находящихся в частных руках, земли также получают высокую долю от полученных доходов. Предприниматели в основном освобождены от общих налогов (подходный налог, налог с оборота, налог с лотерей). Однако они должны платить сбор с казино в размере, как правило, 80 % доходов брутто от игры. Кроме того, земли получают сборы с чаевых, под которыми имеются в виду централизованно собранные чаевые для сотрудников казино. Доходы с чаевых, согласно опыту, составляют от 45 до 55 % от игровых доходов брутто.

Кроме того, очень часто из участия государства в предприятиях казино и договорах о казино вытекают дополнительные источники доходов. Тем не менее в частном секторе, как правило, остается существенная прибыль, которая оценивается почти в 20 % от доходов брутто.

Казино в Германии регулируются законодательством об общественной безопасности и порядке, законодательная компетенция находится в руках федеральных земель. В Баден-Вюртемберге продолжал сначала действовать Закон о допуске публичных казино от 14 июля 1933 г. (Закон о казино 1933 г.) в качестве земельного права, пока его не заменил Закон о публичных казино (Закон о казино) от 23 февраля 1995 г. Согласно Закону о казино 1933 г. в определенных курортах могли быть разрешены публичные казино. Разрешение могло выдаваться как частным, так и государственным предприятиям. В Законе о казино 1995 г. Земля Баден-Вюртемберг установила условия создания нового казино в г. Штутгарте, заново определила правовые основы выдачи разрешений на казино и впервые законодательно урегулировала надзор над казино. Оспоренные в данном деле нормы отчасти приводятся в приложении. § 1 абз. 3 Закона о казино определяет, что разрешение на казино может быть выдано только предприятию в организационно-правовой форме частного права, все доли которого непосредственно или косвенно находятся в руках земли. § 1 абз. 5 запрещает передачу разрешений иному лицу.

Изначально в § 13 абз. 1 и 2 Закона о казино содержалось переходное регулирование относительно казино г. Баден-Бадена и г. Констанца, согласно которому выданные разрешения должны были действовать до окончания их срока действия. О новой выдаче данных разрешений решение должно было принимать земельное правительство посредством постановления. При этом можно было не применять § 1 абз. 3 и 5 Закона о казино.

В ст. 1 Закона о внесении изменений в Закон о казино от 12 февраля 1996 г. (Закон об изменениях) соответствующее переходное регулирование было отменено.

Заявители по 1-му и 2-му вопросам владеют — соответственно в организационно-правовой форме ГмбХ & Ко. КГ — казино в Баден-Бадене и Констанце. Остальные заявители являются участниками как минимум одного из данных ГмбХ & Ко. КГ.

Основанием деятельности двух казино является в настоящее время выданное в декабре 1983 г. согласно Закону о казино 1933 г. разрешение на казино в связи с особыми условиями к разрешению на казино от февраля 1991 г., предусматривающее широкие контрольные права Земли Баден-Вюртемберг. Обладателем разрешения, действующего до 31 декабря 2000 г., является Администрация купален и курорта Баден-Баден (сегодня Администрация купален и дома курорта Баден-Баден). Она передала данное разрешение с согласия Министерства внутренних дел Баден-Вюртемберга соответствующими договорами о казино от 20 июня 1984 г. заявителям 1. и 2. Заявители 1. и 2. сначала подали заявления о выдаче им на время после 31 января 2001 г. нового разрешения на казино в г. Баден-Бадене и г. Констанце. Данные заявления позже были приостановлены. 8 июня 2000 г. было создано «Казино земли Баден-Вюртемберг ГмбХ & Ко. КГ». Земля участвует как комплементарный и как коммандитный участник.

II.

По конституционной жалобе обоих обществ казино Первый Сенат Федерального Конституционного Суда объявил оспоренные нормы в вышеизложенном объеме неконституционными, но отклонил конституционную жалобу коммандитистов.

Обоснование основано на следующих выводах:

Масштаб конституционно-правовой проверки вопроса совместимости оспоренных норм с Основным законом изложен в ст. 12 абз. 1 Основного закона, в которой установлена защита свободы выбора профессии. Данное основное право распространяется и на юридические лица. Как статья 1 Закона об изменениях, так и § 13 абз. 1 предл. 2 и 3 в связи с § 1 абз. 3 и 5 Закона о казино нарушают основное право казино, закрепленное в ст. 12 абз. 1 Основного закона.

Относительно ст. 1 Закона об изменениях

Данная норма запрещает частным предприятиям содержать казино в гг. Баден-Бадене и Констанце. Содержание публичного казино является, пока данная деятельность не запрещается законом и доступна частным предприятиям, формой занятия профессией в смысле ст. 12 Основного закона. Вмешательство в данное основное право осуществляется посредством «объективной предпосылки допуска к занятию профессией», так как такими казино могут заниматься впредь только государственные предприятия. Ограничения основных прав такого рода согласно судебной практике Федерального Конституционного Суда вообще допустимы лишь тогда, когда они неотложно необходимы для защиты доказанных или весьма вероятных угроз важному общему благу. Однако относительно профессиональной деятельности предпринимателей, занимающихся содержанием казино, данный масштаб следует рассматривать менее строго. Поскольку содержание казино само по себе нежелательная деятельность, которую государство тем не менее разрешает, чтобы ограничить нелегальные азартные игры, дать возможность непреодолимой тяге человека к игре проявляться под государственным контролем и тем самым защищать естественное желание участия в игре от уголовно наказуемой эксплуатации. По этой причине число разрешенных казино ограничено. Особенности «рынка» казино не были бы учтены должным образом, если государство могло бы осуществить вторжение в право свободного выбора профессии держателя казино лишь при условии, что это необходимо для защиты общего блага и защиты от серьезных угроз его нарушения. Своеобразие профессиональной деятельности поэтому позволяет считать достаточным, но и необходимым в интересах действенной защиты основных прав, чтобы ограничения допуска к профессии зависели только от того, что при намеченном в отдельном случае ограничении преследуется достижение общего блага, причем при строгом соблюдении принципа соразмерности. Последнему статья 1 Закона об изменениях не соответствует должным образом. Согласно обоснованию закона, законодатель преследовал Законом об изменениях преимущественно две цели. С одной стороны, для защиты от угроз, которые публичные азартные игры представляют для населения и участников игры, благодаря государственной организационной форме можно было бы более эффективно подходить к созданию более обширных и интенсивных возможностей информирования общества,

контроля и воздействия на него. С другой стороны, доходы от казино должны были почти полностью изыматься ради достижения общественных целей, доходы от игры должны были быть использованы в интересах общества. Обе цели являются легитимными для общего блага. Относительно «идеи выкачивания средств» было бы недостаточным, если речь шла бы только о том, чтобы по фискальным соображениям повысить доходы государства. Цель и смысл выкачивания средств заключается, однако, в том, чтобы осуществить компенсацию за то, что при содержании казино полученная высокая прибыль достигается относительно без риска, так как рынок, на котором она зарабатывается, по причинам общественной безопасности и порядка ограничен лишь немногими поставщиками услуг. Поэтому, а также потому, что прибыль казино происходит из нежелательной деятельности, она в принципе не должна оставаться в руках частных казино. Она должна быть изъята вне рамок сбора с казино и использоваться в социальных, культурных или прочих целях, являющихся полезными для общества. Это в явном виде указано в Законе о казино.

Статья 1 Закона об изменениях, однако, не соответствует требованиям принципа соразмерности. Согласно нему ограничения свободы выбора профессии должны быть необходимыми, пригодными и в широком смысле соразмерными, то есть приемлемыми для затронутых лиц. Статья 1 закона об изменениях не может быть использована для достижения цели извлечения доходов от казино. Вместо абсолютного запрета допуска для частных казино имелись и другие средства, которые были бы в той же мере пригодными для достижения цели, но менее обременительными для владельцев данных предприятий. Так можно было бы повысить законодательно установленную долю извлечения прибыли. Кроме того, можно было бы проверить, не достижим ли намеченный эффект изъятия средств при помощи регулирования, при котором при наличии нескольких претендентов разрешение на содержание казино продавалось бы с аукциона и выдавалось бы тому претенденту, который сделает наилучшее предложение, может быть также и относительно дальнейших отчислений прибыли.

Относительно защиты от угроз как цели закона нельзя полностью отрицать необходимость ст. 1 Закона об изменениях. Из текста закона, однако, не понятно, почему нельзя было добиться и обеспечить необходимую в интересах действенного предупреждения угроз меру надзора и контроля с учетом норм законов, как прежде, на договорной основе.

О неэффективном контроле в прошлом ничего неизвестно. Наоборот, в парламенте имело место согласие относительно того, что казино в Баден-Бадене и Констанце управляются эффективно, и скандалы или прочие неприятности не наблюдались. Тем не менее если законодатель ожидает, что внутренний контроль государства за собственными казино будет еще более эффективным, чем внешний контроль за частными предприятиями, то это еще находится в рамках того простора для оценок, которым законодатель обладает в области предупреждения опасностей.

Статья 1 Закона об изменениях, в той мере, в которой она основывается только на соображениях обеспечения порядка, из-за своих далеко идущих последствий для предприятий наподобие предприятий заявителя не является соразмерной в узком смысле. Граница приемлемости не сохраняется при взвешивании тяжести вторжения и оправдывающих его причин. Регулирование исключает впредь каждого, кто в Баден-Бадене или в Констанце хочет управлять публичным казино как индивидуальный предприниматель или совместно с другими лицами из свободы выбора профессии, так как такое лицо лишается возможности подавать заявку на допуск к данной профессии. Полное исключение данной возможности ввиду того обстоятельства, что казино в Баден-Вюртемберге при частном управлении работают в течение десятилетий, не вызывая нареканий, является несоизмеримым. Данное тяжкое вторжение не оправдано намеченным улучшением защиты от опасностей. Данное улучшение не является настолько действенным и обреченным на успех, чтобы компенсировать и тем самым оправдать тяжесть вторжения в основное право. Очевидно и земельный законодатель еще в 1995 г. исходил из того, что казино в частном секторе могут существовать и впредь, когда он принимал переходное регулирование для казино в Баден-Бадене и Констанце. Не является очевидным, чтобы отношения в течение года изменились драматическим образом.

Относительно § 13 абз. 1 предл. 2 и 3 во взаимосвязи с § 1 абз. 3 и 5 Закона «О казино»

Ничтожность ст. 1 Закона об изменениях приводит к тому, что вновь будет применяться § 13 Закона о казино. Соответственно заявители смогут вновь, согласно данной норме, подавать заявления на получение разрешения на казино, и, тем самым, будет применяться исключение из общего правила, согласно которому казино не могут содержаться частными

предпринимателями. Но и данное регулирование нарушает ст. 12 абз. 1 Основного закона, так как является слишком неопределенным. Так, не урегулирован вопрос, при каких условиях земельное правительство может отклониться в принимаемом им постановлении от § 1 абз. 3 и 5 Закона о казино. Поэтому не гарантировано, чтобы запреты допуска частных предпринимателей казино применялись только тогда, когда дела общего блага того требуют при строгом соблюдении принципа соразмерности. Это нарушает не только ст. 12 абз. 1 Основного закона. Оно нарушает также принцип, вытекающий из принципа правового государства и принципа демократии, что содержание, цель и объем государственных полномочий на принятие правовых постановлений должны быть достаточно определенными в законе.

В Законе о казино, во всяком случае, не урегулировано, какие принципы действуют, если сразу несколько частных предпринимателей стремятся получить разрешение на содержание казино в Баден-Бадене и Констанце. Критерии, по которым следует произвести отбор между разными претендентами, в законе не содержатся. Все это приведет к неконституционности оспоренной нормы.

Переходное регулирование

Суд установил земельному законодателю переходный срок до 31 декабря 2001 г. для принятия нового регулирования, соответствующего Конституции. Самое позднее до 31 марта 2002 г. заявители по жалобам 1. и 2. могут содержать казино в Баден-Бадене и Констанце на прежних условиях. Если данный срок пройдет без принятия регулирования о разрешениях на содержание казино, деятельность двух казино продолжаться не сможет.

Приложение к пресс-релизу № 122/2000 от 21 сентября 2000 г.

Закон о казино 1995 г.

§ 1 Разрешение на содержание казино

(1) В городах Баден-Бадене, Констанце и Штутгарте можно содержать казино с разрешения Министерства внутренних дел.

(2) О выдаче разрешения на деятельность иных казино принимает решение земельное правительство посредством постановления с согласия Ландтага.

(3) Разрешение может быть выдано только предприятию в организационно-правовой форме частного права, все доли которого непосредственно или косвенно находятся в руках земли. Условия предл. 1 должны выполняться в течение всего периода действия разрешения.

(4) Разрешение может быть дано только,

1. если содержание казино не ставит под угрозу общественную безопасность или порядок или не ущемляет прочие общественные интересы,
2. если держатель разрешения или иное уполномоченное лицо предоставляют гарантию деятельности казино должным образом.

(5) Разрешение не может передаваться или предоставляться другому лицу.

§ 13 Переходное регулирование для казино Баден-Бадена и Констанца

(1) Выданные согласно Закону о допуске публичных казино от 14 сентября 1933 г. (Имперский вестник законов (RGBl) I С. 480) разрешения на содержание публичных казино в Баден-Бадене и Констанце действуют до истечения их настоящего срока действия. О выдаче новых разрешений решает земельное правительство посредством постановления, которое требует согласования со стороны Ландтага. При этом можно не соблюдать требования § 1 абз. 3 и 5. Действующие в казино Баден-Бадена и Констанца правила проведения игр продолжают действовать в той мере, в которой они не противоречат нормам данного закона, с тем ограничением, что, несмотря на право полного и беспрепятственного использования помещения казино, разрешение на участие в игре и закрытие казино в определенные дни вытекают исключительно из § 3 данного закона [...].

(2) Министерство внутренних дел может согласно абз. 1 предл. 1 привести в соответствие разрешение нормам данного закона [...]

122) BVerfGE 105, 252

(Glykol / Гликоль)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Пресс-релиз № 67/2002 от 30 июля 2002 г.

**Решение от 26 июня 2002 г.
– 1 BvR558/91, 1 BvR1428/91 –**

**Об информационной деятельности Федерального
правительства в области защиты прав потребителей**

Решением от 26 июня 2002 г. Первый Сенат Федерального Конституционного Суда подтвердил допустимость предоставления государством информации для потребителей. Поводом для этого был скандал вокруг гликоля в 1985 г. Федеральный министр по делам молодежи, семьи и здоровья опубликовал тогда список вин, в которых был обнаружен диэтилленгликоль (ДЭГ). Добавление ДЭГ противоречило Закону «О вине». Заявителями выступают винодельческие предприятия, которые были перечислены в списке с указанием производимых ими продуктов. Они утверждают, что в результате этого пострадала их репутация и сократился оборот. Их заявления против публикации данного списка в судах по административным спорам были безуспешными. Первый Сенат отклонил их конституционные жалобы.

В основании своего решения Первый Сенат высказывается, в частности, относительно области действия свободы профессиональной деятельности, закрепленной в абз. 1 ст. 12 Основного закона, и об информационной деятельности Федерального Правительства и излагает следующие выводы:

а) Защита свободы профессиональной деятельности предприятий определяется правовыми нормами, направленными на поддержание конкуренции и на ее ограничение. Положение предприятий в конкурентной борьбе и, тем самым, объем оборота действующих на рынке предприятий подвержены риску постоянного изменения, в зависимости от ситуации на рынке. Работающее на рынке предприятие может столкнуться с критикой качества своих продуктов и должно учитывать вытекающие из этого последствия, касающиеся результатов деятельности на рынке. Абзац 1 ст. 12 Основного закона не содержит права предприятий быть изображенными только в том свете, в котором само предприятие хотело бы, чтобы его видели, или как оно видит себя и свою продукцию.

б) Абзац 1 ст. 12 Основного закона не защищает участников рынка от распространения достоверной и компетентной информации на рынке.

Государство также вправе распространять информацию, относящуюся к рынку. Правопорядок нацелен на прозрачность рынка, на высокий уровень информатизации, существенной для рынка.

Содержательная правильность информации, существенной для конкуренции, является принципиальной предпосылкой того, чтобы она содействовала прозрачности рынка и, тем самым, его способности к функционированию. Если несмотря на тщательную проверку государственным органом остается еще неуверенность в правильности такой информации, то участникам рынка следует на это указать. Но и правильная по содержанию информация, исходящая от государства, по форме не должна быть необъективной или унижительной.

в) Федеральное правительство на основе своей задачи по руководству государством имеет право проводить информационную деятельность там, где оно осуществляет общегосударственную деятельность, которая может быть реализована при помощи информации.

К задачам правительства по управлению государством относится и устранение конфликтов в государстве и обществе, быстрое и компетентное реагирование на кризисы, а также помощь гражданам в ориентировании посредством предоставления заблаговременной информации. Актуальные кризисы в аграрной и продовольственной области показывают, как важна общедоступная, подкреплённая авторитетом правительства информация для преодоления подобных ситуаций (ср. Пресс-релиз № 68/2002 о решении от 26 июня 2002 г. — 1 BvR670/91).

Федеральное правительство и при проведении информационной деятельности должно сохранить разделение компетенций между федерацией и землями. Федеральное правительство вправе распространять информацию, если она относится к процессам надрегионального масштаба, и информационная деятельность в рамках всей федерации повышает эффективность решения проблем. Данная информационная деятельность не исключает информационную деятельность земельных правительств и не мешает деятельности органов управления по решению административных задач.

г) Сенат констатирует, что оспоренная в конституционных жалобах публикация списка отвечает конституционно-правовым требованиям. Высказывания, сделанные в списках, были верными. Публикация не представляет собой ущемления свободы профессиональной

деятельности винодельческих предприятий. Это относится и к указанию их наименований.

Распространение списка было нацелено на преодоление кризиса, а частности, на восстановление доверия к межрегиональному винодельческому рынку. Информация о нарушениях качества вин из некоторых регионов и некоторых предприятий по разливу создала прозрачность рынка. Она сделала продавцов и покупателей на винном рынке способными обращаться с нежелательной, возможно даже опасной ситуацией, они были информированы и действовали потому по собственному усмотрению. Содержание списка относительно вин, содержащих ДЭГ, сводилось к предупреждению потребителей, а относительно других вин — к снятию озабоченности потребителей. За участниками рынка осталось решение о том, как реагировать на данную информацию.

Распространение информации Федеральным правительством не мешало землям в свою очередь распространять информацию или принимать административные меры предупреждения опасностей.

123) BVerfGE 115, 276

(Sportwetten / Спортивный тотализатор)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Пресс-релиз № 25/2006 от 28 марта 2006 г.

Решение от 28 марта 2006 г.

– 1 BvF 1054/01 –

Государственная монополия на спортивный тотализатор в своем текущем виде противоречит основному праву на свободу выбора профессии

Существующая в Баварии государственная монополия на спортивный тотализатор противоречит основному праву на свободу выбора профессии, так как оформлена таким образом, что борьба с игровой зависимостью, которая могла бы оправдать исключение частных поставщиков услуг, не гарантирована. Однако это не приводит к ничтожности оспоренного

правового регулирования. Наоборот, законодатель с позиции конституционного права обязан до 31 декабря 2007 г. принять новое законодательное регулирование в области спортивного тотализатора. Соответствующее Конституции состояние может быть достигнуто как посредством последовательного оформления монополии на спортивный тотализатор, обеспечивающей, чтобы он действительно служил борьбе с игровой зависимостью, так и посредством установленного законом и контролируемого допуска к проведению тотализатора частными предприятиями. Если законодатель хочет придерживаться государственной монополии, то он должен ее последовательно ориентировать на цель борьбы с игровой зависимостью. Новое регулирование при этом может осуществляться как федеральным, так и земельным законодателем. Во время переходного периода до принятия нового законодательного регулирования «Закон о государственной лотерее» может дальше применяться. Проведение коммерческих тотализаторов частными предприятиями и посредническая деятельность в тотализаторах, не осуществляемые Свободным государством Бавария, могут и впредь рассматриваться как запрещенные, и такую деятельность необходимо пресекать на основании совокупности норм, регулирующих общественный порядок. Такой порядок установил Первый Сенат Федерального Конституционного Суда в решении от 28 марта 2006 г. по конституционной жалобе букмекера из Мюнхена (об обстоятельствах дела см. Пресс-релиз № 96/2005 от 10 октября 2005 г.).

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

1. Существующая в Баварии государственная монополия на спортивный тотализатор в своем настоящем законодательном и фактическом оформлении противоречит основному праву на свободу выбора профессии. Для граждан, заинтересованных в занятии соответствующей профессией, исключение коммерческих тотализаторов со стороны частных предприятий допустимо только тогда, когда существующая монополия на тотализаторы согласно фактическому оформлению служит противодействию и предотвращению игромании и проблемного игрового поведения. Закон о государственной лотерее не содержит ни соответствующего материально-правового регулирования, ни структурных гарантий, которые обеспечили бы это в достаточной мере.

а) В основе государственной монополии лежат легитимные цели общего блага (борьба с игроманией и страстью к заключению пари; защита игроков от мошеннических махинаций со стороны устроителей пари; защита от рекламы, вводящей в заблуждение). Однако фискальные интересы государства не могут быть приняты как оправдание создания монополии на тотализатор. Изымание средств от азартных игр для целей общего блага оправдано только как путь борьбы с игроманией и как следствие государственной системы монополий, но не как самостоятельная цель. Создание на законодательном уровне государственной монополии на тотализатор также представляет собой подходящее средство борьбы с опасностями, связанными с тотализатором. Допущение законодателя о том, что открытие рынка привело бы к существенному расширению предложений на тотализатор и к росту девиантного поведения, вызванного игроманией, не вызывает нареканий. Законодатель также был вправе исходить из необходимости монополии на тотализатор. В частности, относительно опасности игровой зависимости он ввиду своих широких возможностей по оценке положения мог исходить из того, что игровой зависимости можно более эффективно противодействовать при помощи монополии на тотализатор, нацеленной на борьбу с игровой зависимостью и девиантным игровым поведением, с передачей игровой деятельности под контроль государства, за которую государство может нести ответственность, чем следуя по пути контроля за частными организаторами тотализаторов.

б) Созданная в Баварии государственная монополия на тотализатор представляет собой, однако, в своем настоящем законодательном и фактическом оформлении несоразмерное вторжение в свободу выбора профессии, так как она оформлена таким образом, что не гарантирует эффективную борьбу с игроманией. Цель борьбы с опасностью игровой зависимости не гарантируется одним лишь созданием государственной монополии на тотализатор. Монополия может служить и фискальным интересам государства и, тем самым, вступить в противоречие с поставленной целью. Последовательная и действенная направленность государственной монополии на тотализатор на борьбу с игроманией и девиантным игровым поведением должна быть позитивно отражена в правовом и фактическом оформлении монополии на тотализатор.

Настоящее правовое оформление монополии на тотализатор не гарантирует в достаточной мере, что государственные тотализаторы

направлены на активную борьбу с игроманией и ограничение азарта к заключению пари, а конфликт с фискальными интересами государства не закончится в пользу последних. Закон о государственной лотерее содержит практически лишь положения о компетенциях и организации. Административно-правовой дефицит регулирования не компенсируется ратифицированным всеми землями Договором о государственной лотерее. В нем, однако, определяется, что организация, проведение и коммерческая посредническая деятельность в области публичных азартных игр не должны противоречить требованиям защиты молодежи, а рекламные мероприятия не должны вводить в заблуждение и быть несоразмерными, а также что организаторы, лица, проводящие игры, и профессиональные посредники должны иметь информационные материалы об игромании, способах ее профилактики и возможностях лечения. Однако эти меры еще не гарантируют, что тотализатор направлен на активную борьбу с игроманией.

в) Данный дефицит регулирования отражается также в том, что в настоящий момент отсутствует действительная нацеленность проведения тотализаторов Свободным государством Бавария на борьбу с опасностью игромании. Проведение спортивного тотализатора ODDSET преследует явно и фискальные цели. Но прежде всего данное мероприятие не направлено на борьбу с опасностями, связанными с игроманией. Фактические обстоятельства указывают скорее на экономически эффективную реализацию предложения по безобидному проведению досуга. Об этом свидетельствует широкая реклама, в которой тотализатор представляется как социально адекватное, если даже не позитивно оцениваемое развлечение. Способы распространения ODDSET также не нацелены на борьбу с игроманией. Благодаря широкой сети точек принятия лотерейных билетов возможность участия в тотализаторе становится «нормальным» благом обыденной жизни, доступным во всех местах. Наконец, и презентация предложений тотализатора недостаточно нацелена на борьбу с игроманией и страстью к заключению пари. Государственное управление лотереями ограничивается наличием информации об игромании, предупреждения и информации о возможностях лечения, не затрагивая при этом вопросы активного предупреждения игромании.

2. Несоразмерность конкретного и фактического оформления существующей в Баварии монополии на тотализатор охватывает также

и исключение посредничества в иных, кроме организованных Свободным государством Бавария, тотализаторах.

3. На основании конституционно-правового регулирования законодатель обязан заново нормативно отрегулировать сферу спортивного тотализатора, используя свои правовые и политические возможности для его оформления. Соответствующее Конституции положение может быть достигнуто как последовательным регулированием монополий на тотализатор, гарантирующим, чтобы он действительно служил целям борьбы с игроманией, так и посредством установленного законом контролируемого допуска коммерческих структур к проведению тотализаторов. Если законодатель хочет придерживаться государственной монополии на тотализатор, он должен ее последовательно ориентировать на борьбу с игроманией и ограничение зависимости от пари. К необходимому регулированию относятся содержательные критерии относительно рода и вида спортивных тотализаторов, а также предписания об ограничении их распространения. Реклама тотализаторов должна быть ограничена предоставлением информации о возможностях игры в тотализатор, избегая завлечения в игру, сохраняя цель предложения легальных возможностей тотализатора. Требуются также меры для защиты от опасностей игромании, выходящие за пределы простого наличия информационного материала. Точки сбыта следует выбрать и обустроить таким образом, чтобы реализовать возможности защиты игроков и молодежи. Наконец, законодатель должен обеспечить соблюдение данных требований при помощи подходящих контрольных инстанций, достаточно отдаленных от фискальных интересов государства. Новое регулирование может осуществляться как федеральным, так и земельным законодателем. Уместным сроком для нового регулирования является 31 января 2007 г. В переходный период до нового регулирования применяется старое правовое регулирование. Проведение коммерческих тотализаторов частными предприятиями и посредническая деятельность не Свободным государством Бавария и впредь могут рассматриваться как запрещенные и пресекаться на основании правовых норм, регулирующих общественный порядок. Относительно применения в переходный период § 284 Уголовно-процессуального уложения суды по уголовным делам выносят решения самостоятельно. Но и в переходный период надо начать последовательную ориентацию существующей

монополии на тотализатор на борьбу с игроманией и ограничение зависимости от пари.

124) BVerfGE 121, 317

(Rauchverbot in Gaststätten I / Запрет на курение в заведениях общественного питания I)

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Пресс-релиз № 78/2008 от 30 июля 2008 г.**

**Решение от 30 июня 2008 г.
– 1 BvR3262/07, 1 BvR402/08, 1 BvR906/08 –**

**Конституционные жалобы в Федеральной земле Саксония
по делу «Запрет на курение» удовлетворены**

В отношении жалоб в Федеральный Конституционный Суд о проверке на соответствие положений Закона о защите некурящих в Федеральных землях Баден-Вюртемберг и Берлин Основному закону от двух владельцев ресторанов и владелицы клуба были приняты положительные решения (для получения подробной информации об обстоятельствах дела см. пресс-релиз № 53 от 8 мая 2008 г.). Первый Сенат Федерального Конституционного Суда установил, что оспоренные нормы нарушают конституционное право заявителей на свободу осуществления профессиональной деятельности.

Законодатель не препятствовал введению строгого, не допускающего исключений запрета на курение. В случае принятия решения в пользу концепции, при которой защита здоровья учитывается в меньшей степени и принимаются во внимание профессиональные интересы владельцев ресторанов и допускаются исключения из запрета на курение, соответствующие исключения должны применяться и в небольших заведениях общественного питания, предлагающих в основном алкогольную продукцию («кабаки»), которые несли в большей степени экономические потери вследствие введения запрета на курение. Законодатели в федеральных землях должны внести изменения в нормативные акты до 31 декабря

2009 г. При этом они могут отказаться от исключений и ввести более строгую концепцию защиты некурящих, или законодатель может в рамках менее строгой защитной концепции некурящих вводить исключения для запрета на курение. Соответствующие исключения должны учитывать убытки отдельных сфер общественного питания, связанные с введением запрета на курение, или оспариваемые положения остаются в законной силе до принятия новых положений Закона в связи с высокой ролью защиты населения от рисков пассивного курения. В Федеральных землях Баден-Вюртемберг и Берлин продолжают действие положения о запрете на курение в местах общественного питания. Для сокращения убытков, понесенных владельцами небольших сетей общественного питания, Федеральный Конституционный Суд, до вступления в законную силу новых положений Закона о защите некурящих установил определенные исключения из Закона в пользу небольших заведений общественного питания, предлагающих алкогольную продукцию. Основаниями для такого исключения из запрета на курение являются отсутствие приготовленных блюд, размер площади помещения должен быть не меньше 75 кв. метров, заведение не должно иметь дополнительных отдельных помещений, и лицам до 18 лет вход должен быть запрещен. При входе в соответствующие рестораны должны находиться вывески, обозначающие заведение как для курящих и запрещающие вход лиц до 18 лет. В случае если Закон о защите некурящих допускает в качестве исключения создание комнат для курящих в заведениях общественного питания, то нераспространение данного исключения на клубы является неоправданным. До вступления в силу новых положений Закона, которые законодатель должен принять до 31 декабря 2009 г., на клубы будут распространяться исключения Закона для защиты некурящих, если в них допускаются лица после 18 лет и в них созданы комнаты для курящих без танцплощадки.

Особое мнение судей Бруде и Мазинга

Основу решения составляют следующие мотивы:

I. Запрет на курение в местах общественного питания представляет собой серьезное вмешательство в свободное осуществление профессиональной деятельности. Принимая во внимание, что курящая часть взрослого населения Германии составляет 33,9 %, запрет на курение может в зависимости от направленности гастрономических предложений

и потенциального круга посетителей привести к существенному снижению оборота у владельцев заведений общественного питания. Подобное вмешательство в деятельность предпринимателей несправедливо. Хотя позиция законодателя с целью защиты населения от вреда для здоровья, вызванного пассивным курением, имеет важное значение для блага всего общества. Однако оспариваемые положения закона в смысле нанесения ущерба предпринимателям не являются в данном случае соразмерными. Оспариваемые положения недопустимым образом обременяют владельцев небольших сетей общественного питания, состоящих из одного помещения, с преимущественным предложением алкогольных напитков.

1. При учете соразмерности убытков и противопоставленных им благих намерений при введении запрета на курение необходимо принимать во внимание границы соразмерности и справедливости. Законодателю, исходя из его обширных возможностей при оценке обстоятельств дела, ничего бы не препятствовало в установлении строгого запрета на курение без учета каких-либо исключений с целью защиты здоровья населения, включая обслуживающий персонал. На основе многочисленных научных исследований законодатели могли исходить из того, что пассивное курение имеет серьезные последствия для здоровья. Так как здоровье, и тем более человеческая жизнь являются высшей ценностью, для их защиты допустимо использовать средства, ограничивающие конституционный принцип свободы занятия профессией. На основе положений Конституции законодатель не обязан с учетом принципа свободы занятия профессией владельцев сетей общественного питания допускать исключения из запрета на курение в сфере гастрономического бизнеса в зданиях и полностью закрытых помещениях.

2. К иному выводу приводит анализ целесообразности запрета на курение в том случае, если будет принято решение, основанное не на строгом запрете на курение, а, как в рассматриваемых жалобах, будет гарантироваться концепция, при которой цель защиты населения в связи с экономическими интересами владельцев сетей общественного питания и курильщиков имеет меньшее значение. В Баден-Вюртемберге, в Берлине допускаются существенные исключения из запрета на курение, в качестве примера можно привести создание отдельных помещений для курения. В связи с обширными возможностями законодателя при оценке всех обстоятельств не воспрещается выбрать концепцию ресторана,

при которой не строго преследуется защита здоровья некурящих в связи со свободными правами владельцев ресторанов и курящих. Но данное решение законодатель должен вводить последовательно.

Таким образом, специфические последствия запрета на курение для небольших заведений общественного питания, предлагающих в основном алкогольные напитки, приобретают важное значение в рамках сложившейся ситуации.

Для них запрет на курение из-за чрезвычайно высокой доли курильщиков среди посетителей приводит к более сильным экономическим последствиям, чем для владельцев крупных ресторанов, о чем свидетельствуют исследования Федерального ведомства по статистике. Для крупных ресторанов, которые обладают дополнительными помещениями или могут их построить, для курильщиков действует только относительный запрет на курение. Для небольших же ресторанов существует абсолютный запрет на курение, так как из-за их небольшой площади дополнительные помещения построить невозможно. От владельцев таких сетей общественного питания требуется строгое соблюдение запрета на курение, даже если речь идет об их экономическом существовании, хотя законодатели в федеральных землях хотят создавать условия для защиты здоровья населения, но при этом учитывать и профессиональные интересы владельцев сетей общественного питания. Таким образом, опасность для здоровья, связанная с пассивным курением, приобретает при противопоставлении с принципом свободы профессии для владельцев сетей общественного питания иное значение. Ввиду отмены достигаемой цели в отношении защиты здоровья мера обременений, выпадающих на долю предпринимателей в сфере гастрономического бизнеса, уже не находится в соразмерном отношении с преимуществами для общества, к которым законодатели стремятся посредством ослабления запрета на курение. Небольшая сеть общественного питания, ориентированная на сбыт алкогольных напитков из-за преимущественно курящих посетителей, не имеет существенного значения для эффективной защиты некурящих. Существенное уменьшение выручки после вступления в силу запрета на курение показывает, что подобным ресторанам не удастся вызвать интереса к их гастрономическим предложениям у некурящих посетителей.

II. Конституционная жалоба владелицы клуба на соответствие положений Закона о защите некурящих в Баден-Вюртемберге является

обоснованной. Не исходит из положений ст. 12 абз. 1 Основного закона и ст. 3 абз. 1 Основного закона запрет на оборудование комнат для курения в клубах, в которых нет разрешения на вход для молодежи. Нераспространение на клубы исключений из запрета на курение в связи с оборудованием отдельных помещений для курящих необоснованно. Преследуемые законодателем причины для введения запрета на курение не такого рода и значимости, чтобы оправдать неравные правовые последствия для дискотек, с одной стороны, и остальных сетей общественного питания — с другой.

С конституционно-правовой точки зрения не является неприемлемой позиция законодателя федеральной земли относительно большого содержания вредных веществ в клубах. В данном случае он может сослаться на научные заключения. Данное обстоятельство, однако, не требует общего неприменения указанного исключения к дискотекам, если для других ресторанов допускается создание курительных комнат. Если курение разрешается только в полностью закрытых отдельных помещениях, то не является оправданным аргумент относительно повышенной опасности пассивного курения в клубах. Даже указание на большое значение раздражительных и последующих эффектов у подростков или молодых людей не может оправдать различные предписания к клубам и сетям общественного питания. Для достижения намеченной защиты указанной группы населения достаточно ограничить доступ в курительные комнаты на дискотеках, которые могут посетить лица моложе 18 лет.

III. При необходимости введения новых норм законодателями федеральной земли они смогут отдать предпочтение защите здоровья населения от опасности пассивного курения и, отказываясь от исключений, принять решение в пользу строгой защиты некурящих в местах общественного питания. Или законодатели смогут в рамках менее строгой концепции защиты, предоставляющей большее пространство интересам владельцев ресторанов и курящих, допустить исключения из запрета на курение. Если решение принимается в пользу ослабления концепции, направленной на защиту здоровья, то исключения, предусматриваемые при запрете на курение, должны учитывать особую нагрузку на отдельные области ресторанного бизнеса и интересы обеих сторон. Поэтому если законодатель допускает исключение из запрета на курение в местах общественного питания в специальных помещениях для курения, то он

не должен упускать из виду и интересы небольших мест общественного питания. Так как небольшая площадь данных ресторанов, как правило, не позволяет создать отдельные помещения для курения. Для данных заведений может быть предусмотрено только освобождение от запрета на курение.

Решение о возможности абсолютного запрета на курение (I 1) и возможной несоразмерности регулирования для ориентированной на сбыт алкогольных напитков небольшой гастрономии (I 2) были приняты соответственно в 6: 2 голосов, в остальном единогласно.

Особое мнение судьи Бруде

Основой анализа оспоренных норм является логичная концепция с точки зрения законодателя. Законодатель федеральной земли не рассматривал цель защиты некурящих как относительную, т. е. защиту жизни и здоровья можно было бы рассматривать как относительную в сравнении с экономическими интересами. Законы призваны гарантировать некурящим свободную от курения сферу общественного питания, то есть хотя бы одно свободное от дыма помещение. Исключения из запрета на курение должны допускаться лишь в той мере, в которой они не ставят под угрозу защиту некурящих. Внедрение данной концепции, может быть, не удалось законодателю в совершенстве, но находится в его прерогативе.

Особое мнение судьи Мазинг

Оспоренное регулирование основывается на концепции закона о притязательной, но сбалансированной защите некурящих, которая с конституционно-правовой точки зрения принципиально допустима. В отличие от этого полный запрет курения без исключений в местах общественного питания был бы несоразмерным.

Оспоренные нормы основываются на принципе существенного преимущества защиты некурящих. Они устанавливают обязанность каждого ресторана разрабатывать свои предложения преимущественно для некурящих и разрешают лишь дополнительно оформлять помещение для курящих. В основном этот принцип действует и в отношении баров с точки зрения защиты здоровья. Точно так же как небольшие предприятия не освобождаются от обязательств в области защиты окружающей среды,

так и бары не могут быть освобождены от требований защиты здоровья в силу того, что они существенно затрагивают сферу здоровья. С конституционно-правовой точки зрения достаточно было бы ввести регулирование для особых случаев с целью смягчения введения новых положений. В случае если норма отсутствует, оспоренные положения являются неконституционными. Введение дальнейших исключений не требуется, и субстанциально ослабило бы защитную концепцию закона.

Неконституционным считался бы радикальный запрет курения в ресторанах без исключений. При рассмотрении данной жалобы относительно этого вопроса выносить решение было не нужно. Для защиты некурящих подобный запрет не требуется при наличии помещений для некурящих, и защита баров от ухода посетителей его тоже принципиально не оправдывает. И цель предупреждения зависимости его также не может оправдать. У законодателя здесь есть необходимый простор для оформления. Но законодатель не может полностью исключить из публичного пространства неформальные встречи или празднования с табаком, едой и напитками. Подобный бескомпромиссный запрет был бы необъективным и заключал бы в себе опасность патерналистской опеки.

125) 1 BvR1746/10

(Запрет курения в ресторанах II)

Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Пресс-релиз № 58/2010 от 4 августа 2010 г.
Решение от 2 августа 2010 г.
— 1 BvR1746/10 —

Конституционная жалоба против строгого запрета курения в баварских ресторанах отклонена

1 августа 2010 г. вступил в силу новый баварский Закон «О защите здоровья» от 23 июля 2010 г., принятый на референдуме. Он предусматривает строгий запрет на курение во всех ресторанах. Исключения для пивных, винных и праздничных палаток и для мелких, ориентированных на продажу напитков ресторанов, состоящих из одного помещения,

действовавшие до 1 августа 2009 г., прекратили свое действие, так же как и действовавшая на тот момент возможность организации небольших отдельных помещений для курения.

Заявителем по 1-й жалобе является курильщица, которая несколько раз в неделю посещает рестораны. Заявителем по 2-й жалобе является владелица ресторана, которая получает существенную часть своего дохода от закрытых обществ, которые размещаются в отдельных помещениях, заявитель по 3-й жалобе — общество с ограниченной ответственностью управляет «Рестораном пльзенского пива» площадью менее 75 кв. метров, в котором работают только курящие и в которое «допускают исключительно курящих посетителей».

2-я Палата Первого Сената Федерального Конституционного Суда не приняла к рассмотрению конституционную жалобу, в которой истицы в основном утверждают, что они в результате принятия новой, более строгой редакции запрета курения в ресторанах ущемлены в своей свободе деятельности (абз. 1 ст. 2 Основного закона) и соответственно в своей свободе выбора профессии (абз. 1 ст. 12 Основного закона). Конституционная жалоба не обладает ни принципиальным значением, ни направлена на реализацию основных прав или прав, приравненных к основным правам заявителей. Более строгая новая редакция запрета курения не нарушает ни права заявителя по 1-й жалобе как курильщицы, ни заявителей по 2-й и 3-й жалобам как владельцев ресторанов в их основных правах.

Федеральный Конституционный Суд в своем решении от 30 июля 2008 г. решил, что для законодателя со стороны Конституции нет препятствий к тому, чтобы отдать предпочтение защите здоровья перед другими, ущемленными тем самым правами, в частности свободой выбора профессии владельцев ресторанов и свободой деятельности курящих, и установить строгий запрет на курение в ресторанах (ср. BVerfGE 121, 317 <357 и далее>). Если законодатель из-за высокого ранга защищаемых правовых ценностей устанавливает строгий запрет курения во всех ресторанах, то он может последовательно руководствоваться данной концепцией и не обязан соглашаться с особым правовым регулированием для ресторанов для курящих, в которые нет доступа некурящим. Ущемление прав владельцев мелких ресторанов, состоящих из одного помещения, — вплоть до угрозы для их экономического существования — ввиду действующего в отношении всех ресторанов регулирования оправдано

достаточными фактическими обстоятельствами и потому не требует принятия специального правового регулирования.

Строгий запрет курения не является несоразмерным и на том фоне, что в Баварии, согласно пояснениям заявителей, на основе прежнего регулирования было открыто большое количество ресторанов для некурящих. В компетенции законодателя находится возможность предоставления некурящим лицам возможности широкого участия в общественной жизни посредством посещения ресторанов — именно и в сфере мелкой гастрономии, рассчитанной на сбыт напитков, — без необходимости терпеть табачный дым. Кроме того, с точки зрения Конституции не вызывает нарекания тот факт, что земельный законодатель посредством строго запрета курения одновременно стремится и к последовательной защите всех лиц, занятых в ресторанном бизнесе.

§ 24. Неприкосновенность жилища (Ст. 13 Основного закона)

126) BVerfGE 32, 54

(Betriebsbetretungsrecht / Право на вход на территорию предприятия)

1. Понятие «жилище» в ст. 13 абз. 1 ОЗ следует толковать широко, оно охватывает также трудовые помещения, помещения предприятий и деловые помещения.
2. Толкование понятий «вторжения и ограничения» в ст. 13 абз. 3 ОЗ должно учитывать различную потребность в защите, с одной стороны, частных жилых помещений, с другой — рабочих помещений, помещений предприятия и деловых помещений.

**Решение Первого Сената от 13 октября 1971 г.
– 1 BvR280/66 –**

[...]

ОСНОВАНИЕ

A.

I.

[...]

2. [...] право на получение сведений и осмотр § 17 ПОР (Положения о ремеслах). Данная норма гласит:

§ 17

(1) Занесенные в список ремесленников ремесленники или подлежащие занесению в него обязаны предоставить Торгово-промышленной палате необходимые для занесения в список ремесленников сведения о роде и объеме их предприятия, число работающих на предприятии лиц с профессиональным образованием и без него и о ремесленных экзаменах владельца предприятия и руководителя предприятия.

(2) Уполномоченные Торгово-промышленной палаты имеют право с обозначенной в абз. 1 целью входить на земельные участки и в деловые помещения лица, обязанного предоставить сведения, и производить там проверки и осмотры. Лицо, обязанное предоставить сведения, должно претерпевать данные меры. Основное право неприкосновенности жилища (ст. 13 Основного закона) ограничивается в этой мере.

[...]

II.

1. Истцы являются владельцами предприятий экспресс-химчистки. В своей конституционной жалобе они обращаются непосредственно против нормы Положения о ремесленниках; они ходатайствуют о признании того, что [...] § 17 ПОР [...] нарушает ст. 13 ОЗ.

Истцы считают конституционную жалобу допустимой, так как оспоренные нарушения затрагивают их в настоящее время и непосредственно; это относится и к § 17 абз. 2 ПОР, так как они всегда должны считаться с тем, что уполномоченные Торгово-промышленной палаты могли бы посещать, осматривать и проверять их предприятия.

[...]

B.

[...]

II.

[...]

Текст и понятная цель норм наводят на мысль о том, что они хотят разрешить только посещение помещений, используемых в деловых целях, но не личные жилые помещения владельца предприятия. Таким образом,

критика истцов была бы беспредметной, если бы деловые и рабочие помещения вообще не попали бы под понятие «жилище» в смысле ст. 13 ОЗ.

С данным мнением, которое отстаивает и Федеральный министр юстиции, Федеральный Конституционный Суд не может согласиться.

[...]

3. Отстаиваемое Федеральным министром юстиции более узкое толкование понятия жилища вызвано, очевидно, и озабоченностью тем, что при включении деловых помещений и помещений предприятий в охранительную область ст. 13 ОЗ многие принятые права посещения и осмотра административных ведомств в рамках экономического, трудового и налогового надзора могли бы не сохраняться, так как они не покрывались бы уже определением границ применения ст. 13 ОЗ. Даже если это было бы так, представляется сомнительным определять область действия основного права исходя из оговорки о его ограничивающем действии и аргументировать, например, так: так как при более широком толковании возникают сложности с практическим определением границ применения нормы права, следует выбирать более узкое толкование, при котором вопрос о границах стал бы беспредметным. Напротив, здесь следует сперва выявить материальную субстанцию основного права; только после этого с учетом принципиальной презумпции свободы и конституционного принципа соразмерности и приемлемости можно фиксировать допустимые с точки зрения правового государства границы реализации основного права. Практические сложности, которых опасается министр юстиции, можно, кроме того, как еще будет показано, преодолеть при помощи дифференцирующего толкования.

4. а) Включение деловых помещений в охранительную область ст. 13 ОЗ означает сначала, что «обыски» подобных помещений могут производиться только с санкции судьи (абз. 2). Федеральный министр юстиции признает, что в этом смысле принципиально существует та же потребность в защите, как относительно жилых помещений, и он полагает, что ввиду давно признанной во всех демократиях, которые представляют собой правовое государство, в том числе и в Германии, защиты деловых помещений и помещений предприятий от обысков ограничение принципиального требования предварительной санкции судьи невозможно. Данного результата, однако, нельзя добиться с достаточной конституционно-правовой надежностью при узком толковании понятия жилища.

Здесь не надо решать, насколько широко в отдельности следует рассматривать конституционно-правовое понятие «обыска» (ср. об этом BVerwGE 28, 285); так как рассматриваемые здесь права входа и осмотра, вытекающие из правового регулирования организации ремесел, не являются обысками.

б) Принципиальная неприкосновенность жилища гарантируется в ст. 13 ОЗ тем, что «вторжения и ограничения», не являющиеся «обысками», могут осуществляться лишь при наличии совершенно определенных, точно описанных предпосылок. Относительно жилых помещений строгое ограничение допустимых вторжений подчиняется принципиальному требованию безусловного уважения частной сферы гражданина. Федеральный министр юстиции идет слишком далеко, когда он полагает, что оговорки о границах абз. 3 «по сути (только) рассчитаны на жилые помещения»; ибо «для борьбы с опасностью эпидемий», а также «для защиты находящихся под угрозой молодых людей» (в частности, под углом зрения охраны труда молодежи) и вход для уполномоченных ведомств в помещения предприятий и рабочие помещения может быть полезным для дела и необходимым. Однако в самом деле может казаться сомнительным, что при включении деловых помещений в область действия ст. 13 абз. 3 ОЗ предоставленное в ряде законов административным ведомствам право входить в помещения предприятия и производить в них осмотры и проверки разного рода имеет достаточную конституционно-правовую основу. В некоторых случаях, конечно, цель «предотвращения насущных угроз общественной безопасности и порядку» может оправдать вторжение, в частности при широком, включающем предотвращение косвенных угроз, толковании, как оно лежит в основе решения Федерального Конституционного Суда от 13 февраля 1964 г. (BVerfGE 17, 232 [251 и далее]). Однако в той мере, в которой ведомствам, осуществляющим хозяйственный, трудовой и налоговый надзор, предоставляется право входить в помещения предприятий и деловые помещения, чтобы там в связи с обязанностью владельца предприятия предоставить сведения проверить конторские книги и дела или осматривать товары и сооружения, можно было бы получить конституционно-правовую основу данных мер при принятом толковании только посредством уже неприемлемого расширения охранительной области абз. 3. С другой стороны, с министром следует согласиться в том, что подобные права входа и осмотра

часто являются неизбежным контрольным инструментом современного надзора над экономикой; их значение для действенного и равного исполнения законов даже возрастает в связи с проникновением элементов публично-правового управления в руководство хозяйством частных предприятий и корреспондирующими с ним утончением и интенсификацией хозяйственного надзора в широком смысле.

Федеральный министр юстиции исходит из того, что Парламентский Совет не намеревался устранить данные — известные ему — права входа и осмотра; он считает, что при формулировке ст. 13 абз. 3 ОЗ о данных случаях «явно не думали». Данный взгляд отстаивается и в литературе [...]. Согласно этому, как подчеркивает министр, федеральный законодатель с момента вступления в силу Основного закона всегда исходил из того, что подобные права на вход и осмотр не исключаются ст. 13 абз. 3 ОЗ. Правда, министр оправданно отказывается от того, чтобы обосновывать продолжение этого действия нормами обычного права. Против допущения ограничения основных прав нормами обычного права возникают принципиальные сомнения уже из-за регулирования пределов ограничения основных прав, тщательно приспособленного создателями Конституции к сути отдельных основных прав. Безупречное установление совместного правового убеждения всех участников в этой области было бы, кроме того, едва ли возможно.

в) При таком положении дел необходимым и допустимым кажется толкование, исходящее уже из понятия «вторжений и ограничений» и интерпретирующее его таким образом, чтобы удовлетворить защитной цели закона, соответствовать понятной воле создателей Конституции, но и учитывать должным образом предметную необходимость управления современным государством. Данное толкование исходит из того, что — при принципиальном включении также деловых помещений и помещений предприятий в охранительную область ст. 13 ОЗ — потребность в защите все же существенно иная для помещений, которые в целом относятся к «пространственной частной сфере». Деловые помещения и помещения предприятий по своему целевому назначению обладают большей открытостью «вовне», они предназначены для вступления в социальные контакты, владелец поэтому выпускает их в определенном объеме из своей частной интимной сферы, к которой относится жилище в более узком смысле. Более сильной потребности в удалении нарушения покоя из частной жизни

и пространственной сферы, в которой она разворачивается, соответствует, чтобы понятия «вторжения и ограничения», в той мере, в которой они относятся к жилищу в более узком смысле, были истолкованы строго. Это означает, что право входа и осмотра, о регулировании которых здесь идет речь, исключается относительно жилых помещений. Ибо здесь полностью разворачивается защитная цель основного права гарантировать отдельному праву «быть оставленным в покое» (BVerfGE 27, 1 [6]). Это относится и к тем случаям, когда в этих помещениях одновременно осуществляется профессиональная или коммерческая деятельность.

В отношении чисто деловых помещений или помещений предприятий данная потребность в защите смягчается благодаря задаче, которую они должны выполнить по воле самого владельца. Деятельность, которой владелец занимается в этих помещениях, с необходимостью воздействует вовне и может поэтому касаться и интересов других лиц и общественности. Тогда логично, чтобы ведомства, уполномоченные защитить эти интересы, в определенных рамках могли контролировать деятельность и на месте и с этой целью входить в помещения. Данный целенаправленный процесс не является собственно нарушением неприкосновенности жилища. Владелец предприятия, соответственно, как правило, вход уполномоченных ведомств в помещение не будет воспринимать как вмешательство в свое право полного и беспрепятственного использования своего помещения. Его психическое сопротивление может быть направлено против самого осмотра и проверки, рассматриваемых им, например, как ненужные, обременительные и потому неприятные; в простом входе в его помещение, которое он, благодаря определению их цели, сам открыл для внешней стороны, он, как правило, не будет усматривать нарушение сферы его основных прав.

Если под углом зрения пробелов регулирования вслед за Федеральным министром юстиции исходить из того, что статья 13 абз. 3 ОЗ «с самого начала» не должна была охватить обычные права входа и осмотра, то допущение о том, что и Парламентский Совет исходил из данного «непредвзятого» способа рассмотрения, не лишено основания. Законодателю предоставляется проверить, существует ли повод в подходящее время однозначно выразить данную волю посредством новой формулировки текста Конституции.

5. Если надлежащим образом ограничить круг прав входа и осмотра деловых помещений и помещений предприятия, которые, согласно

сказанному, уже нельзя квалифицировать как «вторжения и ограничения», т. е. с учетом, в частности, ст. 2 абз. 1 ОЗ в связи с принципом соразмерности и приемлемости, то вытекает, что, в частности, следует требовать наличие следующих предпосылок:

а) особая норма закона должна дать полномочие на вход в помещение;

б) вход в помещение, осуществление осмотра и проверок должны служить разрешенной цели и быть необходимыми для ее достижения;

в) из закона должна быть четко понятна цель входа, предмет и объем допускаемого осмотра и проверки;

г) вход в помещение и осуществление осмотра и проверки допустимы только в то время, когда помещения, как правило, используются для соответствующих деловых целей или целей предприятия.

Если при наличии данных предпосылок вход в деловые помещения и помещения предприятия уполномоченными ведомствами в рамках их полномочий не может рассматриваться как нарушение права неприкосновенности жилища, то нельзя исключить, что административная деятельность, ради осуществления которой она служит, как таковая может вызвать нарекания с других конституционно-правовых точек зрения.

6. Если применить данные масштабы, то в отношении оспоренных здесь норм § 20, 17 абз. 2 ПОР нет конституционно-правовых сомнений. Они служат справедливым интересам управления и не обременяют владельца предприятия неприемлемым образом.

[...]

127) BVerfGE 103, 142

(Wohnungsdurchsuchung / Обыск жилища)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 24/2001 от 20 февраля 2001 г.

Решение от 20 февраля 2001 г.

— 2 BvR1444/00 —

Успешная конституционная жалоба против обыска жилища. Решение на основе устного слушания от 21 ноября 2000 г.

Второй Сенат ФКС сегодня объявил решение, в котором он уточнил конституционно-правовые требования к постановлениям об обыске на основе «неотложных обстоятельств» в ст. 13 абз. 2 ОЗ.

I.

Заявитель — чиновник полиции. Его ведомство проводило предварительное расследование против некоего Б. в связи с преступлением с наркотическими средствами. После того как Б. на допросе в полиции сказал, что заявитель при случайной встрече 6 марта 2000 г. рассказал ему, что телефон Б. прослушивается, против заявителя было начато предварительное расследование по подозрению в коррупции и нарушении служебной тайны. 12 апреля в 12.15 прокуратура ходатайствовала о судебском заслушании Б., которое было проведено в тот же день между 13.05 и 13.15. 13 апреля утром сожительница Б. была опрошена полицией в качестве свидетеля. Вслед за этим в 11.00 другое полицейское ведомство «по причинам объективности и нейтралитета» взяло на себя работу над предварительным расследованием. Еще до обеда прокурор по неотложным делам по телефону постановил провести обыск рабочего места, жилища, машины и личности заявителя по неотложным обстоятельствам. Согласно пометке полицейского, ведущего расследование, есть сильное подозрение нарушения истцом служебной тайны. «Нельзя исключить» получение выгоды или подкуп. В 13.00 обыскали служебный кабинет заявителя и в 14.00 — его квартиру. Полиция наложила арест на некоторые документы и дискеты. Заявитель тотчас опротестовал действие.

Следственный судья участкового суда решением от 30 мая 2000 г. подтвердил обыск и изъятие, «потому что меры были оправданы по настоящему состоянию расследования, чтобы обеспечить средства доказательства, могущие иметь значение для дальнейшего расследования». Заявитель был до того заслушан, однако его ходатайство об ознакомлении с делом было отклонено. Во время процедуры обжалования перед судом нижней инстанции прокуратура установила, что изъятые материалы и дискеты не содержат ничего важного для доказательства. Она их вернула. После ознакомления с делом заявитель для обоснования своей жалобы изложил дополнительно, что не было предпосылок для допущения наличия

неотложных обстоятельств. Из дела не вытекает, на основе каких фактов прокуратура назначила обыск. Также непонятно, какие доказательства обыск должен был обеспечить.

Решением от 19 июля 2000 г. участковый суд отклонил жалобу как необоснованную. Неотложные обстоятельства имели место; из них следует исходить, если судебское постановление на обыск нельзя получить, не угрожая цели данной процессуальной меры. Так ли это, решает чиновник, исходя из соображений служебного долга. В данном случае имелось основание для опасения, что всякое промедление может привести к уничтожению доказательств. В частности, обвинительные данные на дисках можно в течение нескольких секунд уничтожить простым нажатием клавиши. Так как получение судебного постановления могло бы привести к промедлению во времени, отказ от него не был ошибкой усмотрения. Это — неосознанное исключение судьи, тем более что можно было предвидеть, что заявитель заявит протест и вызовет более позднее решение судьи.

II.

Второй Сенат ФКС отменил оспоренные решения участкового и земельного судов в той части, которая касается обыска жилища заявителя. Они нарушают основные права заявителя, вытекающие из ст. 13 абз. 1, абз. 2 в связи со ст. 19 абз. 4 ОЗ.

1. Второй Сенат подчеркивает значение прерогативы судьи в ст. 13 абз. 2 ОЗ. Она служит превентивному контролю вторжения в основные права, связанные с обыском жилища, независимой нейтральной инстанцией. При этом судья не в последнюю очередь благодаря подходящей формулировке в постановлении на обыск должен обеспечивать, чтобы вторжение в основные права оставалось измеримым и контролируемым.

Из ст. 13 ОЗ вытекает обязанность всех государственных органов гарантировать действенность прерогативы судьи. Судьи и органы уголовного преследования должны создать предпосылки действенного контроля и посредством организационных мер. Недостатки, вытекающие, например, из того, что следственный судья в участковом суде недоступен или из-за слишком высокой загруженности не достаточно информирован, должны быть устранены. Это не может сделать один отдельный судья; рамочными условиями, которые должны к этому приспособляться, являются планы распределения дел, оснащение суда, предложения

из области образования и повышения квалификации для судей и полная информация со стороны органов расследования. Уполномоченные органы федерации и земель, отвечающие за организацию судов и правовое положение занятых там следственных судей, под углом зрения ст. 13 ОЗ обязаны создать предпосылки действительно действенного превентивного судейского контроля.

Допущение «неотложных обстоятельств» в виде исключения перекладывает компетенцию принятия постановления от судьи на органы уголовного преследования. Понятие «неотложных обстоятельств» в Основном законе поэтому следует толковать скорее в узком смысле. Постановления об обыске прокуратуры или полиции как органов уголовного преследования должны оставаться исключениями. Это вытекает уже из формулировки Основного закона, которая, в отличие от Веймарской Конституции и проекта, разработанного на озере Химзее, в явном виде включила в конституцию прерогативу судьи и исключительную норму о «неотложных обстоятельствах». Постановление на обыск органов уголовного преследования приводит к отпадению превентивного контроля вторжения в основные права со стороны нейтральной судейской инстанции. Кроме того, отсутствует минимизирующее действие письменного судейского постановления на обыск. Посредством судейского контроля задним числом вторжение в основные права не может быть отменено. С другой стороны, государство для сохранения правосудия обязано осуществить также действенное уголовное преследование. Отсюда следует, что органы уголовного преследования должны быть вправе как можно раньше принимать решение относительно «неотложных обстоятельств», чтобы действительно противодействовать опасности утраты улик.

Согласно данным масштабам следует гарантировать в рамках возможного, чтобы сохранилось правило полномочия судьи для постановления на обыск. Наличие «неотложных обстоятельств» нельзя обосновать спекуляциями, должны наличествовать относящиеся к конкретному делу факты. Также недостаточно простой возможности утраты улик. Предпосылки для неотложной ответственности не должны быть вызваны выжидаанием со стороны самих органов уголовного преследования. Они должны всегда сначала попытаться добраться до судьи. Суды, в свою очередь, должны обеспечить доступность судьи по расследованиям.

2. Из ст. 19 абз. 4 ОЗ вытекает притязание гражданина на действенный контроль государственной власти независимыми судами. Суды должны быть в состоянии проверить меры государственной власти в правовом и фактическом отношениях; они не связаны констатациями и оценками ведомств. Данная обязанность находит свою границу там, где материальное право требует от исполнительной власти принимать решения, которые не вызывают конституционно-правовые сомнения, не задавая достаточно определенных программы принятия решений. Статья 13 абз. 1 и 2 ОЗ не открывают подобный простор. Вопрос о наличии «неотложных обстоятельств» (или их наличия в момент вторжения органов уголовного преследования) подчиняется неограниченному судебному контролю. В этом смысле у органов уголовного преследования нет простора ни для усмотрения, ни для оценки. Однако суды должны при своей оценке задним числом, вторглись ли органы уголовного преследования оправданно из-за наличия «неотложных обстоятельств», учитывать их особую ситуацию. Судья не может свою оценку положения задним числом поставить на место оценки действующих чиновников. Он должен учитывать, в каких условиях чиновники принимали решение об обыске, и какие у них были временные рамки. Такие обстоятельства, как давление времени, возможность обсуждения с коллегами и вызванные ситуацией границы возможности познания, также должны быть учтены.

Требуемый конституционным правом полный судебный контроль допущения «неотложных обстоятельств» на практике возможен лишь тогда, когда действующие ведомства достаточно документируют основания своего решения. Из ст. 19 абз. 4 ОЗ вытекают поэтому для органов уголовного преследования обязанности документации и обоснования, которые только делают возможным действенный судебный контроль. Так, близко во времени должно быть изложено, на основании каких обстоятельств действующий чиновник допустил опасность утраты улик. Суд должен быть проинформирован о конкретном положении дел в момент принятия ведомственного решения. Кроме того, должно быть понятно, попытался ли чиновник связаться со следственным судьей.

На основе такой документации органы уголовного преследования должны обосновать свое постановление об обыске в последующем судебном разбирательстве. При этом они должны изложить законные предпосылки обыска и обосновать, почему судебное постановление

поступило бы слишком поздно, или же, в случае необходимости, почему не были предприняты попытки получить постановление судьи.

3. Согласно этим масштабам оспоренные решения нарушают основные права заявителя, вытекающие из ст. 13 абз. 1, абз. 2 в связи с ст. 19 абз. 4 ОЗ. Участковый суд вообще не проверил вопрос о неотлагательных обстоятельствах. Земельный суд исходил из того, что их установление находится в сфере усмотрения прокуратуры, издавшей постановление о проведении обыска. Как излагает Второй Сенат, он тем самым нарушил свой масштаб проверки, нарушая таким образом основные права. Кроме того, земельный суд при толковании понятия «неотложные обстоятельства» не учел конституционно-правовые нормы ст. 13 ОЗ. В частности, он не выяснил, по каким причинам прокуратура здесь усмотрела неотложные обстоятельства.

128) BVerfGE 109, 279

(Großer Lauschangriff / Большое наступление посредством прослушивания жилища)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 22/2004 от 3 марта 2004 г.

Решение от 3 марта 2004 г.

– 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 –

Конституционные жалобы против прослушивания жилища (так называемая «Большая прослушка») частично удовлетворены

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда в объявленном сегодня решении установил, что произведенное в ст. 13 абз. 3 ОЗ в 1998 г. изменение Конституции само по себе не является неконституционным:

Статья 13 абз. 3 ОЗ совместима со ст. 79 абз. 3 ОЗ. В отличие от этого значительная часть норм Уголовно-процессуального уложения (УПУ) в отношении проведения прослушивания жилища с целью уголовного преследования является неконституционной: § 100с абз. 1 № 3, § 100d

абз. 3, § 100d абз. 5 предл. 2 и § 100f абз. 1 УПУ несовместимы со ст. 13 абз. 1, ст. 2 абз. 1 и ст. 1 абз. 1 ОЗ, § 101 абз. 1 предл. 1 и 2 УПУ, кроме того, несовместимы со ст. 19 абз. 4 ОЗ; § 101 абз. 1 предл. 3 УПУ несовместим со ст. 103 абз. 1 ОЗ и § 100d абз. 4 предл. 3 в связи с § 100b абз. 6 УПУ несовместим со ст. 19 абз. 4 ОЗ в соответствии с приведенными основаниями. Законодатель обязан в срок до 30 июня 2005 г. привести в соответствие с ОЗ нормы УПУ. До этого срока все обжалованные нормы могут применяться в соответствии с приведенными основаниями, если будет обеспечено, что при проведении прослушивания сохраняется защита достоинства человека и соблюдается принцип соразмерности.

В отдельности речь идет о следующем:

В результате изменения Основного закона в ст. 13 ОЗ — основном праве неприкосновенности жилища — были включены абзацы с 3 до 6, прежний абзац 3 стал абзацем 7 ст. 13 ОЗ. Законодатель тем самым хотел прежде всего создать возможность борьбы с организованной преступностью. Согласно ст. 13 абз. 3 ОЗ сейчас возможно акустическое слежение за жилищем с целью уголовного преследования. Предпосылкой этого является, чтобы некоторые факты обосновали подозрение, кто-то совершил определенное в законе в отдельности особо тяжкое преступление, чтобы обвиняемый предположительно находился в жилище и чтобы расследование обстоятельств дела иным способом несоразмерно осложнилось бы или было бы бесперспективным.

Статья 13 абз. 3 ОЗ получила свое оформление в простом законе благодаря Закону об улучшении борьбы с организованной преступностью. Центральным положением этого закона является § 100c абз. 1 № 3 Уголовно-процессуального уложения. Согласно ему в жилище может прослушиваться и записываться непублично произнесенное слово обвиняемого, если определенные факты обосновывают подозрение, что он совершил одно из деяний, описанных в перечне (каталоге), предусмотренном данной нормой. Полномочие на назначение мер прослушивания находится в руках палаты по защите государства земельного суда, при неотложных обстоятельствах — ее председателя. Дальнейшие нормы регулируют, в частности, запреты на соби́рание и использование доказательств и обязанности по уведомлению затронутого лица. Кроме того, открывается возможность использования собранных данных в других делах.

Заявители усматривают ущемление своих основных прав, в частности, вытекающих из ст. 1 абз. 1 и 3, ст. 13 абз. 1 в связи со ст. 19 абз. 2 и ст. 79 абз. 3, ст. 19 абз. 4 и ст. 103 абз. 1 ОЗ. Для ознакомления с подробностями дела указывается на Сообщение для печати № 46/2003 от 13 июня 2003 г.

В основании решения говорится:

I.

Статья 13 абз. 3 ОЗ, позволяющая законодателю предусмотреть полномочия для прослушивания жилища с целью уголовного преследования, совместима со ст. 79 абз. 3 ОЗ. Статья 79 запрещает лишь внесение изменений в конституцию, которые затрагивают изложенные в ст. 1 и 20 ОЗ принципы. К ним относится требование уважения и защиты достоинства человека (ст. 1 абз. 1 ОЗ). Данная гарантия имеет широкое действие. Она распространяется на все нормы Основного закона и тем самым и на изменения Конституции, при этом изменяющий конституцию законодатель не должен об этом специально указывать. Так как изменение ст. 13 ОЗ оставило без изменений гарантию ст. 1 абз. 1 ОЗ, Основной закон лишь ограниченно позволяет принимать меры прослушивания, а именно такие, которые сохраняют достоинство человека. Поэтому требуется строгое, ориентированное на достоинство человека толкование ст. 13 абз. 3 ОЗ.

1. Неприкосновенность жилища имеет тесную связь с достоинством человека и с конституционно-правовым требованием безусловного уважения сферы исключительно частного — «сугубо личного» — развития. Доверительная коммуникация нуждается в пространственной защите, которой граждане могут доверять. Для отдельного человека право быть оставленным в покое должно обеспечиваться именно в его частных жилых помещениях, и причем без страха, что государственные органы следят за развитием его личности в центральной области частной жизни. В эту центральную область не должно вторгаться прослушивание жилища, даже в интересах эффективности уголовного преследования и исследования истины. Взвешивание неприкосновенности жилища и интереса в преследовании уголовных преступлений согласно принципу соразмерности в этом смысле не проводится. Даже подавляющие интересы общности не могут оправдать вмешательство в эту свободу развития в сугубо личных делах.

2. Однако не всякое прослушивание жилища нарушает достоинство человека. Так, беседы о совершенных преступлениях по своему содержанию не относятся к абсолютно защищенной центральной области частной жизни.

Направленное в таких случаях на прослушивание жилища законное полномочие должно при соблюдении принципа ясности норм содержать дальнейшие гарантии неприкосновенности достоинства человека. Риск его нарушения следует исключить. Кроме того, полномочие должно соответствовать предпосылкам обстоятельств дела по ст. 13 абз. 3 ОЗ и остальным положениям Конституции. Требования к правомочности прослушивания жилища тем более строги, чем выше риск, что благодаря ему могут быть охвачены беседы сугубо личного характера. Так, прослушивание изначально не может проводиться в ситуациях, в которых есть улики, что достоинство человека нарушается данной мерой. Если прослушивание вдруг приводит к установлению абсолютно защищенной информации, оно должно прекратиться, и записи должны быть удалены; всякое использование подобных установленных в рамках уголовного преследования абсолютно защищенных данных исключается.

Риск установить подобные данные, как правило, существует при прослушивании бесед с ближайшими членами семьи, прочими близкими и людьми, с которыми имеются особо доверительные отношения (как, например, священниками, врачами и защитниками по уголовным делам). Относительно данного круга лиц меры прослушивания могут быть приняты лишь при наличии конкретных улик, что содержание беседы между обвиняемым и этими людьми не требуют абсолютной защиты, так, например, при соучастии собеседников в уголовном деле. Улики, что ожидаемые беседы по их содержанию будут иметь непосредственную связь с преступлением, должны существовать уже в момент постановления. Они не могут обосновываться лишь в результате прослушивания жилища. Есть презумпция того, что беседы с наиболее близкими людьми в частной квартире относятся к центральной области частной жизни. Беседы в помещениях предприятий или в деловых помещениях хотя также подпадают под защиту ст. 13 абз. 1 ОЗ, однако при отсутствии связи конкретной беседы с центральной областью защиты личности они не затрагивают лежащего в основе всякого основного права принципа защиты достоинства человека.

II.

Основанное на ст. 13 абз. 3 ОЗ законное полномочие на проведение прослушивания жилища (§ 100с абз. 1 № 3, абз. 2 и 3 УПУ) и дальнейшие связанные с этим нормы в существенных частях являются неконституционными.

1. Так, законодатель не конкретизировал должным образом с конституционно-правовой точки зрения запреты на прослушивание и сбор данных в § 100d абз. 3 УПУ под углом зрения центральной области частной жизни. Прослушивание должно быть исключено, если обвиняемый находится в жилище один со своими наиболее близкими членами семьи и нет никаких улик относительно их соучастия в преступлении. Не хватает и достаточных мер закона относительно того, что прослушивание прекращается, если неожиданно наступит ситуация, которую следует причислить к центральной области частной жизни. Не хватает также запрета использования и запрета незамедлительного уничтожения информации, собранной противоправным путем. Кроме того, должно быть обеспечено, чтобы информация из неприкосновенной области частной жизни не использовалась ни во время рассмотрения дела по сути, ни становилась отправной точкой дальнейших расследований.

2. Согласно ст. 13 абз. 3 ОЗ подобное прослушивание может использоваться только относительно особо тяжких, перечисленных в законе преступлений. Особая тяжесть дана лишь в том случае, если законодатель назначил для преступления более высокое наказание, чем пять лет лишения свободы. Ряд названных в § 100с абз. 1 № 3 так называемых преступлений из каталога не удовлетворяет данным требованиям. Они поэтому исключаются как повод для прослушивания жилища.

3. Основное право неприкосновенности жилища должно быть обеспечено и с точки зрения процедурного права, так, в частности, путем включения судьи (§ 100d абз. 2 и 4 предл. 1 и 2 УПУ). Сенат конкретизировал более подробно требования к содержанию и письменному обоснованию судебного постановления. Так, в постановлении следует определить род, продолжительность и объем меры. При — принципиально возможно — продлении изначально назначенного срока прослушивания прокуратура и суд несут связанные с этим обязанности проверки и обоснования. Суд также должен быть привлечен к обеспечению запретов на использование улик.

4. Регулирование относительно обязанности уведомления участников (§ 101 УПУ) лишь частично совместимо с ОЗ. Носители основных прав имеют притязание на то, чтобы принципиально быть проинформированными о мерах прослушивания жилища. Наряду с обвиняемым следует уведомить владельца и жителей квартиры, в которой были проведены меры прослушивания. Это касается и затронутых третьих лиц, если только расследования относительно их имен и адресов не усугубляют вторжение в право личности.

Названные в § 101 абз. 1 предл. 1 УПУ основания отсрочки уведомления в порядке исключения лишь отчасти соответствуют Конституции. Не вызывает сомнения отсрочка уведомления, если иначе цель расследования или жизнь и здоровье некоторого лица подвергаются опасности. В отличие от этого недостаточна угроза — лишь в общих чертах упомянутой — общественной безопасности или возможность дальнейшего использования агента, работающего под прикрытием, чтобы отложить уведомление. Кроме того, нарушается притязание на правовое заслушивание перед судом (ст. 103 абз. 1 ОЗ), если после публичного предъявления обвинения суд, ведущий разбирательство, принимает решение об отсрочке уведомления, и ему, таким образом, становятся известны факты, которые остаются закрытыми для обвиняемого.

5. Положения закона о правовой защите задним числом затронутых лиц, включая затронутых третьих лиц, соответствуют конституционно-правовым требованиям.

6. Регулирование об использовании информации, относящейся к персональным данным о личности, в других делах (§ 100d абз. 5 предл. 2 и § 100f абз. 1 УПУ) большей частью соответствуют Конституции. Однако ограничительное толкование приводит к тому, что сведения могут использоваться только для расследования других, столь же тяжких преступлений из перечня и, в отдельных случаях, для защиты от угроз правовым ценностям высокого ранга. Цель использования должна быть совместима с изначальной целью прослушивания. Неконституционным является отсутствие обязанности маркировки переданной информации.

7. Несовместимыми со ст. 19 абз. 4 ОЗ являются нормы об уничтожении данных (§ 100d абз. 4 предл. 3, § 100б абз. 6 УПУ). Законодатель не согласовал в достаточной мере друг с другом интерес в уничтожении данных и требование эффективной правовой защиты относительно

прослушивания жилища. В той мере, в которой данные в интересах судебного контроля должны быть еще доступными, их нельзя уничтожить, но их надо закрыть. Кроме того, они не могут быть использованы для иной цели, кроме информации затронутого лица и судебного контроля.

III.

Г-жи судьи Егер и Хоманн-Деннхардт приложили к решению особое мнение.

По их взгляду, уже статья 13 абз. 3 ОЗ несовместима со ст. 79 абз. 3 ОЗ и потому ничтожна. Они выступают за то, чтобы ст. 79 абз. 3 ОЗ толковать строго и неотступно. Сегодня, когда уже привыкли к безудержному использованию технических возможностей и даже личная интимная сфера, манифестируемая в собственных четырех стенах, уже не является табу, перед которым потребность в безопасности должна остановиться, речь идет о том, чтобы противостоять уже не только началу демонтажа конституционных позиций основных прав, а их горькому концу, когда созданный таким развитием образ человека уже не соответствует свободной демократии, основанной на правовом государстве. Статья 13 абз. 3 ОЗ переходит ту материальную грань, которую устанавливает ст. 79 абз. 3 ОЗ для вмешательств в неприкосновенность жилища согласно ст. 13 абз. 1 ОЗ.

Норма основного права в своей формулировке не содержит ограничений, которые могли бы обеспечить, чтобы использование прослушивания в частной квартире сохранило бы находящуюся под защитой неприкосновенную центральную область частной жизни. Также находится под вопросом, хотел ли законодатель сделать подобное ограничение. В процедуре законотворчества предложения об изменениях, нацеленные на их включение, были отклонены большинством голосов с тем аргументом, что этим эффективность инструмента расследования полностью ставится под вопрос. Так, сугубо личная беседа с членами семьи и близкими лицами осталась благодаря меняющему конституцию законодателю незащищенной ст. 13 абз. 3 ОЗ, так как ее можно прослушивать при помощи технических средств и только ее использование находится под вопросом, согласно закону и с точки зрения соразмерности. Следствием этого является то, что право родственников отказаться от дачи показаний частично подрывается, а неподозреваемые собеседники обвиняемого становятся объектами государственного уголовного преследования посредством использования господствующей в частной квартире атмосферы доверия.

Введенная в результате изменения в конституцию норма ст. 13 абз. 3 ОЗ не может быть укоренена в Конституции посредством содержательно-го или систематического толкования Конституции. Изменение в Конституции следует согласно ст. 79 абз. 3 ОЗ измерять в соответствии с принципами, изложенными в ст. 1 и ст. 20 ОЗ, а не, напротив, толковать их согласно заданным ими масштабам, чтобы лишь таким путем, отклоняясь от их буквы, привести их в соответствие с Конституцией.

Большинство Сената также исходит из того, что статья 13 абз. 3 ОЗ, взятая сама по себе, не находится в соответствии со ст. 79 абз. 3 ОЗ. Вследствие этого большинство Сената с помощью систематического толкования Конституции с привлечением содержания принципа защиты достоинства человека, изложенного в ст. 13 абз. 1 ОЗ, устанавливает в ст. 13 абз. 3 ОЗ дальнейшие, неписанные, границы и ограничивает тем самым полномочие на прослушивание жилища за пределами писанного текста. Но таким образом содержание принципа защиты достоинства человека в нормах о защите жилища утрачивает свою запретительную силу в отношении изменения Конституции и служит уже только как помощь при такой ее интерпретации, при которой неконституционному в остальном изменению Конституции придается конституционный статус. Именно то, что в норме и не написано, позволяет ей преодолеть преграду ст. 79 абз. 3 ОЗ. Распределение компетенций в Основном законе и принцип ясности норм правового государства запрещают Федеральному Конституционному суду сузить конституционные нормы до такой степени, чтобы они могли преодолеть преграду ст. 79 абз. 3 ОЗ, но затем, в качестве компенсации, критиковать нормы простого закона, основанные на полномочии на вторжение, выраженное в измененной конституционной норме, за несоответствие Конституции. Изменения в Конституции следует понимать буквально.

Произведя конституционность нормы, меняющей конституцию, посредством ее толкования в соответствии с Конституцией, большинство Сената, кроме того, недопустимым образом сужает область действия ст. 79 абз. 3, так как таким путем установленные ею преграды для изменения Конституции действуют уже только там, где законодатель пытается полностью отменить ст. 1 или ст. 20 ОЗ. Ст. 79 абз. 3 ОЗ, однако, простирается дальше. Ибо создатели Основного закона уже исключили как недопустимое изменение Конституции, касающееся принципов, изложенных

в этих статьях. Если это так, то нет больше места для конституционного толкования, которое недопустимому изменению Конституции задним числом придает конституционность.

129) BVerfGK 13, 482

(Durchsuchung der Anwaltskanzlei / Обыск в адвокатской конторе)

Решение 3-й палаты Второго Сената от 5 мая 2008 г.

– 2 BvR 1801/06 –

ОСНОВАНИЕ

I.

Конституционная жалоба касается уголовно-процессуального обыска в помещениях адвоката, работающего защитником.

[...]

III.

[...]

2. Обыск использованных в профессиональных целях помещений вторгается тяжким образом в основное право из ст. 13 абз. 1 ОЗ (BVerfGE 97, 228 [265]; постоянная судебная практика). Даже если подобный обыск не затрагивает непосредственно охранительную область свободы выбора профессии согласно ст. 12 абз. 1 ОЗ (BVerfGE 97, 228 [253 и далее]; 113, 29 [48]), органы уголовного преследования должны учитывать размер — косвенного — ущемления профессиональной деятельности затронутого лица (BVerfGE 113, 29 [48 и далее]). Выдающееся значение профессиональной деятельности адвоката для правосудия и сохранения прав его мандантов (BVerfGE 44, 353 [372 и далее]; 110, 226 [251 и далее]) требует особо тщательного соблюдения предпосылок вторжения и принципа соразмерности, даже если изъятие и направленный на него обыск у адвоката, который выступает защитником по уголовным делам, не принципиально исключается § 97 УПК, если он сам является обвиняемым в возбужденном против него уголовном деле (Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, § 97 Rn. 4).

Нарушение данных требований имеет место, если нельзя найти предметно понятные основания обыска. То, что судья по расследованиям самостоятельно и ответственно проверял наличие предпосылок вторжения

(ср. BVerfGE 103, 142 [151 и след]), должно быть отражено в решении. Требуется изложение вменяемого обвиняемому поведения, выполняющего состав уголовного закона. [...]

3. Оспоренное решение об обыске не удовлетворяет данным требованиям.

а) Обыск в конторе и в жилище заявителя не был необходим, чтобы подтвердить подозрения в совершении преступления.

Вменяемые истцу высказывания вытекали из документа судебного дела, доступного органам расследования. Копии документов, остающиеся у адвоката, не потребовались для доказательства вменяемых ему высказываний, ибо не было сомнений в том, что вменяемые ему высказывания действительно были сделаны истцом. Нахождение возможного оправдательного материала в документах истца также не может оправдать вторжение в основные права; истец мог самостоятельно предъявить такой материал в рамках своей защиты. Основания того, что истец мог сохранить документы об основаниях своих высказываний в деле в своем частном жилище, решение об обыске не называет, они и так не очевидны.

б) Оспоренные решения не позволяют понимать, что судьи осуществили взвешивание затронутых основных прав и тяжести обвинения в деянии.

При этом имел место особый повод для разборки в связи с деятельностью истца как защитника, ибо уголовное деяние, из-за которого велось расследование в отношении него, находилось в теснейшей связи с этой деятельностью. Обыск был нацелен конкретно на дела защитника по делу манданта Н., так как основание высказываний истца должно было быть выяснено в особом документе по делу. Вопрос содержательной правильности сделанных истцом высказываний, которые ему вменяли, был предметом расследуемого дела против истца. Права манданта и доверительные отношения с его адвокатом были поэтому затронуты особым образом. Ввиду возможности получить в результате расследований по делу оскорбления судьи доступ к документам защитника, которые иначе [...] были бы недоступными для органов расследования, потребовались бы особенно тщательная проверка и обоснование.

При этом следовало бы учитывать и малое доказательное значение разыскиваемых документов для расследования. Ибо доказуемая неправильность высказываний не является релевантной во всяком случае для состава § 185 УПУ. Основанием обвинения в оскорблении было не оспаривание

определенных фактов истцом, а его, по мнению органов расследования, приписывание суду осознанной подтасовки обстоятельств в ущерб его манданту.

В основе оспоренного решения об обыске не лежит взвешивание, учитывающее эти моменты.

IV.

Оспоренные решения отменяются согласно § 95 абз. 2 предл. 1 ФЗКС. Дело направляется в земельный суд, который еще должен будет принять решение об издержках истца [...].

§ 25. Гарантии права собственности, экспроприация, компенсации (Ст. 14 Основного закона)

130) BVerfGE 14, 263

(Feldmühle-Urteil / Решение Фельдмюле)

1. Реализуя полномочие, данное ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ определить содержание и границы собственности, законодатель должен учитывать как ценностное решение Основного закона в пользу собственности, так и все остальные нормы Конституции, в частности, принцип равенства, основное право на свободное развитие личности и принцип правовой и социальной государственности.

2. Нормы акционерного права из-за своего амбивалентного характера не противоречат Основному закону только потому, что не исключают злоупотребления, если имеются действенные возможности защиты от него. Данная возможность существует относительно реорганизации компании на основе большинства акций, потому что оно вследствие одного только соответствия формальным предпосылкам не освобождено от применения в связи с злоупотреблением.

Решение Первого Сената от 7 августа 1962 г.

– 1 BvL 16/60 –

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ

§ 15 Закона о реорганизации капитальных обществ и горно-промышленных союзов от 12 ноября 1956 г. (Bundesgesetzbl. I S. 844) в той

мере, в которой он разрешает перенос имущества акционерного общества на акционерное общество, в руках которого находится более трех четвертей основного капитала, совместим с Основным законом.

ОСНОВАНИЕ

[...]

В.

[...]

II.

Суд, который обратился с запросом, считает реорганизацию на основе большинства акций в руках одного общества несовместимой со ст. 14 абз. 1 ОЗ, так как — принципиально неотчуждаемое — акционерное право миноритарного акционера уничтожается.

Акция гарантирует акционеру, наряду с правами участия в управлении обществом, имущественно-правовые притязания на участие в прибыли, в случае необходимости на приобретение акций новых выпусков и на квоту при ликвидации. В этом смысле она является собственностью, опосредованной нормами корпоративного права. В качестве собственности (ср. BVerfGE 4,7 [26]) она находится под защитой ст. 14 ОЗ.

1. Суд, который обратился с запросом, оправданно отрицает, что § 15 Закона о реорганизации представляет собой или разрешает экспроприацию в смысле ст. 14 абз. 3 ОЗ. Экспроприация всегда должна исходить от государства или же уполномоченного на применение мер государственного принуждения предпринимателя. Если законодатель принципиально дает общему собранию полномочие принимать решение о преобразовании на основе большинства акций, то оно не дает полномочие на экспроприацию, а всего лишь уполномочивает общее собрание на преобразование частнопроводимого отношения между акционерами.

Решение суда, ведущего торговый реестр, о внесении записи о преобразовании также не является государственным вторжением в собственность миноритарных акционеров; оно не является правоустанавливающей мерой, а лишь констатирует, что нет правовых преград для регистрации.

Предоставление общему собранию полномочия на преобразование также не является «экспроприацией посредством закона», ибо сам закон о преобразовании не вторгается непосредственно в существующие

права. Он вообще разграничивает на случай преобразования полномочия большинства и меньшинства внутри акционерного общества; подобное правовое установление само по себе еще не является экспроприацией.

2. Масштабом для проверки конституционности § 15 с точки зрения собственности является, таким образом, только статья 14 абз. 1 ОЗ.

Собственность, как и свобода, является базовым основным правом; признание ее является ценностным решением Основного закона, обладающим особым значением для социального правового государства. Собственность является наиболее важным правовым институтом для разграничения частных имущественных сфер. Она нуждается в особом оформлении со стороны правопорядка. В соответствии с этим статья 14 абз. 1 ОЗ содержит полномочие законодателя определить содержание и границы собственности. Согласно формулировке ст. 14 абз. 1 предл. 2 может показаться, что регулирующему полномочию законодателя не положены какие-либо границы. Однако само собой разумеется, что каждое законное определение содержания и границ должно учитывать как основополагающее ценностное решение Основного закона в пользу частной собственности в принятом смысле (ср. BVerfGE 1, 264 [276]; 4, 219 [240]), так и находиться в соответствии с остальными нормами Конституции, то есть, в частности, с принципом равенства, с основным правом на свободное развитие личности и принципами правовой и социальной государственности.

а) Воплощенная в акции корпоративная собственность не обязательно охраняется в своем составе от решений большинства.

[...]

(2) Главным случаем применения реорганизации акционерного общества по решению большинства в другое акционерное общество является преобразование внутри одного концерна; господствующее акционерное общество использует реорганизацию на основе большинства капиталов, чтобы, исключая меньшинство, полностью взять в свои руки компанию.

Оценка концерна под углом зрения экономической и социальной политики является двойственной. Концентрация экономической и финансовой власти включает в себя опасности, с другой стороны, она позволяет осуществить рационализацию и, тем самым, повышение и удешевление производства, которые желательны и неизбежны, в частности в условиях острой международной конкуренции. Действующее хозяйственное

и налоговое право признает концерны, но не регулирует в отдельности их правовые отношения.

[...]

В принципиальном допущении концернов заключается принципиальное признание их предпринимательской свободы. Этим еще не сказано, что законодатель может дать предпочтение данной предпринимательской свободе также и при внутреннем устройстве концерна перед правом миноритарных акционеров на долю в имущественной субстанции и на равное обращение. Таким образом, решается вопрос, может ли закон отдать предпочтение «интересу концерна» перед интересами отдельного общества, то есть при рассмотрении в рамках подконтрольного общества: интересу мажоритарного акционера перед интересом миноритарных акционеров.

[...]

Тем не менее нельзя констатировать, что законодательное решение нарушет Основной закон. Законодатель может по важным причинам общего блага считать, что защита собственности миноритарных акционеров должна уступать интересам общественности в свободном развертывании предпринимательской инициативы в концерне.

[...]

(3) Предпосылкой допустимости данной законодательной оценки является, однако, чтобы оправданный интерес меньшинства, вынужденного покинуть акционерное общество, сохранился. Сюда относится, с одной стороны, чтобы у него были действенные средства правовой защиты против злоупотребления экономической властью; с другой — надо заботиться о том, чтобы оно за утрату своей правовой позиции получило полную экономическую компенсацию. Данные условия, однако, выполняются при преобразовании на основе решения большинства капиталов [...].

[...]

131) BVerfGE 21, 73

(Grundstücksverkehrsgesetz / Закон об обороте земельных участков)

1. О пределах полномочия законодателя на определение содержания и границ собственности (ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ).

2. § 9 абз. 2 № 1 Закона об обороте земельных участков совместим с Основным законом.

3. В разрешении, согласно данной норме, не может быть отказано только потому, что правовая сделка для приобретателя представляет собой вложение капитала.

**Решение Первого Сената от 12 января 1967 г.
– 1 BvR169/63 –**

[...]

ОСНОВАНИЕ

A.

Истец — по профессии адвокат, профессор и консультант предприятий — купил земельный лесной участок площадью 34 га по покупочной цене 290000 немецких марок. Уполномоченное сельскохозяйственное ведомство отказало в разрешении согласно Закону об обороте земельных участков от 28 июля 1961 г. (BGBl. I S. 1091) — ЗОЗУ, так как приобретатель не является ни фермером, ни лесником. У продавца есть право продать лес без получения разрешения государственному управлению лесами в Северном Рейне-Вестфалии.

[...]

B.

[...]

III.

[...]

Согласно § 9 абз. 1 № 1 ЗОЗУ следует отказать в разрешении, если продажа означает нездоровое распределение земли. По своему материальному содержанию данный юридический состав содержит законное ограничение полномочия продажи и права приобретения сельскохозяйственных и лесных земельных участков. Таким образом, речь идет о норме, определяющей содержание правового института собственности. Норма поэтому относится к охранительной области ст. 14 ОЗ и должна быть измерена по ней.

1. Статья 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ требует, чтобы содержание и границы собственности определились законодателем. Такой закон должен формально и материально соответствовать Конституции (BVerfGE 14, 263 [278]).

а) Нападки истца, направленные против формального воплощения § 9 абз. 1 № 1 ЗОЗУ, необоснованны.

С точки зрения конституционного права нельзя критиковать, что законодатель в этой норме использует неопределенное правовое понятие (BVerfGE 3, 225 [243]; 13, 153 [161]). Можно оставить в стороне вопрос о том, было ли возможно разделить обобщенные в § 9 абз. 1 № 1 ЗОЗУ фактические обстоятельства на несколько специальных юридических составов. На усмотрение законодателя оставлен вопрос о том, использует ли он при установлении законного состава понятие, охватывающее определенный круг обстоятельств, или устанавливает узко очерченные юридические составы. Федеральный Конституционный Суд может лишь проверить, соблюдал ли он при этом границы, установленные для него Конституцией. Это имеет место.

Принципиальная допустимость неопределенных правовых понятий не освобождает законодателя от необходимости сформулировать норму таким образом, чтобы она отвечала принципам правового государства о ясности норм и применимости. Ее предпосылки и содержание должны быть сформулированы таким образом, чтобы затронутые ею лица могли понимать правовое положение и соответствующим образом строить свое поведение. Кроме того, принцип законности государственного управления требует, чтобы сам законодатель содержательно нормировал отдельные полномочия и обязанности, олицетворяющие воплощение собственности; он не может, если подобная норма одновременно выступает материальной основой и масштабом проверки для ведомственной процедуры выдачи разрешений, оставить ее на усмотрение администрации. В области права оборота земельных участков поэтому препятствия для продажи и приобретения должны вытекать из самого закона; они не могут устанавливаться администрацией и судами по их представлениям. Этим требованиям § 9 абз. 1 № 1 ЗОЗУ еще соответствует.

Следует согласиться с истцом, что толкование и применение не очень точного понятия «нездоровое распределение земли» в некоторых направлениях вызывает сомнения. Тем не менее из целевой установки закона, предметной взаимосвязи норм и пояснений в § 9 абз. 2 ЗОЗУ можно в достаточной мере понять цель и содержание и получить объективные критерии, исключающие произвольное применение ведомствами и судами.

[...]

б) § 9 абз. 1 № 1 ЗОЗУ при правильном толковании соответствует и по своему материальному содержанию Конституции.

Задача законодателя, порученная ему в ст. 14 абз. 2 предл. 2 ОЗ, определить содержание и границы собственности не является неограниченной. Он должен учитывать основополагающее содержание гарантии собственности ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ и остальные нормы Конституции (BVerfGE 14, 263 [278]; 18, 121 [132]).

Основной закон, вопреки взгляду истца, не требует, чтобы оборот сельских участков был столь же свободным, как оборот всякого другого «капитала». То обстоятельство, что земля является ограниченным и необходимым ресурсом, запрещает, чтобы ее использование было предоставлено непредсказуемой игре свободных сил и произволу отдельного человека; справедливый правовой и общественный порядок заставляет, наоборот, в гораздо большей мере выражать интересы общественности относительно земли, чем относительно других имущественных ценностей. Землю нельзя просто ставить в один ряд с другими имущественными ценностями ни по ее народнохозяйственному, ни по ее социальному значению; с ней в правовом обращении нельзя поступить как с простым движимым товаром. Из ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ в связи со ст. 3 ОЗ поэтому нельзя выводить обязанность законодателя все имущественные блага, которые можно измерить в денежном эквиваленте, подчинить одинаковым правовым принципам. Неверно также, что денежный капитал дискриминируется по отношению с капиталом, вложенным в сельскохозяйственное и лесное земельное имущество.

Сам Основной закон предоставил законодателю относительно широкий простор для оформления определения содержания собственности в ст. 14 абз. 12 ОЗ. Согласно ему собственность не только обязывает, «её использование должно одновременно служить благу общественности». То, что создатель Конституции здесь прежде всего имел в виду землеустройство, вытекает однозначно из материалов (Парламентский совет, 8-е заседание Комитета по основным вопросам, стенографический протокол (ParlRat, 8. Sitzung des Grundsatzausschusses, Sten.Prot.) стр. 62 и далее). Требование социально справедливого использования является не только указанием для конкретного поведения собственника, но в первую очередь руководящим правилом для законодателя, который при регулировании содержания собственности должен учитывать общее

благо. В этом заключается отказ от порядка собственности, в котором индивидуальный интерес имеет абсолютное преимущество перед интересами общественности. В рамках данного основополагающего ценностного решения держится § 9 абз. 1 № 1 ЗОЗУ, когда он не одобряет продажи земли, означающие нездоровое распределение земли в вышеизложенном смысле.

[...]

2. Если, согласно этому, § 9 абз. 1 № 1 ЗОЗУ и является конституционным, то его толкование и применение Федеральным Верховным судом в оспоренном решении не могут быть одобрены.

Федеральный Верховный Суд в своей судебной практике верно исходит из того, что юридический состав в § 9 абз. 1 № 1 ЗОЗУ должен быть узко истолкован. Он обращает внимание на то, есть ли потребность в сельскохозяйственных или лесных участках у других предприятий; но он одобряет приобретение лицами, не являющимися ни фермерами, ни лесниками тогда, когда ни фермеры, ни лесники не заинтересованы в приобретении продаваемых участков. Однако Федеральный Верховный Суд не распространяет данное ограничительное действие на случай, когда приобретение является «чистым вложением капитала». Подобное приобретение означает, по его мнению, нездоровое распределение земли, «без учета того, должен ли использоваться продаваемый участок для улучшения аграрной структуры». Если у закона действительно было бы такое содержание, он не находился бы в соответствии со ст. 14 абз. 2 предл. 2 ОЗ.

Законодательные ограничения собственности должны быть необходимыми исходя из регулируемой предметной области; они не могут простираться дальше, чем простирается защитная цель, которой служит норма. Граница была бы пройдена, если приобретение земли было бы запрещено только потому, что для приобретателя является вложением капитала. Федеральный Верховный Суд неоправданно обращает внимание на мотив приобретения, а не на то, что только и может быть решающим — на последствия правовой сделки для аграрной структуры. Мотив приобретения сам по себе не может быть точкой зрения, оправдывающей ограничения собственности. Защитная цель, которой служит право в области оборота земельных участков, не требует подобного ограничения.

[...]

132) BVerfGE 25, 112

(Niedersächsisches Gesetz / Нижнесаксонский закон)

К вопросу о том, при каких предпосылках законодатель может запретить застройку земельного участка на защитной плотине.

Решение Первого Сената от 15 января 1969 г.

– 1 BvL 3/66 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

А.

§ 14 абз. 1 и 2 Нижнесаксонского закона о защитных плотинах от 1 марта 1963 г. [...] — НЗЗП — гласит:

(1) Любое использование защитной плотины (пользование и использование), кроме как в целях сохранения защитной плотины, ее носителем запрещено. Соответственно это относится и к естественным возвышениям земли, которые расположены по ходу пролегания защитной плотины и выполняют ее цель.

(2) Нижнее ведомство по защитным плотинам может дать разрешение на освобождение от запрета абз. 1 в порядке исключения. Строительство или расширение зданий оно может разрешить лишь в особых случаях общественной или общеэкономической необходимости с согласия высшего ведомства по защитным плотинам, если сохраняется безопасность защитной плотины.

[...]

[...]

В.

[...]

III.

Запрет строительства § 14 абз. 1 предл. 1 НЗЗП является допустимым определением содержания собственности в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ.

1. Законодатель при выполнении вытекающего для него из ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ поручения определить содержание и границы собственности стоит перед задачей привести в справедливый баланс пространство свободы отдельного человека в сфере системы собственности и интересы

общественности. Для этого сам Основной закон в ст. 14 абз. 2 задал законодателю обязательное руководящее правило (BVerfGE 21, 73 [83]). Он должен при регулировании содержания собственности учитывать благо общественности и ориентировать полномочия и обязанности собственника на принцип социального государства. Это относится — как было изложено в вышеназванном решении — прежде всего к нормам, касающимся земли. С другой стороны, следует учитывать, что полномочие законодателя в регулировании не является безграничным: законодатель должен сохранить основное содержание гарантии собственности, но и находиться в соответствии с остальными конституционными нормами. Поэтому законодательные ограничения собственности должны быть необходимыми, исходя из предметной области регулирования, и сами по своему воплощению соответствующими предмету. Ограничения полномочий собственника не должны простирается дальше защитной цели, которой служит регулирование (BVerfGE 21, 73 [82 f., 86]; 21, 150 [155]; ср. также решение от 18 декабря касательно Гамбургского закона об устройстве защитных плотин, стр. 33). Основополагающее ценностное решение Основного закона в смысле социально связанной частной собственности требует, таким образом, при регулировании содержания собственности привести в равновесное состояние интересы общества и индивидуальные интересы. Благо общества является точкой ориентирования, но и границей для ограничений собственника. С данными принципами § 14 абз. 1 предл. 2 в связи с абз. 2 НЗЗП находится в соответствии.

[...]

3. Суд, направивший запрос, усматривает в общем запрете законодателя Нижнесаксонского закона о защитных плотинах застройки защитной плотины в частных интересах чрезмерное ограничение правового положения собственников. Исходя из взаимосвязи его изложения он очевидно считает, что создание построек в принципе должно быть допустимым и может быть запрещено только тогда, когда в конкретном случае может возникать угроза безопасности защитной плотины. С точки зрения конституционного права здесь ставится вопрос, совместимо ли со ст. 14 абз. 1 предл. 2 то, что законодатель установил общий запрет строительства, а не просто *оговорку* о запрете для конкретного случая возникновения опасности для защитной плотины. С мнением суда, который прислал запрос, нельзя согласиться.

4. Защитные плотины служат защите от угроз (ср. § 2 НЗЗП). Данное целевое назначение с необходимостью должно воздействовать на правовое положение отдельных собственников, земельные участки которых входят в защитную плотину. Соответствующий земельный участок как бы поставлен на службу данной задаче. Размер потенциальной опасности и значение защиты для общего блага делают в большой степени невозможным ставить защиту от опасности в зависимость от собственника, имеющего полномочия на распоряжение. Поэтому, по сути дела, оправданно ограничить права на землю. Если законодатель ради обеспечения компетентной и действенной защиты от опасности налагает на собственника ограничения использования, он лишь выражает то, что вытекает из особой публичной постановки задачи и расположения земельного участка.

Так как задача защитных плотин заключается в защите общества от угроз, связанных с водой, общественный интерес должен иметь преимущество перед интересами отдельного человека. Поэтому в рамках Конституции находятся ограничения полномочий собственника, необходимые для сохранения безопасности защитных плотин и, тем самым, для защиты от опасности для человека. С этой точки зрения и запрет застройки защитной плотины в частных целях не вызывает критику с конституционно-правовой точки зрения. Вопрос в том, оправданно ли вообще запретить застройку защитных плотин, или можно было бы рассматривать регулирование, нацеленное на отдельный случай, как достаточное.

5. С мнением суда, направившего запрос, что общий запрет застройки идет слишком далеко, нельзя согласиться. Принцип соразмерности не нарушен.

Законодатель не может просто использовать некоторое обстоятельство, признанное как опасное, как повод для исключения полномочий собственника вообще. Средство, использованное для защиты от опасности, должно соответствовать опасности, которой оно должно противодействовать. Согласно этому фактическая ситуация определяет в большой степени область оформления компетентного законодательного решения.

Общий запрет застройки оправдан соображением, что всякое строительное использование защитной плотины, не служащее его сохранению, потенциально способно привести к конкретной угрозе безопасности защитной плотины и, тем самым, жителей защищенной области. Это не вызывает конституционно-правовые нарекания:

[...] Всякое строение в защитной плотине или на ней, не служащее ее сохранности, является не только инородным телом, оно затрагивает и ее функцию, приводит к опасности ее устойчивости и усложняет ее защиту в случае серьезной опасности. Это факт, установленный опытом [...].

Если законодатель Нижнесаксонского закона о защитных плотинах, у которого перед глазами стояла катастрофа 1962 г., считал нужным, исходя из прежнего правового состояния, установить общий запрет на застройку, то это не может рассматриваться как некомпетентное действие или как неверная оценка опасности.

При этом следует учитывать, что законодатель не исключил вообще проверку, нацеленную на отдельный случай. § 14 абз. 2 предл. 2 НЗЗП позволяет именно относительно уже застроенных защитных плотин выдачу разрешения в порядке исключения.

[...]

133) BVerfGE 31, 229

(Schulbuchprivileg / Привилегия на школьные учебники)

1. Авторское право, как право пользования, является «собственностью» в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ.
2. Статья 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ требует принципиального признания экономической ценности защищенного произведения за автором. Но тем самым конституционно-правовым образом защищены не все мыслимые возможности использования.

Дело законодателя в том, чтобы в рамках содержательного оформления авторского права установить компетентные масштабы, обеспечивающие использование и уместную реализацию (ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ), соответствующие природе и социальному значению авторского права. Интерес общественности в беспрепятственном доступе к культурным ценностям оправдывает возможное включение защищенных произведений после их выхода в свет и без согласия автора в сборники для использования в церквях, школах и на уроках, но не то, что автор для этого должен предоставить свое произведение без вознаграждения (§ 46 ЗАП)¹³.

¹³ Закон об авторских правах. — Прим. ред.

3. Интерес общественности в беспрепятственном доступе к культурным ценностям оправдывает возможное включение защищенных произведений после их выхода в свет и без согласия автора в сборники для использования в церквях, школах и на уроках, но не то, что автор для этого должен предоставить свое произведение без оплаты (§ 46 ЗАП).

Решение Первого Сената от 7 июля 1971 г.

– 1 BvR765/66 –

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ

1. § 46 Закона об авторских правах и смежных правах (Закон об авторских правах) от 9 сентября 1965 г. (Bundesgesetzbl. I S. 1273) в той мере несовместим со ст. 14 абз. 1 предл. 1 Основного закона, в которой размножение и распространение допустимо без гонорара, если части произведений, языковые произведения или произведения музыки небольшого объема, отдельные произведения изобразительного искусства или отдельные произведения фотографии после выхода в свет включаются в сборники, объединяющие произведения большого числа авторов и по своему составу предназначены только для использования в церквях, школах и на уроках.

[...]

ОСНОВАНИЕ

[...]

Б.

[...]

I.

[...]

Речь идет о вопросе, находится ли ограничение имущественной стороны авторского права, производимое в оспоренной норме, в соответствии с Конституцией. Это типичная охранительная область гарантии собственности ст. 14 ОЗ. В общей конструкции Конституции перед ней сначала стоит задача гарантировать носителю основного права пространство свободы в области имущественного права посредством предоставления и обеспечения прав господства, использования и распоряжения и позволить ему, тем самым, развитие и формирование образа жизни под собственную ответственность; в этом смысле она находится

во внутренней взаимосвязи с гарантией личной свободы (ср. BVerfGE 21, 73 [86]; 24, 367 [389, 396, 400]). Кроме того, гарантия собственности охраняет конкретный, обретенный прежде всего трудом и работой состав имущественных ценностей от неоправданного вторжения со стороны государственной власти.

Это обеспечительное и охранительное значение гарантии собственности требует рассматривать имущественные полномочия автора в отношении его произведения как «собственность» в смысле ст. 14 ОЗ и поставить их в ее охранительную область. При конституционно-правовой оценке следует, однако, в достаточной степени учитывать неразрывную связь личного духовного творения (ср § 2 абз. 2 ЗАП) с возможностью его экономического использования, а также особую природу и оформление данного имущественного права.

[...]

II.

Норма § 46 ЗАП является границей авторского права в смысле 6-го раздела I части Закона об авторских правах. Она не находится в соответствии с гарантией собственности ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ.

Так как нет заданного и абсолютного понятия собственности, и содержание и функция собственности способны к приспособлению к общественным и экономическим отношениям и нуждаются в нем, Конституция поручила законодателю задачу определить содержание и границы собственности (ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ). Это относится и к нематериальным имущественным правам автора; они нуждаются, точно так же как и вещественная собственность, в оформлении со стороны правопорядка. Законодатель, связанный Основным законом, при этом не может действовать произвольно. При установлении полномочий и обязанностей, составляющих содержание права, он должен не только сохранить основополагающее содержание гарантии собственности, но и держаться в соответствии с остальными нормами Конституции. Только с вытекающим отсюда содержанием авторское право защищено конституционным правом (ср. BVerfGE 24, 367 [396]).

Статья 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ сначала гарантирует частную собственность как правовой институт, в основном характеризуемый частной выгодой и принципиальной способностью распоряжения объектом собственности (BVerfGE 24, 367 [389 и след.]; 26, 215 [222]). Для авторского

права это означает: к конституирующим признакам авторского права как собственности в смысле Конституции относится принципиальное причисление имущественного результата творческой деятельности автору путем частноправового нормирования и его свобода распоряжаться им под свою ответственность. В этом — защищенное конституционно-правовыми нормами ядро авторского права.

Принципиальное причисление имущественной стороны авторского права автору для свободного распоряжения, однако, не означает, что тем самым любая возможность использования защищается конституционным правом. Институциональная гарантия обеспечивает основной состав норм, который должен быть задан, чтобы право можно было бы обозначить как «частную собственность». В отдельности дело законодателя установить компетентные масштабы в рамках содержательного оформления авторского права согласно ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ, обеспечивающие использование и уместную реализацию, соответствующие природе и социальному значению права.

Регулирование, соответствующее данному принципиальному требованию гарантии собственности, законодатель принял в виде исключительного права § 15 ЗАП. Вопреки взгляду истцов не каждое произведенное правом ограничение данного права или его исключение для определенных юридических составов уже должны рассматриваться как вторжение в область авторского права, защищенную конституционно-правовыми нормами.

Согласно § 15 ЗАП автору принадлежит, в частности, исключительное право использовать свое произведение в физической форме; он может принципиально свободно, то есть путем договорного соглашения, распоряжаться данной возможностью использования. Однако данное полномочие ему предоставлено не неограниченно. В § 45 и послед. ЗАП в разных отношениях устанавливает «ограничения» авторского права, которые имеют разные степени и обладают разной интенсивностью. При рассматриваемой здесь норме использование произведения третьими лицами без предварительного согласия автора «допустимо», причем безвозмездно.

При конституционно-правовой оценке этой границы закона следует исходить из того, что законодатель должен гарантировать не только индивидуальные интересы, ему также поручено установить необходимые

границы для индивидуальных прав и полномочий в интересах общего блага; он должен привести в справедливый баланс область отдельного человека и общественные интересы. Конституционность оспоренной нормы зависит — абстрагируясь от прочего соответствия Основному закону — от того, оправдана ли она основами общего блага.

III.

[...]

1. Нет сомнений относительно права на тиражирование и распространение для названных в § 46 абз. 1 ЗАП сборников. С момента публикации защищенное произведение доступно не только отдельному человеку, оно вступает в социальное пространство и может стать самостоятельным фактором, участвующим в определении культурного и духовного образа времени. Поэтому у общественности есть значительный интерес в том, чтобы молодежь в рамках уроков, приближенных к настоящему времени, ознакомилась с созданием духовных ценностей.

[...]

2. Уже неконституционной норма является в той мере, в которой включение защищенных произведений в названные сборники остается без оплаты.

Отказ в праве тиражирования и распространения для названных в § 46 абз. 1 предл. 1 ЗАП сборников сужает право распоряжения автора, так как он не может ни возражать против использования своего произведения, ни оговаривать условия, при которых он согласился бы на его использование. Данное ограничение приводит к существенному ущемлению экономической ценности защищенного результата, если возможность свободной договоренности о гонораре не заменяется законным притязанием на оплату, то есть если свободное предоставление произведения происходит бесплатно.

У автора согласно содержанию гарантии собственности принципиально есть притязание на то, чтобы экономическая выгода от его трудов причислялась ему, если только причины общего блага не обладают преимуществом перед интересами автора. При этом следует учитывать, что речь идет о результате духовного и личного труда автора, а не о незаслуженном приросте имущества. Поэтому исключение притязания на оплату нельзя оправдать любыми соображениями общего блага; в частности, одного интереса общественности к беспрепятственному доступу

к произведениям, защищенным авторским правом, недостаточно. Под углом зрения интенсивности ограничения позиции авторских прав должен наличествовать повышенный общественный интерес, чтобы подобное регулирование могло выдержать проверку на соответствие Конституции.

Такие причины общего блага не наличествуют.

[...]

134) BVerfGE 38, 348

(Zweckentfremdung von Wohnraum / Использование жилых помещений не по назначению)

Решение Второго Сената от 4 февраля 1975 г.

– 2 BvL 5/74 –

в деле конституционно-правовой проверки ст. 6 § 1 абз. 1 предл. 1 и § 2 Закона об улучшении арендного права и ограничения роста арендной платы, а также регулировании услуг инженеров и архитекторов от 4 ноября 1971 г. (BGBl. I стр. 1745) — решение Верховного земельного суда Франкфурта-на-Майне о приостановлении производства и обращении в Федеральный Конституционный Суд от 21 января 1974 г. — 2 Ws (B) 13/74.

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ

Статья 6 § 1 абз. 1 предл. 1 и § 2 Закона об улучшении арендного права и ограничении роста арендной платы, а также регулировании услуг инженеров и архитекторов от 4 ноября 1971 г. (BGBl. I стр. 1745) совместимы с Основным законом.

ОСНОВАНИЕ

A.

I.

1. [...] Данная норма имеет следующую формулировку:

Статья 6

Запрет использования жилых помещений не по назначению

§ 1

(1) Земельные правительства уполномочены для муниципальных образований, в которых снабжение достаточным жильем

по приемлемым условиям находится под особой угрозой, определить посредством правовых постановлений, что жилые помещения могут использоваться в иных целях, чем жилье, только с разрешения органа, назначенного земельным правительством. Как задачу цели проживания в смысле предл. 1 также следует рассматривать использование жилых помещений с целью предоставления их чужим лицам, в частности, с целью коммерческой сдачи комнат в наем или создания спальных мест. Разрешение не требуется для превращения жилого помещения в побочное помещение, в частности в ванную комнату.

[...]

[...]

В.

[...]

II.

Статья 6 § 1 абз. 1 предл. 1 ЗУАП¹⁴ удовлетворяет также выводимому из принципа правового государства (ср. BVerfGE 6, 32 [43]) принципу законности государственного управления.

1. [...] Если федеральный законодатель [...] установил репрессивный запрет с оговоркой об освобождении, то он тем самым учитывает то обстоятельство, что, как правило, и компетентно оправданный запрет в отдельном случае может вступить в конфликт с принципами соразмерности и запретом чрезмерных мер, которые, будучи всеохватывающими руководящими правилами всей государственной деятельности, неизбежно вытекают из принципа правового государства (BVerfGE 23, 127 [133], с дальнейшими ссылками; BVerfGE 35, 382 [400 и след.]). Статья 6 ЗУАП поэтому не требует сохранения состава жилья любой ценой, а открывает администрации возможность посредством разрешения в отдельном случае учитывать принцип соразмерности.

[...]

¹⁴ Закон об улучшении арендного права и ограничении роста арендной платы, а также регулировании услуг инженеров и архитекторов от 4 ноября 1971 г. — Прим. ред.

III.

Статья 6 § 1 абз. 1 предл. 1 ЗУАП не нарушает ст. 14 ОЗ.

Статья 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ дает законодателю поручение определить содержание и границы собственности и ставит при этом перед ним задачу осуществить социальную модель, нормативные элементы которой вытекают, с одной стороны, из признания частной собственности в ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ и, с другой стороны, из обязательного содержания ст. 14 абз. 2 ОЗ (BVerfGE 37, 132 [140], с дальнейшими ссылками). В конституционно-правовое содержание частной собственности принципиально входит полномочие на свободное распоряжение предметом собственности (BVerfGE 26, 215 [222]). Репрессивный, только снабженный возможностью освобождения, запрет использования жилых помещений не по назначению ущемляет полномочие распоряжения. Полномочие на введение в силу подобного запрета, как его предусматривает статья 6 § 1 абз. 1 предл. 1 ЗУАП, оправдывается, однако, поручением законодателя в соответствии со ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ определить содержание и границы собственности.

Конституционно-правовое требование использования частной собственности, ориентируясь на общее благо (ст. 14 абз. 2 ОЗ), охватывает требование учета интересов тех сограждан, которые зависят от использования соответствующих предметов собственности (BVerfGE 37, 132 [140]). Данная зависимость обосновывает социальную связь и особую социальную функцию данных предметов собственности. Большая часть населения, особенно в городах, не в состоянии собственными силами создать для себя жилплощадь, и потому неизбежно зависят от съемных квартир.

Общее достаточное обеспечение населения жилой площадью на приемлемых условиях служит непосредственно предоставлению необходимого жилья для отдельного человека и семьи. Если это обеспечение находится под особой угрозой, как устанавливает статья 6 § 1 абз. 1 предл. ЗУАП в качестве предпосылки вторжения органа, издающего постановление, то это означает для большого числа людей, что у них нет достаточного жилья.

Социальная связь, которая сама по себе присуща жилью, еще существенно усиливается. В подобной ситуации компетентной мерой, ориентированной на общее благо, является сохранение целевого назначения имеющегося жилья путем установления принципиального запрета на его нецелевое использование. Это, во всяком случае как здесь, имеет место

при сохранении в достаточной мере достойных защиты интересов собственника. Собственник сохраняет свои доходы в размере или установленной договором арендной платы, или квартирной платы, покрывающей расходы на содержание жилища, или обычной для данной местности установленной ставки арендной платы (ср. об этом BVerfGE 37, 132 [141 и след.]), и у него есть возможность в особых случаях получить разрешение в порядке исключения. По сути, отменяется лишь возможность лиц, имеющих право на распоряжение, использовать любой шанс более выгодного использования своей собственности тотчас и в максимальном объеме. Данная возможность, при имеющемся положении недостаточного обеспечения жильем, не защищается конституционным правом.

135) BVerfGE 46, 325

(Zwangsversteigerung II / Принудительный аукцион II)

О значении гарантии собственности для применения норм о принудительном аукционе в случаях, когда наиболее высокое предложение отстает далеко от стоимости земельного участка.

Решение Первого Сената от 7 декабря 1977 г.

– 1 BvR 734/77 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

А.

Конституционная жалоба направлена против того, что застроенный земельный участок путем принудительного исполнения был передан лицу, предлагавшему наивысшую цену, намного ниже его стоимости, без предварительной проверки наличия предпосылок защиты от необоснованного обращения к взысканию до вступления в силу решения о передаче права на собственность, приобретенной на аукционе.

[...]

Б.

[...]

II.

В данном случае выбранная при применении законодательного регулирования процедура нарушает основное право истицы из ст. 14 абз. 1

предл. 1 ОЗ, защита которого включает и оформление процедуры по принципам правового государства.

1. [...] особое значение гарантии собственности в социальном правовом государстве [...]: она хочет обеспечить конкретный состав собственности в руках собственника (ср. BVerfGE 24, 367 [400]; 38, 175 [181]). По Конституции она имеет своей задачей сохранение за носителем основного права пространства свободы в имущественно-правовой сфере и, тем самым, предоставление отдельному человеку возможности развиваться и строить свою жизнь под собственную ответственность (ср. BVerfGE 31, 229 [239], с дальнейшими ссылками). Данная гарантийная функция влияет не только на оформление материального имущественного права, но воздействует и на относящееся к нему процедурное право. Соответственно, уже из ст. 14 ОЗ непосредственно вытекает обязанность предоставить эффективную правовую защиту при вторжениях в данное основное право (ср. BVerfGE 24, 367 [401]; 35, 348 [361 и след.]; 37, 132 [141, 148]). Оно включает притязание на «честное проведение процедуры», которое согласно судебной практике Федерального Конституционного Суда относится к существенным проявлениям принципа правового государства (ср. BVerfGE 38, 105 [111]; 40, 95 99]; Решение от 19 октября 1977 г., — 2 BvR462/77 — EuGRZ 1977, стр. 476). Это действует и в отношении проведения принудительных аукционов, при которых государство в интересах кредитора осуществляет существенное по своим последствиям вторжение в защищенную конституционным правом собственность должника. Подобное вторжение является, однако, оправданным, и в той мере, в которой оно служит для удовлетворения обоснованных денежных требований кредитора. Одновременно следует защищать и интересы должника, для которого должна сохраняться хотя бы возможность искать правовую защиту от продажи по несоразмерно низкой цене его земельного имущества.

2. Отсюда вытекает в данном случае и требование применения процедурных правил в соответствии с Конституцией таким образом, чтобы решение о передаче собственности, обретенной на аукционе, не должно было осуществиться в день проведения аукциона, а в более поздний момент времени, чтобы предоставить истце возможность использования защиты от необоснованного обращения к взысканию.

[...]

136) BVerfGE 52, 1

(Kleingarten / Небольшой садово-огородный участок)

1. Об отграничении регулирования, определяющего содержание и границы собственности в смысле ст. 14 абз. 1 ОЗ, от экспроприации согласно ст. 14 абз. 3 ОЗ.
2. При конституционно-правовой оценке регулирования в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ следует учитывать изменения экономических и общественных отношений.
3. Далеко идущее исключение полномочия частных арендодателей небольших садово-огородных участков на расторжение арендного договора в рамках системы регулирования действующего права о мелких садово-огородных участках (заключение срочных договоров, фиксированные цены) несовместимо с Основным законом.
4. Оговорка о необходимости согласия государственного органа на расторжение арендных договоров на небольшие садово-огородные участки не соответствует требованиям правового государства в Основном законе.

Решение Первого Сената от 12 июня 1979 г.

– 1 BvL 19/76 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

A.

Предметом запроса судьи является вопрос, совместимо ли с Конституцией, что арендные договоры на небольшие садово-огородные участки могут быть расторгнуты частными арендодателями лишь при наличии узко ограниченных предпосылок.

[...]

II.

1. В основе исходного дела лежит правовой спор о ведомственном разрешении на расторжение арендного договора на небольшой садово-огородный участок.

[...]

2. В апелляционном производстве Баварский суд по административным спорам отложил рассмотрение и обратился с запросом в Федеральный

Конституционный Суд для решения вопроса, соответствуют ли § 2 Закона о внесении изменений и дополнений норм о небольших садово-огородных участках от 28 июля 1969 г. (BGBl. I стр. 1013) и § 1 Постановления о защите от расторжения арендного договора и других норм касательно права о небольших садово-огородных участках в редакции от 15 декабря 1944 г. (RGBl. I стр. 347) ст. 14 Основного закона.

[...]

В.

Система регулирования права о небольших садово-огородных участках не полностью находится в соответствии с Основным законом.

I.

Согласно обычному закону следует исходить из следующего правового положения:

1. Заключение арендных договоров на небольшие садово-огородные участки принципиально осуществляется согласно нормам Гражданского уложения.

[...] В отличие от этого расторжение арендных договоров, заключенных на основе свободного соглашения, производится согласно Постановлению о защите от расторжения арендного договора 1944 г. и Закону о внесении изменений 1969 г. Они содержат общую действующую систему обязательных правовых норм, взаимосвязанных друг с другом. Они определяют права и обязанности арендатора и арендодателя на случай расторжения договора.

Данная система регулирования характеризуется в основном следующими принципами: арендные договоры в принципе не поддаются расторжению (§ 1 абз. 1 предл. 1 ПоЗРАД¹⁵); они могут быть расторгнуты только по причинам из исчерпывающего списка (§ 1 абз. 2 ПоЗРАД, § 2 абз. 2 ЗоВИД¹⁶); в случае расторжения договора арендодатель принципиально обязан выплатить компенсацию или предоставить другую землю (§ 3 ПоЗРАД, § 3 ЗоВИД); ограниченные во времени договоры считаются пролонгированными на неопределенный срок (§ 1 абз. 1 предл. 2 ПоЗРАД),

¹⁵ Постановление о защите от расторжения арендного договора и других норм касательно права о небольших садово-огородных участках в редакции от 15 декабря 1944 г. — *Прим. ред.*

¹⁶ Закон о внесении изменений и дополнений норм о небольших садово-огородных участках от 28 июля 1969 г. — *Прим. ред.*

возможное расторжение нуждается в ведомственном разрешении (§ 1 абз. 3 ПоЗРАД, § 2 ЗоВИД).

[...]

II.

При конституционно-правовой оценке регулирования расторжения договоров в праве о небольших садово-огородных участках суд по административным спорам исходит из следующих соображений: почти полное исключение расторжения договора в связи с установлением фиксированной платы и оговоркой ведомственного разрешения представляет собой настолько глубокое вторжение в правовое положение собственника, гарантированное конституционным правом, что от сущности права на собственность почти ничего не остается. Регулирование приводит фактически к изъятию собственности. Под углом зрения интенсивности правового ограничения данное регулирование уже не может рассматриваться как определение содержания и границ в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ. Его следует скорее квалифицировать как экспроприацию, которая, однако, неконституционна потому, что отсутствует требуемое в соответствии с Основным законом регулирование о компенсации.

С этим нельзя согласиться.

1. Экспроприацией в смысле ст. 14 абз. 3 ОЗ является государственное обращение к собственности отдельного человека. По своей цели она направлена на полное или частичное изъятие конкретных субъективных правовых позиций, гарантированных ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ (BVerfGE 38, 175 [180]; 45, 297 [326]).

В законодательном ограничении расторжения арендных договоров на небольшие садово-огородные участки нельзя усматривать экспроприацию административным актом на основе закона. Но и экспроприация законом исключается: легальная экспроприация характеризуется тем, что сам закон непосредственно со своим вступлением в силу, без дальнейшего акта исполнения, лишает индивидуальных прав или урезает их, которые по действующему до того момента праву принадлежали определенному кругу лиц и / или группам лиц (BVerfGE 45, 297 [325 и след.]).

В отличие от этого Основной закон понимает под определением содержания в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ общее и абстрактное установление законодателем прав и обязанностей относительно таких правовых ценностей, которые следует понимать как собственность в смысле

Конституции. Оно направлено на нормирование объективно-правовых норм, которые определяют «содержание» имущественного права с момента вступления закона в силу и на будущее. Подобные регулирования, правда, не устоят перед проверкой на соответствие Конституции только потому, что были приняты как формальный закон; они должны и в материальном отношении находиться в соответствии с Основным законом (BVerfGE 21, 73 [79]; 24, 367 [389]; 25, 112 [118]; 37, 132 [140]; 42, 263 [305]). Если в этом смысле вытекающие из Конституции границы будут переступлены, то законодательное регулирование является недействительным правом, а не экспроприацией в смысле ст. 14 абз. 3 ОЗ. Регулирование в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 и экспроприация в смысле ст. 14 абз. 3 действительны лишь тогда, когда они соответствуют соответствующим нормам Конституции. Неконституционное определение содержания нельзя также перетолковать в экспроприацию, и нарушение Конституции не может быть «вылечено» путем предоставления непредусмотренной законом компенсации.

2. Если согласно этому Конституция однозначно разграничивает регулирование содержания и границ собственности и экспроприацию на основании закона, то это не исключает, что посредством принятия новых, действующих в будущем норм в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 отнимаются или уменьшаются субъективные права, обретенные отдельным человеком на основе старого права (ср. BVerfGE 25, 112 [121 и далее]). В возмездии новых, объективно-правовых норм на индивидуальные правовые позиции может заключаться экспроприация на основании закона, допустимая тогда, когда наличествуют предпосылки ст. 14 абз. 3 ОЗ (ср. BVerfGE 31, 275 [284, 292 и след.]; 45, 297 [330]).

Подобные фактические обстоятельства не наличествуют. [...]

При действии Основного закона, тем самым, возникает только вопрос, отвечают ли Постановление о защите от расторжения арендного договора 1944 г. и Закон о внесении изменений 1969 г. тем требованиям, которые Основной закон выдвигает к регулированию в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ.

III.

1. При выполнении данного ему в ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ поручения определить содержание и границы собственности законодатель стоит перед задачей осуществить социальную модель, нормативные элементы

которой вытекают, с одной стороны, из признания частной собственности Основным законом в ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ и, с другой стороны, из социального требования ст. 14 абз. 2 ОЗ: использование собственности должно одновременно служить общему благу (BVerfGE 37, 132 [140]; 38,348 [370]).

При регулировании в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ законодатель должен в одинаковой степени учитывать оба элемента отношения, заложенного в Основном законе, — конституционно-правовым образом гарантированное правовое положение и требование социально-справедливого порядка собственности; он должен привести в справедливый баланс и взвешенное отношение достойные защиты интересы участников. Одностороннее предпочтение или ущемление не находится в соответствии с конституционно-правовыми представлениями о социально связанной частной собственности (BVerfGE 37, 132 [140 и далее]). Этому соответствует связанность законодателя конституционно-правовым принципом соразмерности. Благо общества — это не только основание, но и граница ограничений, возлагаемых на собственника. Чтобы выдержать проверку на соответствие Конституции, они должны требоваться предметом регулирования и быть надлежащими по своему оформлению. Ограничения полномочий собственника не должны идти дальше, чем простирается цель защиты, которой служит регулирование (ср. BVerfGE 21, 150 [155]; 25, 112 [117 и далее]; 37, 132 [141]).

Это, однако, не означает, что соответствующие масштабы в любое время и в любой связи должны обладать одинаковым значением. Регулирование, оправданное в военное время и время бедствий, при измененных экономических и общественных отношениях может получить иную конституционно-правовую оценку. В любом случае конституционно-правовая гарантия требует сохранения субстанции собственности (BVerfGE 42, 263 [295]) и соблюдения требования равенства ст. 3 абз. 1 ОЗ (BVerfGE 34, 139 [146]; 37, 132 [143]; 42, 263 [305]).

Этим принципам не удовлетворяют подлежащие проверке нормы. Комбинация изложенных элементов регулирования приводит к чрезмерному, несовместимому с конституционно-правовой гарантией собственности обременению частного арендодателя. Кроме того, оговорка о ведомственном разрешении противоречит требованиям правового государства. [...]

2. Гарантированная ст. 14 абз. 1 предложени. 1 собственность по своему содержанию характеризуется частной выгодой и принципиальным полномочием собственника на распоряжение предметом собственности [...]. Она является для него основой частной инициативы и должна принести пользу при реализации под собственную ответственность частных интересов (BVerfGE 50, 290).

Данное гарантированное основными правами правовое положение затрагивается принципиально сначала тем, что расторжение арендного договора принципиально недопустимо и что запрет возведен в ранг принципа. Изложение правового положения согласно обычному закону показало, что обстоятельства, допускающие исключение, настолько узки, что у частного арендодателя небольшого садово-огородного участка едва ли остается шанс когда-либо вновь свободно распорядиться своей собственностью. Только при угрозе экономическому существованию есть возможность расторжения договора, которая, однако, в свою очередь связана с существенными ограничениями, а также с обязанностью выплаты компенсации. Заключенный по свободному решению арендный договор, даже если он был заключен на определенный срок, имеет почти неограниченную защиту своего действия. Арендодатель — как показывает исходное дело — не может добиться окончания действия договора, даже если он предлагает землю взамен и компенсацию.

Гарантированная основными правами свобода распоряжения охватывает также свободу собственника продать свою собственность. Данная элементарная составная часть свободы действия в области прав собственности, в которую можно вторгаться лишь при осложненных предпосылках (BVerfGE 26, 215 [222]; 42, 263 [295]), также в существенной степени затронута законодательными нормами [...]

Хотя закон не запрещает в явном виде продажу, данная возможность из-за законодательного регулирования экономически осмысленно не реализуема. Подобное ограничение затрагивает субстанцию собственности, гарантированной основными правами. Для конституционно-правовой оценки не может иметь решающее значение, устанавливается ли посредством ясной нормы запрет на продажу или он вытекает из другого регулирования неизбежно, как практический результат.

Гарантированное конституционным правом правовое положение арендодателя ограничивается, кроме того, тем, что он перед расторжением

договора должен получить ведомственное разрешение, для выдачи которого следует проверить, затрагивает ли расторжение договора общественный интерес.

[...]

3. Данная система регулирования могла сохраниться, лишь если бы она была оправдана основаниями в смысле ст. 14 абз. 2 ОЗ с учетом принципа соразмерности. Подобные основания отсутствуют.

а) Конституционно-правовой постулат использования частной собственности, ориентированного на общее благо, охватывает требование учета интересов и тех сограждан, которые зависят от пользования данным предметом собственности. Мера и объем обязанности, которые можно наложить согласно Конституции и которые законодатель должен реализовать, зависят, согласно этому, сначала от того, в каком объеме предмет собственности имеет социальную соотнесенность и социальную функцию (BVerfGE 37, 132 [140]; 38, 348 [370]; 42, 263 [294]). Чем сильнее отдельный человек зависит от пользования чужой собственностью, тем шире область действия законодателя, она сужается, если это не имеет место или лишь в ограниченном объеме имеет место (BVerfGE 42, 263 [294]). Статья 14 абз. 2 ОЗ, тем самым, не оправдывает чрезмерное, не требуемое социальными интересами ограничение частноправовых полномочий (BVerfGE 37, 132 [141]).

Федеральный Конституционный Суд уже в BVerfGE 21, 73 (82 и след.) изложил: «То обстоятельство, что земля является ограниченным и необходимым ресурсом, запрещает ситуацию, когда бы ее использование было предоставлено непредсказуемой игре свободных сил и произволу отдельного человека; справедливый правовой и общественный строй заставляет, наоборот, выразить интересы общественности относительно земли в гораздо большей мере, чем относительно других имущественных ценностей». Существенную социальную функцию в смысле данной судебной практики выполняет и земля, используемая как небольшой садово-огородный участок.

[...]

Если небольшой садово-огородный участок изначально по интенции законодателя был огородом, нацеленным на устойчивое получение садоводческих продуктов, то сегодня он по большей части дача. При этом, однако, нельзя не учитывать, что польза для свободного времени

от небольших садово-огородных участков представляет существенный общественный интерес. Небольшой садово-огородный участок может для здоровья народа, именно в своей функции уравнивания односторонней профессиональной нагрузки, которой человек часто подвержен в индустриальном массовом обществе, иметь большое социальное значение и существенно способствовать улучшению условий жизни. Но изложенное структурное изменение показывает, что владение небольшим садово-огородным участком для большой массы огородников имеет хотя и большую ценность, но уже не имеет экзистенциального значения. Данное изменение социальной функции нельзя не учитывать при конституционно-правовой легитимации защиты от расторжения договора. Каким бы большим и оправданным не был интерес отдельного арендатора, нельзя говорить о том, что он в той же мере зависит от пользования чужой собственностью, как, например, от жилища, которое является неотъемлемой предпосылкой достойной жизни и формирует личную жизнь. Хотя квартира для квартиросъемщика обладает большим значением, чем небольшой садово-огородный участок для арендатора, действующее право предоставляет огороднику существенно более сильную правовую позицию, несовместимую с требованием создать справедливое уравнивание и баланс достойных защиты интересов сторон. Система регулирования в своем настоящем оформлении защищает в одностороннем порядке интерес арендатора, который, вероятно, следует признать в сохранении небольшого садово-огородного участка, служащего прежде всего идеальным потребностям, без достаточного учета интересов арендодателя; при этом она мирится с тем, что гарантированная конституционным правом субстанция собственности в большой мере подрывается, даже если собственник по свободному решению предоставил участок арендатору и сам нуждается в нем. Защищаемые интересы арендатора не требуют столь далеко идущего ограничения. Односторонний перевес правового положения арендатора не находится в соответствии с конституционно-правовым принципом соразмерности.

[...]

в) Следует также обратить внимание на то, что действие защиты от расторжения договора существенно усиливается регулированием размера арендной платы.

[...] Если сад сегодня служит преимущественно проведению свободного времени и отдыху, то вряд ли оправданно, чтобы арендодатель предоставил участок размером, например, в 300 кв. м за 2,50 немецких марок в месяц огороднику в пользование на длительный срок. Даже арендаторы, имеющие доход выше среднего, получают выгоду от фиксации арендной платы и защиты от расторжения договора. Если арендатор пользуется другими заведениями проведения досуга, он должен заплатить рыночную цену. Во всяком случае сомнительно, совместима ли фиксация арендной платы с общим принципом равенства ст. 3 абз. 1 ОЗ. Данный вопрос в обсуждаемой здесь связи можно оставить без рассмотрения.

г) Система регулирования права о небольших садово-огородных участках в своем настоящем оформлении, которое, с одной стороны, не позволяет заключить ограниченные по срокам договоры, с другой стороны, очень сильно ограничивает возможности расторжения и одновременно вводит необычайно низкую арендную плату, выходит за рамки допустимого согласно ст. 14 абз. 1 и 2 ОЗ определения содержания собственности. Каким образом законодатель устраняет существующие в этом отношении конституционно-правовые сомнения, является его решением. Это включает и решение, которое здесь не подлежит оценке, будет ли, в какой мере и при наличии каких предпосылок при неограниченных по времени договорах признан интерес собственника в ином использовании участка в качестве основания для расторжения договора.

4. Согласно § 1 абз. 3 РАСП и § 2 абз. 2 РАЗИ каждое расторжение договора нуждается в ведомственном разрешении. Данные нормы дополнительно ограничивают право расторжения договоров тем, что расторжение договора может быть пресечено в результате ведомственного решения даже тогда, когда наличествует основание для расторжения.

[...]

Согласно ведомственному обоснованию оговорка о разрешении служит ведомственной проверке, не затронуты ли «общественные интересы» при желании расторгнуть договор.

Оговорки о разрешениях противоречат Основному закону. Согласно принципу законности государственного управления и принципу разделения властей задача исполнительной власти в том, чтобы исполнить законы. Отсюда для законодателя вытекает необходимость самому разграничить правовую сферу, открытую для применения государственной

меры. Закон должен содержательно нормировать деятельность администрации и не может ограничиться тем, чтобы установить принципы в общей форме (BVerfGE 21, 73 [79]). Кроме того, принцип правового государства требует, чтобы нормы, важные для основных прав, по своим предпосылкам и содержанию были настолько ясно сформулированы, чтобы правовое положение для затронутого человека было понятно и он смог бы свое поведение построить соответствующим образом (BVerfGE 21, 73 [79]). Если законодатель сочтет предварительную процедуру получения разрешения нужной для реализации полномочий, вытекающих из основных прав, то из самой правовой нормы должно вытекать, какие предпосылки должны наличествовать для выдачи разрешения и по каким причинам может быть отказано в выдаче разрешения (ср. BVerfGE 20, 150 [157 и след.]; 21, 73 [79 и след.]). Этого требует и статья 19 абз. 4 ОЗ. Судебный контроль возможен лишь тогда, когда суды имеют в своих руках готовые к применению правовые масштабы, согласно которым они должны принимать решения. Согласно данным принципам оговорка о разрешении неконституционна, так как из закона нельзя с достаточной ясностью понять, какие общественные интересы оправдывают отказ в выдаче разрешения.

[...]

137) BVerfGE 58, 300

(Naßauskiesung / Добыча песка со дна водоема)

1. а) При спорах о правомерности экспроприирующих мер уполномоченные суды по административным спорам принципиально проверяют правомерность в полном объеме. Сюда относится установление того, содержит ли закон, на котором основывается вторжение, регулирование рода и размера выплачиваемой компенсации.

б) Судам общей юрисдикции при спорах о размере компенсации надлежит проверить, была ли затронутому лицу предоставлена компенсация в соответствии с (имеющимися) нормами закона (ср. BVerfGE 46, 268 [285]).

2. Если затронутое лицо усматривает в направленной против него мере экспроприацию, то оно может судебным путем потребовать компенсацию только в том случае, если имеется законное основание для притязания.

Если оно отсутствует, заинтересованное лицо должно стараться добиться в уполномоченных судах отмены акта вторжения.

3. При определении правового положения собственника земельного участка согласно ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ гражданское право и публичное-правовые законы взаимодействуют равноправно.

4. С Основным законом совместимо, что Закон о регулировании водного режима поставил подземные воды ради обеспечения функционирующего управления водами — в частности, публичного водоснабжения — под публично-правовой порядок пользования, отдельно от земельной собственности.

**Решение Первого Сената от 15 июля 1981 г.
– 1 BvL 77/78 –**

[...]

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ

§ 1а абз. 3 № 1, § 3 абз. 1 № 6 и § 6 Закона о регулировании водного режима (Закон о водном режиме — ЗВР) в редакции от 16 октября 1976 г. [...] совместимы с Основным законом.

То же самое относится к § 17 в той мере, в которой здесь не предоставляется правовое притязание на компенсацию, если пользование водой в соответствии с действующим на момент вступления в силу Закона о водном режиме земельным правом осуществилось на основе собственности на земельный участок.

ОСНОВАНИЕ

А.

Запрос касается вопроса, совместимо ли с Конституцией, что земельная собственность не дает право пользования подземными водами, которое, согласно Закону о водном режиме, требует ведомственного разрешения.

1.

[...]

2. [...]

б) Предпосылки допуска к пользованию подземными водами вытекают [...] из § 1а абз. 3, § 2 абз. 1, § 3 абз. 1 № 5 и 6, абз. 2, а также из § 6 ЗВР. Данные нормы гласят:

§ 1а Принцип

[..]

(3) Земельная собственность не дает право

1. на пользование водами, требующего согласно настоящему закону или земельным законам о воде разрешения или согласия,
2. на расширение надземного водоема.

§ 2 Требование разрешения и требование согласия

(1) Пользование водами нуждается в ведомственном разрешении (§ 7) или согласии (§ 8), если из норм данного закона или из принятых в рамках данного закона земельно-правовых норм не вытекает иное.

[..]

§ 3 Пользование

(1) Пользованием в смысле данного закона является

[..]

5. ввод веществ в грунтовые воды,
6. извлечение, выдача на земельную поверхность, вывод на земельную поверхность и отвод грунтовых вод.

(2) Пользованием считаются и следующие воздействия:

1. накопление, снижение уровня или отведение грунтовых вод посредством сооружений, предназначенных или пригодных для этого;
2. меры, пригодные для постоянного или существенного вредного изменения физического, химического или биологического состава воды.

(3) Меры, служащие расширению надземного водоема, пользованием не являются.

[..]

§ 6 Отказ

В разрешении или согласии следует отказать, если в результате намеченного использования ожидается ущемление общего блага, в частности угроза общему водоснабжению, которое не может быть предупреждено или уравновешено ни наложением обязательств, ни мерами, принятыми корпорацией публичного права (§ 4 абз. 2 № 3)».

Содержание правового положения, связанного с допуском, вытекает из § 7 и 8 ЗВР, которые в своих интересующих здесь частях гласят:

§ 7 Разрешение

(1) Разрешение предоставляет отзываемое полномочие использовать водоем для определенной цели определенным по роду и объему образом; оно может выдаваться на ограниченное время.

[...]

§ 8 Согласие

(1) Согласие предоставляет право использовать водоем определенным по роду и объему образом [...].

[...]

(5) Согласие дается на определенный необходимый срок, который в определенных случаях может превысить тридцать лет.

[...]

[...]

II.

1. Истец по исходному делу занимается в Северном Мюнстерланде добычей крупного песка экскаваторным способом. Земельный участок, на котором стоит перерабатывающее сооружение, — его собственность. С 1936 г. предприятие добывает на двух граничащих с ним парцеллах, которые истец с этой целью арендовал у фермера, песок и грубый песок вплоть до уровня грунтовых вод.

Места добычи расположены в охранной зоне III А, построенной городом Р. водопроводной насосной станции. Водоохранная зона была определена Постановлением от 24 октября 1973 г., после того как область сначала была временно поставлена под защиту 6 февраля 1968 г.

В феврале 1965 г. истец ходатайствовал о выдаче ему разрешения на продолжение добычи грубого песка согласно закону о режиме воды. В октябре 1973 г. ведомство отклонило заявление с тем обоснованием, что отдаленность мест добычи от колодезной установки водопроводной станции составляет местами только 120 м; загрязнения от озера, в котором работает экскаватор, могут поэтому достичь колодца и поставить под угрозу публичное водоснабжение. Протест истца не имел успеха. Иск на выдачу запрошенного разрешения он не предъявил.

В заявлении истца о предоставлении компенсации также было отказано. После этого он предъявил иск против Земли Северный Рейн-Вестфалия

на выплату соразмерной компенсации, размер которой поставлен на усмотрение суда. Он заявил, что отказ в разрешении на добычу грубого песка до уровня грунтовых вод представляет собой экспроприирующее вторжение в его созданное и работающее предприятие, а также в земельную собственность. Возможные притязания собственника участка, своего арендодателя, на возмещение убытков были ему предварительно переуступлены.

Земельный суд объявил иск по сути обоснованным. Направленная против этого апелляция не была удовлетворена.

2. По кассационной жалобе земли-ответчика Федеральный Верховный Суд отложил рассмотрение дела и обратился в Федеральный Конституционный Суд с вопросом о том, являются ли § 1а абз. 3, § 2 абз. 1 и § 6 Закона о режиме воды в редакции от 16 октября 1976 г. (BGBl. I стр. 3017) совместимыми со ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ в той мере, в которой они регулируют содержание земельной собственности в отношении грунтовых вод.

[...]

Б.

[...]

I.

[...]

3. [...]

а) Гражданину, затронутому экспроприирующим вторжением, — абстрагируясь от особого регулирования, которое здесь не имеет значения, — согласно ст. 19 абз. 4 предл. 1 ОЗ в связи с § 40 ПоАС¹⁷ открыт правовой путь по инстанциям в административных судах. Они в полном объеме должны проверить административный акт в фактическом и правовом отношении на его правомерность (BVerfGE 32, 195 (197), со ссылками). При этом их проверочная компетенция выходит за компетенцию судов общей юрисдикции. Помимо того что они обязаны проверить, удовлетворяет ли вторжение конституционно-правовым предпосылкам из ст. 14 абз. 3 предл. 1 ОЗ и принципу соразмерности (BVerfGE 24, 367 [404 и след.]), они, в частности, должны исследовать, была ли мера принята на конституционном основании. Сюда относится и установление того, содержит ли закон, на котором основывается вторжение, регулирование относительно рода и объема предоставляемой компенсации. Так

¹⁷ Положение об административных судах. — *Прим. ред.*

как закон, не отвечающий данному требованию, является неконституционным, суды по административным спорам не могут применить подобный закон, они, напротив, согласно ст. 100 абз. 1 ОЗ должны запросить решение Федерального Конституционного Суда о действии данной нормы (ср., например, BVerfGE 25, 112 [114]; 51, 193 [210 и след.]; 52, 1 [14]). Если она будет объявлена неконституционной, основанный на ней административный акт должен быть отменен, так как нарушает основное право затронутого лица из ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ.

[...]

б) Для компетенции судов общей юрисдикции в делах по ст. 14 абз. 3 предл. 4 ОЗ из данного правового положения вытекают следующие выводы: если гражданин в направленной против него мере усматривает экспроприацию, то он может подать иск на получение компенсации лишь при наличии законного основания притязания. Если оно отсутствует, он должен в судах по административным спорам добиваться отмены акта вторжения. Но он не может, отказываясь от иска оспаривания, претендовать на не положенную ему по закону компенсацию; из-за отсутствия законной основы суды и не могут присудить ему компенсацию.

Согласно этому у затронутого лица нет права выбора, хочет ли он противодействовать противоправной ввиду отсутствия законодательного регулирования компенсации «экспроприации» или непосредственно претендовать на компенсацию. Если он допускает превращение акта вмешательства в неоспоримый, то его иск о компенсации отклоняется. Тот, кто не пользуется предоставленными Основным законом возможностями защищать свое право на восстановление конституционного состояния, не может из-за возможной, вызванной его же действиями утраты прав потребовать от государственной власти денежную компенсацию.

[...]

В.

[...]

II.

[...]

1. При проверке регулирования на соответствие масштабу Основного закона следует исходить из того, что законодатель в рамках ст. 14 ОЗ трояким образом может принимать нормы, релевантные для имущественного права.

Собственность, которая служит отнесению некоторой правовой ценности к носителю права, нуждается в правовом оформлении в целях ее использования в гражданско-правовом обороте. Соответственно Основной закон в ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ поручил законодателю решить задачу определения содержания и границ собственности. Такие нормы устанавливают в общем и абстрактно права и обязанности собственника, то есть определяют «содержание» собственности (BVerfGE 52, 1 [27]). Тем самым законодатель создает на уровне объективного права те правовые положения, которые основывают и оформляют правовое положение собственника; они могут обладать частноправовой или публично-правовой природой.

Кроме того, согласно ст. 14 абз. 3 предл. 2 у законодателя есть возможность посредством закона лишить определенный или определяемый круг лиц конкретных прав собственности, обретенных правовым образом на основе действующих законов в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ (легальная экспроприация — BVerfGE 24, 367 [395 и след.]; 45, 297 [325 и след.]; 52, 1 [27]).

Наконец, законодатель — также согласно ст. 14 абз. 3 предл. 2 ОЗ — может дать исполнительной власти полномочие отчуждать конкретную собственность отдельных лиц. Экспроприация на основе закона (административная экспроприация) потребует ведомственного акта исполнения, который — в отличие от легальной экспроприации — может быть оспорен правовыми средствами.

Возможные в соответствии с этим разнообразные имущественно-правовые регулирования, согласно Конституции, подвергаются разным требованиям допустимости. Это относится не только к отношению определения содержания и экспроприации. Обе формы экспроприации не являются произвольно взаимозаменяемыми под углом зрения обширной и эффективной защиты прав посредством основных прав (BVerfGE 24, 367 [401]; 45, 297 [331, 333]). Кроме того, их последствия не идентичны, так как лишение прав наступает в разные моменты времени (ср. BVerfGE 45, 297 [326]).

Вопреки правовому мнению, изложенному в решении о запросе, легальная и административная экспроприация являются взаимоисключающими: правовое положение, изымаемое уже законодателем, не может быть устранено заново административным актом. Одно и то же регулирование не может вызывать легальную экспроприацию и одновременно

уполномочить исполнительную власть на осуществление экспроприации. То есть если уже Закон о водном режиме своим вступлением в силу отменил полномочие из § 905 ГГУ, из которого суд исходил, то в применении § 6 ЗВР не может заключаться экспроприация полномочия, наличествующего согласно той норме.

Определение содержания, легальная экспроприация и административная экспроприация являются самостоятельными правовыми институтами, четко отделяемыми Основным законом друг от друга. Однако это не исключает, чтобы новое, действующее в будущем объективно-правовое регулирование в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ влекло за собой одновременно легальную экспроприацию, потому и в той мере, в которой оно лишает субъективных прав, которые отдельное лицо реализовало на основе старого права (BVerfGE 45, 297 [332]; 52, 1 [28]).

По этой системе оспоренные нормы не являются нормами экспроприации; они не содержат полномочие исполнительной власти на вторжение в земельную собственность собственника, намеревавшегося производить добычу крупного песка до уровня грунтовых вод, также не имеет место легальная экспроприация; они регулируют, напротив, содержание и границы собственности в смысле ст. 14 абз 1 предл. 2 ОЗ.

2. Проверка того, следует ли некоторый правовой процесс квалифицировать как экспроприацию, требует сначала установления того, обладает ли затронутое лицо в момент обращения правовой позицией, которая может быть отчуждена (BVerfGE 25, 112 [121]; 29, 348 [360]).

а) В этом смысле суд, направивший запрос, исходит из следующего мнения: Земельная собственность охватывает и грунтовые воды; они относятся к недрам земли, на которые, согласно § 905 ГГУ, распространяется право земельного собственника. Идет ли относительно грунтовых вод речь о вещи — вопрос, который можно оставить без ответа, во всяком случае в земельную собственность входит полномочие распоряжаться грунтовыми водами, обнаруженными на земельном участке. Публично-правовой порядок использования в Законе о водном режиме ограничивает «имманентное земельной собственности полномочие» «свободного обращения к грунтовым водам».

С данным правовым мнением нельзя согласиться.

Согласно Имперской Конституции 1871 г., под действием которой был принят Гражданский кодекс, для имперского законодателя

не имелись ни возможность, ни намерение окончательно решить правовое отношение грунтовых вод к земельной собственности. Хотя он обладал полномочием на принятие гражданско-правовых норм, то есть таких, которые регулируют частноправовые отношения граждан друг с другом; но он не обладал компетенцией принятия публично-правовых норм, которые были бы необходимы относительно отношений собственника и общественности (BVerfGE 42, 20 [28 и след.]). В той мере, в которой осталось пространство для частноправовых норм, статья 65 Вводного закона к ГГУ в явном виде предоставила землям регулирование водного права.

[...]

Согласно этому нельзя присоединиться к мнению, будто предложенные к проверке нормы Закона о водном режиме устранили экспроприационным и, тем самым, подлежащим компенсации образом принадлежащие собственнику земельного участка согласно § 905 ГГУ правовые позиции, или подобная позиция изымается при применении данных норм. Обладали ли истец по исходному делу согласно земельному праву сопоставимой правовой позицией в момент вступления в силу Закона о водном режиме, обсуждается позже в другой связи.

б) Далее, решение о запросе основывается на правовом мнении, согласно которому земельную собственность следует рассматривать как право, охватывающее принципиально каждое возможное и экономически разумное использование и характеризующее по своему содержанию гражданским правом, в частности § 905 ГГУ. Это выражается, в частности, в том, что суд говорит о собственности «в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ и § 903 ГГУ».

С этой исходной точки публично-правовые нормы Закона о водном режиме, ограничивающие собственника в реализации своего частноправового вещного господства над вещью, кажутся ограничением его «само по себе» всеохватывающего и гарантированного конституционным правом права собственности. Как указано в решении о запросе, Закон о водном режиме приводит к «вторжению в сферу частного права» и, тем самым, потенциально к экспроприации. Решение об экспроприирующем характере должно, затем, зависеть также от интенсивности вторжения, его «рода и тяжести».

С этим допущением о праве экспроприации также нельзя согласиться.

Правовое мнение, согласно которому описанное § 903 ГГУ правовое положение отдельного земельного собственника уже экспроприирующим образом ограничивается общими нормами Закона о водном режиме, примыкает к мнению, представленному в Веймарской Имперской Конституции, что экспроприация должна признаваться уже тогда, «когда право собственника произвольно распоряжаться своей вещью согласно § 903 ГГУ ущемляется в пользу третьего лица» (RGZ 116, 268 [272]; BGHZ 6, 270 [276] — справочное решение (Vorlagebeschluss) стр. 14). Данное правовое мнение, ориентированное на преимущество гражданско-правового порядка собственности перед публично-правовыми нормами, не соответствует Основному закону.

Понятие собственности, гарантированной Конституцией, должно выводиться из самой Конституции. Из норм обычного закона, стоящих по своему рангу ниже Конституции, нельзя выводить понятие собственности в конституционно-правовом смысле, из частноправового положения нельзя определить объем гарантии конкретной собственности.

Основной закон дал законодателю поручение создания порядка собственности, отвечающего как частным интересам отдельного лица, так и интересам общественности [...]. При этом он должен решить двойную задачу: с одной стороны, он должен создать в частном праве (BVerfGE 42, 20 [30 и след.]) нормы, определяющие для оформления правоотношений граждан между собой (например, переуступки или обременения собственности, соседское право, а также право компенсации при ущемлении собственности третьими лицами); с другой стороны, он должен учитывать интерес общественности — в который включен прежде всего интерес всех земельных собственников — в (чаще всего) публично-правовом регулировании. Если гражданско-правовые правоотношения как правило описываются понятием субъективного частного права, то при определении конституционно-правового *положения* собственника гражданское право и публично-правовые законы взаимодействуют в одинаковом ранге. Гражданско-правовой порядок собственности не является окончательным регулированием содержания и границ собственности. Частноправовые нормы о собственности не обладают в рамках ст. 14 ОЗ преимуществом перед публично-правовыми нормами, касающимися регулирования прав собственности.

Какими полномочиями конкретно обладает собственник в определенный момент времени, вытекает из совместного рассмотрения всех

норм законов, действующих на этот момент и регулирующих положение собственника. Если при этом выясняется, что собственник не обладает некоторым полномочием, то оно не входит в его право собственности. Как законодатель добивается его исключения — дело законодательной техники. Если он сначала определяет правовое положение в широком смысле, чтобы затем посредством другой нормы исключить из него определенные полномочия господства, то затронутому лицу изначально предоставлена только правовая позиция, ограниченная соответствующим образом (ср. BVerfGE 49, 382 [393]).

Из совокупности конституционных законов, определяющих содержание собственности, вытекают, таким образом, предмет и объем гарантированной ст. 14 абз. 1 предл. 1 защиты состава собственности и тем самым и то, когда наличествует лишение прав, обязывающее предоставить компенсацию.

3. Из данного правового положения вытекает:

а) Оспоренные нормы не уполномочивают исполнительную власть лишить собственника земельного участка защищенных конституционно-правовым образом прав. Они, напротив, регулируют вообще отношение земельной собственности и грунтовых вод и определяют правовое положение каждого отдельного собственника земельного участка в этой правовой области. Согласно объективно-правовому регулированию Закона о водном режиме собственник земельного участка — за исключением особых случаев, которые здесь не рассматриваются — не обладает в рамках пользования земельным участком правом воздействия на грунтовые воды. Посредством применения закона подобное право поэтому не отчуждается. Основанный на § 3 ЗВР отказ в разрешении на пользование грунтовыми водами при добыче грубого песка не может, таким образом, выступать мерой административной экспроприации. Применение данной нормы актуализирует всего лишь принятое законодателем регулирование в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ; оно заявляет установленные для собственника ограничения при реализации его права собственности. [...]

б) По своей временной области действия публично-правовой порядок действует относительно случаев пользования водой, которые должны осуществиться после вступления в силу Закона о водном режиме. В этом не заключается легальная экспроприация по сравнению с прежним

правом, которое (как, например, Прусский закон о воде) предоставило собственнику земельного участка полномочие на использование воды. Закон всего лишь на уровне объективного права заново определил единым образом для всей Федерации содержание земельной собственности в отношении к грунтовым водам. Подобное изменение объективного права не приводит к лишению конкретной правовой позиции, подлежащей защите гарантии сохранения из ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ, и, тем самым, к экспроприации.

Проблематика легальной экспроприации возникает при изменении объективного права, однако, тогда, когда уже было использовано полномочие пользования, возможное при прежнем праве, и его изымают (ср. ниже Г). В связи с возникающим в этой связи правовым вопросом (§ 81 ФЗКС), представляет ли Закон о водном режиме относительно «старых пользований», о которых здесь идет речь, легальную экспроприацию, следует ответить на предварительный вопрос: находятся ли сами объективно-правовые нормы в соответствии с Конституцией (BVerfGE 31, 275 [285]; 51, 193207]). Если следовало бы отрицать конституционность публично-правового порядка пользования, урегулированного в названных нормах, то переходное право, созданное для данных случаев, утратило бы свое значение.

III.

Дальнейшая проверка показывает, что оспоренные нормы допустимым образом определяют содержание и границы земельной собственности.

1. Законодатель при осуществлении данного ему в ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ поручения определить содержание и границы собственности должен учитывать как признание частной собственности Основным законом в ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ, так и требование социального характера в ст. 14 абз. 2 ОЗ (BVerfGE 37, 132 [140]; 52, 1 [29]). При ограничении полномочий собственника законодатель наталкивается, как Федеральный Конституционный Суд неоднократно подчеркивал, на преграды.

В данном случае определяющим является, была ли гарантия собственности нарушена потому, что полномочие пользования грунтовыми водами было принципиально отделено от земельной собственности и подчинено публично-правовому порядку.

а) Изначально из ст. 14 ОЗ нельзя выводить, что грунтовые воды принципиально по праву должны принадлежать земельному собственнику,

так как между грунтовыми водами и земельной собственностью существует естественная связь. Законодатель при создании соответствующего Основному закону порядка вещей не связан понятием собственности, вытекающим «из природы вещей» (ср. BVerfGE 31, 229 [248]).

Гарантия частной собственности как правового института (BVerfGE 20, 351 [355]; 24, 367 [389]) запрещает, чтобы из порядка частного права были извлечены такие предметные области, которые относятся к элементарному составу защищенной основным правом деятельности в области имущественного права, и что тем самым защищенная ст. 14 ОЗ область свободы снимается или существенно сужается. Однако отсюда не вытекает, что каждое правовое благо по Конституции должно находиться под господством частного права (BVerfGE 24, 367 [389]). Гарантия правового института не затрагивается, если необходимые для общества блага для обеспечения выдающихся интересов общества и для защиты от угроз подчиняются не порядку частного права, а публично-правовому порядку (BVerfGE 24, 367 [389 и далее]).

[...]

2. Возражения против законодательного регулирования основываются на неверном утверждении, что грунтовые воды по Конституции должны быть юридически причислены к земельной собственности.

а) Изначально неверно мнение, будто нормы Закона о водном режиме приводят к «лишению земельной собственности ее субстанции», так как она подчиняется «тотальной социальной связи». У собственности на земельный участок совсем не потому отсутствуют признаки частной выгоды и принципиального полномочия распоряжения (BVerfGE 37, 132 [140]; 50, 290 [339]; 52, 1 [31]), что собственник только с ведомственно-го согласия может воздействовать на грунтовые воды. Исполком веков право пользования собственника земельного участка касалось в первую очередь поверхности земельного участка, тогда как полномочие обращаться к веществам, находящимся в недрах, всегда было подвержено ограничениям. Даже полномочие распоряжаться земельными участками и использовать их во многих отношениях подчиняется конституционным ограничениям (ср., например, BVerfGE 21, 73 [83]; 25, 112 [117]). Возможность экономически осмысленно использовать земельный участок, как правило, не зависит от того, что там можно добывать грунтовые воды или что собственник должен «обороняться» от грунтовых вод.

Из конституционно-правовой гарантии собственности нельзя выводить притязание именно на ту возможность использования, которая собственнику обещает наибольшую экономическую выгоду.

б) Оспоренное регулирование также не нарушает принцип равного обращения из ст. 3 абз. 1 ОЗ.

аа) Неверно, что нарушен принцип равного распределения бремени, потому что тот, который «случайно» был затронут «вторжением» в частную сферу, должен еще и нести связанную с этим нагрузку. Из-за отказа в разрешении из области водного права затронутому лицу отказывают всего лишь в наделении его правом пользования — то есть льготы, — на которую не существует правового притязания, а не накладывается бремя.

Под углом зрения ст. 3 абз. 1 ОЗ определяющий вопрос гласит, нарушен ли принцип равенства, если собственнику земельного участка отказывают в праве пользования грунтовыми водами с учетом расположенной рядом водопроводной станции, тогда как другим собственникам, участки которых не расположены так близко к водопроводной станции, предоставляется данное право, и они могут на своих участках добывать грубый песок с использованием грунтовых вод. На поставленный таким образом вопрос можно дать только отрицательный ответ. Очевидно, не является произволом в смысле принципа равенства недопущение пользования водоемом, которое может привести к угрозе публичному водоснабжению. Подобное намерение отличается основополагающим образом от пользования, от которого не следует ожидать отрицательные последствия для общества. Поэтому отказ в выдаче разрешения в одном случае и его выдача — в другом не являются неконституционным неравным обращением.

[...]

Г.

Согласно констатации в исходном деле истец с 1936 г. беспрепятственно добывал грубый песок. Согласно этому решение правового спора может зависеть и от того, лишил ли его Закон о водном режиме правовой позиции, непосредственно конституционным правом защищенной, которой истец обладал до вступления в силу Закона о водном режиме. В этом смысле следует для проверки привлекать и прежнее право, а также переходное регулирование § 17 ЗВР.

I.

[...]

Конституционно-правовая проверка должна [...] исходить из того, что в период действия Прусского закона о воде правовые нормы не воспрепятствовали собственнику добывать грубый песок и что предоставленное и использованное собственником земельного участка полномочие пользования находилось под защитой гарантии собственности. С содержанием основного права не было бы совместимо, если государству представилось бы полномочие резко и без перехода прервать пользование земельным участком, для начала которого потребовались большие инвестиции. Подобное регулирование в одночасье обесценивало бы вложенный труд и заложенный капитал. Оно подорвало бы доверие к устойчивости правопорядка, без которого невозможно ответственное ведение собственной жизни в области имущественно-правовых отношений [...].

[...]

II.

[...]

2. С конституционно-правовой точки зрения не вызывает нареканий, что Закон о водном режиме не предоставляет тем старым пользованиям со стороны собственников, о которых здесь идет речь, ни притязание на разрешение, ни притязание на компенсацию.

а) Из конституционно-правовой гарантии пользования собственником, которое осуществил истец, нельзя выводить, что данное полномочие с самого начала должно сохраниться неограниченно или быть отменено только посредством экспроприации. Федеральный Конституционный Суд неоднократно указывал, что законодатель при новом оформлении некоторой правовой области не стоит перед альтернативой законсервировать старые правовые позиции или лишить их, предоставляя компенсацию. Он может в рамках ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ преобразовать индивидуальные правовые позиции посредством соразмерного и приемлемого переходного регулирования, если имеют место основания общего блага, заслуживающие преимущество перед оправданным — защищенным гарантией сохранения — доверием в дальнейшее существование благоприобретенного права [...].

[...]

в) [...] § 17 абз. 1 предл. 1 ЗВР дал лицам, обладающим полномочиями, [...] возможность еще в течение пяти лет после вступления закона

в силу без разрешения продолжить использование полномочий. Так как Закон о водном режиме вступил в силу лишь спустя тридцать один месяц после его обнародования, у затронутых лиц было почти восемь лет, чтобы настраиваться на новый правовой порядок. Срок еще продлевался, если перед его истечением было подано заявление на разрешение или согласие. В таком случае полномочие пользования без разрешения закончилось лишь с принятием правомочного решения по заявлению. Так истец по исходному делу смог беспрепятственно продолжить свою добычу грубого песка с использованием грунтовых вод еще в течение семнадцати лет.

[...]

Переходное положение является тем самым надлежащим и в достаточной мере учитывающим интересы затронутых лиц регулированием для добычи грубого песка с использованием грунтовых вод, которая была начата при действии прежнего права. Это действует и в той мере, в которой наступают воздействия на предприятие. Его защита не может простирается дальше, чем защита, которой пользуется его экономическая основа.

[...]

138) BVerfGE 68, 361

(Eigenbedarf I / Собственная потребность I)

1. С гарантией собственности из ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ совместимо, что законодатель в § 564б ГГУ поставил право арендодателя жилья на расторжение арендного договора в зависимость от оправданного интереса в окончании арендного отношения (собственная потребность).
2. О воздействии гарантии собственности на оценку собственной потребности.

Решение Первого Сената от 8 января 1985 г.

– 1 BvR 792/83 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

A.

[...]

I.

1. § 564 б ГГУ регулирует, будучи так называемым ядром социального арендного права, защиту от расторжения арендных договоров об аренде жилья. Он разрешает расторжение арендного договора арендодателем принципиально лишь тогда, когда у него есть оправданный интерес в его окончании. Норма гласит:

§ 564 б

(1) Правоотношение, вытекающее из договора аренды жилья, арендодатель может с учетом оговорки в абз. 4 расторгнуть лишь тогда, когда у него есть оправданный интерес в окончании правоотношения, вытекающего из договора аренды.

(2) Оправданный интерес арендодателя в окончании правоотношения, вытекающего из договора аренды жилья, следует признать, в частности, если:

1. квартиросъемщик нарушил виновно и существенно свои договорные обязанности;

2. арендодатель нуждается в помещениях как в квартире для себя, для лиц, входящих в его домашнее хозяйство, или членов своей семьи. Если после сдачи в аренду квартиросъемщику была основана и отчуждена жилищная собственность, то приобретатель не может ссылаться на оправданный интерес в смысле ст. 1 не ранее, чем по истечении трех лет с момента продажи ему;

3. продолжение правоотношений, вытекающих из договора аренды, мешало бы арендодателю в уместном экономическом использовании земельного участка, и для него вытекали бы значительные убытки [...]

[...]

(4) При наличии правоотношения, вытекающего из договора аренды жилья в жилом доме, в котором проживает сам арендодатель и в котором не более двух квартир, арендодатель может расторгнуть правоотношение, вытекающее из договора аренды, и в том случае, если не наличествуют предпосылки абзаца 1 [...]

[...]

[...]

Б.

[...]

I.

1. § 564 б ГГУ ставит действительную реализацию права расторжения арендного договора в зависимость от существования оправданного интереса в окончании правоотношений, вытекающих из договора аренды. Норма регулирует вообще и абстрактно полномочие распоряжения собственника сданного в аренду жилья и определяет тем самым содержание и границы собственности в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ (ср. BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 [330 и далее]). Законодатель стоит при выполнении данного ему в ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ поручения перед задачей осуществить социальную модель, нормативные элементы которой вытекают, с одной стороны, из признания Основным законом частной собственности в ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ, а с другой стороны, из обязательного руководящего правила ст. 14 абз. 2 ОЗ (ср. BVerfGE 25, 112 [117]; 52, 1 [29]). Частная собственность в смысле Конституции отличается по своему правовому содержанию частной выгодой и принципиальным полномочием распоряжения предметом собственности (BVerfGE 31, 229 [240], с дальнейшими ссылками); но его использование должно «одновременно служить общему благу». При этом предполагается, что объект собственности находится в социальной связи и обладает социальной функцией (BVerfGE 37, 132 [140]). В этом смысле полномочие законодателя определить содержание и границы собственности простирается тем дальше, чем больше объект собственности является социально обусловленным. Решающей является точка зрения, выраженная в ст. 14 абз. 2 ОЗ, согласно которой пользование и распоряжение в любом случае не остаются всего лишь в сфере собственника, а затрагивают интересы других участников правовых отношений, которые зависят от пользования объектом собственности (BVerfGE 50, 290 [340 и след.]). При наличии данной предпосылки требование Основного закона относительно пользования, ориентированного на общее благо, охватывает требование учета уважения к не-собственнику, который, в свою очередь, нуждается в пользовании объектом собственности для обеспечения своей свободы и ответственного ведения жизни (ср. BVerfGE 37, 132 [140]). Даже если собственность в этой мере может подвергаться далеко идущим ограничениям, гарантия сохранения ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ требует в любом случае сохранения принадлежности и признания субстанции собственности (BVerfGE 42, 263 [295]; 50, 290341]).

Задача законодателя заключается в том, чтобы при выполнении своего поручения на регулирование согласно ст. 14 абз. 1 предл. 1 ОЗ учитывать в одинаковой мере гарантию сохранения и требование социально справедливого порядка собственности согласно ст. 14 абз. 2 ОЗ и привести достойные защиты интересы всех участников в справедливое равновесие (BVerfGE 25, 112 [117 и далее]). Точно так же, как гарантия собственности не защищает пренебрегающее социальной функцией объекта собственности использование, статья 14 абз. 2 ОЗ не может оправдать чрезмерное, не требуемое социальной функцией ограничение частноправовых полномочий (BVerfGE 37, 132 [141]; ср. также BVerfGE 58, 137 [148]).

[...]

3. [...] Ограничение свободного права арендодателя жилья на расторжение арендного договора требованием наличия оправданного интереса представляет собой допустимое ограничение полномочия, вытекающего из свободного распоряжения собственностью. Социальная связь собственности на жилье основывается на том, что оно не имеется в неограниченном количестве и его следует рассматривать как центр жизни арендатора. Большая часть населения по-прежнему не в состоянии создать для себя жилье собственными силами и поэтому с неизбежностью зависит от квартир, снятых в аренду (так уже BVerfGE 38, 348 [370]).

Под углом зрения всегда значительных расходов и неудобств в личном, семейном, экономическом и социальном отношениях, связанных, как правило, для арендатора со сменой квартиры [...], ограничение права расторжения арендного договора случаями, когда у арендодателя есть оправданный интерес в прекращении правоотношения, вытекающего из договора аренды, оправданно. Благодаря этой норме арендатор, исполняющий договорные обязательства, должен быть защищен от произвольного расторжения договора и тем самым утраты жилища [...]. Исключение произвольного, не вызванного вескими основаниями расторжения арендного договора уже потому не может вызывать нарекания с точки зрения конституционного права, что подобное осуществление полномочий собственника под углом зрения социальной значимости жилища для зависящих от него людей не пользуется конституционно-правовой защитой. § 564 б абз. 4 ГГУ также не приводит к чрезмерному, не требуемому социальной функцией собственности ограничению частноправовых полномочий. Норма не вторгается ни в отношения принадлежности,

ни в субстанцию собственности. Достойный защиты интерес собственника учитывается таким образом, что при собственной потребности возможно расторгнуть правоотношения, вытекающие из договора аренды. В той мере, в которой ему § 564 б абз. 4 ГГУ в области, в которой он наиболее близко живет рядом с арендатором и наиболее сильно и непосредственно затронут в своей жилой и жизненной области, предоставляется право расторжения арендного договора без наличия оправданных интересов, законодатель учел то обстоятельство, что и для него — как и для арендатора — жилище является центром его существования. Наконец, § 564 б ГГУ не затрагивает право арендодателя прекратить правоотношения, вытекающие из арендного договора, по важным основаниям (§ 533 след. ГГУ).

В результате следует констатировать, что законодатель при принятии § 564 б ГГУ в достаточной мере учел интерес как арендодателя, так и арендатора. Одностороннее оказание предпочтения или ущемления, которые не находились бы в соответствии с конституционно-правовым представлением о социально связанной частной собственности (BVerfGE 37, 132 [141]), не обнаружены.

[...]

139) BVerfGE 93, 121

(Einheitswerte II / Имущественные единства II)

1. Если законодатель определяет для какого-то совокупного имущества единую налоговую ставку, то равномерное налогообложение может быть обеспечено только при условии, что налоговая база каждого объекта имущества, входящего в состав совокупного имущества, оценивается в отдельности. Налогооблагаемая база должна поэтому надлежащим образом соотноситься со способностью каждого объекта имущества приносить доход и достоверно отражать их ценность во взаимосвязи с другими объектами, входящими в состав совокупного имущества.

2. Конституционно-правовые рамки обложения имущества налогом на доход и налогом на имущество ограничивают налоговое вторжение в способность имущества приносить доход. На это ограничение совокупного налогового бремени должны ориентироваться разграничения, вытекающие из принципа равенства.

3. Налог на имущество должен постольку применяться в дополнение к другим налогам на доход, поскольку совокупная налоговая нагрузка ожидаемого дохода с учетом типовых доходов, удержаний и иных налоговых послаблений остается в районе соотношения 50/50 между частным имуществом и казной.

4. С учетом предшествующего налогового обременения имущества законодатель должен в любом случае оградить от налогообложения, осуществляемого исходя из ожидаемого дохода, экономическую основу человеческого существования.

5. В той степени, в которой налогоплательщики вправе создавать в рамках брака или семьи совместную — более высокую — экономическую основу своего личного существования, защита семьи и брака требует в соответствии со ст. 6 абз. 1 ОЗ, чтобы законодатель, устанавливающий налог на имущество, учитывал эту непрерывность семейного и брачного благополучия.

**Решение Второго Сената от 22 июня 1995 г.
– 2 BvL 37/91 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

[...]

II.

1. [...]

б) [...] Совокупная налоговая нагрузка, возникающая в результате налогообложения приобретения имущества, владения имуществом и распоряжения имуществом, должна быть таким образом внутренне согласована законодателем, чтобы была обеспечена равномерность распределения налогового бремени и исключено чрезмерное обременение. При этом необходимо учитывать то, что и налоговый законодатель не вправе произвольно посягать на частное имущество, управомоченное же лицо, напротив, имеет в силу Основного закона притязание на то, чтобы ему в любом случае было гарантировано сохранение по существу возможности использования приобретенного имущества и право на распоряжение приобретенными и имеющими имущественную ценность правовыми позициями (срав. BVerfGE 87, 153 [169]).

[...]

в) Равенство всех людей перед законом (ст. 3 абз. 1 ОЗ) не требует равного вклада каждого жителя страны в финансирование общественных расходов, а требует от современного налогового права в своем специфическом для данной отрасли применении, чтобы каждый житель страны в зависимости от его возможностей в равной мере был привлечен к финансированию общественных расходов. Законодатель принял принципиальное решение обременять не способность каждого к приобретению имущественных благ, но сами приобретенные имущественные блага. Если кто-то не использует свой талант к приобретению посредством труда, он в принципе не подлежит налогообложению. Если же кто-то не использует свое имущество, то в целях налогообложения он рассматривается таким образом, как если бы он получил доход [...].

3. Конституционно-правовые рамки обложения имущества налогом на доход и налогом на имущество ограничивают налоговое вторжение в способность имущества приносить доход. На это ограничение совокупного налогового бремени должны ориентироваться разграничения, вытекающие из принципа равенства. Они образуют для Сената, который компетентен по вопросам налога на доход и, как в этом случае, также по вопросам налога на имущество, в качестве основных принципов масштаб его конституционно-правовой проверки:

а) Налог на имущество подвергает регулярному, многообразному налогообложению принадлежащее лицу имущество, как правило, созданное за счет уже обложенного налогом дохода. Он вторгается в лежащую в основе власти на распоряжение и правомочия пользования имуществом общую свободу осуществления деятельности (ст. 2 абз. 1 ОЗ) как раз в ее проявлении как личностного развития в имущественно-правовой сфере (ст. 14 ОЗ). Это значит, что охраняемое право на свободу может быть ограничено только в той степени, в которой налогоплательщику обеспечивается сохранение в его основе успеха его собственной деятельности в экономической сфере как выражение принципиальной возможности использовать этот успех для частных нужд и осуществления своего права на распоряжение приобретенными и имеющими имущественную ценность правовыми позициями (срав. BVerfGE 87, 153 [169]). Закрепление имущественно-ценностных правовых позиций за конкретным лицом и субстанция собственности должны быть гарантированы (срав. BVerfGE 42, 263 [295]; 50, 290 [341]).

б) На основании указанных масштабов в соответствии с условиями современного налогового права, согласно которым имущество через налоги на прибыль и доход, а конкретный имущественный объект через косвенные налоги уже предварительно обременены в налоговом отношении, в силу Основного закона остается немного пространства для дополнительного обременения этого, уже несколько раз предварительно обремененного имущества. Налог на имущество должен быть так исчислен, чтобы в совокупности с другими налогами субстанция собственности, основа имущества остались неприкосновенными и чтобы он мог быть уплачен из других, обычно ожидаемых, возможных доходов (ожидаемые доходы). В противном случае налогообложение имущества ведет в результате к поэтапной конфискации, которая, таким образом, чрезмерно обременяет налогоплательщика и может фундаментально затронуть его имущественное положение (срав. BVerfGE 14, 221 [241]; 82, 159 [190]; постоянная судебная практика).

140) BVerfGE 100, 226

(Denkmalschutz / Защита памятников архитектуры)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 69/1999 от 1 июля 1999 г.

Решение от 2 марта 1999 г.

– 1 BvL 7/91 –

Регулирование в «Законе об охране памятников архитектуры» Земли Рейнланд-Пфальц противоречит Основному закону

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда в деле по запросу суда решил, что § 13 абз. 1 предл. 2 Закона об охране памятников архитектуры и ухода за ними Земли Рейнланд-Пфальц (ЗОхрУП, текст в приложении) из-за нарушения гарантии собственности (ст. 14 абз. 1 ОЗ) несовместим с ОЗ.

Согласно данной норме снос памятника культуры может быть разрешен только в общественных интересах. Интересы собственника при этом не учитываются.

У законодателя есть время до 30 июня 2001 г., чтобы принять соответствующее Основному закону регулирование. Если в этот срок не будет принято новое регулирование, со сносом культурных памятников придется мириться, если их содержание собственнику больше не под силу.

I.

В 1981 г. промышленное предприятие подало заявление о сносе находящейся в его собственности виллы, построенной в конце XIX в. У него не было больше возможности ее использования в целях предприятия, и многолетние поиски найти другое, осмысленное использование или сдать здание в аренду были безуспешными. Сохранение строительной конструкции требовало чрезмерных затрат на энергию и восстановление здания.

Ведомства формально поставили здание под охрану памятников архитектуры в 1983 г. и отказали в разрешении на снос. Нет и причин общего блага, которые могли бы оправдать выдачу разрешения. То, что нет возможности найти для здания возможности использования, и содержание здания из-за высоких издержек является неэкономичным, не может учитываться при решении согласно § 13 абз. 1 предл. 2 ЗОхрУП. Протест и иск предприятия не были удовлетворены. В апелляционном производстве в Верховном земельном суде Рейнланд-Пфальц по административным спорам (ВЗСА) суд в соответствии со ст. 100 абз. 1 ОЗ обратился в Федеральный Конституционный Суд с запросом, «является ли § 13 абз. 1 предл. 2 [...] ЗОхрУП от 23 марта 1978 г. [...] в той мере неконституционным, в которой там определяется, что в случае номера 1 [...] решение может быть выдано лишь в том случае, если другие потребности общего блага перевесят интересы защиты памятников и ухода за памятниками».

По мнению ВЗСА, предъявленная для проверки норма нарушает гарантию собственности.

II.

Первый Сенат в результате признал правоту ВЗСА.

В основании говорится, в частности:

1. Предъявленная для проверки норма определяет содержание и границы собственности в смысле ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ.

а) Защита памятников культуры является легитимным законодательным интересом, охрана памятников — задача общего блага высокого ранга, оправдывающая ограничительное регулирование в смысле ст. 14

абз. 1 предл. 2 ОЗ. Для Рейнланд-Пфальца охрана памятников к тому же усиливается явным регулированием в земельной Конституции.

Состав обстоятельств для получения разрешения § 13 абз. 1 предл. 2 ЗОхрУП является подходящим и необходимым для выполнения цели данного закона. Сенат далее излагает, что норма и в узком смысле является соразмерной. Запретом на снос не ограничивается существующее использование памятника архитектуры. Ввиду высокого ранга охраны памятников и под углом зрения ст. 14 абз. 2 ОЗ («Ее использование должно одновременно служить общему благу») собственник в принципе должен мириться с тем, что ему отказывают в возможно более рентабельном использовании земельного участка. Статья 14 абз. 1 ОЗ не защищает наиболее доходное использование собственности.

б) Иначе обстоит дело — как в данном случае — если для охраняемого строения уже не имеется никакой возможности осмысленного использования. Это может случиться, если прежнее использование вследствие измененных обстоятельств отменяется и иное использование, на которое собственнику можно указать допустимым образом, нельзя осуществить. Если даже расположенный к охране памятников собственник не может разумно использовать памятник архитектуры и практически не может продать его, его частная выгода почти полностью устраняется. Если к этому прибавить законную обязанность содержания памятника, то право превращается в бремя, которое собственник должен нести один в общественных интересах, не имея от этого преимущества частного использования. Правовая позиция затронутого лица тем самым приближается к состоянию, в котором она уже не заслуживает название «собственность». Отказ в разрешении на снос тогда уже неприемлем. Вопрос о том, где пролегает граница приемлемости в отдельности и в какой мере собственник будет ущемлен проверяемой нормой неприемлемым образом, может остаться открытым. Неконституционность § 13 абз. 1 предл. 2 ЗОхрУП вытекает уже из того, что норма не исключает несоразмерные обременения собственника и не содержит никаких мер для предотвращения подобных ограничений собственности.

в) Обязанность компенсации в § 31 абз. 1 предл. 2 ЗОхрУП (текст см. в приложении) не меняет этого результата.

Неприемлемые воздействия регулирования, касающегося содержания собственности (ст. 14 абз. 1 предл. 2 ОЗ), принципиально могут быть

предотвращены уравнивающими мерами. § 31 абз. 1 предл. 2 ЗО-хрУП не может выполнить данную функцию, так как не удовлетворяет требованиям, выдвигаемым к регулированию уравнивания. Ибо подобное уравнивание должно регулироваться законом и не может ограничиваться компенсацией в денежной форме. Гарантия ст. 14 абз. 1 ОЗ требует, чтобы в первую очередь были приняты меры, реально избегающие несоразмерное обременение собственника и сохраняющие частную выгоду собственности в как можно большей мере.

Законодатель при своем уравнивающем регулировании должен, кроме того, обеспечить, чтобы вместе с решением о ведомственном административном акте, ограничивающем право собственности, решался бы вопрос о компенсации, которую в данном случае следовало бы предоставить обремененному собственнику; при финансовой компенсации следует хотя бы по сути решать вопрос о наличии притязания. Только тогда собственник может принимать осмысленное решение, должен ли он согласиться с ущемляющим его административным актом (например, отказом в разрешении на снос) или оспаривать его.

2. Последствия решения

Законодателю устанавливается срок до 30 июня 2001 г., в течение которого он должен решить, хочет ли он сохранить охрану памятников посредством мер освобождения и компенсации. Если он не примет новое регулирование, то начиная с 1 июля 2001 г. он должен мириться со сносом памятников культуры, если их содержание является неприемлемым для собственника. До окончания срока нельзя принимать окончательное решение по заявлениям на выдачу разрешения сноса, если только снос не должен быть разрешен в общественных интересах. Текущие процедуры получения разрешения и административно-правовые споры следует отложить максимум до 30 июня 2001 г.

Приложение к сообщению для печати № 69/99 от 1 июля 1999 г.

«§ 13

Разрешение изменений, заявления о восстановлении

(1) Охраняемый памятник культуры может только с разрешения быть:

1. разрушен, снесен, разобран на части или устранен,
2. преобразован или иначе изменен в своем составе,
3. не только временно изменен в своем внешнем виде,
4. удален с места своего расположения.

В случае номера 1 разрешение может быть выдано только тогда, когда другие интересы общего блага превышают интересы охраны памятников и ухода за ними; при этом следует проверить, нельзя ли иным способом учитывать интересы общего блага.

[..]»

«§ 31

Прочие меры обязательной компенсации

(1) Если на основании меры, основанной на настоящем законе, пользование предметом, осуществленное правомочным образом, до сих пор не может быть продолжено, и если этим возможность экономического использования в целом существенно сужается, земля должна предоставить соответствующую компенсацию. То же самое действует, если мера прочим образом имеет отчуждающее действие.

(2) При недвижимых предметах соответствующим образом применяются нормы по компенсации земельного закона об экспроприации; [..]»

141) 1 BvR 31/08 und 1 BvR 3386/08

(Garzweiler II / Гарцвейлер II / Решение по делу «Шахта Гарцвейлер по добыче бурого угля открытым способом» — правовая защита при экспроприации и переселении)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати N° 76/2013 от 17 декабря 2013 г.

Решение от 17 декабря 2013 г.

– 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08 –

Решение по делу «Шахта Гарцвейлер по добыче бурого угля открытым способом»: усилена правовая защита лиц, которых коснулись экспроприация и переселение

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда усилил правовую защиту от крупных проектов, связанных с экспроприацией и переселением. Уже на стадии разрешения проекта требуется общее взвешивание всех общественных и частных интересов, говорящих в пользу проекта и против него. Общее взвешивание является делом специализированных ведомств и проверяется преимущественно судами специализированных отраслей правосудия; Федеральный Конституционный Суд ограничивается контролем конституционно-правовых аспектов. Затронутым лицам правовая защита должна быть предоставлена уже против разрешения проекта. Разрешение на рамочный план шахты Гарцвейлер по добыче бурого угля открытым способом удовлетворяет конституционно-правовым требованиям, но основанная на нем конкретная экспроприация природоохранного союза — нет. В этом смысле дело ограничивается констатацией нарушения основных прав, так как иск и при возвращении в специализированные суды для рассмотрения не имел бы большого успеха.

Обстоятельства и ход процедуры:

1. В основе шахты Гарцвейлер по добыче бурого угля открытым способом в Северном Рейне-Вестфалии лежат планы по бурому углю 1984 г. и 1994/1995 гг. Уведомлением от 22 декабря 1997 г. Ведомство по горному делу в Дюрене разрешило «Рамочный план предприятия для шахты Гарцвейлер I/II по добыче бурого угля открытым способом».

2. Заявитель по делу 1 BvR 3139/08 является собственником земельного участка, расположенного на территории добычи в районе Иммерат города Эркеленц, застроенного жилым домом в собственном пользовании. В своей конституционной жалобе он оспаривает разрешение Ведомства по горному делу Дюрена и подтверждающие его решения ведомств и судов по административным спорам.

3. Заявителем по делу 1 BvR 3386/08 является официально признанный в Северном Рейне-Вестфалии природоохранный союз. Он приобрел в 1998 г. в собственность земельный участок, на котором должна была вестись добыча. Решением от 9 июня 2005 г. окружное правительство Арнсберга лишило его собственности и передало ее носителю проекта. В своей конституционной жалобе заявитель оспаривает данное решение о передаче земли и подтверждающие его судебные решения.

Существенные соображения Сената:

1. Конституционная жалоба по делу 1 BvR 3386/08 обоснована в той мере, в которой она допустима. Заявитель, который экспроприируется в результате оспоренной передачи земли, ущемляется в своих основных правах из ст. 14 абз. 1 предл. 1 и ст. 19 абз. 4 предл. 1 ОЗ.

а) Согласно ст. 14 абз. 3 ОЗ экспроприация может быть оправдана только достаточно весомой целью общего блага, определение которой является прерогативой парламентского законодателя. При этом у законодателя есть простор для оценки, который подвергается ограниченной конституционно-правовой проверке. Закон должен достаточно определенно регулировать, с какой целью, при наличии каких предпосылок и для каких проектов можно экспроприировать. При экспроприации в пользу частных лиц, лишь косвенно служащей общему благу, следует в этом смысле выдвигать повышенные требования.

Экспроприация допустима лишь тогда, когда она необходима ради достижения цели общего блага. Здесь следует различать необходимость отдельной меры по экспроприации и необходимость самого проекта для общего блага. Проект является необходимым в смысле ст. 14 абз. 3 ОЗ, если он ради блага общества разумным образом необходим, внося существенный вклад в достижение цели общего блага. Сама экспроприация, однако, необходима лишь тогда, когда экспроприированное благо является неотъемлемым для осуществления проекта.

Гарантия эффективной правовой защиты от нарушений собственности выполняется лишь тогда, когда правовая защита от отчуждения собственности предоставляется настолько заблаговременно, что реально можно дожидаться проверки всех предпосылок принятия решения, под углом зрения предварительных установок или действительного исполнения проекта, с принципиально открытым результатом.

б) § 79 абз. 1 Федерального закона о горном деле (ФЗГД) при конституционном толковании содержащейся там оговорки об общем благе находится в соответствии со ст. 14 абз. 3 ОЗ. Формулировка наводит, правда, на мысль, что передача земли принципиально допустима, если она «служит благу общества» и что цели, позволяющие проводить экспроприацию, добавленные в текст через «в частности», должны служить всего лишь в качестве примеров. В этом более широком толковании норма не была бы совместима с Основным законом. Перечисление целей

экспроприации можно, однако, понимать и как исчерпывающее. При подобном конституционном толковании § 79 ФЗГД находится в соответствии со ст. 14 абз. 3 в той мере, в которой он в качестве цели общего блага называет «снабжение рынка сырьем».

в) Отчасти неудовлетворительными являются нормы об экспроприации Федерального закона о горном деле под углом зрения необходимого общего взвешивания интересов и требуемой эффективной правовой защиты.

Нормы Федерального закона о горном деле не предписывают в явном виде проведение общего взвешивания интересов при решении вопроса о разрешении на рамочный план предприятия. Федеральный Административный Суд, однако, в своем решении от 29 июня 2006 г. (BVerfGE 126, 205), которое было принято в исходном деле по конституционной жалобе 1 BvR 3139/08, реагировал на данные недостатки в нормах о выдаче разрешений для горнодобывающих предприятий и потребовал через § 48 абз. 2 ФЗГД также взвешивание интересов затронутых собственников земельных участков с оправданными интересами горного дела. Данное понимание обычного закона оставляет пространство для общего взвешивания интересов, требуемого Конституцией при выдаче разрешения на рамочный план предприятия.

Кроме того, закон регулирует неоднозначно, требуется ли всегда общее взвешивание в рамках соответствующей передачи земли. Общее взвешивание в процедуре утверждения рамочного плана предприятия не делает лишним общее взвешивание в процессе принятия решения о передаче земли, даже если они по содержанию во многом совпадают, так как в этом смысле не предусмотрена обязательная сила рамочного плана предприятия в отношении передачи земли, в частности, предварительное действие относительно права экспроприации. Однако устоявшаяся в течение длительного времени судебная практика по административным спорам утверждает, что для добычи полезного ископаемого экспроприация в отдельном случае допустима только на основе общего взвешивания; тем самым правовое положение в достаточной мере уточняется.

г) Оспоренные решения ведомств и судов нарушают права истца из ст. 14 абз. 1 и 3 ОЗ, так как не проводилось необходимое взвешивание в отношении шахты с открытой формой добычи в Гарцвейлере, и они основываются на толковании Федерального закона о горном деле,

которое в свое время обладало структурным дефицитом правовой защиты. Общее взвешивание может, однако, при обязательном решении о передаче земли принципиально проводиться еще во время судебного разбирательства. Верховный земельный суд по административным спорам, однако, в оспоренном решении указывает по многим установлениям и оценкам фактов без собственной предметной проверки на, по его мнению, обязательные результаты из его решения о предшествующем иске истца против рамочного плана предприятия. В этом более раннем решении Верховный земельный суд по административным спорам — в согласии с тогдашней судебной практикой Федерального Административного Суда — отстаивал точку зрения, что разрешение на рамочный план предприятия не может нарушить права третьих лиц. Только при процедуре передачи земли происходит вторжение в право собственности. Тем самым истцу было отказано в достаточной судебной проверке оспоренной переуступки земли.

д) Несмотря на успех конституционной жалобы, все ограничивается простым установлением нарушений Конституции. Отмена оспоренных решений является излишней, так как новое решение по делу не может истцу принести никакой выгоды, выходящей за пределы констатации. Земельный участок тем временем используется под добычу бурого угля открытым способом, и его возврат был бы фактически лишен ценности. К тому же с уверенностью можно предвидеть, что специализированные суды при повторном решении, по сути, пришли бы к выводу, что шахта Гарцвейлер по добыче открытым способом для обеспечения энергоснабжения должна рассматриваться как разумным образом необходимая и что и общее взвешивание по шахте с открытым способом добычи при проверке задним числом судами устояло бы (ср. об этом позже под 2).

2. Конституционная жалоба по делу 1 VvR 3139/08 допустима, но необоснованна.

а) Оспоренное разрешение на рамочный план предприятия шахты Гарцвейлер с открытым способом добычи не нарушает право истца на свободу перемещения (ст. 11 ОЗ).

Статья 11 ОЗ защищает и пребывание на свободно выбранном месте и, тем самым, от принудительного переселения. Однако она не дает право пребывать и оставаться в таких местах на территории федерации, в которых регулирование о земельном порядке или использовании

земли противостоят постоянному пребыванию. Подобное регулирование не касается, во всяком случае, тогда охранительной области ст. 11 абз. 1 ОЗ, если оно действует вообще и не должно целенаправленно касаться свободы перемещения отдельных лиц или групп лиц. Самостоятельное право на родину ст. 11 абз. 1, однако, не предоставляет. В результате этого не возникает пробела в защите. Особые обременения затронутых лиц, связанные с утратой социальных и пространственно-градостроительных связей, учитываются в рамках защиты основных прав из ст. 14 абз. 1 и 3 ОЗ, если речь идет о вторжении в собственность, в остальном через ст. 2 абз. 1 ОЗ.

б) Вторжение в собственность (ст. 14 ОЗ) истца посредством разрешения рамочного плана предприятия оправдано с конституционно-правовой точки зрения.

аа) Статья 14 ОЗ защищает конкретный состав жилищной собственности. К составу относятся и его сложившиеся связи в социальном и градостроительном отношении. Данная защита относится как к квартирам, находящимся в собственности, так и к праву владения арендаторов жилья.

бб) Разрешение на рамочный план предприятия не лишает, однако, истца собственности на его земельный участок, но вторгается в нее. Оно содержит констатацию не в его пользу, что проект шахты с открытым способом добычи принципиально может быть разрешен. Разрешение рамочного плана предприятия вторгается в земельную собственность истца и потому, что самое позднее с момента этого решения в населенных пунктах, затронутых шахтой с открытым способом добычи, начинается процесс переселения, меняющий массивно в растущей мере социальное и градостроительное окружение. Наконец, решение о выдаче разрешения имеет и предварительное правовое действие под углом зрения возможностей правовой защиты истца от более позднего отчуждения земельного участка. Во всяком случае относительно земельных участков, расположенных посреди зоны добычи, после принятия рамочного плана предприятия последующее использование в принципе решено. По мере осуществления проекта создания шахты с открытым способом добычи уменьшаются фактические виды на успех правовых средств против отчуждения земли в той мере, в которой собственник ссылается на противоправность проекта.

вв) (1) Ввиду данных предварительных действий вторжение в собственность, связанное с разрешением рамочного плана предприятия,

только в том случае оправданно, если предпосылки экспроприации по сути выполнены. Это имеет место, когда цель общего блага, связанная с проектом шахты по добыче открытым способом, можно выводить из достаточно ясного законного определения общего блага, когда сам проект разумно необходим для достижения цели общего блага, когда процесс принятия решения придерживается минимальных конституционно-правовых требований и разрешение осуществляется обоснованно на основании всеобъемлющего общего взвешивания.

(2) Посредством добычи бурого угля реализуется достаточно определенная законом и достаточно обоснованная цель общего блага. Решение о том, при помощи каких энергоносителей или в каких комбинациях доступных энергоносителей хочется обеспечить надежное энергоснабжение, является в первую очередь решением федерации и земель в области энергетической политики. Для этого у них есть широкий простор для оценок и воплощения. Основной закон не предлагает масштаб для единственной конституционной в какой-то момент времени энергетической политики федерации или одной из земель. Поэтому Федеральный Конституционный Суд может проверить основополагающие решения из области энергетической политики лишь на предмет того, являются ли они очевидно и однозначно несовместимыми с конституционно-правовыми оценками, как они выражаются, в частности, в основных правах или определениях целей государства и здесь именно в защите окружающей среды (ст. 20 а ОЗ).

Процедура рассмотрения конституционной жалобы не показала, что основополагающее решение в области энергетической политики Земли Северный Рейн-Вестфалия о среднесрочном продолжении добычи бурого угля — и в той мере, в которой оно касается конкретного решения относительно шахты с открытым способом добычи в Гарцвейлере, — вызывает нарекания с точки зрения конституционного права. Земельное правительство приводит веские основания общего блага в пользу своей концепции, ставящей на передний план постоянную доступность традиционного сырья для надежной комбинации видов энергии. Его оценка значительной нагрузки на человека и окружающую среду, связанной с добычей и переработкой бурого угля в электричество, не является, во всяком случае, очевидно ошибочной. Вопрос о том, является ли концепция с точки зрения энергетической политики, экономики и экологии

наиболее осмысленной концепцией энергоснабжения, не решает Федеральный Конституционный Суд.

(3) Шахта с открытым способом добычи бурого угля в Гарцвейлере необходима для достижения цели общего блага посредством добычи и переработки бурого угля в электричество внести существенный вклад в намеченную комбинацию видов энергии для Земли Северный Рейн-Вестфалия. Достаточно того, что добыча бурого угля в этой шахте с открытым способом добычи вносит существенный вклад в достижение данной цели общего блага.

(4) Законодательное регулирование разрешения проекта шахт для добычи бурого угля открытым способом страдает дефицитами. Недостаточно ясно регулируется, с одной стороны, соотношение между планированием в области бурого угля согласно земельному праву Земли Северный Рейн-Вестфалия и разрешением рамочного плана предприятия согласно Федеральному закону о горном деле, а также, с другой стороны, требование общего единого взвешивания. Тем не менее регулирование в найденном Федеральным Конституционным Судом толковании еще соответствует требованиям к прозрачному и четкому оформлению процедуры и материального процесса принятия решения, а также однозначному распределению ответственности. Действительные процедурные шаги, приведшие к разрешению рамочного плана предприятия для шахты с добычей бурого угля открытым способом в Гарцвейлере не находятся в противоречии с минимальными конституционно-правовыми требованиями. Требуемое общее взвешивание в случае шахты для добычи бурого угля открытым способом в Гарцвейлере было проведено не вызывающим конституционно-правовые сомнения образом. Федеральный Конституционный Суд при контроле решений специализированных судов и ведомств ограничен проверкой того, не допустили ли они при установлении обстоятельств существенные конституционно-правовые ошибки или недооценили ли они принципиально при общем взвешивании значение затронутых основных прав — в частности, ст. 14 абз. 1 ОЗ — или прочих оценок Основного закона.

Исходя из ожидаемого количества добычи бурого угля в запланированный срок добычи с 2001 по 2045 г. Высший земельный суд по административным спорам высказал прогноз, что проект добычи внесет весомый вклад в производство электричества. Он затем оценил проект добычи

с точки зрения руководящих решений земельного правительства Северного Рейна-Вестфалии 1987 и 1991 гг., задал вопрос о его совместимости с политикой Германии и Европейского союза в области защиты климата, а также с государственной целью охраны окружающей среды, выраженной в ст. 20 а ОЗ и посчитал его в целом достаточно обоснованным.

Интересы затронутых в своей собственности и вынужденных переселиться лиц в своей сумме объединяются в особо значимое дело общего блага, противостоящее шахте с открытым способом добычи. Уместны, конечно, сомнения в том, включил ли Высший земельный суд по административным спорам данный центральный интерес с подобающим ему весом в общее взвешивание. Но в конечном счете они оказываются не решающими. Нет сомнений в том, что Высшему земельному суду по административным спорам был известен и осознан им масштаб вопроса о переселении, принимая во внимание число переселяющихся и специфические обременения, связанные с переселением. Большое число затронутых переселением лиц (почти 7000 человек) было обсуждено с самого начала планирования как одна из центральных проблем данного проекта. Соответственно планирование создания шахты с открытым способом добычи бурого угля в Гарцвейлере, которое и было основой решения Высшего земельного суда по административным спорам, интенсивно и подробно занималось определением нагрузки на переселяющихся и минимизацией последствий переселения.

§ 26. Лишение гражданства, выдача преступников, право на убежище (Ст. 16 и ст. 16 а Основного закона)

142) BVerfGE 74, 51

(Nachfluchtthatbestände /Обстоятельства, возникающие после бегства)

1. Основным условием возникновения основного права на убежище в соответствии с предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона является, исходя из его состава обстоятельств, наличие причинно-следственной связи между преследованием и бегством. Распространение данного состава на случаи, когда обстоятельства возникают после бегства, допускается лишь в той мере, в которой это требуется, чтобы соответствовать смыслу и цели гарантии убежища, исходя из воли создателей Конституции к нормированию.

2. При наличии субъективных обстоятельств, возникающих после бегства, которые созданы по собственной инициативе лицом, желающим получить убежище (так называемые обстоятельства, созданные после бегства самим лицом, желающим получить убежище), после того как он покинул свою родную страну, право на убежище может быть признано, как правило, только если такие обстоятельства являются проявлением или продолжением нескрываемых, твердых убеждений, которые существовали и проявились во время пребывания в родной стране.

Решение Второго Сената от 26 ноября 1986 г.

– 2 BvR 1058/85 –

[...]

ОСНОВАНИЕ

А.

Конституционная жалоба касается условий, при которых обстоятельства, созданные после бегства лицом, желающим получить убежище, влекут возникновение основного права на убежище.

[...]

Б.

[...]

I.

Заявитель конституционной жалобы (*член организации Ghana Democratic Movement, созданной в изгнании*) ссылается на то, что по возвращении в Гану ему грозит преследование за обстоятельства, созданные им по собственному решению во время своего пребывания в Федеративной Республике Германия (так называемые обстоятельства, созданные после бегства самим лицом, желающим получить убежище). При подобных обстоятельствах право на убежище признается за лицом в крайне редких случаях в качестве исключения (BVerfGE 9, 174 [181]; 38, 398 [402]; 64, 46 [59 и далее]), так как основное право на убежище, предусмотренное предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона исходя из содержания предоставляемых таким правом гарантий, не распространяется по общему правилу на случаи политического преследования (угрозы политического преследования) по причине обстоятельств, созданных после бегства самим лицом, желающим получить убежище.

1. Смысловое содержание нормы «преследуемые по политическим мотивам лица имеют право на убежище» нельзя определить исходя лишь из ее узкого и лапидарного толкования. [...] напротив, смысловое содержание данной нормы определяется на основании общего анализа всей ситуации, с учетом, в частности, особенностей традиции регулирования данного вопроса, а также истории возникновения данной нормы.

Норма предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона по своему содержанию тесно связана с международно-правовым институтом «право на убежище». Данная норма должна была предоставить индивидуальное, субъективное право (подлежащее защите в судебном порядке), которое соответствует существовавшему в то время институту «убежища» и «предоставления убежища». При этом не существовало цели создать новый независимый правовой институт. Напротив, существующий и известный, закрепившийся в международном праве институт «права на убежище» должен был получить статус основного права лица, ищущего убежище, вместо ранее существовавшего статуса, который предполагал реализацию права на убежище по свободному усмотрению государства (в соответствии с BVerfGE 54, 341 [356]; также BVerwGE 67, 184 [185]).

а) Данный правовой институт убежища, исходя из сформировавшейся в свое время практики его применения, а также известной о данном институте информации, применяется при условии наличия

причинно-следственной связи между преследованием (угрозой преследования) и бегством [...]

[...]

в) Установленный в предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона состав обстоятельств не противоречит гуманитарной идее, которая лежит в основе института «предоставления убежища» (в соответствии с BVerfGE 54, 341 [360]), а скорее, наоборот, полностью соответствует ей. Данная гуманитарная идея имеет целью принять и предоставить защиту тому, кто находится в безвыходном положении. Это относится к лицам, преследуемым по политическим мотивам, которые вынуждены бежать из своей родной страны или из страны пребывания, чтобы сохранить свою свободу, жизнь и физическую неприкосновенность. В отличие от этого при обстоятельствах, созданных после бегства самим лицом, желающим получить убежище, такое безвыходное положение отсутствует.

Применение для случаев создания после бегства обстоятельств самим лицом, желающим получить убежище, того же состава обстоятельств, который применяется при обычных случаях предоставления убежища, только на первый взгляд соответствует гуманитарной идее предоставления убежища. В этом случае право на убежище искажилось бы до права на иммиграцию для всех. Любой иностранец или лицо без гражданства могло бы воспользоваться гарантированным Конституцией правом пребывания в Федеративной Республике Германия даже в случае какой-нибудь безопасной провокации преследования при отсутствии опасности для лица, желающего получить убежище, в месте пребывания.

При таком расширении случаев применения состава обстоятельств, применяемых при обычных случаях предоставления убежища, гуманитарная идея предоставления убежища не утвердилась и не укрепилась бы, а потеряла бы смысл.

2. Согласно данному толкованию основное право на убежище в соответствии с предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона, с учетом состава обстоятельств, возникает по общему правилу при наличии причинно-следственной связи между преследованием и бегством, вопреки мнению Федерального суда по административным спорам (BVerwGE, Решение от 15 июля 1986–9 С341.85; см. также BVerwGE55, 82 [84–86]; 68, 171 [174 и далее], с другой стороны, см. также BVerwGE69, 323 [326]), -. По своей природе

право на убежище направлено на предоставление убежища и защиты лицам, скрывающимся от политического преследования.

Применение для случаев создания после бегства обстоятельств самим лицом, желающим получить убежище, того же состава обстоятельств, который применяется при обычных случаях предоставления убежища, допускается лишь в той мере, в которой оно требуется, чтобы соответствовать смыслу и цели гарантии убежища исходя из воли создателей Конституции к нормированию.

а) С этой точки зрения можно рассматривать так называемые объективные обстоятельства после бегства, возникшие в результате процессов или событий, происходящих в родной стране лица, желающего получить убежище, по не зависящим от него причинам, как обстоятельства, предоставляющие право на убежище.

[...]

б) При субъективных обстоятельствах после бегства, созданных лицом, желающим получить убежище, по собственному решению (так называемые обстоятельства, созданные после бегства самим лицом, желающим получить убежище), существует следующее самое большое ограничение:

[...] право на убежище возникает, как правило, лишь в том случае, если обстоятельства, созданные после бегства самим лицом, желающим получить убежище, являются проявлением или продолжением нескрываемых, твердых убеждений, которые существовали и проявились во время пребывания в родной стране, т. е. являются неизбежным следствием длительного и открытого образа жизни, накладывающего отпечаток на его идентичность.

Для рассматриваемой здесь группы случаев политической деятельности в изгнании и принадлежности к эмигрантской организации следует, что право на предоставление убежища не возникает. [...]

в) При всем этом нельзя не учитывать, что право на предоставление убежища по смыслу предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона не является единственным правовым основанием пребывания иностранцев на территории федерации или во всяком случае для их защиты от выдворения. Если у кого-либо отсутствует основное право на убежище, не исключено, что такому лицу будет предоставлен статус «пребывания на территории ФРГ» в соответствии с правилами Закона «Об иностранцах», которые

в данном случае предоставляют больше свободы для принятия решения по своему усмотрению. Именно в тех случаях, в которых — несмотря на отсутствие права на предоставление убежища — обеспечение безопасного пребывания в Федеративной Республике Германия обусловлено политическими или иными причинами, возможности обеспечения такого пребывания остаются открытыми. Против выдворения в страну, в которой лицу, просящему убежища, грозит политическое преследование, или в третье государство, которое, возможно, выдаст лицо, которое просит предоставления убежища, стране, в которой ему грозит политическое преследование, для каждого иностранца существует защита, предусмотренная условиями ст. 33 Соглашения о правовом статусе беженцев — Женевская конвенция о беженцах — от 28 июля 1951 г. (Сборник федерального законодательства. 1953, II с. 559), § 14 Закона «Об иностранцах» от 28 апреля 1965 г. (Сборник федерального законодательства. I с. 353) и, возможно, ст. 3 Конвенции защиты прав человека и основных свобод — Европейская конвенция по правам человека — от 4 ноября 1950 г. (Сборник федерального законодательства. 1952, II с. 686). Данные правовые обязанности, предусмотренные законом и основанные отчасти на международном праве, разумеется, необходимо учитывать во всех случаях создания обстоятельств после бегства самим лицом, желающим получить убежище, которые являются недостаточными для возникновения права на убежище.

[...]

143) BVerfGE 80, 315

(Tamilen / Тамилы)

1. Политическим преследованием в смысле предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона является, по общему правилу, преследование со стороны государства.

2. Преследование является политическим в том случае, если оно целенаправленно нарушает права человека в связи с его политическими, религиозными убеждениями или в связи с неотъемлемыми характеристиками человека, определяющими его индивидуальность, при этом такое нарушение носит столь интенсивный характер, при котором такой человек исключается из общего общественного порядка данного государства.

3. Политическим преследованием, по общему правилу, может быть также признано преследование со стороны государства действий, которые представляют собой реализацию политических убеждений, даже в тех случаях, когда государство таким образом защищает интересы своей целостности или политической идентичности. Требуется особое обоснование, чтобы исключить такое преследование из категории политических преследований.

4. Государство может осуществлять исходящее от него или вменяемое ему преследование только в том случае, если государство выступает в качестве единственного субъекта, наделенного властью, на соответствующей территории. Поэтому отсутствует возможность политического преследования, пока оно осуществляется государством в условиях открытой гражданской войны на территории, на которой ведутся боевые действия, когда государство лишь играет роль одной из противоборствующих сторон в гражданской войне, однако уже не существует в качестве силы, способной обеспечивать действительный общественный порядок. Данное правило также применяется и в отношении определенных кризисных ситуаций во время партизанской гражданской войны.

Во всех этих случаях имеет место политическое преследование, если государственные силы ведут борьбу, направленную на физическое уничтожение представителей противоборствующей стороны или лиц, которые считаются представителями противоборствующей стороны, и отвечают основным требованиям для предоставления убежища, но при этом не хотят или не могут больше оказывать сопротивления либо не участвуют или прекратили участие в боевых действиях, в особенности когда действия государственных сил переросли в целенаправленное физическое уничтожение или разрушение этнической, культурной или религиозной идентичности той части населения, которая отвечает основным признакам для предоставления убежища.

5. а) Лицо, подвергшееся политическому преследованию на региональном уровне, только тогда признается подвергшимся политическому преследованию по смыслу предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона, если такое лицо оказалось в безвыходном положении в своей стране. Указанные обстоятельства присутствуют только в тех случаях, когда лицо, подвергшееся политическому преследованию, не может найти приемлемого убежища в других частях родной страны (внутреннее убежище в качестве альтернативы).

б) Альтернатива внутреннего убежища предполагает, что лицо, желающее получить убежище, может получить достаточную защиту от политического преследования в соответствующих областях родной страны и при этом ему не будут угрожать какие-либо иные негативные последствия или опасность, которые по своей интенсивности и значимости могут быть равносильны последствиям нарушения прав в результате такого политического преследования, которое предоставляет право требовать убежища, если этих опасностей существованию не имелось бы в месте его происхождения.

**Решение Второго Сената от 10 июля 1989 г.
– 2 BvR 502/86, 2 BvR 100/86, 2 BvR 961/86 –**

[...]

144) BVerfGE 81, 142

(Terroristische Betätigung im Exil / Террористическая деятельность в эмиграции)

1. Попытки только тогда являются основанием возникновения права на убежище, если их применение было связано с обстоятельствами, при наличии которых возникает право на убежище, либо если попытки применялись в жестокой форме, с учетом указанных обстоятельств.
2. Лицо, которое с территории Федеративной Республики Германия намерено продолжать осуществлять террористическую деятельность на территории своей родной страны или поддерживать ее в любых возможных на территории Федеративной Республики Германия формах, не имеет права требовать убежища.

**Решение Второго Сената от 20 декабря 1989 г.
– 2 BvR 958/86 –**

ОСНОВАНИЯ

А.

Конституционная жалоба касается вопроса возможности предоставления убежища политическому преступнику, который поддерживал

террористическую деятельность на территории родной страны, в отношении которого существует опасность применения пыток со стороны полиции или военных и который продолжает оказывать поддержку террористической деятельности в Федеративной Республике Германия.

В.

[...]

1.

Сенат уже принял решение, что и меры самозащиты со стороны государства могут быть основаниями для предоставления убежища. Таким образом, нельзя отрицать наличие политического преследования по смыслу предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона только потому, что государство борется с сепаратистской или политико-революционной деятельностью при помощи уголовно-правовых наказаний, чтобы таким образом защитить правовую ценность собственного существования или свою политическую идентичность. Чтобы такие действия государства приобрели одновременно характер политического преследования, необходимо наличие дополнительных критериев, связанных с объективными обстоятельствами.

1. Прежде всего, подобным критерием является защита правовых ценностей. Преследование государством преступных деяний, т. е. преступлений, нарушающих права других граждан, не является политическим преследованием даже и в том случае, когда преступления совершены по политическим убеждениям. Политическое преследование отсутствует также в том случае, когда объективные обстоятельства позволяют заключить, что преследование направленного против политического правопорядка деяния является преследованием не лежащих в основе преступления политических воззрений как таковых, а какого-то внешне связанного с ними дополнительного преступного компонента, чья наказуемость в государственной практике общепризнана. Однако даже в таких случаях преследование может быть признано политическим, если лицо подвергнуто более жестокому обращению, чем обычно применяется в этом государстве при преследовании подобных — не политических — преступлений со сравнимой степенью опасности [...].

[...]

3. [...] Само по себе жестокое обращение, как пытки, как таковое не является основанием для предоставления убежища по смыслу предл. 2 абз. 2

ст. 16 Основного закона. Если же жестокое обращение связано с обстоятельствами, при наличии которых возникает право на убежище, либо применяется в более жестокой форме, с учетом указанных обстоятельств, если оно явно направлено на политические составляющие деяния, в совершении которого обвиняется лицо, подвергшееся жестокому обращению, либо связано с его политическими убеждениями, такое обращение является основанием для предоставления убежища. Жестокое обращение применяется к лицу, желающему получить убежище, из-за его посягательств на политический правовой интерес и, таким образом, из-за очевидной опасности для целостности и политических основ государства.

[...]

4. Даже если в соответствии с вышесказанным должен быть признан политический характер грозящего преследования, при реализации права на убежище может возникнуть еще одно препятствие, вытекающее из области применения предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона. Область применения указанной статьи заканчивается в тот момент, когда лицо, желающее получить убежище, воплощает в жизнь свои политические убеждения с использованием террористических средств. Федеративная Республика Германия строго осуждает подобные методы политической борьбы в соответствии с международным правопорядком, который она поддерживает. Поэтому государственные меры, направленные на защиту от терроризма, не являются политическим преследованием, если они применяются по отношению к действующим террористам, к сообщникам в уголовно-правовом смысле или в отношении лица, которое в преддверии террористической деятельности осуществляет действия в ее поддержку, при этом не принимая участия в террористической деятельности. Вместе с тем указанное в подобных случаях преследование может быть основанием возникновения права на убежище, если имеются дополнительные обстоятельства, допускающие возникновение такого права, например, особенная интенсивность мер преследования (см. к указанным выше BVerfGE, в указанном месте, с. 339 и далее).

Независимо от этого считается, что: право на убежище не возникает в случаях, когда осуществляется только поиск новой площадки для террористической деятельности: для ее осуществления или поддержки. По этой причине не может требовать предоставления убежища лицо, которое осуществляло террористическую деятельность в родной стране или

которое стремится оказывать поддержку террористической деятельности с территории Федеративной Республики Германия в допустимых на ее территории формах. Такое лицо не ищет защиты и мира, которые дает право на убежище. Согласно своей основной идее право на убежище преследует цель предоставить убежище тому, кто из-за (грозящего) политического преследования находится в безвыходном положении (BVerfGE 74, 51 (64)). Угрожающая жизни или существованию политическая борьба должна иметь завершение, лицо, скрывающееся от политического преследования, должно (снова) обрести защиту страны, из сферы которой оно было исключено преследующей его страной.

[...]

145) BVerfGE 94, 49

(Sichere Drittstaaten / Безопасные третьи государства)

1. а) Законом о внесении изменений в Основной закон от 28 июня 1993 г. законодатель, изменяющий конституцию, создал основу для принятия общеевропейского регулирования в сфере предоставления защиты беженцам с целью распределения нагрузки между государствами, участвующими в этой системе.

б) Законодатель, изменяющий конституцию, также юридически свободен в определении и изменении основных прав, если это не нарушает границ, установленных абз. 3 ст. 79 Основного закона, и он устанавливает Федеральному Конституционному суду пределы их применения. Основное право на убежище не относится к правам, гарантированным абз. 1 ст. 1 Основного закона. Содержание прав, которые гарантированы этой нормой, а также последствий, возникающих для государственной власти Германии в этой связи, следует установить самостоятельно.

2. Абзац 2 ст. 16 а Основного закона ограничивает круг лиц, на которых распространяется, как и прежде, установленное абз. 1 ст. 16 а Основного закона основное право на убежище. Лицо, прибывающее из безопасного третьего государства, по смыслу предл. 1 абз. 2 ст. 16 а Основного закона не нуждается в защите установленной в абз. 1 конституционно-правовой гарантии, поскольку оно могло бы найти защиту от политического преследования в третьем государстве.

3. Государства — члены Европейских сообществ являются в соответствии с Конституцией безопасными третьими государствами.

4. а) Необходимое для определения законом (ст. 16 а абз. 2 предл. 2 Основного закона) статуса безопасного третьего государства применение Женевской конвенции о беженцах (ЖКБ) и Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ) предполагает, в частности, что это государство присоединилось к обеим конвенциям и в соответствии со своим порядком не имеет права выслать иностранца в страну, где его могут преследовать, без предварительной проверки, не угрожают ли ему там преследование в смысле ст. 33 ЖКБ или пытки либо жестокое или унижающее его достоинство наказание либо обращение в смысле ст. 3 ЕКПЧ.

б) При отнесении государств к безопасным третьим государствам законодатель наделен свободой действий в части, касающейся выбора средств установления фактических оснований для отнесения государств к безопасным государствам. Оценка законодателя должна быть обоснованной.

5. а) Иностранец, который должен быть возвращен или депортирован в третье государство, не может требовать предоставления Федеративной Республикой Германия защиты от политического преследования или иного существенного нарушения его прав в его родной стране исключительно на том основании, что его безопасность в соответствующем третьем государстве не была бы обеспечена, поскольку в его конкретном случае — несмотря на нормативное подтверждение — не будут соблюдаться обязательства, предусмотренные Женевской конвенцией о беженцах и Европейской конвенцией по правам человека. По этой причине не подлежат применению в соответствии с концепцией нормативного подтверждения безопасности в третьем государстве, которой придерживается предложение 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона, материально-правовые положения, на которые иностранец может сослаться в качестве основания против принудительного выдворения (в частности, § 51 абз. 1 § 53 Закона «Об иностранцах»).

б) Однако Федеративная Республика Германия должна предоставить защиту, если препятствия к принудительному выдворению в соответствии с абз. 1 § 51 или § 53 Закона «Об иностранцах» могут быть обоснованы обстоятельствами, которые, в силу своей природы, не могли быть заранее предусмотрены в Конституции или в законе и тем самым с самого начала находятся за пределами реализации данной концепции.

в) Иностранец может лишь тогда добиться проверки наличия, в качестве исключения, препятствий к возврату или немедленному принудительному выдворению, если из определенных фактов следует, что его ситуация представляет собой особый случай, который не предусмотрен концепцией нормативного подтверждения. К такому обоснованию должны предъявляться строгие требования.

б. а) Действие предл. 3 абз. 2 ст. 16 а Основного закона распространяется не только на законодателя, но также непосредственно и на государственные органы и суды: средства правовой защиты против мероприятий, прекращающих пребывание, не должны иметь приостанавливающего действия: заявления в компетентные суды с целью временного приостановления исполнения этих мер не подлежат удовлетворению.

б) Это исключительное действие нормы предл. 3 абз. 2 ст. 16 а Основного закона не выходит за пределы концепции нормативного подтверждения.

**Решение Второго Сената от 14 мая 1996 г.
– 2 BvR1938/93, 2 BvR2315/93 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

[...]

II.

Установление новых правил применения основного права на убежище в ст. 16 а Основного закона не нарушает ограничения, установленные абз. 3 ст. 79 Основного закона. Законодатель, изменяющий конституцию, учел также требования предл. 1 абз. 1 ст. 79 Основного закона.

1. а) Абзац 3 ст. 79 Основного закона запрещает внесение в конституцию изменений, которые затрагивают принципы, изложенные в ст. 1 и 20 Основного закона. К ним относится не только установленный в абз. 1 ст. 1 Основного закона принцип уважения и защиты достоинства человека. Также и содержащееся в абз. 2 ст. 1 Основного закона признание неприкосновенных и неотчуждаемых прав человека как основы человеческого сообщества, мира и справедливости приобретает соответствующее значение; с учетом содержащегося в абз. 3 ст. 1 Основного закона указания

на нижеследующие основные права гарантия этих прав не подлежит ограничению, поскольку они необходимы для соблюдения установленного в абз. 1 и 2 ст. 1 Основного закона порядка. Точно так же следует учитывать основополагающие элементы принципа правового и социального государства, установленные в абз. 1 и 3 ст. 20 Основного закона. При этом норма абз. 3 ст. 79 Основного закона требует лишь того, чтобы указанные принципы не затрагивались изменениями. Но при этом она не препятствует законодателю, вносящему изменения в конституцию, изменять определенное правовое выражение данных принципов исходя из соответствующих оснований (см. BVerfGE 84, 90 [120 и далее]).

б) По общему правилу, основное право на убежище, как и любое положение Конституции, может быть изменено законодателем (предл. 1 абз. 1 и абз. 2 ст. 79 Основного закона). Установленные в абз. 3 ст. 79 Основного закона для законодателя границы, которые не могут затрагиваться согласно изложенным в ст. 1 и 20 Основного закона принципам, не будут нарушены в случае предоставления иностранцам защиты от политического преследования не через механизм гарантии *основных прав*. Тем не менее в отношении понятия политического преследования в предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона (старая редакция) Федеральный Конституционный Суд пришел к выводу, что в основе основного права на убежище лежит обусловленное уважением неприкосновенности человеческого достоинства убеждение, что никакое государство не имеет права подвергать опасности или наносить ущерб здоровью, жизни или личной свободе человека из-за его политических, религиозных убеждений или из-за его неотъемлемых характеристик (см. BVerfGE 80, 315 [333]; см. также BVerfGE 54, 341 [357]; 76, 143 [157 и далее]). Однако из этого не следует, что основное право на убежище относится к содержанию гарантий, установленных абз. 1 ст. 1 Основного закона. В чем состоит содержание этих гарантий и какие последствия возникают для немецкой государственной власти в связи с ними, должно быть отдельно определено.

Таким образом, у законодателя отсутствуют препятствия для отмены основного права на убежище как такового. Это прямо следует из положений ст. 16 а Основного закона, которые в предл. 1 и 2 абз. 2 отменяют действие основного права для определенных лиц, в абз. 3 ограничивают содержание гарантии в части, касающейся процедуры, в предл. 3 абз. 2 и в абз. 4 изменяют содержащуюся в абз. 4 ст. 19 Основного закона

гарантию правовой защиты и, наконец, в абз. 5 создают основу для общеевропейского регулирования защиты беженцев при помощи международно-правовых соглашений, и в то же время они остаются в границах допустимого изменения Конституции.

в) Предложение 3 абз. 2 ст. 16 а Основного закона содержит особое регулирование в отношении процедуры прекращения пребывания лиц, прибывших из безопасного третьего государства. Таким образом, изменяется абзац 4 ст. 19 Основного закона. При этом может остаться открытым вопрос, признаются ли не подлежащими изменениям предусмотренные ст. 20 Основного закона и присущие правовому государству принципы индивидуальной правовой защиты, которые уточняются в абз. 4 ст. 19 Основного закона (см. BVerfGE 30, 1 [39 и далее]). В любом случае этот принцип не затрагивается нормой предл. 3 абз. 2 ст. 16 а Основного закона. Это правило действует, в особенности, принимая во внимание то обстоятельство, что, несмотря на то что иностранец подлежит немедленному возврату в безопасное третье государство без предварительной проверки со стороны последующей контрольной инстанции, эта мера имеет нормативное обоснование в виде гарантии применения в третьем государстве Женевской конвенции о беженцах и Европейской конвенции по правам человека.

2. Требованию предл. 1 абз. 1 ст. 79 Основного закона об изменении Конституции, в данном случае изменение абз. 4 ст. 19 Основного закона посредством предл. 3 абз. 2 ст. 16 а Основного закона, т. е. путем прямого обозначения в законе, соответствует включение в Основной закон нормы предл. 3 абз. 2 ст. 16 а Основного закона.

[...]

146) BVerfGE 113, 273

(Europäischer Haftbefehl / Европейский ордер на арест)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 64/2005 от 18 июля 2005 г.

Решение от 18 июля 2005 г.

— 2 BvR2236/04 —

Закон о Европейском ордере на арест является ничтожным

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда решением от 18 июля 2005 г. признал Закон о Европейском ордере на арест ничтожным. Закон несоразмерным образом затрагивает свободу выдачи (абз. 2 ст. 16 Основного закона), так как законодатель не исчерпал свободу действий, предоставленную ему Рамочным решением о Европейском ордере на арест для бережной по отношению к основным правам имплементации рамочного решения в национальное право. Кроме того, Закон о Европейском ордере на арест нарушает гарантию на обращение в суд в связи с нарушением прав (абз. 4 ст. 19 Основного закона) из-за отсутствия возможности оспаривания решения о разрешении (на выдачу). Пока законодатель не примет новый закон об исполнении предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона, выдача гражданина Германии по этой причине не представляется возможной.

В этой связи была удовлетворена конституционная жалоба заявителя, который подлежал выдаче Испании для уголовного преследования на основании Европейского ордера на арест (Сообщение для печати № 20/2005 от 24 февраля 2005 г.). Решение Высшего земельного суда и разрешение ведомства юстиции о выдаче были отменены.

Судья Бросс, который в итоге согласился с решением, судья Герхардт и госпожа судья Люббе-Вольфф приложили к решению особое мнение.

По существу решение основано на следующих выводах:

1. Закон о Европейском ордере на арест нарушает предл. 1 абз. 2 ст. 16 Основного закона (запрет на выдачу), так как законодатель при имплементации рамочного решения о Европейском ордере на арест не выполнил требования квалифицированного законодательного ограничения в предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона.

Запрет на выдачу граждан Германии основан на предл. 1 абз. 2 ст. 16 Основного закона. Основное право гарантирует особую связь между гражданами и соблюдаемым им правопорядком. Отношение гражданина со свободным демократическим обществом характеризуется тем, что гражданина, по общему правилу, нельзя исключить из этого общества. Защита граждан Германии от выдачи может, однако, быть ограничена законом, при наличии определенных условий, согласно предл. 2 абз. 2

ст. 16 Основного закона. Ограничение защиты от выдачи не является отказом государства от одной из принятых на себя основных задач. Сотрудничество в рамках «Третьей опоры» Европейского союза (сотрудничество между органами полиции и органами юстиции по уголовным делам), реализуемое в форме ограниченного взаимного признания, является, с учетом принципа субсидиарности, способом сохранения национальной идентичности и государственности в едином европейском правовом пространстве.

При принятии закона об имплементации Рамочного решения о Европейском ордере на арест законодатель был обязан обеспечить, чтобы имплементация цели Рамочного решения не повлекла несоразмерного ограничения основного права на свободу от выдачи. В частности, он должен был заботиться о том, чтобы установленные абз. 2 ст. 16 Основного закона пределы защиты были затронуты незначительно. Запрет выдачи должен гарантировать принципы правовых гарантий и защиты доверия гражданина Германии, который подлежит выдаче. Лицо, имеющее основные права, должно иметь гарантии, что его поведение, соответствующее в момент проявления такого поведения действующему праву, не будет в последующем квалифицировано как противоправное. Доверие к собственному правопорядку защищается особым образом в случаях, когда требование о выдаче возникло в связи с действиями, которые в значительной степени связаны со страной проживания. Если гражданин Германии совершает деяние в пределах ее юрисдикции, по общему правилу, он не должен ожидать выдачи другому государству. Иначе выглядит оценка, если деяние, в котором обвиняется лицо, которому грозит выдача, в значительной степени связано с иностранным государством. Лицо, совершившее деяния в пределах иностранной юрисдикции, должно ожидать, что оно также здесь, в Германии, будет привлечено к ответственности.

Закон о Европейском ордере на арест не удовлетворяет данному критерию. Он несоразмерным образом затрагивает свободу от выдачи. Законодатель упустил, не учел в достаточной мере при имплементации Рамочного решения особые интересы немецких граждан, защищенные основными правами, в частности, он не полностью исчерпал предоставленную рамочным правом (право, характеризующееся наличием общих норм) сферу действий. Он мог бы выбрать более щадящую в отношении основных прав имплементацию, не нарушив обязательные цели Рамочного

решения. Так, Рамочное решение разрешает исполнительным органам юстиции отказать в исполнении ордера на арест, если он распространяется на преступления, совершенные на территории государства-члена, который просит о выдаче. Для подобных деяний, которые в значительной степени связаны со страной проживания, законодатель должен был предусмотреть возможность отказа в выдаче граждан Германии. Кроме того, закон об ордере на арест имеет пробел в части возможности предоставления защиты в виде отказа в выдаче по причине уголовного преследования внутри страны по тому же делу или в связи с прекращением или отказом в возбуждении уголовного дела. В этой связи законодатель должен был проверить нормы Уголовно-процессуального кодекса на предмет необходимости проверки судом решений прокуратуры об отказе от уголовного преследования применительно к возможной выдаче. Недостаток законодательного регулирования не компенсируется в достаточной мере нормами Закона о Европейском ордере на арест, которые предусматривают отбывание наказания в виде лишения свободы, назначенного за рубежом, в родном государстве. Данное регулирование, по общему правилу, является защитной мерой для собственного гражданина, но она касается только отбывания наказания, а не уголовного преследования.

2. Закон о Европейском ордере на арест, исключаящий право на оспаривание разрешения на выдачу государству — члену Европейского союза, нарушает тем самым абз. 4 ст. 19 Основного закона (гарантия судебной защиты в случае нарушения прав).

Закон о Европейском ордере на арест частично заимствует предусмотренные Рамочным решением основания, по которым может быть отказано в исполнении Европейского ордера на арест. При этом немецкий законодатель принял по существу решение в виде усмотрения. Дополнение разрешительного порядка выдачи указанными основаниями для отказа приводит к тому, что органы государственной власти, дающие разрешение на выдачу государству — члену Европейского союза, принимают решение не только по внешне- и общеполитическим аспектам требования о выдаче, но и должны начать процесс оценки, предметом которого является уголовное преследование в родном государстве. Дополнение разрешительного порядка выдачи дополнительными фактическими обстоятельствами, которые оцениваются по усмотрению, приводит к качественному изменению порядка выдачи согласия. Принимаемое в результате взвешивания

решение служит защите основных прав и в отношении него нельзя отменять судебную проверку.

3. Закон о Европейском ордере на арест является ничтожным. Законодателю заново придется формулировать основания недопустимости выдачи граждан Германии и оформить решение о выдаче в отдельном случае как оценивающий процесс правоприменения. Кроме того, требуются изменения при оформлении решения о разрешении на выдачу и в части его допустимости.

Пока законодатель не примет новый закон об исполнении предл. 2 абз. 2 ст. 16 Основного закона, выдача гражданина Германии государству — члену Европейского союза невозможна. В остальном выдачи могут осуществляться на основании Закона о международном правовом сотрудничестве по уголовным делам (ЗМПС) в редакции до вступления в силу Закона о Европейском ордере на арест.

Об особом мнении судьи Бросс

Судья Бросс согласен с большинством Сената по результату, но не по основанию. Закон о Европейском ордере на арест уже потому ничтожен, что не учитывает принцип субсидиарности (предложение 1 абз. 1 ст. 23 Основного закона). Выдача граждан Германии может приниматься во внимание лишь в той мере, в которой невозможна реализация требования государства на уголовное преследование внутри страны по фактическим причинам в конкретном случае. Только в этом случае существует возможность для выполнения задач на уровне государств Европейского союза. Сенат недооценивает значение и последствия принципа субсидиарности и принципа соразмерности (соответствия совершенному деянию), если он считает допустимым, чтобы при уголовных преступлениях, в значительной степени связанных с иностранным государством, была предусмотрена выдача гражданина Германии без каких-либо материально-правовых ограничений. Доверие преследуемого к правопорядку защищается особым образом даже в тех случаях, когда деяние, в связи с которым предъявлено требование о выдаче, в значительной степени связано с иностранным государством. В таких случаях должны, прежде всего, проявляться обязанность государства по охране и принцип субсидиарности, и не только при совершении преступлений, в значительной степени связанных с родным государством.

Об особом мнении судьи госпожи Люббе-Вольфф

Судья Люббе-Вольфф разделяет мнение большинства Сената, что Закон о Европейском ордере на арест не в достаточной мере учитывает основные права лиц, интересы которых затрагиваются, в случае выдачи, но не соглашается с отдельными частями мотивировки, а также с высказываниями о правовых последствиях. Чтобы исключить нарушения Конституции, достаточно было бы установления нормы, в соответствии с которой для определенных, более точно обозначенных случаев не допускается выдача на основании закона до вступления в силу новых положений, соответствующих Конституции. Признание закона ничтожным, напротив, исключает выдачу на основе Европейского ордера на арест также в случаях, когда отсутствуют какие-либо противоречия с Конституцией — например, даже выдача граждан государства, предъявившего требование о выдаче, в связи с совершенными в данном государстве деяниями. Федеративная Республика Германия, таким образом, вынуждена нарушить право Европейского союза, хотя такого нарушения можно было бы избежать, не нарушая при этом конституцию. На основе требуемого высказывания о правовых последствиях в более узком смысле повторное решение Высшего земельного суда не обязательно будет в пользу заявителя. До сих пор не установлено, относится ли дело заявителя к одной из тех категорий дел, для которых нормы в Законе о Европейском ордере на арест недостаточны.

Об особом мнении судьи Герхардт

По мнению судьи Герхардт, конституционную жалобу следовало бы отклонить. Признание ничтожным Закона о Европейском ордере на арест не соответствует требованию конституционного права и права Европейского союза в части исключения, по возможности, нарушений Договора о Европейском союзе. Сенат противоречит судебной практике Суда Европейского Сообщества, подчеркнувшего принцип лояльного сотрудничества государств-членов при совместной работе в области правосудия по уголовным делам, а также для имплементации рамочных решений в своем решении по делу Пупино от 16 июня 2005 г. Уровень защиты, обеспечение которого является целью закрепленного в Основном законе запрета на выдачу, мог быть достигнут посредством Рамочного решения и Закона о Европейском ордере на арест. Европейский суд, отвечающий

за толкование Рамочного решения, будет выступать против осуществления эксцессивного уголовного законодательства в одном из государств-членов. Закон о Европейском ордере на арест позволяет отказать в выдаче в тех случаях, в которых осуществление уголовного производства в иностранном государстве несоразмерно ухудшает положение лица, в отношении которого предъявлено требование о выдаче. Даже если проверка соразмерности, необходимая в соответствии с Конституцией, в законе прямо не указана, в соответствии с соответствующими разъяснениями Федерального Конституционного Суда отсутствуют основания считать, что органы государственной власти и суды пренебрегают своей само собой разумеющейся обязанностью соблюдать данное требование. Отсутствует недостаток правовой защиты.

§ 27. Эффективная правовая защита и гарантия права на обращение в суд (Ст. 19 IV Основного закона)

147) BVerfGE 10, 264

(Vorschuss für Gerichtskosten / Предоплата судебных расходов)

Норма о возможности установления предоплаты истцом судебных расходов при производстве в судах по административным спорам с тем последствием, что в случае неуплаты иск считается отозванным, соответствует Основному закону.

Решение Первого Сената от 12 января 1960 г.

– 1 BvL 17/59 –

ОСНОВАНИЯ

IV.

[...]

1. Значение нормы ст. 19 абз. 4 ОЗ состоит, прежде всего, в том, что она устраняет «самоуправство» исполнительной власти по отношению к гражданам; ни один акт исполнительной власти, вторгающийся в права граждан, не может избежать судебной проверки. Однако «открытость» пути к обращению в суд имеет ограничения. Если в ст. 19 абз. 4

ОЗ гражданам предоставляется самая широкая судебная защита, то это не означает, что тем самым теряют свою силу все существующие процессуально-правовые нормы, которые устанавливают правовые или фактические ограничения для обращения в суд; большинство этих норм должны обеспечить надежность и упорядоченность правосудия и, тем самым, также служат в широком смысле судебной защите граждан. Поэтому никогда не подвергалось сомнению, что положение ст. 19 абз. 3 ОЗ гарантирует судебную защиту только в рамках действующих процессуально-правовых норм, что, тем самым, обращение в суд должно зависеть от выполнения определенных формальных условий, таких как соблюдение установленных формальных сроков, надлежащее представительство и т. д. (BVerfGE 9, 194 [199 и далее]). Только в том случае, если эти нормы неприемлемы, не оправданным существом дела образом затрудняли бы путь к судебной защите, они бы не соответствовали положению ст. 19 абз. 4 предл. 1 ОЗ.

Разумеется, как и раньше, государство имеет право устанавливать стоимость обращения в его суды; точно так же трудно что-то возразить с конституционно-правовой точки зрения против существующих форм освобождения от судебных издержек по бедности, в частности еще и потому, что это освобождение зависит от оценки возможности достижения успеха (BVerfGE 7, 53 [55 и далее]; 9, 256 [257]).

[...]

148) BVerfGE 24, 33

(AKU-Beschluß / Решение об АКУ)

[...]

3. Законодательство не относится к «государственной власти» в смысле нормы ст. 19 абз. 4 ОЗ.

Решение Второго Сената от 25 июня 1968 г.

– 2 BvR251/63 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

В.

[...]

II.

[...]

3. [...]

б) [...] Законодательство не относится к «государственной власти» в смысле ст. 19 абз. 4 ОЗ. [...]

До вступления в силу Основного закона в общегерманской правовой и конституционной традиции считалось само собой разумеющимся, что гражданин не может предъявить иск в суд непосредственно против закона. Этот принцип вытекал из взаимоотношения трех ветвей государственной власти.

[...]

Если бы Основной закон хотел порвать с этой традицией и признать возможность иска гражданина в связи с нарушением его прав непосредственно против принятого парламентом закона, он должен был бы ясно сформулировать это. Согласно ст. 20 абз. 3 и ст. 97 абз. 1 ОЗ закон является основой судебного решения. Если бы закон в виде исключения должен был стать его предметом, то это должно было бы ясно вытекать из нормы, разрешающей подобный иск. Но в ст. 19 абз. 4 ОЗ не содержится такое однозначное регулирование. Конституционно-правовая проверка законов судом на их соответствие Основному закону урегулирована прежде всего в ст. 93 абз. 1 и 2 и в ст. 100 абз. 1 ОЗ. Это регулирование должно рассматриваться как окончательное, даже независимо от того, что гарантия судебной защиты в ст. 19 абз. 4 ОЗ специально предназначена для защиты прав отдельного лица. Нельзя согласиться с тем, чтобы наряду с конституционно-правовой проверкой, которая связана с определенными условиями, а в случае абстрактного нормоконтроля может проводиться лишь по заявлению определенных истцов, каждый гражданин обладал бы правом оспорить в суде общей юрисдикции закон на том основании, что закон нарушает его права, при этом в первую очередь имелись бы в виду основные права. Ведь решение этого суда по иску непосредственно против закона должно было бы обладать общей обязательностью; суд должен был бы быть в состоянии в соответствующих случаях устанавливать ничтожность закона. Судебное решение, предметом которого является действительность закона, не может по своей сути быть решением с ограниченной правовой силой (*inter partes*) и не может удовлетвориться постановлением,

что остающийся в целом действительным закон нарушает права истца и не может применяться в отношении него. Норма ст. 19 абз. 4 предл. 2 ОЗ очевидно служит защите индивидуальных прав; но из нее нельзя сделать вывод, что каждый гражданин наделяется правом на основании нарушения его прав требовать от суда общей юрисдикции вынесения общеобязательного решения о действительности закона, как это разрешает норма ст. 98 предл. 4 Конституции Баварии 1946 г., которая уже действовала во время работы Парламентского Совета, а именно в порядке общедоступного иска на основе четкого конституционного предписания.

[...]

149) BVerfGE 35, 382

(Ausländerausweisung / Высылка иностранца)

1. Норма § 10 абз. 1 № 11 Закона о статусе иностранных граждан не нарушает принципа правового государства.

2. Гарантия судебной защиты в ст. 19 абз. 4 ОЗ действует в полном объеме и для иностранцев.

3. Требование наличия соответствующих общественных интересов для незамедлительного исполнения судебного решения о высылке должно быть с учетом гарантии судебной защиты в Основном законе не менее строгим, чем требование оснований для самой высылки; в гораздо большей степени в наличии особого общественного интереса нуждается как раз незамедлительное исполнение.

4. При обязательном взвешивании общественного интереса в незамедлительном исполнении и частного интереса иностранца в продолжении пребывания в стране следует также учитывать, что незамедлительное исполнение решения о высылке может ущемить право иностранца на предъявление иска в основном производстве.

5. Если в результате незамедлительного исполнения решения о высылке до его судебной проверки появляются новые обстоятельства, то надзорные инстанции и суды по административным спорам обязаны рассмотреть дело с максимальной быстротой. В противном случае первоначально оправданное распоряжение о незамедлительном исполнении может стать неконституционным.

6. Норма ст. 6 абз. 1 ОЗ вместе с нормой ст. 3 абз. 2 ОЗ требуют сопоставления общественного интереса в незамедлительном исполнении решения о высылке также с частным интересом супруга, являющегося гражданином Германии.

**Решение Первого Сената от 18 июля 1973 г.
– 1 BvR23/73, 1 BvR155/73 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

Конституционные жалобы, объединенные для вынесения единого решения, относятся к защите основного права иностранцев при незамедлительном исполнении решения о высылке и его проверке в соответствии с нормой § 80 абз. 5 Закона об административном судопроизводстве (ЗАС).

[...]

II.

Истцами являются арабские студенты; их высылка производится в связи с административными мерами против арабских и палестинских организаций, принятыми в результате нападения палестинских террористов на израильскую олимпийскую команду 4–5 сентября 1972 г. в Мюнхене.

[...]

B.

Конституционные жалобы являются обоснованными.

Оспариваемые решения нарушают основные права истцов, закрепленные в ст. 2 абз. 1 в связи с принципом правового государства и в ст. 19 абз. 4 ОЗ, применительно к истцу по п. 2 — также его основного права, закрепленного в ст. 6 абз. 1 ОЗ.

I.

Основное право, вытекающее из ст. 2 абз. 1 ОЗ, на свободное развитие личности принадлежит в качестве общечеловеческого права также и иностранцам на территории Федеративной Республики Германия. Ограничение основного права на свободу передвижения немцами и территорией Федеративной Республики Германия (ст. 11 ОЗ) не исключает также применение положения ст. 2 абз. 1 ОЗ к людям во время их пребывания на этой территории (ср. BVerfGE 6, 32 [36]). Однако вытекающая

отсюда защита предоставляется только в рамках, установленных в ст. 2 абз. 1 ОЗ, в особенности только в границах конституционного порядка; к конституционному порядку относится любая правовая норма, которая формально и материально соответствует Конституции (BVerfGE 6, 32 [37 и далее]; см. также BVerfGE 10, 89 [99]; 21, 54 [59]). Тем самым законодатель принципиально управомочен к регулированию пребывания и высылки иностранцев.

II.

1. При подобном регулировании законодатель, разумеется, должен соблюдать принцип правового государства (см. BVerfGE 17, 306 [313 и далее]; 19, 342 [348 и далее]). Этот принцип требует, чтобы обременяющее отдельного человека вторжение государства имело достаточно четкое законное основание и чтобы при этом был соответствующим образом учтен принцип соразмерности. Здесь не требует своего решения вопрос, соответствуют ли этим требованиям все положения Зо И. Соответственно не должны быть поставлены под вопрос и положения, на которые опираются оспоренные постановление о высылке и распоряжение о его незамедлительном исполнении. В противоположность мнению истцов это действительно также и в отношении нормы § 10 абз. 1 п. 11 Зо И. Федеральное правительство уже указывало надлежащим образом, что содержание и цель этой нормы, в частности толкование неопределенного правового понятия «существенные интересы Федеративной Республики Германия», получают достаточную ясность во взаимосвязи с перечнем конкретных оснований высылки, указанных в § 10 абз. 1 п. 1–10 Зо И. [...]

2. Поскольку наличие фактических обстоятельств, соответствующих положениям § 10 абз. 1 ЗоИ, не означает обязательной высылки, а оставляет это решение на усмотрение ведомства по делам иностранцев, то используемые в данном случае нормы закона предоставляют — как справедливо указывает федеральное правительство — достаточное пространство ведомствам, чтобы в отдельном случае учитывать правило соразмерности, в котором особенно четко проявляется принцип правового государства (BVerfGE 17, 306 [314]).

Согласно этому наделенному конституционным статусом принципу (постоянная судебная практика, ср. BVerfGE 19, 342 [348 и далее]; 23, 127 [133]), вторжения в сферу свободы допустимы только тогда и постольку, когда и поскольку они необходимы для защиты общественных интересов;

выбранные средства должны находиться в разумном соответствии с поставленной целью. В соответствии с этим применение фактических обстоятельств § 10 абз. 1 ЗоИ должно сопровождаться сравнительной оценкой подлежащего защите общественного интереса и частных интересов затронутого иностранца, т. е. последствий высылки для его экономического, профессионального и личного существования, в частности его брака с женщиной, которая не хочет или не может следовать за ним за границу, а также его других социальных связей.

[...]

III.

Вытекающее уже из принципа правового государства общее требование достаточной судебной защиты от нарушения прав государственной властью выполняется позитивной конституционной нормой ст. 19 абз. 4 ОЗ. Она действует в полном объеме и в отношении иностранцев.

1. Гарантированная здесь широкая и эффективная судебная защита (ср. BVerfGE 10, 264 [267]; 25, 352 [365]; 35, 263 [274]) будет иллюзорной, если исполнительная власть будет применять необратимые меры до того, как их правомерность проверит суд. Установленное для обычных случаев в § 80 абз. 1 ЗАС отлагательное действие возражения и административно-правового иска является адекватным выражением конституционно-правовой гарантии судебной защиты и «фундаментальным принципом публично-правового процесса» [BVerfGE 35,263 [272]]. С другой стороны, норма ст. 19 абз. 4 ОЗ не просто так обеспечивает отлагательное действие обращения в суд в административном процессе [см. BVerfGE 11, 232 [233]; 35, 263 [274]]. Преимущественные общественные интересы могут оправдывать временное игнорирование обращения субъекта основного права в суд, чтобы своевременно предпринять неотложные меры в интересах общественного блага. Но это должно оставаться исключением. Административная практика, меняющая местами правило и исключение, например, объявляя административные акты подобного рода принципиально подлежащими немедленному исполнению, и правосудие, оправдывающее такую практику, никак не соответствовали бы Конституции.

Для немедленного исполнения административного акта необходим особый общественный интерес, стоящий выше того интереса, который оправдывает сам административный акт. Здесь невозможно общее

регулирование, в каждом конкретном случае следует решить, когда право отдельного лица на судебную защиту должно в виде исключения отступить перед общественными интересами и когда исполнительной власти запрещено действовать до судебной проверки ее мер. С учетом цели гарантии судебной защиты и конституционного принципа соразмерности можно, как минимум, заключить следующее: право гражданина на судебную защиту является тем сильнее и тем менее может быть ограничено, чем тяжелее накладывается на него обременение и чем необратимее последствия административных мер.

2. Обоснование оспоренных решений не позволяет заключить, что суды по административным спорам выполнили свою контролируемую обязанность в должном объеме.

[...] требования к общественному интересу, необходимому для незамедлительного исполнения, не могут быть с учетом гарантии Основного закона на судебную защиту менее строгими, чем требования к основаниям самой высылки; напротив, необходимо наличие особого общественного интереса в незамедлительном исполнении. Должно существовать обоснованное опасение, что исходящая от иностранца опасность, против которой и направлена высылка, может быть реализована в срок до принятия судебного решения о правомерности постановления о высылке; общего подозрения в причинении ущерба существенным интересам Федеративной Республики Германия недостаточно для принудительного выдворения.

[...]

3. Оспоренные решения не позволяют также обоснованно заключить, что должную оценку получили тяжелые и необратимые последствия незамедлительного исполнения постановления о высылке во всем их объеме.

[...]

в) Под углом зрения основного права на защиту, вытекающего из ст. 19 абз. 4 ОЗ, следует, наконец, отметить, что незамедлительное исполнение постановления о высылке ущемляет иностранца в подобных рассматриваемому случаях в его праве на судебную защиту, особенно тем, что лишает его возможности воспользоваться своим процессуальным правом лично участвовать в заседании суда по административным спорам при рассмотрении дела по существу.

[...]

IV.

Наконец, оспоренные решения в случае истца по п. 2, женатого на гражданке Германии, не учли в должной мере объем защиты, предоставляемый основным правом, которым обладают оба супруга в соответствии с нормой ст. 6 абз. 1 ОЗ. Правда, что суд по административным спорам признал, что брак истца подвергнется тяжелому испытанию в результате незамедлительного исполнения, но он без дальнейшего обоснования исходит из того, что супруга истца, несмотря на наличие у нее иных фактических ограничений, может последовать за ним за границу, и к тому же до вынесения окончательного решения о его дальнейшем пребывании в Федеративной Республике Германия. Это не соответствует современному пониманию значения конституционной гарантии ст. 6 абз. 1 ОЗ, которая вместе с положениями ст. 3 абз. 2 ОЗ обеспечивает защиту брака как союза двух равноправных партнеров и должна быть учтена в производстве, осуществляемом в соответствии с § 80 абз. 5 ZAC (ср. BVerfGE 19, 394 [397], см. также вынесенные после оспариваемых решений решения Федерального суда по административным спорам от 3 мая 1973 г. — I C20.70, I C52.70, I C33.72). Высылка супруга-иностранца заставляет его германского партнера или покинуть свою родину, чтобы сохранить брак, или пойти на расторжение семейного союза, чтобы остаться на родине. Принуждение может поставить под угрозу соответствующий брак. Из этого не следует, что брак с партнером из Германии сам по себе может защитить иностранного гражданина от высылки. Однако при требуемом взвешенном подходе компетентные инстанции должны учесть собственные интересы германского партнера, противостоящие общественному интересу в незамедлительном исполнении постановления о высылке.

[...]

150) BVerfGE 37, 150

(Sofortiger Strafvollzug / Немедленное исполнение приговора)

[...]

2. Норме ст. 19 абз. 4 ОЗ не противоречит позиция законодателя, который в области уголовного судопроизводства и исполнения приговора рассматривает немедленное исполнение как правило, а отсрочку исполнения — как исключение. Однако следует гарантировать, что

затронутое лицо сможет добиться незамедлительного судебного решения о том, что перевешивает в данном конкретном случае: общественный интерес в немедленном исполнении или интерес отдельного лица в отсрочке исполнения до проверки правомерности соответствующей меры.

**Решение Второго Сената от 24 апреля 1974 г. в соответствии
с § 24 ЗФКС
– 2 BvR236/74, 2 BvR245/74, 2 BvR308/74 –**

ОСНОВАНИЯ

[...]

II.

[...]

Норма ст. 19 абз. 4 ОЗ предоставляет не только формальное право и теоретическую возможность обратиться в суд, но дает гражданину притязание на действительный и эффективный судебный контроль. Из этой конституционной гарантии одновременно вытекает требование по возможности избегать того, чтобы немедленное исполнение меры государственного принуждения, по своей тяжести сравнимое с наказанием в виде ареста, привело бы к такому положению вещей, которое нельзя было бы вернуть назад даже в случае признания судом ее противоправности (ср. BVerfGE 35, 263 [274]; 35, 382 [401 и далее]).

Норме ст. 19 абз. 4 ОЗ не противоречит позиция законодателя, который в области уголовного судопроизводства и исполнения приговора — в противоположность действующему регулированию административных актов в административном производстве (§ 80 ЗАС) — рассматривает немедленное исполнение как правило, а отсрочку исполнения как исключение, потому что он в принципе считает немедленное исполнение назначенных мер необходимым по основаниям преобладающего значения общественных интересов. Однако следует гарантировать, что затронутое лицо сможет добиться незамедлительного судебного решения о том, что перевешивает в данном конкретном случае: общественный интерес в немедленном исполнении или интерес отдельного лица в отсрочке исполнения до проверки правомерности соответствующей меры. При этом право гражданина на судебную защиту приобретает тем большее значение, чем

тяжелее наложенное на него взыскание и чем необратимее последствия принудительной меры исполнительной власти (BVerfGE 35, 382 [402]).
[...]

151) BVerfGE 84, 34

(Gerichtliche Prüfungskontrolle / Судебный контроль за экзаменами)

1. В соответствии с нормой ст. 12 абз. 1 ОЗ экзаменационная проверка профессиональной пригодности должна проводиться так, чтобы было эффективно защищено основное право на свободу выбора профессии. Поэтому экзаменуемые должны иметь право на эффективное опротестование экзаменационных отметок. Однако создание второй административной инстанции с новой полной оценкой оспариваемых экзаменационных результатов не является необходимым.

2. Решения судов по административным спорам относительно допущения усмотрения экзаменационных инстанций при оценке результатов экзаменов согласуются с нормой ст. 12 абз. 1 ОЗ, если только речь идет об оценках, относящихся к предметной специфике экзамена. Напротив, различия в профессиональных суждениях экзаменатора и экзаменуемого в принципе не выведены из-под судебного контроля.

3. Применительно к экзаменационной проверке профессиональной пригодности из нормы ст. 12 абз. 1 ОЗ вытекает общий принцип оценки, согласно которому приемлемое и логично обоснованное весомыми аргументами решение не может быть оценено как неправильное.

Решение Первого Сената от 17 апреля 1991 г.

– 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

Истцы оспаривают экзаменационные решения, которые они считают ошибочными. Они опротестовывают, прежде всего, что эти решения подверглись лишь ограниченной проверке в производстве по рассмотрению жалобы и в последующем процессе в суде по административным спорам.

Б.

[...]

II.

[...]

1. [...] Если оспариваемое административное решение покоится на применении неопределенных правовых понятий, то их конкретизация является принципиальным делом судов, которые должны подвергать неограниченной проверке правоприменительную практику административных органов; правила об ограниченном контроле административного усмотрения не действуют в отношении трактовки и применения неопределенных правовых понятий (ср. BVerfGE 7, 129 [154]; 64, 261 [279]).

Вместе с тем неопределенные правовые понятия из-за большой сложности или особой динамики регулируемой материи могут быть столь расплывчаты, а их конкретизация при рассмотрении процесса принятия административного решения столь сложна, что судебный контроль наталкивается на границы функций правосудия. В подобных случаях правоприменительный орган может обладать ограниченным пространством для решения, не нарушая принципов правового государства (см. BVerfGE 54, 173 [197]; 61, 82 [114]; 83, 130 [148]; Шмидт-Ассман, в: Маунц/Дюриг, Основной закон, ст. 19, абз. 4, номер на полях 184, с дальнейшими ссылками; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 184 m. w.N.). Однако этот вопрос не нуждается здесь во всестороннем выяснении. В отношении оценки экзаменов на доступ к профессии, которые составляют предмет оспариваемых решений, в любом случае действуют особые моменты.

2. Государственные экзамены, ограничивающие доступ к профессиям на основе университетского образования, требуют сложных оценок, которые должны приниматься в комплексном экзаменационном процессе с учетом равенства шансов всех претендентов на профессию (ст. 3 абз. 1 ОЗ) и не могут быть просто так изолированно воспроизведены в отношении отдельных кандидатов в последующем административно-судебном процессе (а). Это определяет границы простора для экзаменационно-правовых оценок (б). Этот простор ограничен специфически экзаменационными оценками и не распространяется на все профессиональные вопросы, которые составляют предмет экзамена (в).

а) Оценка результатов экзамена на доступ к профессии является правомочным решением экзаменатора. Оно, как вторжение в свободу выбора профессии, установленную в ст. 12 абз. 1 ОЗ, допустимо лишь на основе закона и в рамках соразмерности.

[...] Несмотря на большое практическое значение экзаменационного решения и его значения для основного права, критерии оценки не имеют точного определения в законе. Даже форма постановки задач получает во всех положениях о юридическом образовании лишь самое общее тематическое определение. Предусмотренные уровни отметок восходят от «неудовлетворительно» до «очень хорошо», а распределение по лежащим между ними ступеням происходит в зависимости от набранных баллов, при этом эти ступени не имеют четкого определения, но описаны лишь в самом общем виде; [...]

Регулирующая сила этих правовых норм ограничена.

[...] К этому [...] следует прибавить: экзаменаторы в своих оценочных решениях должны исходить из суждений и опыта, которые они приобрели в ходе своей экзаменационной практики при приеме аналогичных экзаменов и которые повсеместно применяют. Более того, определение того, что такое «отметка», содержащееся в порядке проведения экзаменов, ясно требует этого, когда речь идет о средних результатах. Но и нижние границы для сдающих экзамены, то есть масштаб для неудовлетворительного экзаменационного результата, не могут быть определены четко и без отсылки к средним результатам [...]

Из этого следует, что экзаменационные отметки нельзя рассматривать изолированно, напротив, они могут быть найдены в системе координат, которая определяется личным опытом и представлениями экзаменатора. Так как, с другой стороны, нельзя должным образом понять весь комплекс суждений, лежащих в основе экзаменационного решения, судебный контроль вел бы к искажению масштабов. В административно-судебном процессе по делу отдельного лица суд не мог бы — даже с помощью эксперта — установить оценочные критерии, значимые для всех сравнимых экзаменуемых, и применить их к экзаменационной ситуации, реконструируемой лишь в общих очертаниях. Пришлось бы разработать собственные оценочные критерии и поставить их на место критериев экзаменаторов.

б) В данном случае речь идет не только о практических трудностях правоприменения, но, прежде всего, о конституционно-правовой проблеме. Согласно принципу равенства шансов, который господствует в экзаменационном праве (BVerfGE 37, 342 [352 и далее]; 79, 212 [218]), в отношении сравнимых экзаменуемых должны применяться по возможности сравнимые

экзаменационные условия и оценочные критерии. Этому принципу не соответствовала бы ситуация, при которой отдельные кандидаты в результате административно-судебного процесса получили бы шансы на отметку, выходящую за рамки сравнимых условий. Одинаковый подход ко всем сравнимым кандидатам был бы серьезным образом нарушен. Он может быть соблюден, только если экзаменационные органы обладают простором для специфически экзаменационных оценок и судебный контроль в этой мере ограничивается.

[...]

в) Границы специфически экзаменационного оценочного пространства установлены его конституционно-правовой легитимацией. Одновременно они определяют объем административно-судебного контроля, вытекающего из нормы ст. 19 абз. 4 ОЗ. Только специфически экзаменационные оценки — разнообразно и неразрывно связанные с профессиональными суждениями — остаются в исключительной компетенции экзаменационных органов. Но и ответы на такие оценочные вопросы не выведены из-под контроля. Простор для оценок имеет границы, соблюдение которых подлежит судебной проверке согласно норме ст. 19 абз. 4 ОЗ. В случае профессионально ориентированных экзаменов судебный контроль должен быть направлен на действенную защиту свободы выбора профессии, быть пригодным и соразмерным (см. BVerfGE 60, 253 [269]).

Согласно практике судов по административным спорам, которой следуют и оспариваемые решения, нарушение границ оценочного пространства, требующее судебной поправки, происходит тогда, когда экзаменационный орган совершает процессуальную ошибку, недооценивает применимое право, исходит из ошибочных обстоятельств, нарушает общеприменимые оценочные масштабы или следует не имеющим отношения к делу соображениям. [...]

Так, не может быть общеприменимого принципа, который бы запрещал оценивать правильное как ошибочное и приемлемые рассуждения как неприемлемые (BVerwG, Буххольц 421.0 № 121, с. 195, Зеебас, в указанном месте, с. 257; BVerwG, Buchholz 421.0 № 121, С. 195; Seebass, a. a. O., С. 527). Единственно возможный контроль за произволом ограничивается экстремальными случаями, применительно к которым возможна оценка и без углубления в специфически профессиональные суждения. Только если решение базируется «на столь явных и лежащих за всякими разумными рамками ошибочных оценках научно-профессиональных суждений», что «любой судья должен

воспринимать их результат как в целом совершенно неприемлемый», то следует признать нарушение границ произвола (BVerwG, Буххольц 421.0 № 121, с. 195; BVerwG, Buchholz 421.0 № 121, С. 195).

Однако такое серьезное ограничение судебного контроля не согласуется с нормой ст. 19 абз. 4 ОЗ тогда, когда речь идет об экзаменах, ограничивающих доступ к профессии.

[...]

Наличие произвольной ошибочной оценки [...] должно быть признано уже тогда, когда она представляется неприемлемой для эксперта. Такое решение, как правило, может приниматься судами только с помощью экспертов, однако практические затруднения сами по себе не являются достаточным основанием для ограничения судебной защиты, предоставленной нормой ст. 19 абз. 4 ОЗ.

[...]

152) BVerfGE 104, 220

(Rehabilitierung bei Abschiebehaft / Реабилитация при взятии под стражу на основе постановления о высылке)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 16/2002 от 15 февраля 2002 г.

Решение от 5 декабря 2001 г.

– 2 BvR 527/99, 2 BvR 1337/00, 2 BvR 1777/00 –

О судебной защите при взятии под стражу на основе постановления о высылке

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в решении от 5 декабря 2001 г. четко установил, что взятые под стражу иностранцы, в отношении которых принято постановление о высылке, и после окончания срока лишения свободы сохраняют право на полную судебную проверку правомерности взятия под стражу.

1. В основе решения лежат три конституционные жалобы (КЖ). Все трое истцов были взяты под стражу на основе постановления суда об их высылке и подали на него срочные жалобы.

Первый истец был спустя одну неделю выслан, а земельный суд спустя пять дней отклонил его жалобу как неправомерную. Последующая срочная жалоба на это решение была отклонена как необоснованная Высшим земельным судом (ВЗС).

Срочная жалоба второго истца была отклонена ЗС как необоснованная. Этот истец был освобожден через две недели на основании решения суда по административным спорам. ВЗС отозвал свою жалобу против решения ЗС как неправомерную.

Третий истец находился под стражей почти целый год. После первого, принятого в ноябре постановления о взятии под стражу срок заключения был продлен в апреле еще на три месяца. ЗС сначала отклонил поданную на это решение жалобу как необоснованную, в свою очередь ВЗС отменил решение ЗС и вернул ему дело на новое рассмотрение. ЗС снова отклонил срочную жалобу после дальнейшего рассмотрения обстоятельств дела. К тому же срок превентивного ареста был продлен на последующие три месяца, по истечении которых третий истец был освобожден. ВЗС отклонил как неправомерную очередную срочную жалобу на принятое в апреле постановление о продлении срока содержания под стражей.

Все решения ВЗС основываются на том, что истцы уже не нуждаются в судебной защите для проверки постановления о заключении под стражу, так как к моменту принятия решения ВЗС содержание под стражей было прекращено по различным причинам. Продолжение же производства по делу с целью установления противоправности оспоренных решений после их выполнения не предусмотрено в рамках охранительного судопроизводства. В его рамках обжалование служит исключительно для устранения еще действующего обременения. С одной стороны, в судебных решениях по различным делам, в частности, по обыску жилья или превентивному заключению под стражу, допускалась последующая судебная проверка принятых мер. Однако содержание под стражей на основе постановления о высылке обычно длится столь долго, что не существует риска использования средства обжалования этой меры «вхолостую». При этом следует учитывать не особенности частных случаев, а то, часто ли применение этих мер, исходя из их природы, завершается до их судебной проверки.

2. Второй Сенат определил допустимость и обоснованность конституционной жалобы. Хотя содержание под стражей на основе постановления о высылке и было уже окончено, но в связи с существенным вторжением

в их основные права в форме лишения свободы истцы имеют достойный защиты интерес в том, чтобы установить противоправность этой меры и после ее окончания.

Сенат повторяет свою судебную практику, согласно которой из нормы ст. 19 абз. 4 ОЗ о гарантии действенной судебной защиты не вытекает приязание на наличие инстанционного порядка применительно ко всем процессуальным кодексам. Но если вышестоящая инстанция предусмотрена в соответствующем судопроизводстве, то вышестоящая инстанция не может трактовать это так, чтобы данная возможность добиться всех возможных судебных решений оставалась практически невостребованной.

С требованием действенной судебной защиты принципиально согласуется то положение, когда суды требуют наличия потребности в судебной защите как условия допустимости обращения в суд. С конституционно-правовой точки зрения не вызывает сомнения и то, что, как правило, признается отсутствие интереса в судебной защите, если лежащие в основе дела обстоятельства уже себя исчерпали. Норма ст. 19 абз. 4 ОЗ не устанавливает обязанность судов принимать решения по делам, если это больше не имеет никаких практических последствий. По-иному обстоит дело, если затронутое лицо имеет достойный защиты интерес в судебном решении, например, при угрозе повторной опасности или при возможности дискриминирующих последствий конкретной меры.

Как уже было установлено Федеральным Конституционным Судом, интерес в судебном решении при существенном вмешательстве в основные права должен быть признан, в частности, в тех случаях, когда оспоренная мера (например, обыск жилья в соответствии с нормами УПУ или лишение свободы согласно нормам Закона о судопроизводстве по семейным спорам и по делам добровольной юрисдикции (ЗДЮ)) обычно протекает столь быстро, что в течение этого времени нельзя дойти до последней инстанции, предусмотренной процессуальным кодексом.

В случае же лишения свободы для обеспечения решения о высылке дело обстоит иначе; как правило, устанавливается срок в три месяца (§ 57 абз. 2 ЗоИ), и в течение этого времени суды обычно в состоянии принять решение по жалобе.

Однако в случае лишения свободы это не может иметь решающего значения. Взятие лица под стражу является существенным вторжением в особо важное основное право, установленное в ст. 2 абз. 2 предл. 2 ОЗ.

В соответствии с этой нормой любое взятие под стражу может оказать дискриминирующее действие, т. к. предпринятое государственным органом лишение свободы позволяет предположить, что затронутое лицо совершило или намеревалось совершить противоправное деяние. Судебная защита лица от меры лишения свободы, вторгающейся в самую основу его личности, не может зависеть от того, когда эта мера получит свое завершение, или от того, может ли, как правило, до окончания срока заключения быть получена установленная процессуальным кодексом судебная защита. Прежде всего, с учетом потребности в реабилитации при применении меры заключения под стражу следует признать наличие достойного защиты интереса в установлении противоправности этой меры также и после ее окончания.

Поэтому Высшие земельные суды не должны были отклонять как неправомерные жалобы на решения низших судов из-за возможного прекращения интереса в судебной защите. Федеральный Конституционный Суд отменил принятые решения и вернул дела в компетентные суды.

153) 2 BvR1596/10 и 2 BvR2346/10

(Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen Richtervorbehalt / Недопустимость использования доказательств при нарушении прерогативы судьи)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 21/2011 от 15 марта 2011 г.

Решение от 24 февраля 2011 г.

– 2 BvR1596/10, 2 BvR2346/10 –

К вопросу о недопустимости использования доказательств из-за нарушения прерогативы судьи при назначении анализа крови

Назначение анализа крови с целью определения количества алкоголя в крови производится согласно норме § 81 а абз. 2 УПУ судьей (прерогатива судьи) и может быть произведено прокуратурой или полицейскими

следователями лишь в случае опасности для успешного расследования из-за задержки во времени (неотложные обстоятельства).

Истцы по двум объединенным делам были приговорены к денежным штрафам из-за управления автомобилями в нетрезвом виде. Приговоры в обоих случаях основывались на результатах анализов крови, назначенных местными полицейскими, которые показали концентрацию алкоголя, абсолютно недопустимую для управления автомобилями. В первом случае во второй половине воскресного дня полицейский обратился по радию к дежурному в участке, чтобы получить судебное постановление. После того как ему сообщили, что судью не смогли найти по телефону, полицейский на месте сам назначил взятие крови на анализ. При этом невозможно было установить, действительно ли предпринималась попытка найти судью, т. к. это не было задокументировано должным образом. Во втором случае полиция в 4.30 утра в воскресенье назначила взятие крови на анализ после безуспешной попытки связаться с дежурной службой прокуратуры. Как установил суд, в участковом суде не существовало ночного дежурства судей для неотложных случаев.

В своих конституционных жалобах против вынесенных приговоров истцы выступали против нарушения их основного права на действенную судебную защиту и на производство с соблюдением процессуальных норм и принципа правового государства, а также на физическую неприкосновенность. Взятие крови на анализ без судебного постановления привело в их случаях к недопустимости использования доказательств, то есть результаты анализа крови не могли быть положены в основу приговора в качестве доказательства. Первая палата Второго Сената Федерального Конституционного Суда не приняла конституционные жалобы к рассмотрению, так как отсутствовали условия принятия, в частности, не были нарушены основные права истцов.

В основе решения лежат следующие существенные соображения:

1. Непризнание специализированным судом недопустимости использования доказательств не нарушает права истцов на действенную судебную защиту в соответствии с нормой ст. 19 абз. 4 ОЗ. Согласно сложившейся и чуждой произвола судебной практике уголовных судов уголовно-процессуальное право не знает такого принципа общего действия,

согласно которому каждое нарушение норм сбора доказательств влечет уголовно-процессуальный запрет их использования. В гораздо большей степени действует принцип, что суд должен найти истину и в связи с этим по своей должности должен провести официальное исследование всех значимых для этого фактов и доказательств.

Недопустимость использования доказательств может быть поэтому признана в отдельном случае как исключение лишь на основе четкой правовой нормы или по чрезвычайно важным обстоятельствам после взвешенной оценки противостоящих интересов, в частности, при произвольном установлении неотложных обстоятельств или при наличии особо серьезной процессуальной ошибки.

С учетом этого обоснования нельзя предъявить конституционно-правовую претензию к тому, что в практике уголовных судов содержащая недостатки документация сама по себе не признается достаточной для запрета использования доказательств. То же самое действует и в отношении отсутствия ночного дежурства судей. В подобном случае уголовные суды могут ссылаться на то, что полицейские служащие не действовали самовольно и умышленно в обход прерогативы судьи. Также и недосягаемость дежурной службы прокуратуры не ведет к конституционно-правовой недопустимости использования доказательств. Поскольку согласно § 81 а УПУ как прокуратура, так и проводящие расследование полицейские служащие обладают полномочием в случае неотложных обстоятельств назначить взятие крови на анализ, то его результаты могут применяться и независимо от вопроса простого права, должна ли и при каких условиях эта экстренная компетенция принадлежать преимущественно прокуратуре.

2. Непризнание недопустимости использования доказательств не является также нарушением права на справедливый процесс, основанный на принципе правового государства. Подобное нарушение имеет место лишь тогда, когда общая картина процессуального права показывает, что не были сделаны выводы, необходимые с точки зрения правового государства, или что произошел отказ от ценностей, непреложных для правового государства. Установленная в § 81 а абз. 2 УПУ прерогатива судьи основывается на решении законодателя, а не на обязательном конституционно-правовом установлении. Она не относится к неотъемлемым особенностям правового государства и не представляет собой столь

существенное вмешательство в основное право на физическую неприкосновенность согласно норме ст. 2 абз. 2 предл. 1 ОЗ, чтобы Конституция требовала прерогативы судьи. Поэтому нарушение прерогативы судьи лишь в отдельном случае может в последующем уголовном производстве получить конституционно-правовое значение, если имеется произвольное, игнорирующее принцип справедливости толкование и применение важных уголовно-процессуальных предписаний. Но для такого вывода нет оснований в рассматриваемых делах.

Часть третья

**ОСНОВЫ
ГОСУДАРСТВЕННОГО СТРОЯ
(СТ. 20 ОСНОВНОГО ЗАКОНА)**

§ 28. Государство (абз. 1 ст. 20 Основного закона)

154) BVerfGE 12, 205

(1. Rundfunkentscheidung / 1-е решение о телерадиовещании)

[...]

Решение Второго Сената от 28 февраля 1961 г. – 2 BvG 1/60, 2 BvG 2/60 –

[...] касательно вопроса о том, нарушило ли федеральное правительство ст. 5, ст. 30 во взаимосвязи с абз. 3 ст. 87 Основного закона, а также обязанность доброжелательного отношения в рамках федеративного государства посредством создания 25 июля 1960 г. Deutschland-Fernsehen-GmbH, а также использования иных мер в сфере телерадиовещания.

ОСНОВАНИЯ

А.

[...]

III.

[...]

3. а) 25 июля 1960 г. учредителем — Федеративной Республикой Германия — в лице канцлера и федерального министра Шэффера было создано Deutschland-Fernsehen-GmbH (общество) с местом нахождения в Кельне.

[...]

б) Задачей общества является организация теле- и радиопередач, которые будут передавать слушателям и зрителям как на территории Германии, так и за ее пределами полноценную картину происходящего в Германии (§ 2 Устава).

[...]

Д.

[...]

II.

Конституционно-правовые отношения между федеративным государством и членами федеративного государства, а также конституционно-правовые отношения между членами федеративного государства регулируются в соответствии с неписанным конституционным принципом

о взаимной обязанности между федерацией и федеральными землями по доброжелательному отношению в рамках федеративного государства [...]. На этом основании Федеральный Конституционный Суд сформулировал целый перечень конкретных правовых обязанностей. В контексте рассуждений о конституционности т. н. принципа распределения доходов государственного бюджета по горизонтали имеет место следующее предложение: «данный федеративный принцип по своей природе создает не только права, но и обязанности. Одна из таких обязанностей заключается в том, что более сильные в финансовом смысле федеральные земли должны оказывать помощь более слабым землям в определенных пределах» (BVerfGE 1, 117 [131]). Конституционный принцип может также служить основой для более тесного взаимодействия всех федеральных земель и может также привести к тому, что возражение одного из участников федеративного государства не по существу вопроса, противоречащее всеобщему соглашению, признается незначительным с правовой точки зрения даже в случаях, в которых закон требует достижения соглашения между федерацией и федеральными землями (BVerfGE 1, 299 [315 и далее]).

При принятии решения о предоставлении рождественских премий государственным служащим федеральные земли должны быть верны принципу федеративного государства и поэтому принимать во внимание общее финансовое устройство федерации и федеральных земель (BVerfGE 3, 52 [57]). Еще сильнее данное ограничение проявляется в контексте идеи о верности интересам федеративного государства при осуществлении законодательных полномочий: «Если последствия правовой нормы не ограничиваются территорией одной федеральной земли, то законодатель федеральной земли должен учитывать интересы федерации и других федеральных земель» (BVerfGE 4, 115 [140]). Из конституционно-правового принципа об обязанности доброжелательного отношения в рамках федеративного государства может вытекать обязанность федеральных земель по соблюдению международно-правовых договоров, заключенных федерацией (BVerfGE 6, 309 [328, 361 и далее]). При определенных обстоятельствах федеральная земля, с учетом ее обязанности доброжелательного отношения в рамках федеративного государства, может быть обязана в порядке надзора за муниципалитетами вмешиваться в дела муниципальных образований, которые из-за принимаемых ими мер нарушают исключительные полномочия федерации (BVerfGE 8, 122

[138 и далее]). Принцип доброжелательного отношения в рамках федеративного государства имеет основополагающее значение также и при осуществлении федерацией полномочий в области телерадиовещания.

Существующая по сей день судебная практика признает, что из этого принципа вытекают как конкретные, прямо предусмотренные федеральной Конституцией дополнительные обязанности федеральных земель в отношении федерации и дополнительные обязанности федерации в отношении федеральных земель, так и конкретные ограничения в осуществлении полномочий, отнесенных в Основном законе к компетенции федерации и федеральных земель.

Рассматриваемое дело дает возможность развить принцип обязательного доброжелательного отношения в федеративном государстве в другую сторону: процедура и стиль необходимых в конституционно-правовой жизни переговоров между федерацией и федеральными землями, а также между федеральными землями, которые аналогичным образом подчиняются принципу доброжелательного отношения в рамках федеративного государства. В Федеративной Республике Германия все федеральные земли имеют равный конституционно-правовой статус; они являются государствами, которые вправе требовать равного обращения в ходе их взаимодействия с федерацией. В тех случаях, когда Федерация принимает решение по конституционному вопросу, в котором принимают участие и заинтересованы все земли, обязанность доброжелательного отношения в федеративном государстве запрещает федерации руководствоваться принципом «разделяй и властвуй», то есть исходить из разобщенности федеральных земель, согласовывать решение вопроса лишь с некоторыми из них, а других принуждать присоединиться к такому решению.

Данный принцип также запрещает федеральному правительству при переговорах, касающихся всех федеральных земель, по-разному относиться к региональным правительствам в зависимости от их партийно-политической направленности, в особенности в случае с политически значимыми обсуждениями привлекать представителей только политически близких региональных правительств и исключать из них близкие к оппозиции региональные правительства. В подобных случаях неоспоримым правом федеральных и региональных политиков, относящихся к одной партии, является возможность разъяснить и согласовать видение по решению интересующих федерацию и земли проблем, в первую очередь

между собой. Однако обязательные переговоры между федерацией и федеральными землями, то есть между правительствами и их представителями, должны соответствовать представленным выше принципам.

§ 29. Принцип социального государства (абз. 1 ст. 20 Основного закона)

155) BVerfGE 40, 121

(Waisenrente II / Пенсия для сирот II)

Тот факт, что сироты, неспособные себя содержать вследствие физических или духовных недугов, получают пенсию для сирот из фонда социального страхования служащих лишь до достижения ими полных 25 лет (предл. 2 § 44 Закона о страховании служащих), соответствует Основному закону.

Решение Первого Сената от 18 июня 1975 г.

– 1 BvL 4/74 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

Запрос суда касается вопроса конституционности законодательного регулирования в области социального страхования служащих, согласно которому детям умершего застрахованного лица пенсия для сирот выплачивается лишь до достижения ими полных 25 лет и в том случае, если они вследствие физических или духовных недугов не в состоянии сами себя содержать.

В.

[...]

II.

Представленная на проверку норма § 44 Закона о страховании служащих не противоречит ни общему принципу равенства, ни принципу социального государства.

Разумеется, забота о нуждающихся в помощи относится к естественным обязанностям социального государства (см. BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 202 [236]). Это включает в себя в обязательном порядке социальную

помощь согражданам, которые вследствие физических или духовных недугов ущемлены в личной и социальной самореализации и не в состоянии сами себя содержать. Государство должно в любом случае обеспечить им минимальные условия для достойного существования и, кроме того, позаботиться о том, чтобы по мере возможности интегрировать их в общество, содействовать надлежащей заботе о них в семье или при помощи других лиц, а также создать необходимые медицинские учреждения по уходу. Эта общая обязанность по защите не может, конечно же, заканчиваться на определенной возрастной границе; она должна, напротив, соответствовать имеющейся потребности в социальной помощи. Однако существуют разнообразные возможности реализации необходимой защиты. Законодатель, в принципе, свободен в определении подходящего, на его взгляд, пути, особенно при выборе между различными формами финансовой помощи в содержании и обслуживании немощных людей и соответственно в закреплении их права на получение выплат. Если речь не идет об указанных минимальных условиях, то он также вправе решать, в каком объеме социальная помощь может и должна быть оказана с учетом имеющихся средств и других не менее важных государственных задач.

Нарушение конституционных принципов, предусмотренных абз. 1 ст. 3 и абз. 1 ст. 20 Основного закона, имеет место лишь в том случае, если оказываемая социальная помощь немощным людям не соответствует требованиям социальной справедливости, будь то ненадлежащее ограничение круга получателей определенных государственных услуг или с учетом всех обстоятельств ненадлежащее осуществление социальной защиты какой-либо определенной, особо значимой группы. В данном случае это не так.

[...]

156) BVerfGE 59, 231

(Freie Mitarbeiter / Внештатные сотрудники)

[...]

Решение Первого Сената от 13 января 1982 г.

**– 1 BvR 848/77, 1 BvR 1047/77, 1 BvR 916/78, 1 BvR 1307/78,
1 BvR 350/79, 1 BvR 475/80, 1 BvR 902/80, 1 BvR 965/80,
1 BvR 1177/80, 1 BvR 1238/80, 1 BvR 1461/80 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

[...]

II.

[...]

2. [...]

а) [...]

бб) [...]

Принцип социального государства может иметь значение для толкования основных прав, а также для толкования и конституционно-правовой оценки законов, ограничивающих основные права, с учетом оговорки о законе. Однако данный принцип не предназначен для ограничения основных прав без его подробной конкретизации законодателем, то есть для непосредственного ограничения. Этим принципом обосновывается обязанность государства обеспечить справедливый социальный порядок (см. BVerfGE 5, 85 [198]; 22, 180 [204]; 27, 253 [283]; 35, 202 [235 и далее]); при реализации этой обязанности законодателю предоставляется широкое пространство для деятельности (BVerfGE 18, 257 [273]; 29, 221 [235]). Таким образом, принцип социального государства ставит перед государством определенную задачу, но не говорит ничего о том, как эта задача должна быть выполнена в конкретном случае; если бы это было иначе, этот принцип вступил бы в противоречие с принципом демократии. Демократический порядок Основного закона как порядок свободного политического процесса был бы существенно ограничен и сокращен, если бы формированию политической воли была бы предписана конституционно-правовая обязанность, осуществляемая только определенным образом и никак иначе. В силу такой открытости принцип социального государства не может устанавливать непосредственные ограничения основных прав.

[...]

157) BVerfGE 100, 271

(Lohnabstandsklausel / Оговорка об уровне заработной платы)

Федеральный Конституционный Суд**— Пресс-служба —****Сообщение для печати № 82/1999 от 4 августа 1999 г.**

**Решение от 27 апреля 1999 г.
– 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 –**

Оговорки об уровне заработной платы при осуществлении мер, направленных на обеспечение работой, соответствуют Основному закону

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда отклонил конституционные жалобы IG-Metall. Жалобы касались положений третьей книги Социального кодекса (СК III), согласно которым дотации для осуществления мер по обеспечению работой выплачиваются в полном объеме только в том случае, если согласованная зарплата не превышает 80 % зарплаты по тарифному соглашению (так называемая оговорка об уровне заработной платы).

Заявитель считает, что тем самым была нарушена его тарифная автономия (абз. 3 ст. 9 Основного закона).

По решению Первого Сената временные оговорки, несмотря на то что они ограничивают сферу тарифной автономии коалиции работников, оправданны, так как они служат созданию дополнительных рабочих мест в период высокой безработицы.

I.

1. Предметом конституционной жалобы являлись положения СК III, а также предшествующие нормы указанного закона, которые частично продолжают действовать.

Согласно им действует следующее:

В целях содействия обеспечению занятости безработных, трудоустройство которых является сложным, Федеральное ведомство по труду выплачивает дотации за выполнение общественно полезных работ. К таковым относятся меры по сохранению и улучшению окружающей среды, улучшению предложения в социальных службах и в сфере помощи несовершеннолетним (меры, направленные на совершенствование структуры). Размер дотации определяется с учетом среднемесячных выплат пособия по безработице и помощи по безработице. Дотация выплачивается в полном объеме только в том случае, если согласованная зарплата превышает 80 % тарифной оплаты труда для сравнимых видов деятельности на свободном рынке труда.

2. Заявитель подал конституционные жалобы в отношении указанных норм и заявил о нарушении его свободы участия в коалициях. По его утверждению, Закон ослабил его компетенцию в установлении заработной платы, поскольку в области данных мер по обеспечению работой больше невозможно свободно устанавливать зарплату на основе договоренностей. Профсоюзы вынуждены снижать ставки по тарифным договорам для работников, занятых в субсидируемых трудовых отношениях, в сравнении с региональными тарифными договорами.

II.

Конституционные жалобы не были удовлетворены. Хотя заявитель и был ограничен оспариваемыми нормами в своей свободе участия в коалициях, ограничение является обоснованной мерой, направленной на обеспечение занятости в период высокой безработицы.

1. Норма абз. 3 ст. 9 Основного закона гарантирует работникам и работодателям право создавать объединения (коалиции) для реализации их интересов при определении и улучшении условий труда и экономических условий. Данное право также охватывает заключение тарифных договоров, поскольку это является существенной целью коалиции.

Данная сфера действия основного права затрагивается оспариваемыми положениями. Они ухудшают позиции заявителя при проведении им тарифных переговоров относительно заработной платы работников, которые заняты реализацией мер, направленных на совершенствование структуры. Заявитель в этой области практически не имеет возможности договориться об установлении заработной платы за сопоставимую работу в размере более 80 % от обычной тарифной зарплаты. Поскольку дотация Федерального ведомства по труду уменьшается в том же объеме, в каком превышает установленный законом максимальный уровень зарплаты, любое превышение ведет к обременению работодателя в двойном размере. С этим сторона работодателей вряд ли согласится при проведении переговоров.

2. Однако подобное ограничение основного права оправдывается соображениями общественного блага, имеющими преимущественное значение.

а) При помощи оспариваемых правовых норм государство реализует защитную функцию, которая обосновывается принципом социального государства (абз. 1 ст. 20 Основного закона). К тому же оно помогает отдельным

безработным при помощи работы реализовать свою личность, а также познать уважение и самоуважение к своей личности. В этой мере цель государства также охватывается абз. 1 ст. 1 и абз. 1 ст. 2 Основного закона.

Оговорки об уровне заработной платы должны способствовать тому, чтобы с помощью ограниченных средств можно было предоставить рабочие места максимально большому количеству безработных. Таким образом, данные нормы служат также конституционно-правовой цели поддержания общего экономического баланса (абз. 2 ст. 109 Основного закона).

Нет оснований для утверждения о том, что эти оговорки являются лишь тестом для общих оговорок в тарифном соглашении, предусматривающих возможность заключения дополнительного соглашения.

б) Сенат пояснил, что эти оговорки пригодны для достижения законодательных целей и что не существует никаких сомнений в их необходимости.

То же самое действует и в отношении вопроса о том, является ли для заявителя приемлемым их воздействие на его тарифную автономию.

Переговоры относительно тарифов для работников, занятых в мероприятиях по совершенствованию структуры, существенно отличаются от обычных тарифных переговоров. Так как при оплате труда в рамках мероприятий по совершенствованию структуры участие работника в полученном вследствие работы результате не является первоочередным. Вследствие ограничения данных мероприятий не приносящими дохода областями деятельности интерес работодателя к ним возникает, как правило, лишь при помощи дотаций Федерального ведомства по труду. Без этих средств работодатель не будет осуществлять такие мероприятия вообще либо несколько позднее.

При этом следует также учитывать, что коалиция работников в данной области не может оказывать на работодателей столь же сильное давление, как во время обычных тарифных переговоров. Например, работодатель может без существенных потерь избежать забастовки тем, что он свернет или отложит проведение мер по обеспечению работой, к которым у него нет достаточного собственного интереса. В любом случае последствия его решения должны нести безработные, и в этой мере они имеют обременяющее значение для коалиции работников.

С другой стороны, при наличии почти четырех миллионов безработных важной социальной задачей является создание рабочих мест.

Безработица часто приводит затронутых лиц в тяжелое положение. Потеря экономической основы жизни может сопровождаться снижением чувства собственного достоинства и снижением ценности личности. В обществе, в котором ценность отдельного человека во многом связана с его профессиональными достижениями, опыт невостребованности может вести к тяжелым душевным расстройствам. В особенности это относится к лицам, являющимся длительное время безработными, которых сложно трудоустроить, и в связи с этим имеющим особенно мало шансов на получение рабочего места.

Наконец, имеет значение и то, что срок действия оспариваемых норм ограничен до 2002 г. Данное ограничение срока обязывает законодателя в разумный срок удостовериться в том, существуют ли еще те условия, которые сподвигли его к осуществлению подобного регулирования, и достиг ли он в действительности тех целей, которые ставились путем закрепления оговорок об уровне заработной платы.

158) BVerfGE 125, 175

(Hartz IV / Хартц IV)

**Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Пресс-релиз № 5/2010 от 9 февраля 2010 г.**

**Решение от 17 марта 2004 г.
1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09**

Стандартные пособия согласно части второй Социального кодекса (Закон «Хартц-IV») не соответствуют Конституции

I. Обстоятельства дела

1. Четвертый закон относительно современных услуг на рынке труда от 24 декабря 2003 г. (так называемый Закон «Хартц-IV»), вступивший в силу 1 января 2005 г., объединил прежнее пособие по безработице и прежнюю социальную помощь в новой второй части Социального кодекса (СК II) в форме единого базового обеспечения трудоспособных лиц, нуждающихся в материальной помощи, а также совместно проживающих

с ними в общности нуждающихся лиц. Нуждающиеся в помощи трудоспособные лица получают согласно закону пособие по безработице II, а проживающие с ними совместно нетрудоспособные члены семьи, в особенности дети, не достигшие 15-летнего возраста, получают социальное пособие. Указанные пособия состоят в основном из закрепленных в § 20 и 28 СК II стандартного пособия на обеспечение жизненных потребностей и пособия на оплату жилья и отопления. Пособия предоставляются только при отсутствии достаточных собственных средств, в частности дохода или имущества. Стандартное пособие для бессемейных граждан в соответствии с СК II на момент вступления его в силу в «старых» федеральных землях, включая Восточный Берлин, составляло 345 евро. Стандартное пособие для остальных совместно проживающих нуждающихся лиц составляет определенный процент от указанного выше пособия. В соответствии с этим пособие для супругов, зарегистрированных гражданских партнеров и партнеров, состоящих в незарегистрированном браке, на 1 января 2005 г. приблизительно составляло 311 евро (90 %), для детей до окончания 14-го года жизни — 207 евро (60 %), а для детей с 15-го года жизни — 276 евро (80 %).

По сравнению с правилами ранее действовавшего федерального Закона о предоставлении социальной помощи суммы выплат в соответствии с СК II стали в значительной мере папуализированными; повышение выплат для удовлетворения бытовых потребностей исключено. Одноразовые субсидии стали предоставляться только в исключительных случаях при особой необходимости. Для покрытия затрат на нерегулярные, но периодически возникающие потребности размер стандартного пособия был увеличен, чтобы получатели пособия могли откладывать определенные суммы для данных целей.

2. а) При установлении размера стандартных пособий законодатель опирался на право социальной помощи, которое с 1 января 2005 г. закреплено в части XII Социального кодекса (СК XII). В соответствии с СК XII и принятым уполномоченным федеральным министерством положением о размере стандартных пособий расчет размеров стандартных пособий социальной помощи осуществляется на основании статистической модели, которая в аналогичной форме была разработана в рамках Закона о предоставлении социальной помощи. Основанием для расчета стандартных пособий является специальный выборочный анализ поступлений

и потребления, который проводится Федеральным статистическим ведомством каждые пять лет. Для определения размеров ставок социального пособия, которые действуют и для бесхозяйных граждан, использовались включенные в отдельные разделы выборочных проб поступлений и потребления расходы 20 % домохозяйств (нижних в списке, составленном в соответствии с их чистым доходом), состоящих из одного человека (нижний квинтиль), после исключения лиц, получающих социальную помощь. Указанные расходы брались в расчет, однако, не в полном объеме, а как потребление, имеющее значение для определения стандартной ставки, только в определенной части.

Положение о размере стандартных пособий, действующее с 1 января 2005 г., основывается на выборочном анализе поступлений и потребления 1998 г. При установлении потребления, имеющего значение для определения стандартной ставки, в абз. 2 § 2 Положения о размере стандартных пособий не учитывался раздел 10 выборочного анализа поступлений и потреблений (образование). Также, помимо прочего, были исключены расходы, содержащиеся в разделах 03 (одежда и обувь), например расходы на изделия из меха и пошитые на заказ, в разделе 04 (жилье и проч.) расходы по позиции «электроэнергия», в разделе 07 (транспорт) расходы на транспортные средства и в разделе 09 (досуг, развлечения и культура), например, расходы на планеры. Рассчитанная на 1998 г. сумма была пересчитана по правилам, действующим для ежегодной актуализации стандартных пособий в соответствии с СК II и ставок социальных пособий в соответствии с СК XII, с учетом изменений актуальной стоимости пенсионного балла в системе государственного пенсионного страхования (ср. § 68 СК VI). Новая сумма действует с 1 января 2005 г.

б) При установлении стандартных пособий для детей законодатель отклонился от процентных ставок, действовавших в соответствии с Законом о предоставлении социальной помощи, и установил лишь две возрастные группы (от 0 до 14 лет и от 14 до 18 лет). Исследование связанного с расходами поведения супружеских пар с одним ребенком, подобное проведенному во время действия Закона о предоставлении социальной помощи, пока не проводилось.

3. Специальная оценка выборочного анализа поступлений и потребления по состоянию на 2003 г. привела к изменению 1 января 2007 г. потребления, имеющего значение для определения стандартной ставки,

в соответствии с абз. 2 § 2 Положения о размере стандартных пособий, однако это не привело к повышению основной ставки социального пособия и стандартного пособия для бессемейных лиц. Новое особое обобщение данных относительно поведения потребления семейными парами с одним ребенком побудило законодателя к введению третьей возрастной группы детей, проживающих вместе с родителями, а именно от 6 до 14 лет. Указанные дети получают с 1 июля 2009 г. в соответствии с § 74 СК II 70 % от стандартного пособия для бессемейных лиц. С 1 августа 2009 г. дети школьного возраста получают в соответствии с § 24а СК II дополнительное школьное пособие в размере 100 евро за каждый учебный год.

4. По запросу Земельного суда Гессена (1 BvL 1/09) и по двум запросам Федерального социального суда (1 BvL 3/09 и 1 BvL 4/09) о проверке на соответствие Основному закону размера стандартного пособия для обеспечения жизненных потребностей взрослых и детей до окончания 14-го года жизни в период с 1 января до 30 июня 2005 г. в соответствии с абз. 1–3 § 20 и альт. 1 № 1 предл. 3 абз. 1 § 28 СК II Первый Сенат Федерального Конституционного Суда провел заседание 20 октября 2009 г. Лежащие в основе данных запросов изначальные производства подробно описаны в Пресс-релизе к устному разбирательству (№ 96/2009 от 19 августа 2009 г.).

II. Решение Федерального Конституционного Суда

Первый Сенат Федерального Конституционного Суда решил, что положения СК II, касающиеся стандартного пособия для взрослых и детей, не позволяют реализовать конституционное право гражданина на обеспечение достойного прожиточного минимума, закрепленное в абз. 1 ст. 1 в сочетании с абз. 1 ст. 20 Основного закона. Данные положения подлежат дальнейшему применению до вступления в силу новых правил, которые законодатель обязан принять до 31 декабря 2010 г. При разработке новых правил законодатель обязан предусмотреть также право нуждающихся лиц, указанных в § 7 СК II, на удовлетворение неизбежной, длительной, не разовой, особой потребности, которая ранее не охватывалась пособием в соответствии с § 20 и далее СК II, но которая в целях обеспечения достойного прожиточного минимума обязательно должна обеспечиваться. До разработки новых правил законодателем устанавливается,

что данное право в соответствии с критериями, указанными в мотивировочной части решения, может быть заявлено по отношению к Федерации непосредственно на основании абз. 1 ст. 1 в сочетании с абз. 1 ст. 20 Основного закона.

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

1. а) Основное право на обеспечение достойного прожиточного минимума в соответствии с абз. 1 ст. 1 Основного закона в сочетании с принципом социального государства, закрепленным в абз. 1 ст. 20 Основного закона, гарантирует каждому нуждающемуся в помощи создание таких материальных условий, которые безусловно необходимы для его физического существования, а также для его минимально допустимого участия в общественной, культурной и политической жизни. Данное основное право, закрепленное в абз. 1 ст. 1 Основного закона, как право, вытекающее из гарантии, в сочетании с абз. 1 ст. 20 Основного закона, наряду с абсолютным действующим правом на уважение достоинства каждого человека, закрепленным в абз. 1 ст. 1 Основного закона, имеет самостоятельное значение. Данным правом, в соответствии с его сущностью, нельзя распоряжаться, а о его реализации нужно заявлять. Для этого, однако, для них необходима конкретизация и постоянная актуализация законодателем, который должен соотносить размер выплачиваемых пособий с текущим уровнем развития общества и текущими условиями жизни. Объем конституционного права требования относительно получения пособий с точки зрения видов потребности и необходимых для этого средств не может быть определен непосредственно на основании Конституции. Конкретизация относится к компетенции законодателя, у которого в данном вопросе имеется свобода действий.

Для конкретизации права требования законодатель должен последовательно проанализировать все жизненно важные расходы в рамках прозрачной и надлежащей процедуры на предмет их фактической значимости с учетом фактической потребности, то есть с учетом реальности.

б) Свободе действий законодателя в вопросе оценки прожиточного минимума соответствует сдерживающий контроль за регулированием со стороны Федерального Конституционного Суда. Поскольку Основной закон сам не разрешает установление конкретных сумм указанного права

требования, материальный контроль относительно результата ограничивается вопросом, является ли пособие явно недостаточным. В рамках материального диапазона, который остается при контроле очевидной недостаточности пособий, основное право на обеспечение достойного прожиточного минимума человека не может предоставить никаких заданных величин, поддающихся количественной оценке. Основное право, однако, требует проверки исходных данных и методов определения размеров пособий на предмет соответствия их целям основного права. Для обеспечения соответствующей значимости основного права понятности размера предусмотренных законом пособий, а также их судебного контроля в дальнейшем пособия должны убедительно обосновываться при помощи надежных данных и последовательных процедур расчета.

Федеральный Конституционный Суд в этой связи проверил, в соответствующей ли абз. 1 ст. 1 Основного закона в сочетании с абз. 1 ст. 20 Основного закона форме законодатель охватил и очертил цель обеспечения достойного существования человека, выбрал ли он пригодный способ вычисления прожиточного минимума в рамках своей свободы действий, полностью и правильно ли исследовал он необходимые факты и, наконец, следовал ли он на всех этапах расчетов в рамках выбранной процедуры понятным методам вычисления и их обоснованным структурным принципам в рамках приемлемого. Для предоставления возможности Конституционному суду провести указанный контроль на законодателя возлагается обязанность по раскрытию понятным образом информации о методах определения прожиточного минимума и этапах расчетов в рамках нормотворческого процесса. В случае неисполнения данной обязанности установление прожиточного минимума ввиду этого недостатка не будет соответствовать абз. 1 ст. 1 Основного закона в сочетании с абз. 1 ст. 20 Основного закона.

2. Указанные в исходном разбирательстве размеры стандартных пособий — 345, 311 и 207 евро — не могут быть признаны явно недостаточными для обеспечения достойного прожиточного минимума человека. В отношении суммы стандартного пособия в размере 345 евро очевидный вывод о том, что сумма является ниже допустимой нормы, не может быть сделан, поскольку она как минимум является достаточной для обеспечения физической стороны прожиточного минимума, а у законодателя имеется особо широкая свобода действий относительно социальной части прожиточного минимума.

Это же действует и в отношении суммы пособия в размере 311 евро для взрослых партнеров, входящих в общность нуждающихся в материальной помощи. Законодатель был вправе исходить из того, что путем совместного ведения хозяйства будут сокращены расходы и поэтому у двух совместно проживающих партнеров общий минимальный размер финансовой потребности будет меньше двойного размера пособия для лица, проживающего отдельно.

Также нет оснований утверждать, что единая сумма пособия в размере 207 евро для детей, не достигших 14 лет, является явно недостаточной для обеспечения прожиточного минимума, соответствующего достоинству человека. Также нет оснований для утверждения, что данная сумма является недостаточной для обеспечения «физического» прожиточного минимума, в частности для удовлетворения потребности в питании детей в возрасте от 7 до 14 лет.

3. Статистическая модель, действующая для определения ставок социальных пособий, регулируемых законодательством о социальной помощи, а также представляющая собой в соответствии с волей законодателя основу для определения размера стандартного пособия, является с конституционно-правовой точки зрения допустимым — поскольку он приемлем — методом соответствующего реальности определения прожиточного минимума бесхозяйного лица. Он основывается также на пригодных эмпирических данных. Выборочный анализ поступлений и потребления отражает со статистической точки зрения достоверным способом поведение населения относительно потребления. Выборка 20 % домохозяйств (нижних в списке, составленном в соответствии с их чистым доходом), состоящих из одного человека, после исключения лиц, получающих социальную помощь, в качестве референтной группы для установления размера стандартного пособия для бесхозяйных лиц с конституционно-правовой точки зрения не может быть оспорена. Законодатель мог также объяснимо исходить из того, что при оценке данных выборочного анализа поступлений и потребления 1998 г. взятая за основу референтная группа статистически достоверно находилась выше пороговой величины для выплаты социального пособия.

С конституционно-правовой точки зрения также не может быть оспорено, что результаты, содержащиеся в отдельных разделах выборочного анализа поступлений и потребления относительно нижнего квинтиля, были использованы при расчете не в полном объеме, а только в определенном

процентном соотношении в качестве потребления, имеющего значение для определения стандартного размера пособия. Законодатель, однако, надлежащим образом и приемлемо принял оценочное решение о том, какие данные относятся к прожиточному минимуму. Для оправдания сокращений статей расходов в разделах выборочного анализа поступлений и потребления необходима эмпирическая основа. Законодатель вправе классифицировать расходы, совершаемые референтной группой, только в том случае как нерелевантные, если установлено, что они компенсируются иным образом или не являются обязательными для обеспечения прожиточного минимума. Относительно размера сокращений также не исключена оценка на обоснованной эмпирической основе; оценки «наобум» не представляют собой исследований, соответствующих реальности.

4. Стандартное пособие в размере 345 евро не было рассчитано соответствующим Конституции образом, так как имелись необоснованные отклонения от структурных принципов статистической модели.

а) Установленный в абз. 2 § 2 Положения о размере стандартных пособий от 2005 г. размер потребления, имеющий значение для определения размера ставки социального пособия, а также для размера стандартного пособия, не основывается на убедительной оценке выборочного анализа доходов и расходов 1998 г. Это вызвано тем, что в отдельных позициях расходов были сделаны исключения относительно товаров и услуг, не релевантных для расчета стандартного пособия (например, меха, одежда индивидуального пошива и планеры), без установления данных о том, были ли в принципе подобные расходы в контрольной группе (нижний квинтиль). По другим позициям расходов были осуществлены сокращения, которые, по сути, являются приемлемыми, однако их размер эмпирически не был доказан (например, сокращение на 15 % по позиции «электроэнергия»). Другие позиции расходов, например раздел 10 (образование), вообще не были учтены без какого либо обоснования.

б) Наряду с этим увеличение рассчитанных для 1998 г. сумм с целью применения в 2005 г. на основе изменения актуальной стоимости пенсионного балла представляет собой ненадлежащее изменение масштаба. В то время как статистическая методика оценки базировалась на чистом доходе, поведении потребителя и расходах на жизнеобеспечение, корректировка на основании актуальной стоимости пенсионного балла базируется на развитии заработных плат и жалований (брутто), на размере

взносов в общий пенсионный фонд страхования и на факторе устойчивого развития. Данные факторы, однако, не имеют никакого отношения к прожиточному минимуму.

5. Установление стандартного пособия в размере 311 евро для партнеров, проживающих совместно в общности нуждающихся в материальной помощи, не соответствует конституционно-правовым требованиям, поскольку здесь также сохраняются недостатки, допущенные в расчетах стандартного пособия для бессемейных лиц, а размер пособия для партнеров рассчитывался на базе стандартного пособия для бессемейных лиц. Однако предположение, что для обеспечения прожиточного минимума двух партнеров будет достаточной сумма в размере 180 % от соответствующей потребности одного бессемейного человека, базируется на достаточной эмпирической основе.

6. Социальная помощь для детей, не достигших 14 лет, в размере 207 евро не соответствует конституционно-правовым требованиям, поскольку исчисляется на основании уже оспоренной суммы стандартного пособия в размере 345 евро. Кроме того, установление указанной суммы не основывается на какой-либо приемлемой методике расчета прожиточного минимума ребенка в возрасте до 14 лет. Законодатель не провел никаких исследований специфических потребностей ребенка, которые в отличие от потребностей взрослого должны быть направлены на этапы развития ребенка и ориентированное в отношении детей развитие его личности. Осуществленный вычет в размере 40 % от стандартного пособия бессемейного лица основывается на необоснованном утверждении, не имеющем эмпирической и методической базы. В частности, остались неучтенными необходимые затраты на учебники, тетради, калькуляторы и т. д., которые относятся к необходимым потребностям ребенка. Без покрытия данных затрат у нуждающихся детей возникает опасность, что они будут лишены шансов на достижение в жизни успехов. Также отсутствует дифференцированное исследование потребностей детей более младшего и более старшего возраста.

7. Данные нарушения Конституции не были устранены ни посредством использования результатов выборочного анализа доходов и расходов 2003 г. и пересмотром уровня расходов, имеющего значение для определения ставки социального пособия с действием с 1 января 2007 г., ни при помощи вступивших в силу в середине 2009 г. § 74 и 24 а СК II.

а) Вступившие в силу 1 января 2007 г. изменения в положении о размере стандартных пособий не устранили существенные недостатки, такие как, например, игнорирование расходов, указанных в разделе 10 (образование) выборочного анализа поступлений и потребления, или увеличение рассчитанных для 2003 г. сумм в соответствии с изменением стоимости пенсионного балла.

б) Введенное § 74 СК II социальное пособие для детей в возрасте от 7 до 14 лет в размере 70 % от размера стандартного пособия для бессемейных лиц не соответствует конституционно-правовым требованиям уже по той причине, что основывается на неправильно рассчитанном стандартном пособии. Хотя законодатель, возможно, при помощи введения третьей возрастной категории и лежащей в основе § 74 СК II методики расчета и приблизился к реалистичной оценке необходимого размера пособия для детей школьного возраста. Но он все же не удовлетворил требования к оценке потребности детей, поскольку законодательное регулирование все еще ориентируется на расходы взрослого бессемейного человека.

в) Положение, закрепленное в § 24 а СК II, предусматривающее единовременную выплату в размере 100 евро, с методической точки зрения не вписывается в установленную в СК II систему определения потребностей нуждающихся лиц. Кроме того, законодатель при принятии § 24 а СК II эмпирически не рассчитал размеры необходимой потребности ребенка, связанной с посещением школы. Сумма в 100 евро за один год обучения в школе, очевидно, была установлена произвольно.

8. Кроме того, абз. 1 ст. 1 Основного закона в сочетании с абз. 1 ст. 20 Основного закона не соответствует то, что в СК II отсутствует норма, предусматривающая право на получение пособия для обеспечения текущей, не только разовой, особой потребности, неизбежной для покрытия прожиточного минимума. Подобное право необходимо для такой потребности, которая по той причине не охватывается положениями § 20 и след СК II, что статистика относительно поступлений и потребления, на которой базируется стандартное пособие, отражает только среднестатистическую потребность в стандартных ситуациях, а не выходящую за эти рамки особенную потребность в нетипичных ситуациях.

Предоставление стандартного пособия в фиксированном размере, по общему правилу, допустимо. Если статистическая модель была применена в соответствии с конституционно-правовыми требованиями,

паушальный размер пособия был, в частности, определен таким образом, чтобы было возможно достижение баланса между различными позициями потребности в помощи, лицо, нуждающееся в материальной помощи, как правило, может определять свое поведение относительно расходов так, что для него будет достаточной сумма в фиксированном размере; прежде всего, при особенной потребности он должен будет использовать вначале потенциал сэкономленных средств, который заложен в стандартное пособие.

Поскольку, однако, паушальная сумма стандартного пособия в соответствии с ее концепцией способна покрыть только среднестатистическую потребность, то потребность, возникающая в особых случаях, в статистике убедительным образом не учтена. Абзац 1 ст. 1 в сочетании с абз. 1 ст. 20 Основного закона требует, однако, покрытия и этой неизбежной, текущей, не только разовой, особой потребности, если это в конкретном случае необходимо для обеспечения прожиточного минимума, соответствующего достоинству человека. Указанная потребность до сих пор не охвачена СК II в полной мере. В связи с данным пробелом относительно обеспечения необходимого для жизни прожиточного минимума законодатель должен для лиц, имеющих право на получение пособия в соответствии с § 7 СК II, предусмотреть регулируемую особые случаи норму, предоставляющую право требования на получение пособия с целью удовлетворения вышеуказанной особой потребности. Указанное право требования возникает, однако, только в том случае, если потребность так существенна, что общая сумма предоставленных нуждающемуся лицу пособий — включая помощь третьих лиц и с учетом возможности нуждающегося лица экономить — больше не обеспечивает прожиточный минимум, соответствующий достоинству человека. Подобное право требования ввиду узких и строгих предпосылок диспозиции нормы закона может приниматься во внимание только в редких случаях, может.

9. Противоречащие Конституции нормы подлежат дальнейшему применению до внесения изменений, которые законодатель обязан принять до 31 декабря 2010 г. Вследствие имеющейся у законодателя свободы относительно составления новых правил Федеральный Конституционный Суд не уполномочен на основании собственных заключений и оценок самостоятельно устанавливать определенный размер пособия. Поскольку невозможно сделать вывод о том, что установленные законодателем суммы

стандартных пособий являются явно недостаточными, непосредственно из Конституции не вытекает обязанность законодателя установить более высокие пособия. Законодатель должен, напротив, провести процедуру с целью реалистичной учитывающей потребности оценки пособия, необходимого для обеспечения соответствующего достоинству человека прожиточного минимума, в соответствии с указанными конституционно-правовыми предписаниями, а полученные результаты закрепить в законе в качестве права для требования пособий.

Абзац 1 ст. 1 Основного закона в сочетании с абз. 1 ст. 20 Основного закона не обязывает законодателя устанавливать заново эти пособия ретроспективно. Однако если законодатель не исполнит свою обязанность по принятию изменения до 31 декабря 2010 г., то принятый с нарушением этого срока закон должен будет распространять свое действие на период с 1 января 2011 г.

Законодатель, кроме того, обязан не позднее 31 декабря 2010 г. включить в СК II норму, которая будет гарантировать удовлетворение неизбежной, текущей, не только разовой особой потребности. Лица, имеющие право на получение пособия в соответствии с § 7 СК II, у которых возникнет такая потребность, должны обеспечиваться необходимой помощью в виде предоставления вещей или денежных средств и до вступления в силу указанной нормы. Во избежание опасности нарушения абз. 1 ст. 1 Основного закона в сочетании с абз. 1 ст. 20 Основного закона в переходный период до введения в действие соответствующей нормы, регулирующей особые случаи, противоречащий Конституции пробел в законе должен быть восполнен соответствующим распоряжением Федерального Конституционного Суда с действием в период с момента оглашения решения.

§ 30. Принцип демократии (абз. 1 ст. 20 в сочетании с абз. 2 ст. 20 Основного закона)

159) BVerfGE44, 125

(Öffentlichkeitsarbeit / Работа по связям с общественностью)

1. Конституция запрещает государственным органам при исполнении ими своих функций идентифицировать себя в предвыборный период

с политическими партиями или кандидатами, поддерживать их или бороться с ними с использованием государственных средств, в частности влиять на решение избирателей с использованием рекламы.

2. Если действующее федеральное правительство, выступающее в качестве конституционного органа, участвует в предвыборной гонке и рекламирует себя для переизбрания в качестве правительства, то это будет противоречить конституционному принципу, согласно которому деятельность Бундестага и федерального правительства ограничена по времени.

3. Право политических партий на равные шансы будет нарушено, если государственные органы, принимая ту или иную сторону, будут участвовать в предвыборной борьбе, поддерживая или борясь с политическими партиями или кандидатами.

4. Действие государственных органов в партийных интересах недопустимо и в форме работы по связям с общественностью, если речь идет о выборах органов народного представительства. Работа правительства по связям с общественностью кончается там, где начинается предвыборная реклама.

5. В партийных интересах запрещено действовать как федеральным государственным органам при земельных выборах, так и конституционным органам земель при выборах в Бундестаг.

6. Если информативное содержание публикации или сообщения односторонне уступает их рекламному оформлению, то это может быть признаком того, что граница недопустимой предвыборной рекламы оказалась пройденной.

7. Признаком нарушения границы допустимости предвыборной рекламы является также усиление работы с общественностью ближе к периоду предвыборной кампании, что может выражаться как в увеличении числа отдельных мероприятий без актуального на то повода, так и в их масштабах и возросшем применении государственных средств для подобных мероприятий.

8. В конечном итоге из обязательства федерального правительства воздерживаться при выборах от любых действий в партийных интересах вытекает требование строгой сдержанности в предвыборный период и запрет на любую работу с общественностью с использованием бюджетных средств в форме так называемых отчетов о деятельности, сообщений о достижениях или успехах.

9. Федеральное правительство должно предпринять меры, чтобы его публикации, предназначенные для работы с общественностью, не были использованы для предвыборной рекламы ни самими партиями, ни поддерживающими их организациями или группами.

**Решение Второго Сената от 2 марта 1977 г.
– 2 BvE1/76 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

Предмет разбирательства заключается в вопросе о том, не вмешалось ли федеральное правительство своими мерами, названными работой с общественностью, в предвыборную кампанию 1976 г. в Бундестаг и не привело ли это к нарушению или не подвергло ли это непосредственной опасности нарушения установленных Основным законом прав заявителя.

[...]

B.

[...]

I.

Из норм абз. 1 ст. 20 и абз. 2 ст. 2 Основного закона следует:

1. В свободном демократическом обществе, которое установлено Основным законом в Федеративной Республике Германия, вся государственная власть исходит от народа и осуществляется народом путем выборов и голосований и посредством специальных органов законодательства, исполнительной власти и правосудия (абз. 1 и 2 ст. 20 Основного закона).

[...]

2. Выборы способны привести к демократической легитимации по смыслу абз. 2 ст. 20 Основного закона только в том случае, если они свободны. Это требует не только того, чтобы акт волеизъявления был свободен от принуждения и недопустимого давления, как это установлено в абз. 1 ст. 38 Основного закона, но также и того, чтобы избиратели могли сформировать и выразить свое решение в ходе свободного процесса формирования мнения (см. BVerfGE20, 56 [97]).

[...]

4. [...] Как это заложено в абз. 2 ст. 20 Основного закона, формирование воли народа в рамках процедуры голосования должно переходить

от народа к государственным органам, а не наоборот. Чем больше деятельность государственных органов влияет на формирование мнения и воли избирателей и сама становится предметом оценки избирателей, тем сильнее должен быть запрет для государственных органов при исполнении ими своих функций на осуществление при выборах особых мер воздействия на формирование воли народа с целью сохранения или изменения распределения власти в государственных органах. В рамках выборов Конституция запрещает им как государственным органам идентифицировать себя с политическими партиями или кандидатами и поддерживать их либо бороться с ними с использованием государственных средств, в частности, оказывать влияние на решение избирателей с помощью рекламы.

Независимо от этого, если действующее федеральное правительство, выступающее в качестве конституционного органа, участвует в предвыборной гонке и рекламирует себя для переизбрания в качестве правительства, то это будет противоречить конституционному принципу, согласно которому деятельность Бундестага и федерального правительства ограничена по времени. Это не исключает для членов федерального правительства возможности участия в предвыборной борьбе на стороне одной из партий, когда они не исполняют свои должностные обязанности.

5. Согласно Основному закону как демократическому порядку важнейшие государственные решения принимаются на основе правила большинства (абз. 2 ст. 42, абз. со 2-го по 4-й ст. 63, абз. 1 ст. 67, абз. 3 ст. 52, абз. 6 ст. 54).

[...]

И только если большинство формируется на основе свободного, открытого, регулярно возобновляющегося процесса формирования общественного мнения и волеизъявления, в котором все совершеннолетние граждане могут принимать равное участие, и если большинство при принятии решений исходит из постоянно определяемого общественного блага, в частности, уважает права меньшинства и учитывает его интересы, не отнимает и не уменьшает его право стать завтра большинством, то только тогда решения большинства при исполнении государственной власти могут отражать волю всего общества и, следуя идее свободного самоопределения всех граждан, обладать обязательной силой для всех.

[...]

Следует, в частности, отметить, что финансовые средства и налоги, на которые содержится государство, поступают от всех граждан государства, независимо от их политических взглядов и принадлежности к политическим организациям. Эти средства доверяются государству для использования в целях всеобщего блага. Оно служит этой цели как социальное правовое государство в различных формах, в том числе поддерживая части и группы плюралистического общества и их разнообразные интересы. При этом здесь не требуется общее решение о том, где проходят границы, вытекающие, например, из запрета предпочтений согласно абз. 3 ст. 3 Основного закона. Однако это обязательство не исполняется, если в таком важном для всего государства процессе, как выборы народных представительных органов, финансовые средства и возможности государства, предоставленные ему всем обществом, используются в пользу или против политических партий или кандидатов. Основной закон мирится в процессе формирования политического мнения и воли народа, который находит свое завершение в процедуре выборов, с внеправовым неравенством избирателей и их политических групп. Но он запрещает государству, выбирая одну из сторон, участвовать в избирательной борьбе и, тем самым, оказывать влияние на конкурентные взаимоотношения политических сил. Государственные органы должны служить всем и сохранять нейтральность в предвыборной борьбе.
[...]

II.

Если государство, как это происходит в подобных случаях, вмешивается в пользу или против определенных политических партий или кандидатов, то кроме того происходит еще и нарушение конституционного права затронутых лиц на равенство шансов при выборах (абз. 1 ст. 21, абз. 1 ст. 38 Основного закона).

§ 31. Принцип правового государства (ст. 20 абз. 2 предл. 2 в сочетании со ст. 20 абз. 3 Основного закона)

160) BVerfGE17, 306

(Mitfahrzentrale / Система совместного использования транспортных средств)

О требованиях, предъявляемых к составлению законов с позиции правового государства.

**Решение Первого Сената от 7 апреля 1964 г.
– 1 BvL 12/63 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

Содержащийся в указанных положениях и подкрепленный угрозой наказания запрет на осуществление перевозок в легковом автомобиле за общее вознаграждение, не превышающее эксплуатационных расходов на перевозку, если водитель и пассажир связались друг с другом в результате публичного посредничества или при помощи рекламы, не соответствует Основному закону.

[...]

II.

Настоящий запрет нарушает основное право собственников и других правомочных пользователей легковых автомобилей, вытекающее из абз. 1 ст. 2 Основного закона.

1. Настоящий запрет ограничивает общую свободу действий частных владельцев легковых автомобилей, гарантированную ст. 2 абз. 1 Основного закона. Таким образом, он должен охватываться одним из трех ограничений этого основного права. Во внимание может быть принято только такое ограничение, как «конституционный порядок». Следовательно, ограничительный закон должен быть частью конституционного порядка, то есть он должен по форме и содержанию полностью соответствовать Конституции (за рамками абз. 1 ст. 2 Основного закона) (см. BVerfGE 6, 32 [36 и далее, в частности, 41]).

2. Этот запрет не противоречит какой-либо отдельной норме писаного конституционного права. Но он не соответствует одному из основных принципов Конституции — принципу правового государства.

Принцип правового государства — особенно если он рассматривается в совокупности с общей презумпцией свободы гражданина, как она выражена непосредственно в абз. 1 ст. 2 Основного закона — требует, чтобы

индивид был защищен от излишнего вмешательства государственной власти; но если подобное вмешательство как следствие предписания или запрета, предусмотренных законом, неизбежно, то его условия должны быть описаны по возможности ясно и понятно для гражданина (BVerfGE 9, 137 [147, 149]). Чем больше при этом вмешательство закона затрагивает элементарные формы выражения свободы действия человека, тем тщательнее должны быть взвешены основания, приведенные в его обоснование, и базовое право гражданина на свободу. Это означает, прежде всего, что средства вмешательства должны быть пригодны для достижения цели законодателя и они не вправе излишне обременять индивида.

3. С этой точки зрения следует во многих отношениях подвергнуть критике представленную для проверки норму закона.

а) Законодательный запрет должен быть столь четко сформулирован в отношении его предпосылок и содержания, чтобы затронутые им лица могли бы понимать свое правовое положение и определять на этом основании свое поведение. Разумеется, в норме закона нельзя заранее избежать все неясности и сомнения. Но необходимо, чтобы законодатель как минимум в полной мере разъяснил свою основную идею, цель своей законодательной воли, особенно тогда, когда речь идет о регулировании относительно простых и легко обозримых жизненных обстоятельств, и в связи с этим формулирование предусмотренной законом диспозиции нормы не вызывает сложности. Как раз это и отсутствует в данном случае: норма пп. 1 абз. 2 § 1 Закона о пассажирских перевозках относит совместные поездки при публичном посредничестве в сферу действия закона, следовательно, для них необходимо получение разрешения. Однако условия, процедура получения и форма разрешения не определены. А из § 46, 49 следует, напротив, что поездки такого рода вообще не могут быть разрешены. С учетом этой очевидной противоречивости содержания закона должны возникнуть сомнения относительно правового регулирования таких перевозок.

Федеральное правительство считает, что они могут быть разрешены, суды рассматривают их как запрещенные. Решение этого спора не может быть переложено на гражданина, который подвергает себя риску уголовно-правового преследования, если будет следовать позиции федерального правительства.

[...]

161) BVerfGE21, 378

(Wehrdiziplin [Doppelbestrafung] / Воинская дисциплина [Двойное наказание])

1. Абзац 3 ст. 103 Основного закона не применяется в отношении дисциплинарных арестов в соответствии с Воинским дисциплинарным уставом и уголовных наказаний.
2. Приговор уголовного суда, предусматривающий наказание в виде лишения свободы без учета уже наложенного дисциплинарного ареста за одно и то же деяние, не соответствует принципу правового государства.

**Решение Второго Сената от 2 мая 1967 г.
– 2 BvR391/64, 2 BvR263/66 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

I.

[...]

2. Заявитель № 2 проходил службу по призыву в Вооруженных силах ФРГ с апреля 1965 г. по июнь 1966 г.

6 августа 1965 г. командир батальона наложил на него дисциплинарное взыскание в виде 7 суток ареста, мотивируя свое решение тем, что заявитель 25 июля 1965 г. в г. Штаде нарушил назначенное ему особое наказание в виде лишения права на увольнение в течение 7 дней, не подчинился приказу дневального, оскорбил его и напал на него с применением физического насилия. Заявитель отбыл данное наказание в виде ареста.

В связи с отказом подчиниться приказу и нападением на дневального с применением физического насилия прокуратура предъявила ему публичное обвинение, направив обвинительное заключение в суд. Суд шаффенов г. Штаде приговорил заявителя 27 августа 1965 г. — 9 Ms 38/65 — за уголовные проступки, предусмотренные § 20, 25 Закона об уголовной ответственности военнослужащих и § 73 Уголовного кодекса к 2 месяцам тюремного заключения. [...] Заявитель также отбыл наказание в виде тюремного заключения в мае и июне 1966 г.

[...]

Б.

I.

[...]

II.

[...]

1. 2 мая 1967 г. Федеральный Конституционный Суд по запросу военного суда принял решение (2 BvL 1/66), что назначение уголовного наказания и одновременно дисциплинарного наказания по одним и тем же фактическим обстоятельствам не противоречит абз. 3 ст. 103 Основного закона. В соответствии с этой нормой никто не может быть подвергнут многократному наказанию за одно и то же деяние на основании «общих уголовных законов».

Как следует из истории возникновения абз. 3 ст. 103 Основного закона (см. Ежегодник современного публичного права (JöR) 1 [1951], 741 и далее), под «общими уголовными законами» понимаются уголовные законы, а не обычные дисциплинарные законы.

В области военно-дисциплинарного права обычные дисциплинарные законы среди прочего всегда предусматривали наказание в виде ареста. Назначение уголовного наказания помимо наложенного в ходе дисциплинарного разбирательства наказания в виде ареста могло бы рассматриваться как «двойное наказание» в смысле абз. 3 ст. 103 Основного закона, только если арест вообще не имел бы дисциплинарного характера, а был бы, напротив, настоящим уголовным наказанием. Это, однако, не так. Поэтому абзац 3 ст. 103 Основного закона не применяется в случаях одновременного назначения дисциплинарного ареста и уголовных наказаний.

[...]

3. а) [...]

Наложённый в дисциплинарном порядке арест не исключает также последующее уголовное преследование за то же деяние. Оба процесса рассматривают разные аспекты. Это противоречило бы принципу правовой безопасности и справедливости, если бы деяние, нарушающее не только служебную обязанность, но и уголовный закон, могло бы окончательно наказываться только дисциплинарным взысканием.

[...]

Между тем принципу правового государства не будет соответствовать приговор уголовного суда без учета дисциплинарного ареста. Идея

справедливости, содержащаяся в представлении относительно правового государства (см. BVerfGE7, 89 [92]; 7, 194 [196]; 20, 323 [331]), исключает такую возможность, в результате которой солдат за одно и то же деяние сначала понес бы наказание в виде лишения свободы согласно Воинскому дисциплинарному уставу, а затем в полном объеме еще одно наказание в виде лишения свободы, которое уголовный суд посчитал соответствующим тяжести деяния. Эта идея, напротив, требует при определении уголовного наказания учитывать подобное по своему действию дисциплинарное наказание, хотя оно и назначается с учетом иных аспектов.

б) Требование зачета дисциплинарного наказания в виде лишения свободы в счет назначенного позднее за то же деяние уголовного наказания в виде лишения свободы соответствует также традиции правового государства.

[...]

162) BVerfGE30, 367

(Bundesentschädigungsgesetz / Федеральный закон о компенсациях жертвам нацистских преследований)

Решение Второго Сената от 23 марта 1971 г.

**– 2 BvL 2/66, 2 BvR168/66, 2 BvR196/66, 2 BvR197/66,
2 BvR210/66, 2 BvR472/66 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

I.

1. Предметом всех производств является изменение § 150 Федерального закона о компенсациях, внесенное Федеральным законом о компенсациях в редакции окончательного закона от 14 сентября 1965 г. (Вестник федерального законодательства I (BGBl. I, стр. 1315) в той мере, в какой право на получение выплат ограничено теми жертвами нацистских преследований, в отношении которых к моменту вступления Закона в силу 1 октября 1953 г. (абз. 2 § 150 новая редакция), то есть к моменту времени в прошлом, были в наличии все предпосылки диспозиции нормы. Ранее действовавшая редакция § 150 Федерального закона о компенсациях не содержала никакого срока, во всяком случае никакого определенно указанного срока.

Все денежные требования, которые предоставляют законы о компенсации, предусматривают в качестве условия причинение насильственными мерами национал-социалистического режима телесных повреждений, вреда жизни, здоровью, свободе, собственности, имуществу или профессиональному либо экономическому росту.

[...]

Б.

[...]

II.

Установление срока в новой редакции абз. 2 § 150 Федерального закона о компенсациях противоречит принципу правового государства (ст. 20 Основного закона). Конституционные жалобы обоснованны.

[...]

2. [...]

а) В соответствии со старой редакцией абз. 2 § 150 Федерального закона о компенсациях право на предъявление требования имели также и те жертвы преследования, которые получили статус насильственно перемещенных лиц в смысле § 1 Закона о перемещенных лицах и беженцах только после 1 октября 1953 г. Федеральный закон о компенсациях в редакции окончательного закона от 14 сентября 1965 г. изменил правовое положение с приданием обратной силы, поскольку установил в новой редакции абз. 2 § 150 Федерального закона о компенсациях указанный срок и тем самым отказал в праве на предъявление требования этому кругу лиц, то есть вместо правового режима, действовавшего в отношении лежащего в прошлом промежутка времени, он постфактум установил новый [...].

[...]

б) В новой редакции абз. 2 § 150 Федерального закона о компенсациях речь идет об истинной обратной силе закона, которая в данном случае не оправдана особыми обстоятельствами.

аа) Закон, имеющий обратную силу, не всегда противоречит Конституции. Абсолютный запрет на придание обратной силы в уголовном праве не действует для правопорядка в общем. Однако в соответствии со сложившейся судебной практикой Федерального Конституционного Суда обременяющие законы, которые охватывают завершённые фактические обстоятельства ретроспективно, как правило, «не соответствуют

требованию правового государства, к существенным элементам которого относится правовая безопасность, которая, со своей стороны, означает для граждан, в первую очередь, защиту доверия» (BVerfGE18, 429 [439]; также 23, 12 [32]; 24, 220 [229]). Истинная (ретроактивная) обратная сила закона в этом смысле имеет место, если закон постфактум затрагивает уже завершённые, относящиеся к прошлому фактические обстоятельства, изменяя их; это является противоположностью воздействию на происходящие в настоящее время, ещё не завершённые фактические обстоятельства и правоотношения (так называемая неистинная, ретроспективная обратная сила) (см. BVerfGE11, 139 [145 и далее], сложившаяся судебная практика). Конституция, как правило, защищает веру в то, что установленные законом правовые последствия, связанные с завершёнными фактическими обстоятельствами, останутся неизменными (см. BVerfGE13, 261 [271]).

[..]

Федеральный закон о компенсациях в редакции окончательного закона, который посредством установления срока ретроспективно ограничил диспозицию основания предъявления требования согласно старой редакции § 150 Федерального закона о компенсациях, представляет собой обременяющее регулирование для тех, кто этим был лишен возможности получения компенсации, причитавшейся им ранее. В качестве обременяющих должны рассматриваться не только законы о налогах и иные законы, содержащие предписания и запреты, но и все нормы, ухудшающие существующее правовое положение. Таким образом, в отношении тех жертв преследования, которые получили статус насильственно перемещенных лиц в смысле § 1 Закона о перемещенных лицах и беженцах после 1 октября 1953 г. и которые поэтому согласно новой редакции абз. 2 § 150 Федерального закона о компенсациях больше не имеют права на компенсацию, оспариваемая норма имеет обременяющий характер.

Она также затронула завершённые фактические обстоятельства, так как обстоятельства, из которых исходят соответствующие нормы Федерального закона о компенсациях, регулирующие основания предъявления требования, во всех случаях являются завершёнными в прошлом. При этом применительно к правовым нормам, предоставляющим право требования, «завершённые фактические обстоятельства» не считаются «признанными на основании решения», поскольку наличие или

отсутствие права требования может зависеть только от установленных в законе элементов диспозиции нормы, а не от официальных актов исполнительной власти. Чтобы говорить об «истинной обратной силе» в случае с нормами, регулирующими право требования, достаточно того, чтобы законодатель затронул фактические обстоятельства, которые завершились до опубликования закона и которые выполняли условия действовавшей до того момента диспозиции права требования.

бб) Принципиальный запрет обременяющих законов с истинной обратной силой основывается на идее защиты доверия, которая присуща принципу правового государства. Исключения возможны, только если доверие к определенному правовому положению не требует защиты, поскольку не является обоснованным (см. BVerfGE13, 261 [271 и далее]). В данном случае такие особые обстоятельства отсутствуют.

(А) Защита доверия не требуется в тех случаях, когда в момент, с которым закон связывает наступление правового последствия, следовало ожидать такое регулирование (см. BVerfGE13, 261 [272] с дальнейшим обоснованием).

[...]

(Б) Гражданин не может полагаться на действующее право и в том случае, когда правовое положение является неясным и запутанным или содержит пробелы (см. BVerfGE7, 129 [151 и далее]; 11, 64 [73 и далее]; 13, 261 [272]), либо в такой мере несправедливо и противоречит системе, что имеются серьезные сомнения в его конституционности (см. BVerfGE13, 215 [224]; 19, 187 [197]). В этих случаях сам принцип правового государства требует, чтобы правовая безопасность и справедливость восстанавливались ретроспективно с помощью вносящего ясность правила.

[...]

(В) Доверие затронутых лиц действующему правовому положению и тогда не нуждается в защите от предметно обоснованных изменений закона, имеющих обратную силу, когда они не причиняют или причиняют совсем незначительный ущерб. Даже принцип правового государства не защищает от любого разочарования (см. BVerfGE14, 288 [299]; 22, 241 [252]). Правовое регулирование должно быть в целом пригодным для того, чтобы исходя из веры в то, что оно продолжит действовать, вынести решения или оказать влияние на решения или распоряжения, которые в случае изменения правового положения оказываются имеющими негативные последствия (BVerfGE13, 39 [45 и далее]).

Ущерб, причиненный лицам, исключенным из числа имеющих право требования в соответствии с новой редакцией § 150 Федерального закона о компенсациях, заключается в том, что они потеряли право на компенсацию, на которую они могли рассчитывать в соответствии с законом и которую могли уверенно ожидать в соответствии с правовым положением, поскольку органы власти в данном случае не обладали свободой усмотрения. Доверие относительно этих требований, представлявших собой не просто надежду, было, бесспорно, поводом для определенных решений, которые не нуждались в отдельном изложении со стороны затронутых лиц. Кроме того, публично-правовое право требования относительно значительных денежных выплат представляет собой имущественную ценность.

[...] остается отметить, что наносящее ущерб регулирование требует оценки с точки зрения принципа правового государства и в том случае, если оно затрагивает лишь незначительное число граждан. В любом случае не оправдывается их обоснованное доверие относительно действующего правового положения. Значительное ухудшение этого правового положения даже у небольшого числа затронутых лиц может привести к недействительности регулирования, имеющего обратную силу.

[...]

(Г) [...]

Наконец, и соображения, что новое регулирование должно облегчить органам власти и судам обработку требований о компенсации, являются недостаточными для того, чтобы оправдать исключение из основного запрета истинной обратной силы обременяющих законов.

3. Поскольку новая редакция абз. 2 § 150 Федерального закона о компенсациях в представленном объеме уже противоречит Основному закону из-за нарушения принципа правового государства, не имеет значения, были ли нарушены также основные права, предусмотренные абз. 1 ст. 3 и ст. 14 Основного закона.

III.

Поскольку новая редакция абз. 2 § 150 Федерального закона о компенсациях не соответствует Основному закону, необходимо признать ее ничтожной в соответствии с § 78 Федерального закона о Федеральном Конституционном Суде.

Решения Федерального Верховного суда, базирующиеся на положении, противоречащем Конституции, подлежат отмене, а дела, по которым они приняты, должны быть возвращены в земельный суд.

[...]

163) BVerfGE34, 269

(Soraya / Сорайя)

Судебная практика гражданских судов, в соответствии с которой в случае существенного нарушения общего права личности можно требовать денежного возмещения также и за нематериальный ущерб, соответствует Основному закону.

Решение Первого Сената от 14 февраля 1973 г.

– 1 BvR112/65 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

[...]

4. В то время как общее право личности быстро утвердилось в судебной практике и в литературе, оставался спорным вопрос, можно ли по действующему законодательству в случае нарушения общего права личности требовать денежного возмещения за нематериальный ущерб.

5. [...] В 1958 г. в решении по так называемому «делу наездника» Федеральный Верховный суд впервые присудил справедливое денежное возмещение за неимущественный ущерб лицу, чье право личности было нарушено (Собрание решений Федерального Верховного суда по гражданским делам (BGHZ) 26, 349). В обосновании, опиравшемся на решение 1954 г. (Собрание решений Федерального Верховного суда по гражданским делам (BGHZ) 13, 334), указано, что из ст. 1 и 2 Основного закона следует не только правовое требование уважения личности. Из них вытекает необходимость предоставления защиты от ущерба, присущего нарушению. Обязательство возмещения ущерба основывается на аналогичном применении § 847 Германского гражданского уложения.

[...]

Б.

1. Входящее в «Аксель-Шпрингер-Концерн» издательство «Ди Вельт» (Die Welt), подавшее жалобу, ранее издавало журнал «Новый еженедельник с судебной хроникой» («Das Neue Blatt mit Gerichtswoche») [...]. В 1961 и 1962 гг. журнал неоднократно публиковал материалы с фотографиями о бывшей супруге шаха Ирана принцессе Сорайе Исфандияри-Бахтиари. На первой странице номера от 29 апреля 1961 г. под заголовком «Сорайя: шах мне больше не писал» был опубликован так называемый специальный репортаж с «эксклюзивным интервью», которое принцесса Сорайя якобы дала журналистке. В нем были приведены высказывания принцессы о ее частной жизни. Интервью было куплено у внештатной сотрудницы «Нового еженедельника» («Das Neue Blatt»). Интервью было вымышленным.

[...]

Земельный суд удовлетворил иск принцессы Сорайи о возмещении ущерба в связи с нарушением ее права личности и обязал заявителей в порядке солидарной ответственности выплатить 15000 немецких марок. Апелляционная и кассационная жалобы заявителей не были удовлетворены.

[...]

2. В конституционной жалобе заявители заявили о нарушении абз. 1 ст. 2 в сочетании с абз. 2 и 3 ст. 20, предл. 2 абз. 1 и абз. 2 ст. 5, абз. 2 ст. 103 Основного закона, а также «предусмотрительно» и о нарушении их основных прав, предусмотренных ст. 3, 12, 14 Основного закона. В обоснование жалобы было указано следующее:

Применение правовой нормы, согласно которой в случае нарушения общего права личности при определенных обстоятельствах денежное возмещение может быть назначено и за нематериальный ущерб, выходит за рамки конституционного порядка, поскольку эта норма выработана с нарушением принципа разделения властей, установленного в абз. 2 и 3 ст. 20 Основного закона. Поэтому оспариваемые решения недопустимым образом затрагивают свободу действий заявителей. Федеральный Верховный суд назначил денежное возмещение *contra legem* (вопреки закону), так как это правовое последствие ни прямо, ни по аналогии не вытекает из норм Германского гражданского уложения.

[...]

В.

Конституционная жалоба является необоснованной.

[...]

IV.

1. Традиционная связанность судьи законом как существенная составная часть принципа разделения властей и, таким образом, правового государства имеет в Основном законе несколько отличную формулировку о том, что правосудие связано «законом и правом» (абз. 3 ст. 20). Таким образом, по общему мнению, отвергается узкий позитивизм закона. Эта формула сознательно исходит из того, что закон и право фактически в основном совпадают, но не обязательно и не всегда. Право не идентично совокупности писаных законов. Помимо позитивных предписаний государственной власти при определенных обстоятельствах может существовать дополнительное количество норм права, которое находит свой источник в конституционном правопорядке и которое в состоянии действовать по отношению к писаному праву в качестве средства корректировки; найти их и реализовать в своих решениях — задача правосудия. Основным закон не обязывает судью применять в конкретном случае законодательные предписания в рамках их возможно буквального значения. Такая позиция требовала бы совершенства позитивного государственного правопорядка, то есть такого положения, которое можно представить как принципиальный постулат юридической надежности, но которое недостижимо на практике. Деятельность судьи состоит не только в вынесении и провозглашении решений законодателя. Задача правосудия может, в частности, состоять в том, чтобы выявить в акте оценочного, не лишённого волевых элементов рассмотрения и реализовать в своих решениях те ценностные представления, которые присущи конституционному правопорядку, но не сформулированы или недостаточно четко выражены в текстах законов. При этом судья должен воздерживаться от произвола; его решение должно основываться на рациональной аргументации. Следует наглядно показать, что писанный закон не выполняет свою функцию, которая заключается в справедливом решении определенной правовой проблемы. Поэтому судебное решение закрывает этот пробел в соответствии с критериями здравого смысла и с «признанными общими представлениями общества о справедливости» (BVerfGE 9, 338 [349]).

Эта задача и полномочие судьи на «творческое развитие права» — в любом случае в соответствии с Основным законом — никогда в Основном законе не оспаривалась (см., например, Р. Фишер «Дальнейшее формирование права посредством правосудия», Сводное издание Юридического научного общества Карлсруэ, номер100 [1971] (R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 100 [1971]), а также Редекер, Новый юридический вестник. 1972 (Redeker, NJW 1972), с. 409 и далее, также с другими подтверждениями). Верховные суды пользовались этим полномочием с самого начала (см., например, BGHZ 3, 308 [315]; 4, 153 [158]; BAG 1, 279 [280 и далее]). Неоднократно признавал ее и Федеральный Конституционный Суд (см., например, BVerfGE3, 225 [243 и далее]; 13, 153 [164]; 18, 224 [237 и далее]; 25, 167 [183]). Большие Сенаты Федеральных Верховных судов законодатель сам прямо наделил полномочием по «развитию права» (см., например, § 137 Закона о судебной системе). В некоторых областях права, например в трудовом праве, она приобрела особое значение в связи с отставанием законодательства от хода социального развития.

Вопрос могут вызывать только границы, которые должны быть установлены такому творческому применению права с учетом основывающегося на конституционности непреложного принципа связанности деятельности правосудия законом. Эти границы невозможно описать одной формулой, которая бы одинаково подходила для всех правовых областей и существующих в них правоотношений.

[...]

164) BVerfGE 48, 210

(Ausländische Einkünfte / Доходы, полученные за рубежом)

1. Абз. 3 § 34с Закона о подоходном налоге соответствует Основному закону, если высшие финансовые органы земель с согласия федерального министра финансов смогут полностью или частично освободить полученные за рубежом доходы от уплаты по ним германских подоходных налогов или заменить их уплатой паушальной суммы, если это является целесообразным по народно-хозяйственным основаниям. Понятие «народно-хозяйственные основания» достаточно конкретизировано в абз. 3

§ 34 с Закона о подоходном налоге с учетом его смысла, цели и истории возникновения.

2. Требования к степени определенности полномочий по изданию административных актов, предусматривающих предоставление налоговых льгот, являются не такими строгими по сравнению с полномочиями, предусматривающими посягательства на права, потому что значение последних для основных прав, как правило, более весомо. Это действует, во всяком случае, в той мере, в какой подобное полномочие регулирует исключительные случаи, которые принципиально не влияют на одинаковое обременение всех затронутых данной налоговой нормой лиц, то есть не ведут, например, к нарушениям конкурентных условий.

**Решение Второго Сената от 19 апреля 1978 г.
– 2 BvL 2/75 –**

ОСНОВАНИЯ

[...]

Б.

[...]

II.

[...]

Данная норма — вопреки позиции Федерального финансового суда, изложенной в решении от 13 января 1966 г. — IV 166/61 — (BFHE85, 399 1), соответствует требованиям, которые предъявляет Основной закон к установленному законом полномочию органа исполнительной власти по предоставлению налоговых льгот.

1. Из принципа правового государства (абз. 3 ст. 20 Основного закона) вытекает принцип оговорки закона. Он служит для защиты гарантированных Конституцией свободы и равенства граждан. Кроме того, требование наличия законного основания, уполномочивающего орган исполнительной власти, должно обеспечивать, что существенные решения, которые затрагивают сферу свободы и равенства граждан, принимает законодатель. Абзац 3 § 34 с (первая альтернатива) Закона о подоходном налоге соответствует этому требованию, так как законодатель сам регламентировал основополагающие вопросы предоставления налоговых льгот.

Освобождение от уплаты налога или определение суммы паушального налогового отчисления предполагает, что подобная мера «является целесообразной по народно-хозяйственным основаниям».

2. Предмет, содержание, цель и объем этого полномочия также соответствуют требованиям правового государства, поскольку они в достаточной степени определены и имеют четкие границы (см. BVerfGE8, 274 [326 и далее]; 13, 153 [161 и далее] 2). Наконец, полномочие соответствует также принципу правового государства равного налогового бремени и, таким образом, справедливого налогообложения.

а) Степень требуемой определенности закрепленного в законе полномочия нельзя установить в общем, она зависит от характера регулируемой сферы, в частности, от того, в какой мере будут затронуты основные права, а также от вида и интенсивности действия, на совершение которого будет уполномочен орган исполнительной власти.

Абзац 3 § 34 с Закона о подоходном налоге не устанавливает налоговую обязанность и не уполномочивает на принятие обременяющего административного акта, а лишь на принятие мер, которые уменьшают нагрузку на налогоплательщика. Однако признано, что даже в случае таких полномочий в демократическом правовом государстве необходима известная степень законодательной определенности, хотя бы с учетом разграничения сфер деятельности законодателя и органов управления, как этого требует принцип оговорки закона, и в интересах реализации принципа справедливого налогообложения (см. BVerfGE23, 62 [BVerfG 30.01.1968–2 BvL 15/65] [73] 3). В налоговом праве обременения и льготы часто тесно связаны, и требования к степени законодательной определенности таких полномочий не такие строгие, как при полномочиях, посягающих на права, потому что значение последних для основных прав, как правило, более весомо. В любом случае это действует тогда, когда подобное полномочие регулирует исключительные случаи, которые в целом не влияют на равное обременение всех затронутых данной налоговой нормой лиц, то есть не ведут к нарушениям конкурентных условий.

б) Требование определенности законного полномочия не запрещает законодателю использовать при регулировании полномочия общие оговорки и неопределенные правовые понятия. Именно в налоговом праве законодатель не может обойтись без них, если он хочет дать налоговым

органам возможность учитывать особые обстоятельства отдельного случая и тем самым учитывать основные права налогоплательщиков.

По этим причинам не вызывает возражений, что в данной области законодатель устанавливает для налоговых органов определенную свободу усмотрения.

3. а) Понятие «народно-хозяйственные основания» не является недопустимой «неопределенной общей оговоркой», которая, как считает Федеральный Финансовый Суд (BFHE85, 399), выражает «совокупность всех прямо и косвенно действующих на экономику сил, все отношения и обязательства отдельных хозяйствующих единиц на территории, ясно отделенной границами от других территорий и обладающей единой валютой» и которая имеет в своем основании столько разнообразных источников, что невозможно ее обозреть.

Это толкование упускает из виду, что норма абз. 3 § 34 с Закона о подоходном налоге рассматривает лишь такие народно-хозяйственные основания, которые имеют специфическую внешнеэкономическую природу, и что налоговая льгота зависит от того, является ли она целесообразной с учетом этих оснований, а не с учетом исключительно личных или производственных отношений. Это дополнительное условие имеет место лишь тогда, когда налоговая льгота служит внешнеэкономическим интересам Германии.

[...]

165) BverfGE49, 89

(Kalkar I / Калькар I)

1. Из принципа парламентской демократии нельзя вывести приоритет парламента и его решений по отношению к другим ветвям власти как некий общий принцип толкования, стоящий над всей системой распределения конкретных компетенций.

2. Нормативное решение, устанавливающее принцип применения права, в пользу или против правовой допустимости мирного использования ядерной энергии на территории Федеративной Республики Германия является фундаментальным и существенным решением в смысле принципа оговорки закона в связи с его широким воздействием на граждан, в частности, на сферу их свободы и равенства, на общие условия жизни,

а также из-за связанного неизбежно с этим вида и интенсивности регулирования. И только сам законодатель призван принять это решение.

3. Если законодатель принял решение, которое в своем основании серьезно поставлено под вопрос новыми, на момент принятия закона еще не предвидимыми изменениями, то в соответствии с Конституцией он может быть обязан проверить, следует ли сохранить первоначальное решение в силе и при изменившихся обстоятельствах.

4. В ситуации, неизбежно отягощенной неопределенностью, первой политической обязанностью законодателя и правительства является принятие ими в пределах своих компетенций решений, которые они считают целесообразными. В этих обстоятельствах к задаче судов не относится подмена при помощи своих оценок компетентных политических органов. Для этого недостаточно правовых стандартов.

5. Ориентированная на будущее открытая формулировка п. 3 абз. 2 § 7 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей служит динамической защите основных прав. Она также помогает наилучшей реализации цели защиты, указанной в п. 2 § 1 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей.

6. Требовать от законодателя с учетом его обязательства по защите граждан регулирования, с абсолютной надежностью исключаящего угрозы для основных прав, которые могут возникнуть в связи с разрешением на эксплуатацию технических сооружений и их эксплуатацией, означало бы непонимание границ человеческого познания, и это в значительной степени привело бы к невозможности разрешения государством использования техники. Поэтому для устройства социального порядка необходимо при любых оценках основываться на позициях практического здравого смысла. Неопределенности, лежащие за пределами указанного порога практического здравого смысла, являются неизбежными и поэтому должны лечь на плечи всех граждан как социально адекватная нагрузка.

Решение Второго Сената от 8 августа 1978 г.

– 2 BvL 8/77 –

в деле по проверке конституционности положения § 7 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей от 23 декабря 1959 г. [...] — в той мере, в которой это положение делает возможным

разрешение на эксплуатацию атомных станций с реакторами на быстрых нейтронах [...]

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

І.

[...]

2. [...] § 7 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей:

«Разрешение на строительство и эксплуатацию установок

(1) Для того, кто сооружает, вводит в эксплуатацию или использует иным образом стационарные установки для производства, обогащения или регенерации либо для деления ядерного топлива, либо для утилизации облученного ядерного топлива, или вносит существенные изменения в установку или ее эксплуатацию, необходимо разрешение.

(2) Разрешение может быть выдано лишь в том случае, если

1. отсутствуют факты, которые вызывали бы сомнения в благонадежности заявителя и лиц, ответственных за возведение, руководство и надзор за эксплуатацией установки, и лица, ответственные за возведение, руководство и надзор за эксплуатацией установки, обладают необходимой для этого компетентностью;

2. гарантировано, что иные задействованные в эксплуатации установки лица обладают необходимыми знаниями относительно безопасной эксплуатации установки, возможных опасностях и о подлежащих применению мерах защиты;

3. приняты все необходимые с учетом уровня развития науки и техники предупредительные меры против ущерба, связанного с возведением и эксплуатацией установки;

4. приняты необходимые предупредительные меры для исполнения установленных законом обязательств по компенсации ущерба;

5. обеспечена необходимая защита от вмешательств или других действий третьих лиц;

б. выбору места размещения установки не противостоят преимущественные общественные интересы, в частности, в отношении сохранения чистоты воды, воздуха и почвы.

[...]»

По мнению суда, обратившегося с запросом, эта норма нарушает принцип разделения властей (предл. 2 абз. 2 ст. 20 Основного закона), принцип парламентской демократии (абз. 1 и 2 ст. 20 Основного закона) и принцип правового государства (абз. 3 ст. 20 Основного закона) в той мере, в какой она в ее актуальной редакции делает возможным также разрешение на строительство и эксплуатацию реакторов на быстрых нейтронах.

[...]

Б.

[...]

II.

Абзацы 1 и 2 § 7 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей соответствуют Основному закону.

1. а) Основной закон не наделяет парламент всеобъемлющим приоритетом при принятии основополагающих решений. Он устанавливает границы его полномочий путем распределения компетенций на основе разделения властей. Принципиальные — в том числе и политические — решения он относит к компетенции других высших государственных органов, как, например, определение основного направления политики федеральным канцлером (предл. 1 ст. 65 Основного закона), роспуск Бундестага (ст. 68 Основного закона), объявление чрезвычайного порядка принятия законопроекта (ст. 81 Основного закона) или важные внешнеполитические решения, например об установлении или разрыве дипломатических отношений. За Бундестагом, если он не одобрит подобные решения, остаются его контрольные полномочия; при определенных обстоятельствах он может выбрать нового федерального канцлера и тем самым добиться отставки существующего правительства; он может воспользоваться своей бюджетной компетенцией, но Основной закон не признает за ним компетенции по принятию решений по этим вопросам. Конкретный порядок разделения и сбалансирования государственной власти, сохранение которого является одной из целей Основного закона, не может быть подорван посредством ошибочно выведенного из принципа демократии властного монизма в форме всеобъемлющего верховенства парламента. Из того обстоятельства, что только члены парламента выбираются непосредственно народом, не следует, что другие институты и функции государственной власти лишены демократической

легитимации. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти получают свою институциональную и функциональную демократическую легитимацию из решения создателя Конституции, закрепленного в абз. 2 ст. 20 Основного закона.

[...]

б) В рассматриваемом деле речь идет об области правотворчества, то есть об области, для которой Основной закон устанавливает разграничение компетенции. Из принципа общей оговорки закона следует, что исполнительной власти для актов, существенно затрагивающих сферу свободы и равенства граждан, необходимо законное основание.

2. Абзацы 1 и 2 § 7 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей не противоречат принципу оговорки закона.

а) Хотя принцип оговорки закона прямо не упоминается в Конституции, его действие следует из абз. 3 ст. 20 Основного закона (BVerfGE40, 237 [248]). Понимание этого принципа в последние годы изменилось, особенно с признанием его демократических компонентов [...]. Сегодня является устоявшейся судебной практикой, что законодатель обязан — в отрыве от признака «вмешательства» — самостоятельно принимать все существенные решения в основополагающих нормативных областях, особенно в области осуществления основных прав, насколько она доступна государственному регулированию [...]. Абзац 1 ст. 80 и предл. 1 (вторая часть предложения) абз. 2 ст. 59 Основного закона, а также особые случаи оговорок закона являются выражением этой общей оговорки закона.

То, в каких областях деятельность государства нуждается в правовом основании в виде формального закона, можно установить лишь с учетом соответствующей предметной области и интенсивности планируемого или принятого регулирования. При этом конституционно-правовые критерии оценки следует выводить в первую очередь из фундаментальных принципов Основного закона, в особенности из признанных и гарантированных Основным законом основных прав.

По тем же критериям оценивается, установил ли законодатель — как этого требует конституционная оговорка закона (BVerfGE34, 165 [192]) — при помощи подлежащей проверке нормы существенные нормативные основания для подлежащей регулированию правовой области сам и не передал ли это в ведение органов управления.

б) Нормативное принципиальное решение за или против правовой допустимости мирного использования атомной энергии на территории Федеративной Республики Германия является фундаментальным и существенным решением в смысле оговорки закона из-за его широкого воздействия на граждан, в частности, на сферы их свободы и равенства, на общие условия жизни, а также из-за связанных неизбежно с этим вида и интенсивности регулирования. И только сам законодатель призван принять это решение.

То же самое действует в отношении норм, которые определяют официальное разрешение на строительство и эксплуатацию установок в смысле абз. 1 § 7 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей. При выдаче разрешения или отказе в выдаче разрешения на строительство и эксплуатацию таких установок исполнительной властью речь идет об актах, которые существенным образом могут затронуть основные права граждан.

[...]

В § 1 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей законодатель принял решение, устанавливающее принцип применения права о допустимости использования атомной энергии и одновременно законом определил границы ее использования с учетом обязательности максимально надежной защиты от опасностей ядерной энергии. В этих рамках он урегулировал в абз. 1 и 2 § 7 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей все существенные и фундаментальные вопросы выдачи разрешения на строительство и эксплуатацию.

[...]

в) Этим, однако, еще ничего не было сказано о том, должен ли в случае необходимости и когда должен законодатель вновь принять решение относительно правовых предпосылок для сооружения и эксплуатации реакторов на быстрых нейтронах. Если законодатель принял решение, которое в своем основании серьезно поставлено под вопрос новыми, на момент принятия закона еще не предвидимыми изменениями, то в соответствии с Конституцией он может быть обязан проверить, следует ли и при изменившихся обстоятельствах сохранить первоначальное решение в силе.

С конституционно-правовой точки зрения не может быть возражений, если законодатель до сих пор не считал необходимым «новое

исследование» темы использования реакторов на быстрых нейтронах и его возможных последствий, как, например, вопрос об утилизации отходов.

[...]

3. Абзацы 1 и 2 § 7 абз. 1 и 2 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей также не противоречат конституционному требованию достаточной определенности закона.

Абзацы 1 и 2 § 7 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей широко применяют неопределенные правовые понятия. В соответствии со сложившейся судебной практикой применение неопределенных правовых понятий является, в принципе, допустимым с конституционно-правовой точки зрения (см. BVerfGE 21, 73 [79]; 31, 255 [264]; 37, 132 [142]). При ответе на вопрос, какие требования к определенности закона должны быть соблюдены в отдельном случае, следует учитывать особенности предмета и интенсивность регулирования (см. BVerfGE 48, 210 [221 и далее]). Не очень высокие требования ставятся, прежде всего, при разнообразных фактических обстоятельствах (BVerfGE 11, 234 [237]; 21, 1 [4]; 28, 175 [183]) или если ожидается, что фактические отношения будут быстро меняться (BVerfGE 8, 274 [326]; 14, 245 [251]).

[...]

4. Абзацы 1 и 2 § 7 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей не нарушает основные права человека или объективно-правовые обязанности государства по их защите, вытекающие из правопорядка, регулирующего основные права человека.

[...]

а) [...] Независимо от того, как именно при толковании этой нормы следует определить понятия предосторожности, ущерба и — в связи с ними — опасности или остаточного риска, закон с точки зрения конституционного права исключает выдачу разрешения в том случае, если сооружение или эксплуатация установки ведет к причинению вреда, который представляет собой нарушение основных прав человека. В данном случае закон не соглашается с характерным для данной установки остаточным ущербом или минимальным ущербом любого вида, которые в свете основного права согласно предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона или других основных прав следовало бы рассматривать как нарушение основных прав. В противном случае, поскольку здесь с учетом вида этих

ущербов речь идет о совершенно новых ограничениях основных прав, Закон о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей должен был бы прямо ограничить соответствующее основное право согласно предл. 2 абз. 1 ст. 19 Основного закона, как это, например, сделано в абз. 2 § 12 в соответствии с № 4 предл. 1 абз. 1 Закона о мирном использовании атомной энергии и защите от ее опасностей в отношении основного права на физическую неприкосновенность.

[...]

166) BVerfGE 98, 218

(Rechtschreibreform / Реформа правописания)

1. На основании Конституции государство не ограничено в принятии правил относительно правописания немецкого языка для целей преподавания в школах. Основной закон также не содержит общего запрета организационного вмешательства в вопросы орфографии.

[...]

Решение Первого Сената от 14 июля 1998 г.

– 1 BvR 1640/97 –

[...]

(1) Вопреки позиции заявителя принцип оговорки закона не обязывает принять подобное регулирование.

(а) В соответствии с данным принципом деятельность государственной власти в определенных основополагающих сферах должна быть основана на формальном законе. Законодатель обязан самостоятельно принимать все важнейшие решения и не имеет права передавать их на разрешение иным субъектам правотворчества. В каких случаях правотворчество должно осуществляться парламентом, определяется только исходя из конкретной сферы деятельности и особенностей конкретного предмета регулирования. Конституционные критерии оценки должны основываться на базовых принципах Основного закона, в частности, на закрепленных в нем основных правах человека (см. BVerfGE 40, 237 [248 и далее]; 49, 89 [126 и далее]; 95, 267 [307 и далее]). Термин «важнейшие», применяемый в контексте основных прав, означает, как правило, «важнейшие для реализации основных прав» (см. BVerfGE 47, 46 [79]).

со ссылками на другие источники; 83, 130 [140]). Тот факт, что вопрос носит противоречивый характер с политической точки зрения, напротив, сам по себе не ведет к тому, что он на этом основании должен относиться к важнейшим вопросам (см. BVerfGE 49, 89 [126]). Также следует учитывать, что закрепленные в абз. 2 ст. 20 Основного закона в качестве принципа организационные и функциональные различие и разделение властей имеют целью принятие по возможности правильных государственных решений, т. е. принятие решений органами, которые с точки зрения организации, состава, функций и процедур обладают наилучшими условиями. Указанная цель не может быть подорвана посредством монизма властей в форме всеобъемлющей оговорки приоритета парламента (см. BVerfGE 68, 1 [86 и далее]).

(б) Оговорка закона — при таких критериях — применяется и в сфере школьного образования (ср. BVerfGE 34, 165 [192 и далее]; 41, 251 [259 и далее]; 45, 400 [417 и далее]; 47, 46 [78 и далее]; 58, 257 [268 и далее]). Требуется ли привлечение законодателя для принятия норм, и в какой степени, зависит, в общем, от того, в какой степени конкретными мерами затрагиваются основные права лиц, в отношении которых данные меры будут применяться (ср. BVerfGE 58, 257 [274]). Конкретно в отношении предл. 1 абз. 2 ст. 6 Основного закона значение имеет решение вопроса относительно смещения с материальной точки зрения границы в сторону обременения прав родителей в сфере конкуренции между закрепленными в абз. 1 ст. 7 Основного закона полномочиями государства в вопросах образования и воспитания и правом родителей на воспитание.

[...]

167) BVerfGE111, 307

(EGMR-Würdigung / Признание решений ЕСПЧ)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 92/2004 от 19 октября 2004 г.

Решение от 14 октября 2004 г.

– 2 BvR1481/04 –

О соблюдении решений Европейского суда по правам человека национальными государственными органами, в частности судами Германии

Заявитель является отцом внебрачного ребенка, в отношении которого он хочет получить родительское право опеки над ребенком и право на общение с ним. В своей конституционной жалобе он выступает против неудовлетворительной, с его точки зрения, реализации принятого по его делу решения Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), а также против неуважения к международному праву со стороны германского суда. Конституционная жалоба, преимущественно, была удовлетворена. Второй Сенат Федерального Конституционного Суда отменил оспоренное решение Высшего земельного суда в Наумбурге, поскольку оно нарушает основное право заявителя, вытекающее из ст. 6 Основного закона во взаимосвязи с принципом правового государства. Дело возвращено для принятия нового решения в Сенат по гражданским делам Высшего земельного суда в Наумбурге, при этом, однако, результат рассмотрения не предопределен. Он должен лишь оценить относящиеся к делу конвенционные положения в трактовке ЕСПЧ и в объеме, более подробно определенном Федеральным Конституционным Судом. Таким образом, отпадает необходимость в рассмотрении также поданного заявителем заявления о принятии мер предварительной защиты.

1. Обстоятельства дела:

Заявитель является отцом родившегося в 1999 г. внебрачного ребенка. На следующий день после рождения ребенка его мать отказалась от него и выразила свое согласие с его усыновлением приемными родителями, с которыми ребенок живет с момента рождения. С октября 1999 г. заявитель в ходе различных судебных процессов, в том числе с помощью конституционной жалобы, безуспешно пытается получить родительское право опеки над ребенком и право на общение с ребенком. На основе его индивидуальной жалобы одна из палат Третьей секции ЕСПЧ приняла 26 февраля 2004 г. единогласное решение, согласно которому решение относительно его родительского права опеки над ребенком и лишение права на общение с ребенком представляют собой нарушение ст. 8 ЕКПЧ. В случаях существования

доказанной семейной связи с ребенком государство обязано оказать содействие воссоединению биологического родителя с его ребенком. Заявитель должен, как минимум, получить право на общение с ребенком. На основании этого решения суд нижней инстанции передал заявителю в соответствии с заявлением родительское право опеки над ребенком и предоставил ему по собственной инициативе в силу закона путем принятия мер предварительной защиты право на общение с ребенком. Высший земельный суд отменил решение о принятии мер предварительной защиты относительно права заявителя на общение с ребенком. В направленной против этого решения конституционной жалобе заявитель заявил о нарушении своих основных прав, вытекающих из ст. 1, ст. 3 и ст. 6 Основного закона, а также права на справедливое производство. Согласно заявителю, Высший земельный суд проявил неуважение к международному праву и упустил из виду обязательную силу решения ЕСПЧ.

2. В обосновании решения указано:

а. Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) и дополнительные протоколы к ней являются международно-правовыми договорами, которые федеральный законодатель включил в германскую правовую систему, оформив это соответствующими формальными законами (абз. 2 ст. 59 Основного закона). Таким образом, ЕКПЧ и дополнительные протоколы к ней имеют статус федерального закона. В этой связи германские суды должны учитывать и применять Конвенцию при интерпретации национального права. Однако гарантии ЕКПЧ и дополнительных протоколов к ней уже в силу определенного для них Основным законом ранга не являются непосредственным конституционно-правовым критерием проверки. В то же время текст Конвенции и решения ЕСПЧ на уровне конституционного права являются вспомогательными средствами толкования в определении содержания и границ основных прав и государственно-правовых принципов Основного закона в той мере, в какой это не ограничивает или не уменьшает защиту основных прав в соответствии с Основным законом. В этом конституционно-правовом значении международно-правового договора выражается благоприятствование международному праву со стороны Основного закона. Даже Конституция должна по возможности трактоваться таким образом,

чтобы не возникал конфликт с международно-правовыми обязательствами Федеративной Республики Германия. Благоприятствование международному праву действует, однако, только в рамках демократической системы Основного закона и содержащегося в нем принципа правового государства. Основной закон стремится к встраиванию Германии в правовое сообщество мирных и свободолюбивых государств, но не отказывается от суверенитета, заключающегося в том, что последнее слово остается за германской Конституцией. Если нарушение основополагающих принципов Конституции нельзя предотвратить иным образом, то несоблюдение международного договорного права законодателем в качестве исключения не будет противоречить цели благоприятствования международному праву.

б. Особое значение для конвенционного права как международного договорного права имеют решения ЕСПЧ. Стороны договора приняли на себя конвенционно-правовые обязательства во всех правоотношениях, где они являются одной из сторон, следовать окончательному решению Европейского суда. Поэтому решения Суда являются обязательными для участников процесса, но только для них.

В вопросе по существу дела Суд принимает решение о признании правоотношения без отмены оспоренной меры. Решение Суда имеет обязательную силу для всех законных органов и, по общему правилу, обязывает их в рамках принадлежащей им компетенции и без нарушения принципа связанности законом и правом (абз. 3 ст. 20 Основного закона) прекратить длящееся нарушение нормы Конвенции и установить соответствующий Конвенции статус.

в. Порядок и условия обязательности решений ЕСПЧ зависят от сферы компетенции государственных органов и от возможностей, которые предоставляет первоочередное применимое право. К связанности административных органов и судов законом и правом относится учет гарантий ЕКПЧ и решений Суда в рамках методически допустимого толкования закона. Как отсутствующая критическая оценка решений ЕСПЧ, так и схематичное, идущее вразрез с первоочередным правом «исполнение» этого решения могут нарушать основные права в сочетании с принципом правового государства. Суды обязаны учитывать решение, относящееся к одному из уже решенных ими дел, когда они допустимым процессуально-правовым образом могут снова принимать

решение по данному предмету и могут учесть приговор без нарушения материального закона. При учете решений Европейского суда государственные органы в своей правоприменительной практике должны обращать внимание на их влияние на национальный правовой порядок. Это релевантно, в частности, в тех случаях, когда применимое национальное право представляет собой сбалансированную подсистему внутригосударственного права, которое хочет уравновесить различные позиции, связанные с основными правами. Прежде всего в таких областях, как семейное право и правовое регулирование пребывания иностранцев, а также в сфере правовой защиты личности может оказаться необходимым приведение к равновесию противоречащих друг другу позиций, связанных с основными правами, посредством выделения отдельных групп случаев и их «ступенчатых» правовых последствий. К задачам национального судопроизводства относится щадящее встраивание решения ЕСПЧ в соответствующую правовую отрасль.

г. Федеральный Конституционный Суд должен по возможности предупреждать и устранять нарушения международного права, состоящие в неправильном применении или же в игнорировании международно-правовых обязательств германскими судами. Это в особенной степени относится к международно-правовым обязательствам, вытекающим из ЕКПЧ, которая вносит свой вклад в развитие общеевропейской позиции по основным правам. В случаях, когда в рамках действующих методических стандартов существует простор для различного толкования и оценки, германские суды должны отдавать приоритет такому толкованию, которое соответствует Конвенции. Конвенциональная норма в толковании Европейского суда должна в любом случае быть включена в процесс принятия решения, суд обязан в должной мере принимать ее во внимание. Пренебрежение этой обязанностью может быть оспорено заявителем в Федеральном Конституционном Суде в качестве нарушения его конституционно защищенного основного права во взаимосвязи с принципом правового государства.

д. В соответствии с данными критериями оспоренное решение Высшего земельного суда нарушает ст. 6 Основного закона во взаимосвязи с принципом правового государства. Высшему земельному суду следовало рассмотреть вопрос о том, какое толкование можно было дать положениям ст. 6 Основного закона в соответствии с международно-правовыми

обязательствами Федеративной Республики Германия. При этом центральное значение имеет тот факт, что установленное ЕСПЧ нарушение Федеративной Республикой Германия ст. 8 ЕКПЧ продолжает действовать, поскольку заявитель по-прежнему лишен общения со своим ребенком. Высшему земельному суду следовало рассмотреть основания решения Европейского суда, в частности, потому, что решение, установившее нарушение Конвенции Федеративной Республикой Германия, было принято по тому предмету, которым Высший земельный суд должен был вновь заняться. Обязанность учета этого решения не ущемляет независимость Высшего земельного суда, имеющую конституционно-правовую гарантию, и не принуждает суд к бездумному исполнению решения Европейского суда. При правовой оценке в особенности новых фактов, при оценке противоречащих друг другу позиций по основным правам, например, связанным с приемной семьей или, особенно, с благополучием ребенка, и при квалификации этого отдельного дела в рамках общей совокупности семейно-правовых случаев с упором на право общения с ребенком Высший земельный суд, в конечном итоге, не связан относительно конечного результата. Однако как раз эти взаимосвязи в оспоренном решении не были рассмотрены.

168) BVerfGE 129, 300

(Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG / Пятипроцентный барьер Закона о европейских выборах)

Федеральный Конституционный Суд — Пресс-служба —

Сообщение для печати Nr. 70/2011 от 9 ноября 2011 г.

**Решение от 9 ноября 2011 г.
– 2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10 –**

Пятипроцентный барьер в правовом регулировании европейских выборов противоречит Конституции

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в опубликованном сегодня решении установил, что действовавший во время Европейских

выборов 2009 г. (седьмой избирательный цикл) пятипроцентный барьер в современных условиях нарушает принципы равенства прав избирателей и равенства шансов политических партий, и объявил ничтожной лежащую в основе этого барьера норму абз. 7 § 2 Закона о европейских выборах. Вместе с тем Сенат не поддержал позицию одного из заявителей, оспорившего пропорциональные выборы на основе «жестких» списков.

Однако несоответствие пятипроцентного барьера Конституции не ведет к объявлению выборов в Европейский парламент 2009 г. недействительными и назначению новых выборов.

О фактических обстоятельствах, лежащих в основе трех жалоб по проверке правильности выборов, информирует Сообщение для печати № 23/2011 от 29 марта 2011 г. С ним можно ознакомиться на сайте Федерального Конституционного Суда.

Решение было принято 5 голосами против 3. Судьи Ди Фабио и Меллингхофф изложили особое мнение.

Решение основано на следующих существенных обстоятельствах:

1. Закон о европейских выборах как часть федерального права Германии должен оцениваться в соответствии с закрепленными в Конституции принципами равенства прав избирателей и равенства шансов политических партий. Принцип равенства избирателей применительно к пропорциональной системе, действующей при выборах депутатов Европейского парламента, требует того, чтобы каждый избиратель мог своим голосом оказывать одинаковое влияние на комплектование выборного представительства, выходя за пределы принципа «один человек — один голос». Принцип равенства шансов партий требует того, чтобы каждой партии, по общему правилу, были предоставлены равные возможности во всем избирательном процессе и тем самым равные шансы при распределении мест.

Пятипроцентный барьер приводит к неравной значимости голосов избирателей в контексте успешности на выборах, поскольку те голоса избирателей, которые были отданы за партии, не преодолевшие пятипроцентный барьер, оказываются отданными напрасно. Одновременно с этим из-за пятипроцентного барьера нарушается право политических партий на равенство шансов.

Дифференцирующее регулирование при равенстве избирателей и равенстве шансов партий всегда нуждается в особом, предметно

оправданном, «императивном» основании. Оно должно быть пригодным и необходимым для достижения его цели.

Законодатель должен проверить норму избирательного права, которая затрагивает равенство избирателей и равенство шансов, и в случае необходимости изменить ее, если новые обстоятельства поставят под вопрос конституционно-правовое обоснование этой нормы.

Для проведения дифференциации законодателю отводится небольшой простор для действий. Правовое регулирование европейских выборов подлежит жесткому конституционно-правовому контролю, поскольку существует опасность, что германский законодатель, принимающий законы о выборах, с помощью большинства депутатов мог бы гарантировать избрание собственных партий на европейском уровне благодаря избирательному барьеру и обусловленному этим исключением более мелких партий. Общее и абстрактное утверждение о том, что устранение пятипроцентного барьера облегчит доступ небольших партий и объединений избирателей в представительные органы и, тем самым, затруднит формирование единой воли в этих органах, не может оправдать нарушение принципа равенства избирателей и равенства шансов партий. Для оправдания пятипроцентного барьера необходимо было бы ожидаемое с большой степенью вероятности снижение способности представительного органа к функционированию.

2. Согласно данным критериям проверки норма о пятипроцентном барьере не может действовать и впредь. Существовавшие во время Европейских выборов 2009 г. и продолжающие действовать фактические и правовые отношения не предоставляют достаточного основания для оправдания связанного с избирательным барьером существенного вмешательства в принципы равенства избирателей и равенства шансов политических партий.

Предположение законодателя о том, что с отменой пятипроцентного барьера будет снижена дееспособность Европейского парламента, не опирается на достаточные фактические основания и не учитывает в достаточной мере специфические условия работы Европейского парламента и его задачи. С одной стороны, можно ожидать, что без избирательного барьера в Германии — как и в других странах — членах Европейского союза при условии возможного устранения ограничений в доступе к выборам — в Европейском парламенте увеличится количество

партий, представленных одним или двумя депутатами, и при этом речь будет идти о весьма значительном увеличении. Без избирательного барьера в Германии в Европейском парламенте были бы представлены 169 партий вместо сегодняшних 162. Однако из этого нельзя сделать вывод, что увеличение количества партий с необходимой вероятностью привело бы к снижению работоспособности Европейского парламента. Центральными рабочими единицами Европейского парламента являются фракции, которые обладают существенной интеграционной силой и которые в течение последних лет, в частности, оказались способными интегрировать добавившиеся в ходе расширения Европейского союза партии, несмотря на широкую палитру различных политических направлений. В любом случае, учитывая этот опыт, по общему правилу, следует исходить из того, что и другие небольшие партии, которые были бы представлены в Европейском парламенте в случае отмены избирательного барьера, могли бы примкнуть к существующим фракциям.

То же самое действует и относительно способности фракций с помощью договоренностей принимать в разумный срок решения на основе большинства. «Устоявшиеся» фракции в Европейском парламенте показали себя в парламентской деятельности готовыми к сотрудничеству и способными при голосовании организовать необходимое большинство. Нет причин предполагать, что отмена пятипроцентного барьера приведет к такому росту количества депутатов от маленьких партий, который сделал бы невозможным принятие решений существующими политическими группами в Европейском парламенте в ходе упорядоченного парламентского процесса. Наконец, развитие Европейского парламента показывает, что следует ожидать соответствующего приспособления парламентской деятельности к изменившимся обстоятельствам, например, к увеличению количества депутатов, не входящих во фракции.

С одной стороны, выступавшие в ходе устных слушаний эксперты и депутаты Европейского парламента единодушно высказали опасение, что с увеличением количества маленьких партий в Европейском парламенте будет затруднено достижение большинства. Но одно это еще не доказывает снижения работоспособности Европейского парламента, которое следует ожидать с достаточной вероятностью.

Кроме того, задачи Европейского парламента сформулированы в европейских договорах таким образом, что там отсутствуют императивные

основания для ограничения равенства избирателей и шансов партий. Похожий интерес, как при выборах в германский Бундестаг, не предусмотрен на европейском уровне европейскими договорами. Европейский парламент не избирает союзное правительство, которое зависело бы от его длительной поддержки. Столь же незначительно законодательство Европейского союза зависит от неизменного большинства в Европейском парламенте, которое было бы образовано стабильной коалицией определенных фракций и которому бы противостояла некая оппозиция. К тому же, согласно первичному праву, союзное законодательство устроено таким образом, что оно не зависит от определенного большинства в Европейском парламенте.

3. Жалоба в отношении выборов на основе «жестких» списков, напротив, не может быть удовлетворена. Согласно союзному праву, решение о проведении выборов с закрытыми списками, в которые избиратели не могут вносить изменения, или же с открытыми, в которых может быть изменена последовательность участвующих в выборах кандидатов, отнесено к компетенции государств — членов Союза. Федеральный Конституционный Суд в отношении национальных выборов неоднократно принимал решение о том, что выборы на основе «жестких» списков не могут быть опротестованы с конституционно-правовой точки зрения. Новые аргументы, которые могли бы дать повод для принятия другого решения в отношении европейских выборов, не были представлены.

4. Неконституционность пятипроцентного барьера влечет за собой объявление регулирующей его нормы абз. 7 § 2 Закона о европейских выборах ничтожной. Однако ошибка в выборах не ведет к объявлению выборов 2009 г. в Европейский парламент в Германии недействительными и назначению новых выборов. Поскольку в рамках надлежащего взвешивания обстоятельств следует отдать предпочтение защите целостности народного представительства, избранного на основе веры в конституционность Закона о европейских выборах, а не устранению выявленной в организации выборов ошибки. Новые выборы в Германии создали бы помехи и имели бы непредсказуемые последствия для текущей работы Европейского парламента, особенно негативно они сказались бы на совместной работе депутатов во фракциях и в комитетах. По сравнению с этим ошибку в организации выборов нельзя рассматривать как «неприемлемую». Она касается лишь небольшой части депутатов из контингента

Германии и не ставит под вопрос легитимность немецких депутатов Европейского парламента в их совокупности.

Особое мнение судей Ди Фабио и Меллингхофф:

Судьи Ди Фабио и Меллингхофф не разделяют данное решение и его обоснование. Они придерживаются мнения, что большинство Сената в силу слишком формального подхода к оценочным критериям не дало убедительную оценку ограничению равенства избирателей и равенства шансов политических партий. Сенат оставил слишком малое пространство для решений законодателя и примирился с возможным нарушением функционирования Европейского парламента, несмотря на его растущую политическую ответственность.

Пятипроцентный барьер по своей природе не является запрещенной дифференциацией. Он, скорее, представляет собой дополнительное регулирование пропорциональных выборов. Пропорциональная система выборов с дополнительным условием пятипроцентного барьера с точки зрения равенства шансов на успех является гораздо менее радикальной, чем — также разрешенная Основным законом — одноступенчатая мажоритарная избирательная система, которая может привести к тому, что более 50 % поданных в избирательном округе голосов не будут иметь никакого влияния на распределение мандатов. Закрепленные в ст. 38 Основного закона принципы, на которых основываются выборы, не принуждают к конструированию простой избирательной системы, а, напротив, допускают модификации и смешанные формы. Конституционно-правовая проверка не может выхватывать один элемент избирательной системы и применять к нему жесткие требования о равенстве. Вопросы правового регулирования выборов подчинены политическому решению законодателя, чье поручение произвести регулирование с учетом универсальности принципов выборов предписывает Федеральному Конституционному суду занимать сдержанную позицию.

Установление пятипроцентного барьера обосновано во избежание раздробленности представленных в Европейском парламенте политических партий из германского контингента. Германия вместе с другими государствами — членами Союза несет ответственность за работоспособность Европейского парламента. Именно государства с большим количеством мандатов играют особую роль в недопущении дальнейшего дробления

Европейского парламента. Наряду с барьерами избирательные системы государств — членов Европейского союза содержат избирательно-технические элементы, которые сами по себе ведут к дифференциации равенства шансов на успех. Изолированная отмена Сенатом пятипроцентного барьера в Германии положит начало новому вектору в рамках европейского пространства. Дифференцирующее основание для нарушения функционирования Парламента, в конечном счете, сводится Сенатом к недееспособности, хотя судебная практика Федерального Конституционного Суда не дает для этого никакого основания. Основание для оправдания пятипроцентного барьера состоит уже в уменьшении возможности снижения работоспособности Европейского парламента, а не возникает впервые лишь в том случае, когда его будущая неработоспособность уже ожидается.

То обстоятельство, что Европейскому парламенту до сих пор — в условиях значительной гетерогенности — удавалось достигать волеизъявления на основе большинства, не может быть аргументом в пользу того, что избирательный барьер не может быть оправдан стремлением избежать дальнейшей раздробленности парламентской деятельности. Каждая дальнейшая политическая фрагментация увеличивала бы затраты времени и сил персонала для достижения консенсуса и уменьшала бы ценность узнавания избирателями больших политических направлений. С учетом того обстоятельства, что после вступления в силу Лиссабонского договора Европейский парламент находится на новой стадии развития, следовало бы предоставить законодателю больший простор для оценки функциональных рисков.

169) BVerfGE131, 316

(Landeslisten / Земельные списки)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати №. 58/2012 от 25 июля 2012 г.

Решение от 25 июля 2012 г.

– 2 BvF 3/11, 2 BvR2670/11, 2 BvE9/11 –

Новое регулирование процедуры распределения мест при выборах в германский Бундестаг противоречит Конституции

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в обнародованном сегодня решении указал, что установленный изменениями в Законе о выборах новый порядок распределения депутатских мест в германском Бундестаге нарушает принцип равенства и непосредственности выборов, а также равенство шансов партий. Это, в первую очередь, касается распределения мест среди представителей земель в рамках земельных контингентов в соответствии с численностью избирателей (предл. 1 абз. 1 § 6 Закона о выборах), поскольку это способствует эффекту отрицательного веса голоса. Помимо этого, принципы равенства прав избирателей и равенства шансов партий нарушены и тем, что согласно абз. 2а § 6 Закона о выборах выделяются дополнительные мандаты, а также тем, что абзац 5 § 6 Закона о выборах в определенной степени допускает некомпенсируемое распределение дополнительных мандатов, искажающее основополагающий характер выборов Бундестага, как пропорциональных выборов.

Сенат объявил ничтожными нормы предл. 1 абз. 1 § 6 и абз. 2а § 6 Закона о выборах и противоречащей Конституции норму о некомпенсируемом распределении дополнительных мандатов (абз. 5 § 6 Закона о выборах). Таким образом, отсутствует действующее регулирование процедуры распределения мест при выборах в германский Бундестаг. Действующие до сих пор нормы не функционируют, поскольку Федеральный Конституционный Суд решением от 3 июля 2008 г. (BVerfGE121, 266) также объявил их противоречащими Конституции, но продолжающими действовать только на переходный период, который уже истек.

О фактических обстоятельствах, лежащих в основе трех связанных друг с другом процессов, информирует Сообщение для печати № 28/2012 от 7 мая 2012 г. С ним можно ознакомиться на сайте Федерального Конституционного Суда.

Решение основано, главным образом, на следующих соображениях:

I. Эффект отрицательного веса голоса

При выборах германского Бундестага распределение мандатов между партиями в соответствии с количеством поданных за них голосов избирателей не должно, по общему правилу, вести к тому, чтобы количество мест определенной партии в противовес ожиданиям коррелировало бы с количеством голосов, поданных в пользу этой или другой конкурирующей партии (эффект отрицательного веса голоса). Такие противоречащие

здоровому смыслу взаимосвязи между поданными голосами и полученным результатом выборов не только нарушают равенство прав избирателей и равенство шансов партий, но и противоречат принципу непосредственности выборов, поскольку избиратели лишаются возможности оценки того, каким образом отданные ими голоса окажут влияние на успех или неудачу кандидатов. Процедура распределения мест не соответствует Конституции в том случае, если она ведет к такому эффекту не только в редких и неизбежных исключительных случаях.

Предложение 1 абз. 1 § 6 Закона о выборах предусматривает, что каждой земле отводится количество мест, пропорциональное численности избирателей, за которые конкурируют земельные списки партий, принимавших участие в выборах в данной земле. Формирование земельных контингентов мест пропорционально числу избирателей делает возможным эффект отрицательного веса голоса, поскольку количество мест, причитающихся той или иной земле, определяется не по какой-то фиксированной еще до выборов величине, например, по количеству населения или имеющих право голоса граждан, а связано лишь с числом лиц, принимавших участие в выборах. Эффект отрицательного веса голоса способен проявиться там, где прирост вторых голосов за земельный список определенной партии не влияет на количество полученных ею мест, поскольку дополнительных голосов не хватает для получения еще одного места или потому что по результатам подсчета первых голосов земельный список партии уже получил больше мандатов в избирательном округе, чем ему причиталось мандатов по партийному списку, но при этом сопровождающееся приростом вторых голосов увеличение количества проголосовавших приводит к увеличению земельного контингента на одно место. В этом случае дополнительное место, полученное этой землей, может отойти земельному списку конкурирующей партии, или же земельный список этой же партии в другой земле может потерять одно место. Соответственный результат может получиться и в обратной ситуации, когда потеря второго голоса земельным списком одной из партий не повлияет на количество полученных ею мест, но связанное с этим уменьшение участвовавших в выборах избирателей приводит к уменьшению на одно место земельного контингента. С наступлением подобного эффекта нужно считаться всегда там, где — чего следует ожидать с высокой степенью вероятности — изменение количества вторых голосов

сопровождается соответствующим изменением количества участвовавших в выборах избирателей, например в случае, если избиратели не приняли участие в выборах.

С эффектом отрицательного веса голоса нельзя примириться хотя бы потому, что его невозможно конкретно предвидеть и отдельный избиратель практически не может на него повлиять. Потому как результаты выборов, имеющие объективно произвольный характер, представляют избирателям демократическую конкурентную борьбу за голоса как противоречащую здравому смыслу. Кроме того, эффект отрицательного веса голосов не является неизбежным следствием связанной с выбором конкретных лиц системы пропорциональных выборов в списочных избирательных округах на земельном уровне при отказе от связанности списков на федеральном уровне. Законодатель не ограничен в том, чтобы пресечь эти причинные связи в рамках установленной им системы выборов тем, что он при распределении земельных контингентов в качестве основы для определения земельных контингентов вместо количества участвовавших в выборах избирателей будет использовать количество населения или число лиц, имеющих право голоса.

II. Дополнительные мандаты

Наделение дополнительными мандатами в соответствии с § 6 абз. 2а Закона о выборах также нарушает принципы равенства прав избирателей и равенства шансов партий на успех. Данное регулирование направлено на компенсацию потерь от округления при распределении мест на земельном уровне в рамках федерального подсчета (т. н. использование остаточных голосов).

Не каждый избиратель может влиять на распределение данных дополнительных мест в Бундестаге с одинаковыми шансами на успех. Так как использование остаточных голосов предоставляет лишь некоторой части избирателей дополнительные шансы повлиять на распределение мандатов. Такой неравный подход является неоправданным. Преследуемая законодателем цель, заключающаяся в устранении неравенства шансов, возникающих при распределении мест на земельном уровне, является с конституционно-правовой точки зрения допустимой. Но данное регулирование не пригодно для достижения этой цели. Оно лишь односторонне учитывает вопрос потерь от округления в земельных списках партий и оставляет без внимания вопросы получения выгод от такого округления. Хотя благодаря

этому голоса, не имевшие до этого момента отношения к получению мандата, могут при известных обстоятельствах повлиять на распределение мандатов, однако сравнительно более значительный вес голосов, до сих пор превышавших норму, останется без изменения. Тем самым дополнительные мандаты распределяются не с целью достижения равенства веса голосов. Это регулирование также не пригодно для устранения искажения равенства веса голосов, связанного со сверхнормативными мандатами.

III. Сверхнормативные мандаты

Норма § 6 абз. 5 Закона о выборах относительно сверхнормативных мандатов нарушает принципы равенства прав избирателей и равенства шансов партий на победу в той мере, в какой некомпенсируемые сверхнормативные мандаты допускаются в таком объеме, который может подорвать основополагающий характер выборов в Бундестаг как пропорциональных выборов. Это будет иметь место в том случае, если число сверхнормативных мандатов превысит приблизительно половину количества депутатов, необходимого для формирования фракции.

Установленная законодателем система выборов имеет — без ущерба для прямых выборов кандидатов в избирательных округах по мажоритарному принципу простого большинства — основополагающий характер пропорциональных выборов. Так как путем зачисления прямых мандатов из избирательных округов в соответствующие партийные списки мандатов общее число мест распределяется между партиями таким образом, чтобы число мест соответствовало сумме отданных за них вторых голосов, в то время как первые голоса решают лишь то, какие конкретно кандидаты войдут в Бундестаг как депутаты от данного избирательного округа. Если количество полученных определенной партией в избирательных округах мест превысит число предназначенных для нее мест по результатам подсчета вторых голосов, то эти места все же остаются за партией. В этом случае общее число мест в Германском Бундестаге увеличивается на указанную разницу, без введения новой пропорциональной компенсации.

Распределение сверхнормативных мандатов без компенсации или зачета означает неравное отношение к голосам избирателей в процессе распределения мест, поскольку благодаря этому наряду со вторыми голосами также и первые голоса получают возможность влиять на распределение мест в Бундестаге. Эта неодинаковая значимость голосов

избирателей в принципе оправдана конституционно допустимой целью предоставления избирателю возможности выбирать конкретных кандидатов в рамках пропорциональной системы. Однако в установленной законодателем пропорциональной системе выборов, связанной с прямым выбором кандидатов, сверхнормативные мандаты допустимы лишь в том объеме, который не подрывает основополагающий характер пропорциональной системы выборов.

При образовании сверхнормативных мандатов в количестве более половины необходимых для формирования фракции нарушаются принципы равенства прав избирателей и равенства шансов партий. Эта величина ориентируется, с одной стороны, на установленный в Регламенте германского Бундестага кворум, необходимый для получения статуса фракции в количестве не менее пяти процентов членов германского Бундестага и, с другой стороны, учитывает волю законодателя, вновь подтвержденную в новом регулировании о т. н. Берлинских вторых голосах (§ 6 абз. 1 предл. 4 последняя альтернатива Закона о выборах), по возможности ограничить влияние первых голосов на распределение мандатов по партийным спискам. С учетом необходимости предоставления надежной правовой основы для следующих выборов в Бундестаг и устранения риска роспуска парламента в ходе процедуры проверки результатов выборов Сенат считает целесообразным объединение правовых оценок в удобном для использования стандарте, на который законодатель сможет опираться. Из этого следует, что максимально допустимая величина сверхнормативных мандатов не должна превышать примерно 15.

С учетом фактического развития ситуации со сверхнормативными мандатами, количество которых после воссоединения страны сильно увеличилось и в последнее время достигло существенной величины, и принимая во внимание изменившиеся политические отношения, которые во все большей степени способствуют росту числа сверхнормативных мандатов, следует с высокой вероятностью ожидать, что общее количество сверхнормативных мандатов в обозримом будущем будет регулярно превышать допустимый в конституционно-правовом отношении предел. В связи с этим законодателю следует принять предупредительные меры по пресечению такого роста некомпенсируемых сверхнормативных мандатов.

170) 2 BvE2/13 и. а.

(Drei-Prozent-Sperrklausel EuWG / Трехпроцентный барьер Закона о европейских выборах)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати Nr. 14/2014 от 26 февраля 2014 г.

Решение от 26 февраля 2014 г.

**– 2 BvE2/13, 2 BvE5/13, 2 BvE6/13, 2 BvE7/13, 2 BvE8/13,
2 BvE9/13, 2BvE 10/13, 2 BvE12/13, 2 BvR2220/13, 2 BvR2221/13,
2 BvR2238/13 –**

**При современных правовых и фактических обстоятельствах
трехпроцентный барьер в европейском избирательном праве
противоречит Конституции**

Трехпроцентный барьер в правовом регулировании европейских выборов противоречит Конституции.

К такому выводу пришел Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в опубликованном сегодня решении. Связанное с трехпроцентным барьером существенное нарушение принципов равенства избирательного права и равных возможностей не может быть оправдано при существующих правовых и фактических обстоятельствах. Другая конституционно-правовая оценка возможна при существенном изменении обстоятельств. Законодатель может в значительной степени принимать во внимание будущее развитие событий, только если они уже в текущее время могут быть достоверно предсказаны на основе достаточно надежных фактов. Решение было принято 5 голосами против 3; судья Мюллер изложил особое мнение.

Обстоятельства дела и ход процесса:

Производство по спору между государственными органами и конституционные жалобы направлены против нормы абз. 7 § 2 Закона о европейских выборах, которая предусматривает трехпроцентный барьер при выборах в Европейский парламент. Эта норма была включена Пятым законом о внесении изменений в Закон о европейских выборах от 7 октября

2013 г. (BGBl I S. 3749). В европейском праве так называемый Акт о прямых выборах требует, чтобы члены Европейского парламента выбирались на основе пропорциональной избирательной системы во всех государствах — членах Союза. Процедура выборов регулируется положениями национального законодательства каждого государства-члена с сохранением других предписаний акта о прямых выборах. Федеральный Конституционный Суд своим решением от 9 ноября 2011 г. (BVerfGE129, 300) объявил действовавший во время европейских выборов 2009 г. пятипроцентный барьер не соответствующим нормам абз. 1 ст. 3 и абз. 1 ст. 21 Основного закона и в силу этого ничтожным.

Существенные соображения Сената:

Требования в рамках производства по спору между государственными органами, насколько они являются допустимыми, и конституционные жалобы были удовлетворены. При существующих правовых и фактических обстоятельствах трехпроцентный барьер в правовом регулировании европейских выборов нарушает принципы равенства избирательных прав (абз. 1 ст. 3 Основного закона) и равенства шансов политических партий (абз. 1 ст. 21 Основного закона).

1. Вопрос о том, при каких условиях законодатель может вместо нормы, признанной ничтожной, принять новую, схожую с ней по содержанию, можно оставить без ответа, поскольку новая норма с пониженным минимальным порогом уже не представляет собой норму, схожую по содержанию со старой. Здесь также нет нарушения требования доверия между государственными органами; законодатель ненамеренно проигнорировал решение Федерального Конституционного Суда о пятипроцентном барьере, а, скорее, действовал с учетом критического рассмотрения решения от 9 ноября 2011 г.

2. Акт о прямых выборах устанавливает внешние рамки для принятия национальных избирательных правовых предписаний, которые, в свою очередь, подчиняются конституционному праву соответствующего государства — члена Союза. То, что Акт о прямых выборах предоставляет возможность установления барьера до 5 % поданных голосов и одновременно подразумевает ее конституционно-правовую допустимость согласно законодательству соответствующего государства — члена Союза, не вытекает ни из текста Акта о прямых выборах, ни из его толкования.

3. Лежащие в основе решения от 9 ноября 2011 г. стандарты сохраняют свое действие и в настоящем процессе.

а) Принцип равенства избирательных прав, который в отношении выборов немецких депутатов Европейского парламента следует из нормы абз. 1 ст. 3 Основного закона, защищает предполагаемое принципом демократии равенство граждан и является одной из фундаментальных основ государственного устройства. Из этого принципа следует, что голос каждого обладающего избирательным правом лица всегда должен иметь равный вес и равные правовые шансы на успех. При пропорциональной системе выборов этот принцип требует также, чтобы каждый избиратель со своим голосом имел равную возможность влиять на формирование выборного представительства, поскольку целью пропорциональной избирательной системы является то, чтобы все партии были представлены в выборном представительстве в возможно большем соответствии с полученными голосами.

Вытекающий из абз. 1 ст. 21 Основного закона принцип равенства шансов партий требует, чтобы каждая партия, в принципе, получила равные возможности в рамках всего избирательного процесса и тем самым равные шансы при распределении мест.

б) Между равенством избирательных прав и равенством шансов партий существует тесная взаимосвязь. Конституционно-правовое оправдание ограничений имеет одинаковые критерии. Оба принципа не подлежат какому-либо абсолютному запрету на дифференциацию; в то же время из их формального характера следует, что законодатель обладает весьма небольшим простором для усмотрения. Дифференциация в избирательном праве может быть оправдана лишь теми основаниями, которые закреплены Конституцией и обладают весом, способным сбалансировать равенство избирательных прав. Сюда относится, в частности, обеспечение дееспособности выборного народного представительства.

в) Определяющее значение имеют актуальные обстоятельства. Хотя законодателю не запрещено принимать во внимание также и конкретное подпадающее прогнозу будущее развитие. Однако это может иметь существенный вес только в том случае, если на основе достаточно надежных фактических данных последующее развитие можно уверенно спрогнозировать уже в текущий момент.

В настоящем деле можно оставить открытым вопрос о том, в какой мере нужно следовать подходу германского Бундестага, согласно которому избирательный барьер оправдан уже лишь с учетом аспекта заботы о предупреждении дефекта дееспособности выборного органа. Во всяком случае, это может действовать в отношении народных представительств, у которых ослабление дееспособности одновременно может означать ослабление способности реагировать на это корректировкой избирательного законодательства. Ведь относительно Европейского парламента допускается корректировка избирательного права национальным законодателем. Установленный в чисто превентивных целях избирательный барьер несоразмерным образом переносил бы существенное нарушение равенства избирательных прав по времени действия вперед.

г) Разработка избирательного законодательства подлежит строгому конституционно-правовому контролю. Это следует из общего соображения, что парламентское большинство может обходиться с правилами, затрагивающими условия политической конкуренции, в некоторой степени в своих интересах, и именно в сфере избирательного права существует опасность, что соответствующее парламентское большинство будет руководствоваться не целью общего блага, а удержанием собственной власти. По этой причине конституционно-судебный контроль не может быть отменен путем предоставления широких возможностей по прогнозированию.

4. Согласно этим критериям проверки трехпроцентный барьер (абз. 7 § 2 Закона о европейских выборах) несовместим с нормами абз. 1 ст. 3 и абз. 1 ст. 21 Основного закона. Сенат установил в решении от 9 ноября 2011 г., что имевшие место во время европейских выборов 2009 г. и существующие в настоящее время правовые и фактические обстоятельства не дают достаточных оснований, которые бы оправдывали связанное с пятипроцентным барьером существенное нарушение принципов равенства избирательных прав и равенства шансов политических партий. Существенного изменения правовых и фактических обстоятельств с тех пор не произошло. Трехпроцентный барьер не может быть оправдан и с учетом ожидаемого политического и институционального развития и связанных с этим изменений в условиях функционирования Европейского парламента в ближайший избирательный период.

а) Законодатель справедливо исходит из того, что антагонистическое противостояние правительства и оппозиции на европейском уровне может при определенных условиях оправдывать избирательный барьер в германском правовом регулировании европейских выборов в том случае, если существуют правовые и фактические обстоятельства, сравнимые с обстоятельствами на национальном уровне, когда необходимым является образование стабильного большинства для выбора дееспособного правительства и его постоянной поддержки. Идущее в этом направлении развитие Европейского парламента является политически желательным, но пока находится в самом начале пути. Фактическое воздействие на дееспособность Европейского парламента сегодня еще нельзя предвидеть, так что отсутствует основание для прогноза законодателя, что без трехпроцентного барьера существует угроза нарушения функционирования Европейского парламента.

б) Как следует из постановления от 22 ноября 2012 г., Европейский парламента с согласия бывшей Комиссии ставит своей целью усиление политической легитимности обоих институтов, выборы которых должны быть более тесно связаны с решением избирателей. Чтобы содействовать этому, европейские политические партии должны выдвинуть кандидатов на пост президента Комиссии. Однако изменение европейско-правовых основ не стоит на повестке дня. Также неясно, как — в рамках действующего законодательства Союза с учетом подлежащего здесь решению вопроса — должно быть реализовано политическое стремление усилить демократическое волеизъявление на европейском уровне. Связанные с этим вопросы в любом случае могут пока остаться без ответа.

в) Собственно уже с точки зрения фактических обстоятельств нельзя конкретно утверждать, что без избирательного барьера в германском правовом регулировании европейских выборов политическое развитие может привести к нарушению функционирования Европейского парламента.

аа) В настоящее время невозможно даже оценить, в каком объеме и с какими последствиями выраженная в постановлении от 22 ноября 2012 г. позиция будет применяться в отношении представителей государств — членов в Европейском парламенте и Совете Европы. Объем связанных, возможно, с этим изменений в политическом процессе в Европейском парламенте в предстоящий избирательный период остается

также спекулятивным. Аргумент относительно оправдания трехпроцентного барьера тем, что предлагаемый «толчок для демократизации» не должен ставиться под сомнение посредством того, что в Германии мирятся с фрагментацией Европейского парламента, не только не отвечает конституционным требованиям к обоснованию ограничения избирательного равенства и равных возможностей для политических партий. Этот аргумент также не соответствовал бы открытости политического процесса, который является крайне важным для парламентских дебатов, особенно с учетом возможных реструктуризаций, и в который небольшие политические партии могут внести важный вклад.

бб) Нет также подтверждений тому, что вследствие желаемой политизации будет структурно нарушен процесс формирования большинства в Европейском парламенте.

(1) Не исключено, что сотрудничество между двумя основными парламентскими фракциями в Европейском парламенте в будущем прекратится или будет осуществляться в значительно меньшей степени. Произойдет ли это и в какой степени, неизвестно; но в любом случае можно представить себе также развитие, которое не нарушит функционирование Европейского парламента. Есть основания полагать, что две основные фракции, которые регулярно получают абсолютное большинство мандатов, и в будущем в большинстве случаев будут заинтересованы в сотрудничестве, если не сказать даже вынуждены будут сотрудничать друг с другом.

(2) Кроме того, нельзя без учета дополнительных факторов предположить, что традиционная практика гибкого формирования большинства в парламенте будет значительно осложнена избранием новых парламентариев из более мелких партий. Возможно также, что более явные политические разногласия между отдельными парламентскими фракциями повысят их внутреннюю сплоченность. Кроме того, остается открытым вопрос, не послужит ли поводом изменившееся вследствие усиливающейся партийно-политической поляризации восприятие Европейского парламента избирателями для стратегического электорального поведения в большей степени, чем раньше, и не будет ли это противодействовать увеличению количества представленных в Европейском парламенте партий.

(3) Ввиду такой неопределенности число возможных 80 будущих парламентариев, не готовых к сотрудничеству, упомянутых в устном

слушании, не может быть предсказано с необходимой вероятностью. В любом случае эти замечания касались не ожидаемого числа неприсоединившихся парламентариев от небольших партий с одним или двумя парламентариями, а парламентариев от определенных, критически настроенных по отношению к Союзу партий, которые, вероятно, преодолеют избирательный барьер.

(4) Наконец, с учетом интеграционной силы фракций нет оснований полагать, что в будущий избирательный период вновь избранные депутаты от небольших партий априори не смогут найти для себя место в одной из известных фракций или во вновь созданной фракции. В любом случае необходимо будет проследить, какое действие окажут возможные выборы депутатов от других партий, принадлежащих к партийному ландшафту Германии. Дать уверенные оценки относительно этого вопроса в настоящее время также невозможно. Проявившиеся конкретные признаки нежелательного развития может учесть законодатель.

г) Трехпроцентный барьер ограничивает избирательное равенство и равные возможности для политических партий менее интенсивно, чем предыдущий пятипроцентный барьер. Из этого, однако, не следует, что связанное с трехпроцентным барьером ограничение равенства избирательных прав становится несущественным и не нуждается в оправдании. Одно место в Европейском парламенте можно получить уже примерно при помощи одного процента поданных голосов, что означает, что избирательный барьер имеет практические последствия. Поскольку избирательный барьер в германском правовом регулировании европейских выборов уже не является необходимым в настоящее время, и, значит, отсутствует по существу его оправдание, то и не имеет значения вопрос соразмерности трехпроцентного барьера.

Особое мнение судьи Мюллера:

По моему убеждению, Сенат ставит слишком высокие требования к установлению нарушения дееспособности Европейского парламента и, тем самым, не учитывает в должной мере задачу законодателя по развитию избирательного права. Оценка коридора между чисто теоретической возможностью и достоверно имеющим место нарушением дееспособности является компетенцией законодателя. Федеральный Конституционный Суд не должен заменять приемлемое решение законодательной

власти своим приемлемым решением. В результате решение Сената ведет к признанию риска нарушения дееспособности Европейского парламента, как минимум, в течение одного избирательного периода. Я не могу признать, что это необходимо с конституционно-правовой точки зрения.

Решение Сената влечет за собой недопустимость любого избирательного барьера при выборе Европейского парламента. Конституционно-правовая оценка нормы абз. 7 § 2 Закона о европейских выборах должна исходить из вопроса, можно ли предположить, что отказ от избирательного барьера в масштабах всего Союза снизит работоспособность Европейского парламента.

В этом контексте прогноз законодателя о том, что дальнейшее дробление Европейского парламента может привести к затруднению образования необходимого большинства, не вызывает возражений. Его вероятность не уступает вероятности сравнимых с ним прогнозов, которые касаются национальных парламентах. В какой степени интеграционная способность существующих фракций может противодействовать дальнейшей фрагментации парламента, также трудно предсказать, как и формирование новых фракций. Если делается ссылка на сотрудничество основных парламентских групп, то этому противостоит уже то, что дальнейшее существование их абсолютного большинства не гарантировано. Поэтому законодатель имел право не учитывать эти обстоятельства в своем прогнозе.

Снижение дееспособности Европейского парламента имеет достаточный вес, чтобы оправдать ограничение действия принципов равенства избирательных прав и равенства шансов партий. Европейский парламента является парламентом особого рода. Различия относительно задач и функций с германским Бундестагом являются (еще) значительными, но не оправдывают вместе с тем принципиально иную оценку значения обеспечения его дееспособности.

У меня нет серьезного сомнения в том, что норма абз. 7 § 2 Закона о европейских выборах в достаточной мере соответствует требованиям пригодности и необходимости. С учетом заключения, что во всех государствах — членах Союза — за исключением Испании — получение не менее 3 % голосов является условием получения мандата при выборах в Европейский парламента, нельзя оспаривать, что законодатель рассматривал избирательный барьер на данном уровне как пригодный способ

обеспечения дееспособности Европейского парламента. Необходимости ограничения не может быть также противопоставлена возможность корректировки правового регулирования европейских выборов национальным законодателем, поскольку ее эффект скажется лишь в следующем избирательном периоде. Вместо этого можно было бы обязать законодателя изменить норму абз. 7 § 2 Закона о европейских выборах, если бы в дальнейшем проявилась ошибочность его прогноза.

§ 32. Партийная привилегия (ст. 21 Основного закона)

171) BVerfGE12, 296

(Parteienprivileg / Партийная привилегия)

1. До решения Федерального Конституционного Суда никто не уполномочен устанавливать неконституционность партии. Тем самым этому решению придается правоустанавливающее значение.

2. Эта привилегия ст. 21 Основного закона защищает прежде всего партийные организации, но она распространяется также на официальную партийную деятельность функционеров и сторонников партии с использованием общедопустимых средств. Их деятельность защищена партийной привилегией даже в том случае, если впоследствии их партия на основании решения Федерального Конституционного Суда будет признана антиконституционной.

3. Правопорядок не может без нарушения принципа правового государства сначала предоставить конституционно-правовую свободу создать партию и действовать в ее интересах, а затем задним числом объявить такую деятельность противозаконной.

Решение Второго Сената от 21 марта 1961 г.

– 2 BvR27/60 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

1. Закон об изменении уголовного права от 30 августа 1951 г. (Сборник федерального законодательства (BGBl), Часть I, стр. 739), среди прочего,

ввел в Особенную часть Уголовного уложения раздел об «антигосударственной деятельности» (§ 88 до 98 Уголовного уложения). К нормам этого раздела относится § 90 а Уголовного кодекса. В нем указано:

«(1) Кто основывает объединение, цель или деятельность которого направлены против конституционного строя или идеи взаимопонимания между народами, или кто содействует такому объединению как организатор или подстрекатель, наказывается тюремным заключением.

(2) В особо тяжелых случаях может быть назначено наказание до пяти лет тюремного заключения строгого режима. Наряду с этим допускается полицейский надзор.

(3) Если объединение является политической партией в сфере действия настоящего Закона, то деяние может быть преследуемо только после того, как Федеральный Конституционный Суд установит, что партия является антиконституционной».

2. Податель жалобы с 1951 г. до взятия его под стражу в марте 1956 г. работал на федеральной территории на постоянной основе ведущим функционером Общества Германно-Советской дружбы (ОГСД), коммунистической организации со скрытыми политическими целями. Одновременно он являлся членом Коммунистической партии Германии (КППГ). Он осуществлял связь между ОГСД и правлением КППГ. Земельный суд в г. Люнебурге своим приговором от 13 ноября 1956 г. определил ему наказание в виде двух лет тюремного заключения за его деятельность в этих организациях. При этом его работа на ОГСД была квалифицирована как преступление и преступление небольшой тяжести согласно § 90а, 128, 129 абз. 1 и 2, § 94 и 73 Уголовного уложения, а находящееся в неразрывной связи с этим содействие КППГ — как еще одно преступление небольшой тяжести согласно § 90а Уголовного уложения, которое было совершено одновременно с другим деянием (§ 73 Уголовного уложения).

[...]

В.

Конституционная жалоба является обоснованной.

I.

1. Норма § 90а Уголовного уложения направлена на защиту от посягательств, которые, злоупотребляя гарантированной по общему правилу свободой объединений, направлены на ликвидацию или подрыв

свободного демократического общественного строя. Эта норма предусматривает наказание за создание объединения, цель или деятельность которого направлены против конституционного строя или идеи взаимопонимания между народами, а также за содействие подобным устремлениям в качестве организатора или подстрекателя. Она является уголовно-правовым аналогом второй альтернативы нормы ст. 9 абз. 2 Основного закона, которая запрещает объединения, деятельность которых направлена против конституционного строя или идеи взаимопонимания между народами. Однако норма § 90а Уголовного уложения предусматривает наказание не только для тех, кто создает или содействует направленно-му против конституционного строя или идеи взаимопонимания между народами объединению в смысле ст. 9 абз. 2 Основного закона, но и для тех, кто создает или содействует политической партии, преследующей указанные цели. Это следует из абз. 3 данной нормы, которая устанавливает пределы описанного в абз. 1 состава преступления.

2. [...]]

Основание конституционно-враждебных политических партий и содействие им должны быть наказуемым противоправным деянием вне зависимости от того, объявил Федеральный Конституционный Суд эти партии антиконституционными или нет. Установление антиконституционности партии Федеральным Конституционным Судом не относится к предусмотренному законом составу преступления; это лишь процессуальное условие.

После принятия решения Федеральным Конституционным Судом партийная привилегия прекращает действовать; если партия продолжает существовать или создается новая замещающая ее организация, то можно применять § 90а Уголовного уложения как уголовно-правовую норму — возможно, с другими нормами, например § 47, 42 Закона о Федеральном Конституционном Суде, — но только в том случае, если это относится к объединениям в смысле положений ст. 9 абз. 2 Основного закона.

II.

Поскольку норма § 90а Уголовного уложения предусматривает наказание для тех, кто создает и содействует партии до того, как она будет объявлена Федеральным Конституционным Судом антиконституционной, она нарушает нормы ст. 21 Основного закона.

1. Партии принадлежат к институтам конституционной жизни. Их статус гарантирован ст. 21 Основного закона. Она является *lex specialis*

(специальным законом) по отношению к норме ст. 9 Основного закона. Поэтому норма ст. 9 абз. 2 не может даже субсидиарно быть применима к политическим партиям (BVerfGE 2, 1 [13]). Последствия антиконституционной деятельности политических партий, таким образом, могут быть оценены только применительно к положениям ст. 21 Основного закона, но не на основании действующей в отношении объединений ст. 9 абз. 2 Основного закона.

2. Статья 21 Основного закона предоставляет политическим партиям в связи с их особым положением в конституционном пространстве усиленную гарантию защиты и существования (так называемую «партийную привилегию»). Последняя находит свое выражение прежде всего в том, что политические партии, в отличие от других политических объединений, могут быть объявлены антиконституционными лишь Федеральным Конституционным Судом. Из этого следует, что вплоть до решения Федерального Конституционного Суда никто не может признать партию антиконституционной. Тем самым решение Федерального Конституционного Суда приобретает правоустанавливающий характер.

3. В решении по КППГ указывалось, что, согласно установленной Основным законом монополии Федерального Конституционного Суда на принятие решения по вопросу об антиконституционности какой-либо партии, «полностью исключена возможность административных мер против существования политической партии, даже если она столь враждебно выступает против свободного демократического общественного устройства» (BVerfGE 5, 85 [140]).

Федеральный Верховный Суд также придерживается мнения, что предметное содержание партийной привилегии охватывает все, что статья 21 абз. 1 Основного закона описывает как задачи политических партий: «Деятельность политической партии ... должна — с оговоркой о предусмотренном в ст. 21 абз. 2 Основного закона решении Федерального Конституционного Суда — быть свободной от любых препятствий, даже и при наличии опасности, что партия преследует антиконституционные цели. Она с необходимостью включает в себя различные формы деятельности членов партии и ее сторонников в области партийных задач, в частности устную и письменную рекламу целей партии» (Официальное собрание решений Федерального Верховного Суда по уголовным делам (BGHSt), 6, 318 [320]).

Предположение, что поддерживающая в первую очередь работу партийной организации привилегия ст. 21 абз. 2 Основного закона (BVerfGE 9, 162 [165]) распространяется также на проводимую с использованием общедопустимых средств официальную партийную деятельность функционеров и сторонников партии, является вполне логичным. Если бы деятельность организаторов или функционеров партии, не нарушающая общих уголовно-правовых законов и заключающаяся в создании партии и в поддержке партийных целей, стала преследоваться как наказуемое противоправное деяние, то гарантированная нормой ст. 21 абз. 2 Основного закона защита была бы лишена содержания; ведь любая партия без деятельности ее функционеров становится недееспособной. Таким путем можно было бы устранить партию, обойдя предусмотренную ст. 21 абз. 2 Основного закона процедуру с участием Федерального Конституционного Суда. Но это было бы антиконституционно.

4. Свобода основания политической партии и право партии участвовать в формировании политической воли народа гарантирована Конституцией. Отсюда вытекает легальность деятельности основателей партии и работающих на нее людей, в том числе и в случае, если партия позднее будет признана антиконституционной.

Когда сторонники и функционеры такой партии пропагандируют ее цели, голосуют за нее на выборах, принимают активное участие в предвыборной борьбе, собирают пожертвования, работают в партийном аппарате или как депутаты работают на благо своего округа, то они действуют в рамках конституционно гарантированной толерантности. Основной закон мирится с опасностью, которая заключается в образовании и деятельности такой партии вплоть до объявления ее антиконституционной, ради политической свободы. Поскольку партии являются в конституционно-правовом отношении важными интеграционными факторами, Основной закон исключает возможность оказания давления на партию со стороны исполнительной власти или законодателя. Как коррелирует свобода основания партий Основной закон предусматривает возможность признания политической партии антиконституционной; однако решение об этом находится в исключительном ведении Федерального Конституционного Суда. Эта норма содержит принципиальное конституционно-правовое решение, которое является обязательным и для уголовного права.

Признавая партии факторами конституционной жизни, Основной закон должен защищать их статус. Сюда относится и регулирование вопроса о том, что действующие в интересах партии лица могут делать и от чего они должны воздержаться, пока партия не объявлена Федеральным Конституционным Судом антиконституционной. Согласно ст. 21 Основного закона они имеют право воздействовать от имени партии на формирование политической воли народа всеобщими разрешенными средствами. Напротив, они должны отказаться от всего, что запрещено общими правовыми предписаниями. Следовательно, если их деятельность состоит в том, что они содействуют всеобщим разрешенными средствами осуществлению целей партии, то они подлежат защите партийной привилегией даже тогда, когда их партия позднее объявляется Федеральным Конституционным Судом антиконституционной. Предоставленные Конституцией полномочия делают эту деятельность правомерной. Правопорядок не может без нарушения принципа правового государства сначала предоставить свободу создания партии и работать на нее в конституционном пространстве, а затем рассматривать это как противоправное деяние.

То, что разрешено Основным законом, не может запретить уголовно-правовой закон, даже таким образом, когда угроза наказания связывается с определенным условием уголовного преследования. Однако законодатель в нормах § 90а абз. 1 и 3 Уголовного уложения предусмотрел для тех, кто основал и поддерживал политические партии, выступившие против конституционного строя, наказание без учета того, объявил ли их Федеральный Конституционный Суд антиконституционными. Тем самым он подчинил такие политические партии с самого их основания требованию нормы ст. 9 абз. 2 Основного закона, не заметив, что положение ст. 21 абз. 2 Основного закона является для них абсолютным *lex specialis* в противовес ст. 9 абз. 2 Основного закона. Таким образом, нормой § 90а абз. 1 в связи с абз. 3 Уголовного уложения законодатель нарушил партийную привилегию согласно ст. 21 Основного закона. В связи с указанным следует установить, что норма § 90а абз. 3 Уголовного уложения является полностью ничтожной, а норма абз. 1 является ничтожной в той мере, в которой она угрожает наказанием лицам, создавшим и поддерживавшим политические партии (§ 95 абз. 3 ФЗКС).

[...]

172) BVerfGE 107, 339

(NPD-Verbotsverfahren / Производство по делу о запрете Национал-демократической партии Германии [НДПГ])

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 22/2003 от 18 марта 2003 г.

Решение от 18 марта 2003 г.

– 2 BvB 1/01, 2 BvB 2/01, 2 BvB 3/01 –

Прекращение производства по делу о запрете НДПГ

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда прекратил сегодня производство по делу о запрете НДПГ.

Обстоятельства дела: Основанная в 1964 г. НДПГ (ответчик по заявлениям) получала в период между 1966 и 1968 гг. на выборах в некоторые ландтаги между 5,8 и 9,8 % голосов. В 1969 г. она достигла своего наилучшего результата при выборах в Бундестаг, получив 4,3 % вторых голосов. С тех пор партия не получала на выборах в ландтаги и Бундестаг ни одного мандата. На выборах в Бундестаг в 1998 и 2002 гг. она получила соответственно 0,3 и 0,4 % поданных действительных вторых голосов и на последних европейских выборах в 1999 г. 0,4 % поданных действительных голосов. По ее собственным данным, в 1996 г. в партии насчитывалось еще свыше 3240 членов. После избрания Удо Фойгта председателем партии в марте 1996 г. число ее членов увеличилось к 2001 г. до 6500.

30 января и 30 марта 2001 г. Федеральное правительство, Бундестаг и Бундесрат (заявители) направили в Федеральный Конституционный Суд заявления о признании антиконституционности ответчика и роспуске его партийной организации. Они считали его деятельность неконституционной. В целях партии и действиях ее членов, по мнению заявителей, проявляется стремление нанести ущерб свободному демократическому общественному порядку. В целом она демонстрирует национал-социалистические, антисемитские, расистские и антидемократические элементы. Ответчик считает заявления недопустимыми и необоснованными.

1 октября 2001 г. Сенат принял решение провести устное разбирательство. В январе 2002 г. Сенат получил данные о том, что один из функционеров ответчика, чьи высказывания неоднократно приводились в обоснование требований о запрете, является осведомителем земельной службы по защите Конституции. В дальнейшем заявители пояснили, что через осведомителей службы по защите Конституции осуществляется надзор за деятельностью ответчика. Осведомители имелись и в правлениях партии.

После того как Сенат вместе с участниками процесса рассмотрел 8 октября 2002 г. вопросы, связанные с наблюдением спецслужб за ответчиком, последний потребовал прекращения производства по делу. Заявители могли обладать возможностью через своих осведомителей получить сведения о внутренних планах ответчика по ведению процесса. Поэтому с позиций правового государства является недопустимым дальнейшее производство по делу о запрете НДПГ. Заявители пояснили, что недопустимый сбор сведений о процессуальной стратегии ответчика не имел места. Для процесса препятствий не имеется. Что касается дальнейшей истории процесса, то дается ссылка на сообщение для печати № 15/2003 от 26 февраля 2003 г.

1. Решение Сената строится на следующих основаниях:

Производство не может быть продолжено, поскольку требование ответчика о прекращении производства не получило необходимого для его отклонения квалифицированного большинства в две трети. Четверо судей считают, что нет препятствия для процесса. Трое судей придерживаются мнения, что имеется неустранимое препятствие для процесса.

Согласно § 15 абз. 4 ФЗКС для принятия негативного для ответчика решения в производстве по делу о запрете партии в любом случае необходимо большинство в две трети членов Сената. Минимум шесть из восьми входящих в Сенат судей должны разделять негативное для ответчика решение. Негативным является, по общему правилу, любое решение, которое может ухудшить или иным образом отрицательно повлиять на правовую позицию ответчика.

Отклонение требования о прекращении производства является негативным для ответчика решением. Уже из формулировки нормы § 15 абз. 4 ФЗКС ясно следует, что необходимо квалифицированное большинство, чтобы отклонить требование о прекращении производства по причине наличия препятствия для процесса; она предписывает для

принятия негативного решения «в любом случае» большинство в две трети членов Сената. К тому же требование квалифицированного большинства отвечает особому конституционно-правовому положению политических партий и гарантии их усиленной защиты. Поскольку партии в результате установления их антиконституционности и роспуска их организации лишаются возможности свободно влиять на формирование политической воли народа, то негативное для партии судебное решение в ходе производства по делу о запрете нуждается в особой легитимации. Цель указанной нормы в любом случае охватывает также решения о наличии неустранимого препятствия для процесса. Если бы Федеральный Конституционный Суд отклонил требование о прекращении производства, поскольку нет препятствия для производства, тогда следовало бы продолжить производство по делу о запрете партии и провести устное разбирательство. В этом состояло бы особое бремя для затронутой партии. Меньшинство из трех судей разделяет мнение, что в силу вмешательства государства в деятельность руководства ответчика, а также в создание образа партии, положенного в основу требования о запрете, существует неустранимое препятствие для продолжения производства по делу. Принимая во внимание необходимость квалифицированного большинства, следует постановить, что требования о запрете партии не могут иметь успех. Поэтому продолжение производства по делу не отвечало бы принципу правового государства, и нельзя этого требовать от ответчика.

Решение о прекращении производства является процессуальным решением, а не решением по существу дела. Поэтому правовые мнения меньшинства и большинства судей не обладают обязательной силой.

2. Судьи Хассемер, Бросс и Остерло придерживаются мнения, что имеется неустранимое препятствие для производства по делу.

В производстве по делу о запрете партии в нарушение принципа правового государства не было соблюдено строгое требование свободы ответчика от государства. Этот недостаток является неустранимым. В настоящее время также не усматриваются причины, которые могли бы все-таки в порядке исключения оправдать продолжение производства по делу о запрете партии. Конкретно трое судей заявили следующее:

а) При проведении судебных процессов действуют минимальные требования, вытекающие из принципа правового государства: ни одна

государственная процедура не может быть проведена односторонне с ориентацией только на определенную законом цель этой процедуры, необходим учет возможных противостоящих конституционных требований и возможной непропорциональной стоимости одностороннего преследования этой цели с точки зрения правового государства. Реализация любого государственного процессуального интереса должна быть оправдана в конфликте с противостоящими конституционными правами, принципами и требованиями как имеющая приоритет в соответствии с принципом соразмерности. При этом в производстве по делу о запрете партии Федеральный Конституционный Суд занимает позицию гаранта обеспечения требований правового государства. Признание наличия процессуального препятствия, ведущего к незамедлительному прекращению производства, может иметь место только как *ultima ratio* (крайняя мера) против возможных правовых последствий нарушения Конституции и при следующих условиях: должно присутствовать значительное нарушение Конституции. Оно наносит — с позиции правового государства — неустранимый ущерб проведению процесса, в связи с чем его продолжение является недопустимым с точки зрения правового государства, в том числе несмотря на государственный интерес в действенной защите от опасностей, исходящих от возможной антиконституционной деятельности партии.

Наблюдение за политической партией через осведомителей государственных органов, которые работают как члены ее федерального или земельного правления, непосредственно перед или во время проведения процесса по делу о запрете партии является, как правило, несовместимым с требованиями правового государства к такому процессу. Присутствие государства в руководстве партии делает неизбежным воздействие на формирование ее воли и ее деятельность. В рамках производства по делу о запрете партии происходит решительное ослабление позиции партии как ответчика перед Федеральным Конституционным Судом, если члены ее руководства вынуждены бороться внутри себя с противостоящими друг другу требованиями лояльности к государственному заказчику и к находящейся под наблюдением партии. Для подобного действия достаточно простого существования «связующих» лиц с «двойственной функцией», которые находятся в правовой и фактической связи как с государством, так и с партией. Фактическое информирование заявителей

о процессуальной стратегии партии в производстве по делу о ее запрете не имеет значения.

С учетом указанного производство по делу о запрете партии в Федеральном Конституционном Суде требует максимум правовой определенности, прозрачности, предсказуемости и достоверности процесса. Это относится и к подлежащему рассмотрению фактическому материалу. Чтобы Федеральный Конституционный Суд смог выполнить задачу по проведению процесса, отвечающего требованиям правового государства, уполномоченные на предъявление заявления конституционные органы должны признавать и выполнять возложенные на них процессуальные обязательства. Они должны тщательной подготовкой создать необходимые предпосылки для проведения процесса по делу о запрете партии и исключить возможность того, чтобы как часть образа антиконституционной партии были представлены лица с их высказываниями, которые поддерживают или поддерживали разведывательные контакты с государственными органами, не заявляя об этом и не предавая огласке связанные с этим проблемы причисления.

Ответ на вопрос, приведет ли нарушение этих требований к организации производства по делу к неустранимому с позиции правового государства ущербу, нельзя дать в общем и абстрактном виде. Ответ зависит от конкретной процессуальной ситуации и ситуации с опасностями, которые могут возникнуть при возможном прекращении производства. При наличии неустранимого с позиции правового государства недостатка производство по делу может быть продолжено лишь в совершенно необычной ситуации с опасностями. Для общей оценки имеет значение тот факт, что прекращение производства по делу о запрете партии не является окончательным решением по вопросу о допустимости последующих заявлений о запрете. Новые заявления остаются возможными без ограничений; они, в частности, не должны «опираться на новые факты».

б) Этим конституционно-правовым требованиям не соответствуют форма и интенсивность слежки ведомств по охране Конституции за ответчиком. О свободе от государства руководящих органов ответчика после начала производства по делу о запрете партии не может быть и речи. Все члены Сената убеждены в том, что непосредственно до и даже после поступления от Федерального правительства заявления о запрете партии имели место разведывательные контакты с членами федерального и земельных

правлений ответчика. По данным заявителей, среди руководства партии есть осведомители, количество которых по состоянию на три выбранных дня составляло менее пятнадцати процентов. В земельных правлениях было в среднем один-два осведомителя. На уровне федерального правления разведывательные контакты федерации в любом случае продолжались и после предъявления заявления о запрете. Контакт с осведомителем и членом федерального правления был прекращен только по прошествии длительного времени после поступления всех трех заявлений о запрете партии. Кроме того, в период с 1996 по 2002 гг. НДПГ была объектом постоянного наблюдения со стороны ведомств по охране Конституции в Баварии, Берлине и Гессене. Наконец, уже после подачи заявлений о запрете состоялся вербовочный контакт с членом федерального правления ответчика, чтобы следить за ответчиком на уровне руководства.

Несомненно, что обоснования заявлений в существенном объеме опираются на высказывания членов ответчика, которые действуют или действовали как осведомители для государственных органов, без того чтобы это было открыто сделано или могло бы еще быть сделано предметом рассмотрения в рамках процесса.

О какой-либо особой исключительной ситуации, которая могла бы оправдать массивное государственное присутствие на руководящем уровне ответчика уже после поступления заявлений о запрете, заявители не сообщают, и суд такой ситуации тоже не усматривает. Не существует также никакого оправдания тому, что обоснования заявлений в значительной мере базируются на высказываниях руководящих членов партии, которые одновременно с этим или несколько ранее также действовали как осведомители на службе у государственных органов. Отсутствуют также основания для обусловленной какими-либо опасностями необходимости в спешке, которая могла бы помешать тщательной подготовке заявлений.

3. Судьи Зоммер, Йенч, Ди Фабио и Меллингхофф придерживаются мнения, что не существует препятствия для процесса. Они считают необходимым продолжение производства по делу о запрете партии.

Процессуальные препятствия, которые стоят на пути рассмотрения дела с целью разрешения его по существу, присутствуют лишь в особых исключительных случаях, в которых больше не существует достойного признания интереса в проведении судебного производства в данной конкретной ситуации, и продолжение процесса больше не является

допустимым с позиции правового государства. Суды, по общему правилу, не могут уклониться от осуществления правосудия, если только писаное процессуальное право или другие императивные основания не делают невозможным решение дела по существу. Если суд отказывается от принятия решения по существу из-за допущения наличия не определенно-го законом процессуального препятствия, то тем самым он закрывает предписанный с позиции правового государства путь к судебной защите с тем последствием, что теперь нельзя установить удовлетворительным образом, что соответствует праву. Поэтому для допущения наличия процессуального препятствия следует применять строгий масштаб. Суд должен исчерпать все свои возможности, чтобы устранить фактические и правовые препятствия для принятия решения по существу. В процессе по делу о запрете партии против ответчика до сих пор не установлены никакие обстоятельства, которые делают продолжение производства в его целостности фактически невозможным или несоразмерным в правовом плане. Разведывательное наблюдение за ответчиком не создает процессуальное препятствие ни с учетом принципа свободы партии от государства, ни из-за вопроса о допустимости представленных сведений расследования, ни в связи с обязанностью гарантировать справедливое судебное разбирательство. В связи с этим четверо судей указали следующее:

Совершенно не усматривается государственное внешнее управление деятельностью ответчика в таком объеме, чтобы его политический портрет перестал быть результатом открытого общественного процесса формирования воли. В случае содержательного и программного внешнего управления из этого не вытекает процессуальное препятствие. Ответчик, скорее, потерял бы свое партийное качество, так что заявление о запрете в решении по существу дела следовало бы отклонить как недопустимое.

Что касается допустимости сведений расследования, то Федеральный Конституционный Суд в производстве по делу о запрете партии должен использовать все процессуально предусмотренные средства для выяснения фактических обстоятельств. Обязанность суда по выяснению обстоятельств не разрешает Федеральному Конституционному Суду прервать процесс без дальнейшей проверки только из-за возможного опосредованного влияния государства через осведомителей на высказывания или способы поведения в рамках партийной деятельности. Обстоятельства, существенные для принятия решения по существу, должны быть

установлены в ходе публичного устного разбирательства с использованием средств сбора и исследования доказательств и с предоставлением возможности быть заслушанным в суде.

Процессуальное препятствие не вытекает также из принципа справедливого судебного разбирательства. Чтобы допустить нарушение этого принципа, следовало бы уже сейчас позитивно установить, что концепция поведения ответчика в судебном процессе разведена уже настолько, что это делает невозможной надлежащую правовую защиту. Простая видимость или абстрактная опасность секретного сбора информации не являются достаточными для этого. Не существует оснований для утверждения, что вследствие разведывательного наблюдения за ответчиком со стороны государственных органов ответчику были созданы препятствия для его надлежащей защиты в производстве по делу о запрете. Не заявлялось и не видно из материалов, что заявители узнали об обстоятельствах, которые касаются планов ответчика в отношении его поведения в процессе по делу о запрете. Также нельзя утверждать, что был нанесен ущерб эффективности средств защиты ответчика.

Даже если бы дело дошло до получения информации о поведении функционеров и представителей ответчика, принимающих серьезное участие в процессе, то продолжение производства по делу о запрете партии лишь тогда нарушило бы принципы правового государства, когда нанесенный ущерб перевешивает конкретную превентивную цель производства по делу о запрете партии. Чтобы обосновать наличие процессуального препятствия, возможный правовой ущерб должен быть такого рода и такого веса с учетом целей и значения процесса, что продолжение судебного производства было бы несоразмерным. Это требует для производства по делу о запрете партии не только абстрактно определить значение нормы ст. 21 абз. 2 Основного закона, но и дать оценку конкретной опасности, которая исходит от политической партии для защищенных этой нормой правовых ценностей. Такая оценка предполагает расследование обстоятельств дела и исследование доказательств применительно ко всем важным для этой оценки обстоятельствам. Окончание процесса без этой оценки противоречит специальной обязанности Федерального Конституционного Суда по судебной защите в производстве по делу о запрете партии.

Задача Федерального Конституционного Суда по предупреждению требует выяснения конкретного масштаба опасности для правовых

ценностей, защищаемых ст. 21 абз. 2 Основного закона, когда процесс должен быть прекращен без решения по существу дела. Выяснен должен быть также и вопрос, не происходят ли посягательства на достоинство человека типичным для партии организованным образом. Если от политической партии исходит конкретно доказуемая угроза для существования свободного конституционного государства, то Федеральный Конституционный Суд имеет право рассматривать любые возможные нарушения общего принципа справедливого судебного разбирательства как не имеющие преимущества при оценке. Необходимое всеобъемлющее выяснение фактических обстоятельств Федеральный Конституционный Суд может и должен осуществить сам на основе принципа исследования. Суд не может с самого начала отказываться от исследования важных для решения фактов, ссылаясь на противостоящий интерес по сохранению тайны или на особую процессуальную ответственность участников.

При оценке того, нарушают ли процессуальные недостатки в производстве по делу о запрете партии принцип справедливого судебного разбирательства, следует в необходимом объеме учитывать интересы превентивной защиты Конституции. Конституционно-правовая обязанность государственных органов расследовать антиконституционные устремления и в случае необходимости предпринимать меры против них не может быть, по общему правилу, отменена в связи с началом производства по делу о запрете партии. Именно защита индивидуальных правовых ценностей, таких как достоинство, жизнь и здоровье, являющаяся задачей государственных органов, может в силу Конституции требовать продолжения разведывательного наблюдения в приемлемой форме независимо от производства по делу о запрете партии. Принципы правового государства не требуют того, чтобы на время процесса мириться с рисками для охраняемых правовых ценностей, тем более в отношении не принимающих участие в процессе третьих лиц.

173) 2 BvE11/12

(Negative Feststellung der Verfassungswidrigkeit / Заявление о признании того, что партия не является антиконституционной)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 15/2013 от 5 марта 2013 г.

**Решение от 20 февраля 2013 г.
– 2 ВvE11/12 –**

**Заявления НДПГ против Бундестага, Бундесрата
и Федерального правительства отклонены**

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в опубликованном сегодня решении отклонил заявление Национал-демократической партии Германии (НДПГ) о признании того, что она не является антиконституционной. Закон о Федеральном Конституционном Суде не предусматривает для запрошенного установления соответствующей процедуры. С этим не связан какой-то пробел в правовой защите, хотя НДПГ заявляет, что идущие дебаты о запрете действуют как фактический запрет партии. Государственным органам не запрещено занимать обоснованную позицию в дебатах «за» или «против» процесса о запрете партии. Второй Сенат Федерального Конституционного Суда также отклонил дополнительное заявление НДПГ о признании того, что Бундестаг, Бундесрат и Федеральное правительство своими бесконечными высказываниями об антиконституционности НДПГ нарушают ее права как политической партии.

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

1. Основное заявление является недопустимым. ФЗКС не предусматривает возможность обращения какой-либо партии в Федеральный Конституционный Суд с требованием об установлении ее конституционности.

а) Политические партии являются свободными в реализации своих прав до тех пор, пока Федеральный Конституционный Суд не установил их антиконституционность. Если это их правомочие оспаривается, для них открыт путь судебной защиты. Возражение заявителя, что для партии с навешенным на нее ярлыком антиконституционности было бы непосильной задачей искать судебную защиту в каждом конкретном случае, которая, к тому же, часто оказывается неэффективной, не свидетельствует о наличии структурного дефицита в судебной защите. Заявитель указывает исключительно практические проблемы, которые явно устранимы с приложением приемлемых усилий.

б) Дефицит судебной защиты не усматривается также и в том случае, когда заявитель утверждает, что собранные им под наименованием «дебаты о запрете» высказывания и иные направленные против него меры действуют как запрет.

аа) Политические партии в соответствии с их задачей принимать участие в формировании политической воли народа должны быть открыты для публичных дискуссий. Частью публичных дискуссий являются высказывания с оценкой какой-либо политической партии как антиконституционной, если только они сделаны в рамках права и закона. С подобными высказываниями затронутая партия может и должна бороться посредством борьбы мнений.

Если в политических дискуссиях принимают участие государственные органы, то они должны соблюдать рамки, установленные для них Конституцией, что подлежит судебному контролю. Это действует также в отношении публичного высказывания о том, будет ли начат процесс о запрете определенной партии. В этом случае о нарушении прав, установленных положениями ст. 21 абз. 2 Основного закона, можно будет говорить только тогда, когда будет очевидно, что подобные дебаты ведутся не для достижения решения, а с целью нанести ущерб затронутой партии.

бб) К тому же с целью борьбы с обвинениями в антиконституционности для политических партий и их членов открыт путь судебной защиты. Заявитель верно отмечает, что антиконституционность политической партии может быть и является предметом рассмотрения в суде. Если партия из-за неудач в соответствующих процессах в специализированных судах делает вывод о существовании пробела в судебной защите, то с этим выводом нельзя согласиться.

вв) По этим причинам не вызывает возражений также тот факт, что ответчики не включили в ФЗКС процедуру о признании конституционности.

2. Дополнительное заявление является возможным в качестве заявления по спору с государственными органами, однако с учетом того, какое обоснование содержит это дополнительное заявление, оно является недопустимым. Отсутствует достаточно убедительное изложение того, что действия или бездействие ответчиков нарушили права заявителя как партии или непосредственно поставили его под угрозу. Заявитель цитирует высказывание премьер-министров, земельных

министров внутренних дел, нескольких депутатов Бундестага и одного федерального министра. Однако из них неясно, что указанные лица в своих высказываниях хотели выразить позицию одного из ответчиков. Также и действия федерального министра — например, поддержка программ, направленных против правого экстремизма, — не могут отождествляться с действиями Федерального правительства как коллегиального органа.

174) 2 BvE4/13

(Äußerungsbefugnis des Bundespräsidenten / Право Федерального Президента высказывать свое мнение)

Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Сообщение для печати № 50/2014 от 3 июня 2014 г.

Решение от 10 июня 2014 г.
— 2 BvE4/13 —

Заявление Национал-демократической партии Германии против Федерального президента отклонено

Согласно оглашенному сегодня решению, Второй Сенат Федерального Конституционного Суда отклонил заявление Национал-демократической партии Германии (НДПГ) против Федерального президента, предметом которого были высказывания, сделанные им во время предвыборной кампании в Бундестаг в 2013 г. По общему правилу Федеральный Президент как должностное лицо самостоятельно решает, каким образом он будет реализовывать свои представительские и интеграционные задачи. В данном случае необходимо соблюдать конституцию и законы, в том числе право политических партий на равные возможности. Отдельные высказывания Федерального Президента, однако, могут быть предметом судебного разбирательства в том случае, если на основании очевидного пренебрежения своими интеграционными обязанностями он умышленно нарушает права политической партии. В данном случае подобный состав отсутствовал.

Обстоятельства дела:

В августе 2013 г. ответчик принимал участие в беседе с сотнями учащих профессиональных школ в возрасте от 18 до 25 лет в школьном центре в берлинском районе Кройцберг. Во время мероприятия, проходившего под лозунгом «22.09.2013 — Твой голос имеет значение!» ответчик, помимо прочего, указал на важность свободных выборов для демократии и призывал учащих к участию в социальной и политической жизни. На вопрос одной учащейся ответчик сослался на события, связанные с протестами членов и сторонников заявителя против общегития в берлинском районе Хеллерсдорф для лиц, подавших заявление о предоставлении статуса беженца. В отчете для прессы были процитированы высказывания ответчика: «Нам нужны граждане, которые выходят на улицы и показывают границы полоумным людям. Я призываю всех вас к этому» и «Я горжусь быть Президентом страны, в которой граждане защищают демократию».

Основные выводы Сената:

Высказывания ответчика, которые являются предметом жалобы заявителя, не противоречат Конституции и, следовательно, не нарушают права политических партий на равенство возможностей.

1. Федеральный Президент представляет государство и народ Федеративной Республики Германия на международной арене и во внутриполитических отношениях и должен укреплять единство государства. Каким образом Федеральный Президент выполняет свои представительские и интеграционные обязанности, он как должностное лицо, по общему правилу, решает самостоятельно. Одной из важнейших задач Федерального президента является выражение своей позиции относительно единства общества во время публичных выступлений, поддержка данного единства авторитетом власти; следовательно, для реализации данной задачи ему необходима определенная свобода действий. Федеральный Президент может выполнять требования, выдвигаемые в отношении него как представителя власти только в том случае, если он принимает во внимание изменения в обществе и общеполитические задачи в соответствии с собственной оценкой, и при этом он остается свободным в выборе тем и в оценке формы общения, применимой в конкретной ситуации. Поэтому Федеральному президенту не требуются дополнительные законные

полномочия, сверх предоставленных ему по должности, для указания на неправильное развитие или для указания на опасности и групп лиц или отдельных граждан, действия которых, по его мнению, являются причиной данных явлений.

2. Действия Федерального Президента ограничиваются положениями Конституции и законов. К числу прав, которые должен соблюдать Федеральный Президент, относится право политических партий на равенство возможностей, закрепленное в ст. 21 абз. 1 Основного закона; когда речь идет о равенстве возможностей на выборах, также необходимо учитывать ст. 38 абз. 1 Основного закона или ст. 28 абз. 1 Основного закона. Действие, нарушающее равенство возможностей во время выборов, может выражаться в высказывании негативных оценок о целях и деятельности политической партии.

3. При проведении конституционной проверки высказываний Федерального президента, затрагивающих право партий на равенство возможностей, необходимо учитывать, что в исключительной компетенции Федерального президента находится вопрос касательно способа исполнения им своих служебных обязанностей и интеграционных задач. В какой степени он при этом будет придерживаться роли «нейтрального Федерального президента», не подлежит ни общей, ни конкретной судебной проверке.

С другой стороны, если данные действия противоречат принципам правового государства, то политические партии, чье право на равенство возможностей является одной из важнейших составляющих демократического общественного порядка, будут лишены средств правовой защиты от действий Федерального президента. В свете вышеизложенного представляется необходимой судебная проверка негативных высказываний Федерального президента в отношении партии. Следует выяснить, действовал ли он с явным пренебрежением к своим интеграционным обязанностям и тем самым умышленно нарушил права партии.

4. Исходя из этого, оснований для предъявления заявителем претензий в отношении высказываний ответчика нет.

а) Если заявитель считает, что его права нарушены тем, что ответчик публично поддержал протесты против заявителя в берлинском районе Хеллерсдорф, его заявление не подлежит удовлетворению. Тот факт, что Федеральный Президент поддержал или лишь одобрил силовые протесты

против заявителя, не подтверждается на основании объективного толкования его высказываний. Федеральный Президент в своем ответе прямо указал, что не одобряет даже срывание плакатов. Поэтому не может быть сомнений, что он также исключил возможность силового воздействия на заявителя. Далее по делу он лишь указал на свободу мнений и собраний и призвал к политической борьбе мнений. На это у него были полномочия.

б) С конституционно-правовой точки зрения нельзя также оспорить использование слова «полоумный» в данном контексте. При помощи данного слова ответчик выразил негативное оценочное суждение в отношении заявителя и его сторонников, что при отдельном рассмотрении может быть расценено как порочащее высказывание и изъяснение необоснованной социальной неприязни людей, к которым данное высказывание было обращено. Между тем, как следует из контекста высказываний ответчика, термин «полоумный» — наряду с такими терминами, как «идеолог» и «фанатик» — является собирательным термином для обозначения лиц, не сделавших выводов из уроков истории, оставшихся равнодушными к разрушительным последствиям национал-социализма, лиц, которые преследуют праворадикальные — националистические и антидемократические — убеждения. Использование для оживления речи термина «полоумный» имело целью не только показать неспособность усваивать уроки истории лицами, в отношении которых данный термин был применен, но и подчеркнуть, что они напрасно пытаются утвердить в обществе свою идеологию, когда граждане «указывают им на границы допустимого». Между тем ответчик призывал, опираясь на выводы, сделанные из противоправного господства национал-социалистического режима, выступать против политических взглядов, которые, по его мнению, представляют опасность для свободного демократического общественного порядка и которые, на его взгляд, поддерживает заявитель; он агитировал в форме изложения своих мыслей, что соответствует Конституции, и тем самым не нарушил установленные Конституцией границы для публичного высказывания негативных мнений о политических партиях.

Часть четвертая

**«ОТКРЫТАЯ
ГОСУДАРСТВЕННОСТЬ»
И МЕЖДУНАРОДНОЕ
СОТРУДНИЧЕСТВО**

§ 33. Передача суверенных прав, Европейский союз, НАТО, международное публичное право, международные договоры (ст. 23, ст. 24, ст. 25 и ст. 59 абз. 2 Основного закона)

175) BVerfGE 6, 309

(Reichskonkordat / Имперский конкордат)

[...]

**Решение Второго Сената от 26 марта 1957 г.
– 2 BvG 1/55 –**

В конституционно-правовом споре по вопросу возможного нарушения Федеральной землей Нижняя Саксония конкордата между Святым Престолом и Германской Империей от 20 июля 1933 г. в результате принятия [...] Закона о государственном школьном образовании в Нижней Саксонии от 14 сентября 1954 г. и, следовательно, возможного нарушения землей права федерации на соблюдение обязательных для нее международных договоров со стороны земель. [...]

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ РЕШЕНИЯ

Заявление Федерального правительства отклонено.

[...]

ОСНОВАНИЯ

Д.

[...]

IV.

1. Приведенному результату не может быть противопоставлено, что он противоречит выраженному в ст. 25 Основного закона принципу приверженности Основного закона нормам международного права. При подобной позиции упускается из виду, что в Основном законе принцип приверженности нормам международного права понимается не так широко, чтобы гарантировать соблюдение действующих международных договоров через обязывание законодателя руководствоваться соответствующим этим договорам правом. Ни в отношении договоров, предмет которых относится к федеральному законодательству,

ни в отношении договоров федеральных земель, предмет которых в соответствии с Основным законом относится к законодательству земель, Основной закон не предусматривает в качестве обязательного конституционно-правовое соответствие законодательства положениям договора. Основной закон возлагает исполнение обязанностей из действующих международных договоров на компетентного законодателя. Статья 25 Основного закона предоставляет только «общим правилам международного права» характер внутригосударственного права и дает им приоритет перед законами. Данное положение означает, что указанные правила применяются без принятия дополнительного закона, распространяющего действие международного договора на внутригосударственное право, то есть непосредственно интегрируются в немецкую правовую систему и стоят выше немецкого внутригосударственного права, однако не выше конституционного права. Указанные нормы тем самым имеют преимущество перед любой нормой немецкого права, которая не отвечает их требованиям или противоречит им. Особые договорные соглашения, в том числе если они устанавливают объективное право, не обладают такой преимущественной силой. Таким образом, законодатель имеет право принятия нормативных актов с силой закона и в тех случаях, когда действуют договорные обязательства, если речь не идет об общих принципах международного права.

[...]

176) BVerfGE 37, 271

(Solange I / Пока I)

Пока процесс интеграции Сообщества не продвинулся так далеко, чтобы право Сообщества также содержало каталог основных прав, принятый парламентом и имеющий силу, который соответствовал бы каталогу основных прав Основного закона, после получения решения Суда Европейских сообществ, предусмотренного ст. 177 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества, допустим и необходим запрос суда Федеративной Республики Германия в Федеральный Конституционный Суд в порядке нормоконтроля, если немецкий суд считает неприменимой существенную для принятия решения норму права Сообщества

в трактовке Суда Европейских сообществ, поскольку эта норма вступает в противоречие с одним из основных прав Основного закона.

**Решение Второго Сената от 29 мая 1974 г.
– 2 BvL 52/71 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

В Административный суд в г. Франкфурт-на-Майне немецкое импортно-экспортное предприятие подало заявление об отмене решения ведомства по контролю за импортом зерна и кормов, которым залог в размере 17026,47 немецких марок был признан не подлежащим возврату, после того как фирма лишь частично использовала выданную ей лицензию на вывоз 20000 тонн кукурузной крупы.

1. Решение основано на нормах ст. 12 абз. 1 п. 3 Постановления Совета Европейского экономического сообщества № 120/67/EWG от 13 июня 1967 г. (Вестник Европейских сообществ (Amtsbl. der Europäischen Gemeinschaften), стр. 2269) и ст. 9 Постановления Комиссии Европейского экономического сообщества № 473/67/EWG от 21 августа 1967 г. (Вестник Европейских сообществ (Amtsbl. der Europäischen Gemeinschaften) № 204, стр. 16).

[...]

3. Административный суд решением от 24 ноября 1971 г. приостановил свое производство и в соответствии с нормой ст. 100 абз. 1 Основного закона запросил решение Федерального Конституционного Суда о том, соответствуют ли Основному закону установленное согласно праву Европейского сообщества экспортное обязательство и связанная с ним обязанность по внесению залога, и если ответ будет положительным, то соответствует ли Основному закону правило, что залог может быть возвращен только в случае действия обстоятельств непреодолимой силы.

[...]

Б.

1.

Запрос является допустимым.

1. Для этого вопроса предрешающее значение имеет одно из последних, хотя еще неокончательное определение соотношения между

конституционным правом Федеративной Республики Германия и правом Европейского сообщества, которое возникло на основе Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (в дальнейшем кратко: право Сообщества). Рассматриваемый случай требует лишь выяснения соотношения между гарантиями основных прав согласно Основному закону и нормами вторичного права Европейского экономического сообщества, исполнение которых находится в руках административных органов Федеративной Республики Германия.

[...]

2. Сенат — в этом смысле в соответствии с практикой Суда Европейских сообществ — придерживается в своей судебной практике позиции, согласно которой право Сообщества не является ни частью национального правопорядка, ни международным публичным правом, а образует самостоятельный правопорядок, вытекающий из автономного правового источника (BVerfGE 22, 293 [296]; 31, 145 [173 и далее]); ведь Сообщество не является государством, в том числе не является федеративным государством, а является «сообществом особого рода, находящимся в процессе прогрессирующей интеграции», «межгосударственным образованием» в смысле ст. 24 абз. 1 Основного закона.

Из этого следует, что в принципе обе правовые системы действуют независимо друг от друга и наряду друг с другом и что уполномоченные органы Сообщества, включая Суд Европейских сообществ, должны принимать решения об обязательности, толковании и соблюдении права Сообщества, а уполномоченные национальные органы должны принимать решения об обязательности, толковании и соблюдении конституционного права Федеративной Республики Германия. Ни Суд Европейских сообществ не может принимать обязательное решение, соответствует ли норма права Сообщества Основному закону, ни Федеральный Конституционный Суд не может решать, соответствует ли и в каком объеме норма вторичного права Сообщества первичному праву Сообщества. Это не приводит ни к каким затруднениям, пока обе правовые системы по своему содержанию не вступают в конфликт друг с другом. Поэтому из особого отношения, которое возникло между Сообществом и его членами в результате учреждения Сообщества, у уполномоченных органов, в частности у обоих ответственных за правовой контроль судов — Суда Европейских сообществ и Федерального

Конституционного Суда, возникает обязанность позаботиться в их судебной практике о соответствии обоих правопорядков. Только если этого не удастся достичь, возможен конфликт, который заставит сделать выводы из описанного основополагающего соотношения между обеими правовыми системами.

В этом случае будет недостаточно просто говорить о «приоритете» права Сообщества по отношению к национальному конституционному праву, чтобы оправдать вывод, что право Сообщества всегда должно иметь преимущество перед национальным конституционным правом, так как в противном случае под вопрос будет поставлено само Сообщество. [...] Связанность Федеративной Республики Германия (и всех других государств-членов) договором не является по смыслу и духу договоров односторонней, а обязывает также и основанное ими Сообщество предпринять все, чтобы решить возникший конфликт, то есть найти регулирование, которое будет соответствовать императивному требованию конституционного права Федеративной Республики Германия. Ссылка на подобный конфликт не является, следовательно, уже нарушением договора, а включает договорный механизм внутри европейских органов, который разрешает конфликт политическими средствами.

3. Статья 24 Основного закона говорит о передаче суверенных прав межгосударственным образованиям. Это нельзя понимать дословно. Статью 24 Основного закона, как и другие конституционные положения подобного основополагающего характера, следует понимать и толковать в контексте всей конституции. Это значит, что эта статья не открывает путь к изменению основной структуры конституции, на которой базируется ее идентичность, без изменения самой конституции, но с помощью законодательства межгосударственного образования. Разумеется, уполномоченные органы Сообщества могут устанавливать правовые предписания, которые уполномоченные немецкие конституционные органы не могли бы установить в соответствии с правовым регулированием Основного закона и которые, тем не менее, непосредственно действуют и применяются в Федеративной Республике Германия. Но статья 24 Основного закона ограничивает эту возможность тем, что она ставит преграду изменению договора, которое бы ликвидировало идентичность действующей конституции Федеративной Республики Германия посредством вторжения в ее

конституирующие структуры. То же самое действовало бы в отношении норм вторичного права Сообщества, которые были бы приняты на основе соответствующей интерпретации действующего договора и таким же образом затрагивали бы существенные структуры Основного закона. Статья 24 Основного закона не предоставляет собственно полномочия к передаче суверенных прав, а открывает национальную правовую систему (в установленных границах) таким образом, что исключительная гегемония Федеративной Республики Германия в сфере действия Основного закона уменьшается, и допускается непосредственное действие и применение права из другого источника внутри государственно-суверенного пространства.

4. Неотъемлемой, принадлежащей к конституционной структуре Основного закона существенной частью действующей конституции Федеративной Республики Германия является раздел Основного закона, посвященный основным правам. Статья 24 Основного закона безоговорочно запрещает ставить его под сомнение. При этом решающее значение имеет достигнутый уровень интеграции Сообщества. Ей недостает еще непосредственно демократически легитимированного, образованного в результате всеобщих выборов парламента, который обладает полномочиями законодателя и перед которым заняты в законодательной сфере органы Сообщества несут полную политическую ответственность; ей в особенности не хватает также кодифицированного каталога основных прав, содержание которого остается таким же надежным и в будущем столь же недвусмысленным, как содержание Основного закона, и поэтому допускает сравнение и решение вопроса, соответствует ли в настоящее время общеобязательный стандарт основных прав, принятый в праве Сообщества, в длительной перспективе настолько стандарту основных прав Основного закона (независимо от возможных модификаций), что установленная ст. 24 Основного закона граница не будет нарушена. Пока эта правовая уверенность, которой нельзя добиться только с помощью до сих пор благожелательной к основным правам практики Суда Европейских сообществ, еще не достигнута в ходе дальнейшей интеграции Сообщества, действует вытекающая из ст. 24 Основного закона оговорка. Таким образом, речь идет о правовом затруднении, которое возникает исключительно из находящегося в стадии поступательного развития процесса интеграции

Сообщества и прекратит существование вместе с современной переходной фазой.

Итак, пока в рассматриваемом случае коллизии права Сообщества с определенной частью национального конституционного права, а именно с конституционно-правовыми гарантиями основных прав, возникает вопрос, какое право имеет преимущество, а какое, соответственно, отступает на второй план. В этом конфликте норм побеждает гарантия основных прав Основного закона до тех пор, пока в соответствии с механизмом договора уполномоченные органы Сообщества не устранят этот конфликт норм.

[...]

177) BVerfGE 68, 1

(Atomwaffenstationierung / Размещение атомного оружия)

1. а) Норму ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона следует толковать в свете ст. 20 абз. 2 Основного закона. Расширение установленных нормой ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона полномочий Бундестага по влиянию на формирование государственной воли в сфере международных отношений, выходящее за рамки указанных там международно-правовых актов, представляло бы собой вторжение в центральную область действия исполнительной власти и противоречило бы установленному Основным законом распределению власти, ответственности и контроля.

б) Из ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона нельзя сделать вывод, что в том случае, когда действие Федерального правительства в международно-правовом пространстве регулирует политические отношения Федеративной Республики Германия или касается предметов федерального законодательства, всегда необходимо выбирать форму международно-правового договора, нуждающегося в согласии или содействии законодателя.

2. а) Ст. 24 абз. 1 Основного закона не предполагает, что передача германских суверенных прав межгосударственному образованию не может быть отменена.

б) Из ст. 24 абз. 1 Основного закона нельзя сделать вывод, что передача суверенных прав всегда имеет место только в том случае, когда межгосударственному образованию предоставляется полномочие на непосредственное вмешательство в дела отдельных лиц.

в) Ст. 24 абз. 1 Основного закона не препятствует тому, чтобы в рамках оборонительного союза суверенная территория Федеративной Республики Германия была предоставлена для размещения союзных вооруженных сил и были допущены служащие оборонительной цели этого союза командные структуры для использования этих вооруженных сил, с тем чтобы гарантировать защиту Федеративной Республики Германия от нападения и тем самым служить целостности ее конституционного строя и ее суверенитету.

3. Оценки внешнеполитического и оборонно-политического характера относятся к полномочиям Федерального правительства. Оценочным полномочиям, которыми наделено Федеральное правительство, Основной закон ставит границы лишь на случай очевидного произвола. Внутри этих предельных границ Федеральный Конституционный Суд не должен проверять, являются ли оценки Федерального правительства правильными или неправильными, поскольку правовых масштабов здесь не существует; за эти оценки полагается политическая ответственность.

4. Нормы ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона и ст. 24 абз. 1 Основного закона содержат в отношении охваченных ими сфер окончательное регулирование, наряду с которым законодательные полномочия Бундестага не вытекают просто из принципа демократии или из значения и важности решения для всего государства. При господстве демократического и парламентского порядка Основного закона правительство также демократически легитимировано в институциональном, функциональном и личностном аспектах и не ограничено с самого начала лишь совершением политически менее значимых действий.

Решение Второго Сената от 18 декабря 1984 г. – 2 BvE 13/83 –

В производстве по спору между государственными органами предъявлено требование установить, что Федеральное правительство нарушило права Бундестага, основанные на норме ст. 79 абз. 1 предл. 1 во взаимосвязи с нормами ст. 24 абз. 1, 25, а также на норме ст. 59 абз. 2 предл. 1 во взаимосвязи с нормой ст. 20 абз. 3 Основного закона, тем, что не затребовало необходимого с конституционно-правовой точки зрения предоставления полномочия в форме принятого Бундестагом закона для согласия с оснащением размещенных в Федеративной Республике Германия

вооруженных сил Соединенных Штатов Америки несущими ядерные заряды ракетами типа Першинг-2 и крылатыми ракетами [...].

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

Требование является необоснованным.

В оспоренном заявлении о согласии Федеральное правительство не вторглось и не нарушило права Бундестага, основанные на норме ст. 59 абз. 2 предл. 1 во взаимосвязи с нормой ст. 20 абз. 3 Основного закона или на норме ст. 79 абз. 1 предл. 1 во взаимосвязи с нормой ст. 24 абз. 1 Основного закона.

1.

Несомненно, что Федеральное правительство дало согласие на размещение оружейных систем на территории Федеративной Республики Германия, о которых идет речь, и что не был принят особый закон, который бы прямо уполномочивал его давать такое согласие.

Оспоренное согласие было дано в рамках Североатлантической оборонной системы. Ее правовую основу составляют Североатлантический договор от 4 апреля 1949 г. (в редакции от 17 октября 1951 г. — Сборник федерального законодательства (BGBl.), 1955, Часть II, стр. 289), Брюссельский договор от 17 марта 1948 г. об экономическом, социальном и культурном сотрудничестве и о коллективной самообороне (Договор о Западноевропейском союзе [ЗЕС] в редакции от 23 октября 1954 г. — Сборник федерального законодательства (BGBl.), 1955, Часть II, стр. 283), а также Договор от 23 октября 1954 г. о пребывании иностранных вооруженных сил в Федеративной Республике Германия (Сборник федерального законодательства (BGBl.), 1955, Часть II, стр. 253). [...] Вступление Федеративной Республики Германия в эти Договоры и заключение Договора о пребывании стояли в политическом и временном отношении в теснейшей связи с заключением Договора об отношениях между Федеративной Республикой Германия и тремя державами (Германский договор) от 26 мая 1952 г., вместе с дополнительными договорами (в редакции от 23 октября 1954 г. — Сборник федерального законодательства (BGBl.), 1955, Часть II, стр. 305), который привел к окончанию 5 мая 1955 г. оккупационного режима в Федеративной Республике Германия согласно положению его ст. 1

(сравн. Сборник федерального законодательства (BGBl.), 1955, Часть II, стр. 628; Вестник Высокой комиссии союзников (АНКАВЛ.), стр. 3272). Эти договоры установили правовые рамки для «оборонительного вклада Германии» в «защиту свободного мира», о которых шла речь в ст. 4 абз. 1 Германского договора и в Преамбуле к Договору о пребывании. Они понимаются как система договоров о коллективной самообороне в смысле ст. 51 Устава Организации Объединенных Наций — УООН — (сравн. Преамбулу и ст. 3, 7 Договора о НАТО; Преамбулу и ст. V, VI Договора о ЗЕС). Согласно статье IV Договора о Западноевропейском союзе стороны «и все созданные ими в рамках Договора органы тесно сотрудничают с Организацией Североатлантического договора. Поскольку построение параллельной военным штабам НАТО организации является нежелательным, Совет и его Ведомство в военных делах ориентируются на уполномоченные военные органы НАТО относительно получения информации и консультирования».

II.

Оспоренное заявление о согласии является оборонно-политическим актом в рамках этого договорного оборонительного союза и его исполнения; оно не обладает правовой природой заявления о заключении самостоятельного договора; норма ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона не применима к нему ни непосредственно, ни по аналогии.

[...]

4. Международно-правовые заявления такого рода не нуждаются в согласии или содействии законодательного органа в форме федерального закона в соответствии с нормой ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона.

[...]

б) [...]

Это строгое ограничение полномочий законодательного органа, установленных нормой ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона, является элементом разделения властей, как его определил Основной закон. Норму ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона следует толковать в свете нормы ст. 20 абз. 2 Основного закона. Установленное в ней в качестве принципа организационное и функциональное различие и разделение властей служит, в первую очередь, разделению политической власти и ответственности, а также контролю за носителями власти; оно также нацелено на то, чтобы государственные решения принимались по возможности правильно, а это значит органами,

которые по своей организации, составу, функциям и методам действия обладают наилучшими предпосылками для этого, и оно также имеет целью воздействовать на сдерживание государственной власти в целом. Концентрация политической власти, которая бы состояла в предоставлении Бундестагу в сфере международной политики — сверх предоставленных ему Основным законом полномочий — центральных полномочий исполнительского характера, противоречила бы установленному на сегодняшний день Основным законом принципу разделения властей, ответственности и контроля. При этом ничего не меняет тот факт, что — на федеральном уровне — только члены Бундестага избраны непосредственно народом. Конкретный порядок разделения и сбалансирования государственной власти, как он понимается Основным законом, нельзя обойти с помощью ошибочно выводимого из принципа демократии властного монизма в форме всеохватывающей парламентской оговорки (BVerfGE 49, 89 [124 и далее]). Также и принцип ответственности правительства перед парламентом предполагает необходимым образом некоторую центральную область самостоятельной ответственности исполнительной власти (BVerfGE 67, 100 [139]). Демократия, учрежденная Основным законом, является демократией *правового государства* и, что для отношений государственных органов между собой, прежде всего означает демократию, основанную на принципе разделения властей.

Расширение сферы предметного применения нормы ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона на недоговорные акты Федерального правительства по отношению к иностранным международно-правовым субъектам, даже если эти акты регулируют политические отношения, представляло бы собой вторжение в центральную область деятельности исполнительной власти с учетом того очень важного значения, которое сегодня имеет внешняя политика для существования Федеративной Республики Германия. Кроме того, это расширение перекладывало бы в значительном объеме политическую власть в противовес интересам исполнительных органов на Бундестаг в той области деятельности, которая при функциональном рассмотрении не представляет собой законодательство в смысле ст. 20 абз. 2 предл. 2 Основного закона. Ведь осуществление рассматриваемого здесь акта на уровне международного права, как таковое, принципиально не в состоянии создать правовые положения, действующие во внутрисударственном пространстве. Принципиальное отнесение актов внешнеполитического общения к компетенции исполнительной власти

покоится на предположении, что институционально и на продолжительный срок именно правительство, как правило, обладает в необходимом объеме персональными, предметными и организационными возможностями для того, чтобы оперативно и профессионально реагировать на изменчивую внешнеполитическую ситуацию и, тем самым, наилучшим образом выполнять государственную задачу по ответственному проведению внешней политики. Это не противоречит тенденции усиливающейся парламентаризации внешнеполитической власти, которая также проявляется в норме ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона; ведь органы исполнительной власти также выводят свою институциональную и функциональную демократическую легитимацию из сформулированного в ст. 20 абз. 2 Основного закона основополагающего решения создателей конституции (BVerfGE 49, 89 [125]). Они обладают также персональной демократической легитимацией, которая получена через цепь индивидуальных, связанных с активными гражданами актов назначения на должность и освобождения от нее, принимая здесь во внимание в особенности положения ст. 38, 63, 64 и 67 Основного закона [...].

[...]

У Бундестага, который отвергает такие решения, остаются — также и во внешней политике — его парламентские контрольные полномочия; он может при необходимости избрать нового федерального канцлера и тем самым вызвать отставку прежнего правительства; он может использовать свою бюджетную компетенцию — согласительную компетенцию в отношении актов такого рода, как рассматриваемый здесь акт, норма ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона за ним не признает.

III.

Норма ст. 24 абз. 1 Основного закона не нарушена.

1. [...]

в) Оспоренное согласие, в той мере, в которой оно имеет правовые последствия для разрешения на применение войск и для военно-оперативных решений об их применении, следует тем самым квалифицировать как передачу суверенных прав Организации Североатлантического пакта в смысле нормы ст. 24 абз. 1 Основного закона.

[...]

аа) НАТО является межгосударственным образованием в смысле нормы ст. 24 абз. 1 Основного закона.

[...]

2. [...]

б) Согласно норме ст. 24 абз. 1 Основного закона законодателю принадлежит право самостоятельно принимать решения о том, передавать ли и в каком объеме суверенные права межгосударственным организациям. Передача осуществляется через международно-правовые акты; полномочие на это должно предоставляться «законом». Этому конституционно-правовому требованию в данном случае отвечают Закон о вступлении Федеративной Республики Германия в Брюссельский договор и в Североатлантический договор от 24 марта 1955 г. (Сборник федерального законодательства (BGBl.), Часть II, стр. 256), а также Закон о Договоре от 23 октября 1954 г. о пребывании иностранных вооруженных сил в Федеративной Республике Германия от 24 марта 1955 г. (Сборник федерального законодательства (BGBl.), Часть II, стр. 253); оба закона должны при этом рассматриваться в связи с системой Союза, составными частями которой данные договоры являются.

[...]

аа) (1) Североатлантический договор не содержит предписаний, которые однозначно признают за НАТО полномочия, соответствующие заявлению о согласии. Между тем отсюда не следует, что в рассматриваемом случае не удовлетворены требования нормы ст. 24 абз. 1 Основного закона. Как Сенат указал в своем решении от 23 июня 1981 г. (BVerfGE 58, 1 [36 и далее]), сферу действия оговорки о законе в ст. 24 абз. 1 Основного закона следует определять также с учетом того, как учреждения в смысле этой нормы были созданы на межгосударственном уровне и как они функционируют. Обычно это происходит в рамках процесса интеграции. В ходе его развития требуются многочисленные исполнительные акты, чтобы достичь состояния, предусмотренного учредительным договором. Правовые формы, в которых это происходит, могут быть разнообразными. Даже там, где в самом учредительном договоре не были определены интеграционные процессы по содержанию, форме и времени, не требуется с самого начала для отдельных исполнительских шагов специальный закон в смысле нормы ст. 24 абз. 1 Основного закона. Можно обойтись без него и там, где уже в учредительном договоре, утвержденном законодателем, этот будущий исполнительский процесс был достаточно определенно установлен. Однако существенные изменения установленной в нем интеграционной программы и ее исполнения не могут быть

охвачены первоначальным согласительным законом в смысле нормы ст. 24 абз. 1 Основного закона. Масштабы такой достаточной определенности должны быть при этом взяты из своеобразия регулируемых учредительным договором фактических обстоятельств в свете защищенных нормой ст. 24 абз. 1 Основного закона правовых благ, как и из установленной данной нормой свободы реализации и ее практической осуществимости в международной сфере.

(2) С учетом этого передача полномочий на применение рассматриваемых в данном случае размещенных в Федеративной Республике Германия систем вооружения посредством оспариваемого согласия Федерального правительства не требовала особого закона согласно ст. 24 абз. 1 Основного закона.

[...]

178) BVerfGE 73, 339

(Solange II / Пока II)

[...]

2. Пока Европейские сообщества, в частности судебная практика Суда Европейских сообществ, в целом обеспечивают действенную защиту основных прав против суверенной власти Сообществ, которая в значительной части равна защите основных прав как неотъемлемому требованию Основного закона и, как минимум, гарантирует сущностное содержание основных прав, Федеральный Конституционный Суд больше не будет осуществлять свою юрисдикцию в отношении вопроса о применимости производного права Сообщества, которое используется как правовое основание германскими судами или ведомствами на суверенной территории Федеративной Республики Германия, и больше не будет проверять это право с точки зрения основных прав Основного закона; тем самым соответствующие запросы согласно норме ст. 100 абз. 1 Основного закона являются недопустимыми.

Решение Второго Сената от 22 октября 1986 г.

– 2 BvR 197/83 –

в производстве по делу по рассмотрению конституционной жалобы Ф. на решение Федерального административного суда от 1 декабря 1982 г. — 7 C87.78.

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

I.

1. [...]

б) [...] письмом от 9 июля 1976 г. заявитель жалобы запросила у уполномоченного Федерального ведомства по продовольствию и лесному хозяйству (Ведомство) разрешение на ввоз одной тысячи тонн консервированных шампиньонов из Тайваня. Этот запрос был отклонен со ссылкой на положения Регламента (ЕЭС) № 2107/74.

После безуспешной попытки обжалования в административном порядке заявитель подала заявление [...]

2. [...]

г) В последующем производстве в Федеральном административном суде заявитель заявила о нарушении ряда конституционных норм, потребовала приостановить производство по делу и либо в соответствии с положением ст. 100 абз. 1 Основного закона поставить перед Федеральным Конституционным Судом вопрос о возможности применения на территории Федеративной Республики Германия Регламентов (ЕЭС) № 1412/76 и № 2284/76 с учетом толкования, которое было дано Судом Европейских сообществ в решении от 6 мая 1982 г. по делу 126/81, либо вновь обратиться в Суд Европейских сообществ в соответствии с положением ст. 177 абз. 3 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества.

[...]

Б.

[...]

II.

Нельзя установить, что оспариваемое решение Федерального Административного Суда нарушает основные права заявителя жалобы, определенные положениями ст. 12 абз. 1 и ст. 2 абз. 1 во взаимосвязи с положениями ст. 20 абз. 3 Основного закона (принципы пропорциональности и правовой определенности).

1. Доводы заявителя жалобы о том, что преюдициальное решение Суда Европейских сообществ и Регламенты Европейской Комиссии № 1412/76 и № 2284/76 в толковании суда нарушают указанные основные права,

закрепленные в Основном законе, и, следовательно, не могли применяться в указанный период в сфере действия Основного закона ведомствами и судами Федеративной Республики Германия, являются неосновными; передача Федеральным административным судом Регламентов на рассмотрение в Федеральный Конституционный Суд в соответствии с положением ст. 100 абз. 1 Основного закона была бы недопустимой.

а) Положения ст. 24 абз. 1 Основного закона позволяют открыть правовую систему Федеративной Республики Германия таким образом, что исключительный суверенитет государства на его суверенной территории будет отозван и будет разрешено прямое действие иного права на этой территории [...]. Хотя положения ст. 24 абз. 1 Основного закона сами по себе не устанавливают прямое действие и применение права межгосударственного образования, она непосредственно регулирует отношение между этим правом и национальным правом, то есть вопрос о преимуществе применения. Действие и применение на национальном уровне, как и возможное признание *на национальном уровне* преимущества действия и применения международных договоров — также и того рода, как рассматриваемый договор, — не вытекают просто из общих положений международного права. Современное международное право не содержит каких-либо общих правил, вытекающих из единообразной государственной практики и правовой убежденности, согласно которым государства обязаны инкорпорировать международные договоры в национальное право и предоставлять им преимущество в действии и применении по отношению к национальному праву. Преимущественное право действия и применения внутри государства вытекает исключительно из соответствующего национального распоряжения о применении права, в том числе и относительно договоров, в которых, согласно их содержанию, стороны обязуются предоставить им преимущественное право применения на национальном уровне. Положения ст. 24 абз. 1 Основного закона в соответствии с конституцией позволяют заключать договоры, согласно которым посредством соответствующего императивного указания происходит передача суверенных прав межгосударственным образованиям, и предоставляется преимущественное право действия и применения по отношению к национальному праву Федеративной Республики Германия. Это произошло в отношении договоров о Европейских сообществах и разработанных на их основе органами Сообществ правовых

норм в форме законов об одобрении к договорам согласно положениям ст. 24 абз. 1 и ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона. Из указания в Законе об одобрении Договора об учреждении Европейского экономического сообщества на применение права, которое основывается на положении ст. 189 абз. 2 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества, следует прямое действие регламентов Сообщества в Федеративной Республике Германия и их преимущественное применение по отношению к национальному праву.

б) Однако полномочие на основании положений ст. 24 абз. 1 имеет конституционно-правовые границы. Данная норма не предоставляет право на отказ от идентичности действующего конституционного порядка Федеративной Республики Германия путем передачи суверенных прав межгосударственному образованию, если этот отказ будет связан с вторжением в основополагающие структуры конституционного порядка (о сравнимых границах итальянской конституции и решениях Верховного Конституционного Суда Италии сравн. А. Ла Пергола и П. Дел Дука, *Право Сообществ, международное право и Конституция Республики Италия*, Американский журнал международного права, вып. 79 (1985), стр. 598 и далее, стр. 609 и далее / A. La Pergola und P. Del Duca, *Community Law, International Law and the Italian Constitution*, in *The American Journal of International Law*, vol. 79 (1985), S. 598 ff., S. 609 ff.). Это правило действует главным образом в отношении правоприменительных актов межгосударственного образования, которые подчас вследствие соответствующего толкования или дальнейшего развития положений учредительных договоров ослабляют важнейшие структуры Основного закона. В любом случае правовые принципы, лежащие в основе раздела об основных правах Основного закона, являются неотъемлемыми, относящимися к основополагающим функциям действующей конституции, ее существенными элементами [...]. Положения ст. 24 абз. 1 Основного закона не позволяют безосновательно ограничивать эти правовые принципы. Поскольку и в той мере, в какой вместе с учреждением межгосударственного образования в соответствии с положениями ст. 24 абз. 1 Основного закона создается также суверенная власть, которая обладает возможностью на суверенной территории Федеративной Республики Германия вмешиваться в сущностные элементы основных прав, признанных Основным законом, и если при этом существующая согласно Основному закону правовая защита должна

прекратиться, то необходимо вместо нее разработать регулирование основных прав, которое по своему содержанию и действию было бы в существенных моментах подобно защите основных прав, неотъемлемость которой установлена в Основном законе. Как правило, для этого требуется предоставление защиты личных прав посредством независимых судов, наделенных достаточными полномочиями, необходимыми для осуществления правовой защиты, правом принимать решения и осуществлять проверку правовых вопросов и фактических обстоятельств, которые в рамках надлежащего законного производства будут приводить к решениям, основанным на соответствующих предмету спора обвинениях при получении определенной по своему выбору юридической помощи, и которые смогут в случае нарушения принятым решением какого-то основного права обоснованно и эффективно его санкционировать.

в) Федеральный Конституционный Суд в своем решении от 29 мая 1974 г. (BVerfGE 37, 271 [280 и далее]) установил, что с учетом существовавшего в то время уровня интеграции в Европейском сообществе общий обязательный стандарт основных прав в законодательстве Сообщества не демонстрировал еще свою правовую надежность, но этот стандарт должен стать в перспективе, независимо от будущих изменений, соответствующим стандарту основных прав Основного закона настолько, что границы, которые устанавливают положения ст. 24 абз. 1 Основного закона для применения вторичного права Сообщества на суверенной территории Федеративной Республики Германия, не будут нарушены.

[...]

г) По мнению Сената, в суверенной сфере Европейских сообществ защита основных прав уже настолько возросла, что по своей концепции, содержанию и эффективности в существенных моментах соответствует стандарту основных прав Основного закона. За прошедшее время все основные институты Сообщества сделали важные юридически значимые заявления о том, что при реализации своих полномочий и достижении целей Сообщества они будут рассматривать в качестве своей правовой обязанности соблюдение основных прав, как они, в частности, сформулированы *в конституциях государств — членов Сообщества и в Европейской конвенции о защите прав человека*. Не существует никаких серьезных причин для сомнения в том, что достигнутый в праве Сообщества стандарт основных прав недостаточно прочен и имеет лишь временный характер.

аа) Этот стандарт основных прав за последнее время благодаря, прежде всего, судебной практике Суда Европейских сообществ был содержательно дополнен, укреплен и достаточно защищен.

[...]

д) По сравнению со стандартом основных прав Основного закона возможно, что достигнутая за последнее время благодаря судебной практике Суда Европейских сообществ гарантия защиты основных прав, которая естественным образом развивалась на основе судебной практики, все еще демонстрирует пробелы в том смысле, что определенные, признанные Основным законом принципы основных прав, такие как вид, содержание или границы действия некоторых основных прав, еще не становились предметом рассмотрения Суда в отдельных случаях. Решающими факторами здесь является принципиальная позиция, которую в настоящее время занимает Суд Европейских сообществ по отношению к вопросу о связанности Сообщества основными правами, о нормативном закреплении основных прав в законодательстве Сообщества и их нормативной связи (в этой части) с конституциями государств-членов и с Европейской конвенцией о защите прав человека, а также то фактическое значение, которое защита основных прав получила в практике Суда. Хотя указанные утверждения институтов Европейского сообщества и Совета Европы по своей форме и лишены договорного характера, а Сообщество как таковое не является членом Европейской конвенции о защите прав человека, тем не менее данные акты как в отношении их действия внутри Сообщества, так и в отношениях Сообщества с государствами-членами имеют существенное правовое значение:

Они выражают официальную согласованную правовую позицию государств-членов и институтов Сообщества относительно связанности Сообщества гарантией основных прав, как они вытекают из конституций государств-членов, и, будучи общими правовыми принципами, выступают как первичное право Сообщества; как единогласное выражение подхода к договорам Сообщества они также с международно-правовой точки зрения являются важными для определения содержания договоров [...]. Таким образом, заявления также усиливают компетенцию и ответственность Суда Сообщества, который должен осуществлять защиту основных прав и связанных с ними правовых принципов с позиций права Европейского сообщества и в соответствии с действующими в отношении

него процессуальными нормами. В отношении таких вопросов, как доступность суда, существующие виды производства [...], компетенция Суда по проверке и принятию решений, процессуальные принципы и действие его решений, данные процессуальные нормы разработаны таким образом, что в целом гарантируют эффективную защиту основных прав, которая в существенных отношениях подобна защите основных прав как неотъемлемому принципу Основного закона.

[...]

Учитывая уже достигнутый уровень развития судебной практики Суда Европейских сообществ, нельзя ожидать, что в результате нормативного переплетения права Сообщества с конституциями государств-членов произойдет снижение стандарта основных прав в праве Сообщества в такой степени, что можно будет говорить о несоответствии общепризнанным стандартам защиты основных прав.

[...]

е) С учетом этого развития следует констатировать: Пока Европейские сообщества, в частности судебная практика Суда Европейских сообществ, в целом обеспечивают действенную защиту основных прав против суверенной власти Сообществ, которая в значительной части равна защите основных прав как неотъемлемому требованию Основного закона и, как минимум, гарантирует сущностное содержание основных прав, Федеральный Конституционный Суд больше не будет осуществлять свою юрисдикцию в отношении вопроса о применимости производного права Сообщества, которое используется как правовое основание германскими судами или ведомствами на суверенной территории Федеративной Республики Германия, и больше не будет проверять это право с точки зрения основных прав Основного закона; тем самым соответствующие запросы согласно норме ст. 100 абз. 1 Основного закона являются недопустимыми.

179) BVerfGE 89, 155)

(Maastricht / Маастрихт)

1. Положения ст. 38 Основного закона исключают в сфере применения ст. 23 Основного закона возможность того, чтобы определяемая выборами легитимация государственной власти и оказание влияния на ее

исполнение были бы настолько выхолащены передачей задач и полномочий Бундестага, что это приведет к нарушению демократического принципа, который признан неприкосновенным согласно ст. 79 абз. 3 во взаимосвязи с положениями ст. 20 абз. 1 и 2 Основного закона.

2. Принцип демократии не препятствует членству Федеративной Республики Германия в организованном на наднациональном уровне межгосударственном сообществе. Однако предпосылкой членства является то, чтобы исходящие от народа легитимация и влияние были бы обеспечены также и внутри союза государств.

3. а) Если союз демократических государств принимает на себя выполнение суверенных задач и связанных с ними суверенных полномочий, то, прежде всего, именно народы государств-членов должны демократически легитимировать это через национальные парламенты. Вместе с этим происходит демократическая легитимация посредством взаимосвязи европейских органов с парламентами государств-членов; в будущем в результате роста взаимосвязи европейских наций и в рамках институциональных полномочий Европейского союза демократическая легитимация будет исходить от избранного гражданами государств-членов Европейского парламента.

б) Решающим является то, что демократические основания Союза постепенно формируются вместе с интеграцией и что в ходе развития интеграции также продолжает функционировать живая демократия в государствах-членах.

4. Если, как в настоящее время, граждане государств выражают демократическую легитимацию через национальные парламенты, то этим устанавливаются границы расширения задач и полномочий Европейских сообществ по одному лишь принципу демократии. У германского Бундестага должны оставаться задачи и полномочия существенного значения.

5. В этой связи статья 38 Основного закона будет нарушена, если закон, который открывает немецкую правовую систему для непосредственного действия и применения права — наднациональных — Европейских сообществ, не дает достаточно четкого определения передаваемых прав и планируемой программы интеграции (сравн. BVerfGE 58, 1 [37]). Это одновременно означает, что более поздние существенные изменения интеграционных программ, установленных Договором о Европейском союзе, и его функциональных полномочий не покрываются больше Законом

об одобрении к этому Договору. Федеральный Конституционный Суд проверяет, не нарушают ли правовые акты европейских учреждений или органов границы переданных им суверенных прав (сравн. BVerfGE 75, 223).

6. При толковании учреждениями и органами Сообществ норм касательно их полномочий следует иметь в виду, что Союзный договор проводит принципиальное различие между передачей в установленных границах суверенных полномочий и изменениями Договора, поэтому результат такого толкования не должен означать расширение Договора; подобное толкование норм о полномочиях не будет иметь обязательной силы для Германии.

7. Акты особой публичной власти наднациональной организации, отличной от публичной власти государств-членов, также затрагивают носителей основных прав в Германии. При этом они затрагивают гарантии Основного закона и задачи Федерального Конституционного Суда, которые включают в себя защиту основных прав в Германии, и не только перед германскими государственными органами (отклонение от: BVerfGE 58, 1 [27]). В любом случае Федеральный Конституционный Суд исполняет свои полномочия касательно применимости производного права Сообщества в Германии с учетом «кооперационных отношений» с Судом Европейских сообществ.

8. Договор о Европейском союзе основывает объединение государств для осуществления более тесного союза — государственно организованных — народов Европы, а не государство, опирающееся на государственный народ Европы.

9. а) Положения абз. 3 ст. F Договора о Европейском союзе не уполномочивают Союз самостоятельно осуществлять сбор финансовых или иных средств, которые он считает необходимыми для достижения своих целей.

б) Статья L Договора о Европейском союзе исключает юрисдикцию Суда Европейского союза только в отношении тех норм Договора о Европейском союзе, которые не уполномочивают Союз на осуществление мер, затрагивающих носителей основных прав в суверенной области государств-членов.

в) Ратификацией Договора о Европейском союзе Федеративная Республика Германия не подчиняет себя необозримому, в его «автоматизме» более неуправляемому движению к валютному союзу; Договор открывает путь к постепенной дальнейшей интеграции европейского правового

сообщества, которая зависит в каждом следующем шаге либо от предпосылок, в настоящее время прогнозируемых Парламентом, либо от последующего, подпадающего под влияние Парламента согласия Федерального правительства.

**Решение Второго Сената от 12 октября 1993 г.
– 2 BvR2134/92, 2 BvR2159/92 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

Конституционные жалобы касаются участия Федеративной Республики Германия в учреждении Европейского союза посредством принятия Закона о внесении изменений в Основной закон от 21 декабря 1992 г. (Сборник федерального законодательства (BGBl.), Часть I, стр. 2086) и Закона от 28 декабря 1992 г. к Договору о Европейском союзе от 7 февраля 1992 г. (Сборник федерального законодательства (BGBl.), Часть II, стр. 1251).

I.

1. 7 февраля 1992 г. в нидерландском городе Маастрихт был подписан разработанный государствами — членами Европейских сообществ Договор о Европейском союзе. Согласно вводной статье этого договора процесс европейской интеграции, начатый учреждением Европейских сообществ, достиг «нового этапа в создании как никогда ранее сплоченного союза народов Европы» (ст. А абз. 2 Договора о Европейском союзе).

а) Посредством заключения Договора о Европейском союзе стороны совместно учреждают «Европейский союз» (ст. А абз. 1 Договора о Европейском союзе). Его задача — развивать сплоченные и солидарные отношения между государствами-членами и их народами (ст. А абз. 3 предл. 2 Договора о Европейском союзе). В соответствии с более конкретными положениями ст. Б Договора о Европейском союзе Союз ставит перед собой следующие цели: создать единое экономическое и социальное пространство без внутренних границ, учредить экономический и валютный союз — в перспективе с единой валютой, отстаивать самостоятельность Союза на международном уровне, прежде всего с помощью общей внешней политики и политики безопасности — в перспективе посредством формирования совместной оборонной политики, ввести общее

гражданство Союза, развивать сотрудничество в сфере юстиции и во внутренней политике, а также всемерно поддерживать и развивать всеобщее благосостояние. Согласно положениям ст. F абз. 3 Договора о Европейском союзе Союз наделяет себя средствами, необходимыми для достижения своих целей и осуществления своей политики.

Основу Европейского союза образуют три существующих Европейских сообщества (Европейское экономическое сообщество [ЕЭС], сейчас — Европейское сообщество [ЕС], Европейское объединение угля и стали [ЕОУС], Европейское сообщество по атомной энергии [ЕВРАТОМ]), которые дополняются двумя введенными Договором о Европейском союзе формами сотрудничества: сотрудничеством в области общей внешней политики и политики безопасности (ст. В п. 2, ст. J Договора о Европейском союзе) и сотрудничеством в сфере юстиции и внутренних дел (ст. В п. 4, ст. К п. 4 Договора о Европейском союзе) — так называемая «концепция трех опор» (ст. А абз. 3 Договора о Европейском союзе). Европейский совет, в состав которого входят главы государств и правительств государств-членов, а также Председатель Комиссии, дает Союзу необходимый для его развития побудительный импульс и определяет его общие политические ориентиры для этого развития (ст. D Договора о Европейском союзе).

б) «Европейское экономическое сообщество» преобразуется в «Европейское сообщество» с дополнительными задачами и полномочиями (ст. G Договора о Европейском союзе). С учетом этого Договор об учреждении Европейского экономического сообщества (ДЕЭС) будет изменен. В своей новой редакции — как Договор об учреждении Европейского сообщества — он продолжает придерживаться принципа ограниченной компетенции (ст. 3 б абз. 1, ст. 4 а абз. 1 предл. 2, ст. 4 б, ст. 189 абз. 1 Договора об учреждении Европейского сообщества). В соответствии с принципом субсидиарности (ст. 3 абз. 2 Договора об учреждении Европейского сообщества) в тех областях, которые не подпадают под его исключительную компетенцию, Сообщество действует только в том случае, если и поскольку цели предполагаемого действия не могут быть достигнуты в достаточной мере государствами-членами и поэтому, в силу масштаба и результатов предполагаемого действия, могут быть более успешно достигнуты Сообществом. Положения ст. 3 б абз. 3 Договора об учреждении Европейского сообщества устанавливают, что действия Сообщества

не должны идти далее того, что необходимо для достижения целей Договора. б 1) Договор о Европейском союзе устанавливает гражданство Союза, которое выводится из гражданства одного из государств-членов (ст. 8 Договора об учреждении Европейского сообщества), определяет право на свободное передвижение (ст. 8 а Договора об учреждении Европейского сообщества), определяет активное и пассивное избирательное право на муниципальных выборах в стране проживания, а также устанавливает право участвовать в выборах в Европейский парламент в зависимости от места проживания и тем самым отменяет зависимость от гражданства (ст. 8 б Договора об учреждении Европейского сообщества). Каждый гражданин Союза имеет право на субсидиарную защиту со стороны дипломатических или консульских учреждений любого государства-члена в соответствии с положениями ст. 8 в Договора об учреждении Европейского сообщества. Кроме того, Договор содержит принципы общей визовой политики (ст. 100 в Договора об учреждении Европейского сообщества; ст. К.1 № 2 Договора о Европейском союзе). б 2) Договор о Европейском союзе устанавливает дальнейшие задачи и полномочия Европейского сообщества в области образовательной политики (ст. 126 Договора об учреждении Европейского сообщества), профессионального обучения (ст. 127 Договора об учреждении Европейского сообщества), политики в области культуры (ст. 128 Договора об учреждении Европейского сообщества), здравоохранения (ст. 129 Договора об учреждении Европейского сообщества), защиты потребителей (ст. 129 а Договора об учреждении Европейского сообщества) и трансъевропейских сетей (ст. 129 б и далее Договора об учреждении Европейского сообщества). В ст. 130 г Договора об учреждении Европейского сообщества и в Протоколе об экономической и социальной солидарности стороны договорились о создании фонда сплочения, который будет использовать финансовые средства Сообщества для финансирования проектов в области окружающей среды и создания трансъевропейских сетей в сфере транспортной инфраструктуры. б 3) Запланированный еще с 1972 г. экономический и валютный союз учреждается отныне на основе положений раздела VI Договора об учреждении Европейского сообщества. В то время как экономическая политика государств-членов, согласно нормам ст. 102 а и далее Договора об учреждении Европейского сообщества, должна быть скоординированной и руководствоваться основными положениями Сообщества

о достижении конвергенции экономик государств-членов, валютная политика будет постепенно унифицирована и передана в руки Европейской системы центральных банков (ЕСЦБ) (ст. 105 и далее Договора об учреждении Европейского сообщества).

Первый этап (этап конвергенции) экономического и валютного союза, который начался еще 1 июля 1990 г., должен быть дополнен Европейской валютной системой (ЕВС) благодаря содействию всех государств-членов. В соответствии со ст. 109 д Договора об учреждении Европейского сообщества за ним с 1 января 1994 г. последует второй этап (этап координации), который подготовит завершение создания экономического и валютного союза. [...] На этом этапе создается Европейский валютный институт. Он является предшественником Европейского центрального банка (ЕЦБ) и подготавливает его деятельность на третьем этапе (ст. 109 е Договора об учреждении Европейского сообщества).

На третьем этапе компетенции государств-членов в отношении всей валютной политики (денежной, кредитной, процентной политики и политики в сфере обменных курсов) передаются Европейскому сообществу. С этой целью создаются независимые Европейская система центральных банков и Европейский центральный банк (ст. 4 а во взаимосвязи со ст. 105 и далее Договора об учреждении Европейского сообщества). Переход на третий этап зависит от того, достаточное ли количество государств-членов выполнило определенные требования по стабильности цен, допустимого уровня бюджетного дефицита, стабильности обменного курса и процентной ставки (критерии конвергенции; ст. 109 к абз. 1 Договора об учреждении Европейского сообщества во взаимосвязи с Протоколом о критериях конвергенции). Не позднее конца 1996 г. Совет Европейских сообществ (при участии руководителей и глав правительств государств-членов) принимает квалифицированным большинством решение о том, выполнило ли большинство государств-членов необходимые условия и целесообразно ли переходить к третьему этапу. Если Совет подтвердит это, то можно устанавливать срок для учреждения Европейского центрального банка и введения единой валюты (ст. 109 к абз. 3 Договора об учреждении Европейского сообщества). В противном случае третий этап должен начаться не позднее 1 января 1999 г. (ст. 109 к абз. 4 Договора об учреждении Европейского сообщества).

[...]

Б.

[...]

1. Заявитель жалобы [...] обоснованно указал, что Закон об одобрении может нарушить его право, предусмотренное положениями ст. 38 абз. 1 Основного закона.

а) [...] Статья 38 Основного закона не только гарантирует наличие у гражданина избирательных прав на выборах в германский Бундестаг и соблюдение при этих выборах конституционно-правовых принципов избирательного права. Гарантия распространяется также на фундаментальное демократическое содержание этого права: гражданам ФРГ, обладающим избирательным правом, гарантируется субъективное право участвовать в выборах германского Бундестага и тем самым содействовать легитимации государственной власти народом на федеральном уровне и оказывать влияние на ее исполнение.

[...]

Если германский Бундестаг передает свои задачи и полномочия, в частности в сфере законодательства и контроля за другими органами государственной власти, то это затрагивает предметную область, на которую распространяется демократическое содержание ст. 38 Основного закона. Принимая во внимание существование Европейского союза и относящихся к нему Европейских сообществ, положения ст. 38 абз. 1 Основного закона уполномочивают федерального законодателя с соблюдением указанных в них условий передавать Европейскому союзу свои суверенные полномочия, применение которых ограничено положениями ст. 79 абз. 2 и 3 Основного закона (ст. 23 абз. 3 Основного закона). Это положение конституции было принято законодателем, изменяющим конституцию, специально для целей европейской интеграции и ее развития. Тем самым оно определяет также гарантированное содержание права, установленного ст. 38 Основного закона. Положения ст. 38 Основного закона исключают в сфере применения ст. 23 Основного закона возможность того, чтобы определяемая выборами легитимация государственной власти и оказание влияния на ее исполнение были бы настолько выхолащены передачей задач и полномочий Бундестага, что это приведет к нарушению демократического принципа, который признан неприкосновенным согласно ст. 79 абз. 3 во взаимосвязи с положениями ст. 20 абз. 1 и 2 Основного закона.

Право заявителя жалобы согласно ст. 38 Основного закона может быть нарушено тогда, когда полномочия германского Бундестага будут переданы учрежденному правительствами органу Европейского союза или Европейских сообществ в таком объеме, что больше не смогут быть выполнены минимальные требования демократической легитимации противопоставленной гражданам государственной власти, которые определены положениями ст. 20 абз. 1 и 2 во взаимосвязи с положениями ст. 79 абз. 3 Основного закона.

[...]

2. [...]

б) Жалоба заявителя на то, что его основные права нарушены тем, что они отныне гарантированы не только для Германии и немецкими органами власти, а как европейские основные права они, скорее, имеют иное содержание, не подлежит [...] удовлетворению. Установленная в Преамбуле к Основному закону и урегулированная в ст. 23 и 24 Основного закона открытость к европейской интеграции имеет своим следствием то, что существенное для основных прав вмешательство может исходить также от европейских органов, и в связи с этим должна быть гарантирована защита основных прав на всем пространстве действия этих мер; при этом, в частности, расширяется пространство применения прав на свободу и масштабы перспективы применения принципа равенства.

Это не вызывает какого-либо значительного уменьшения стандартов основных прав. Благодаря своим полномочиям Федеральный Конституционный Суд гарантирует [...], что эффективная защита основных прав жителей Германии в целом обеспечена и в отношении суверенной власти Сообществ, и что эта защита в существенных моментах равна защите основных прав как обязательному требованию Основного закона, как минимум, гарантировано сущностное содержание основных прав. Федеральный Конституционный Суд обеспечивает это сущностное содержание также и по отношению к суверенной власти Сообщества [...]. Акты особой публичной власти наднациональной организации, отличной от публичной власти государств-членов, также затрагивают носителей основных прав в Германии. При этом они затрагивают гарантии Основного закона и задачи Федерального Конституционного Суда, которые включают в себя защиту основных прав в Германии, и не только перед германскими государственными органами (отклонение от: BVerfGE 58,

1 [27]). В любом случае Федеральный Конституционный Суд исполняет свои полномочия касательно применимости производного права Сообщества в Германии с учетом «кооперационных отношений» с Судом Европейских сообществ, в рамках которых Суд Европейских сообществ гарантирует защиту основных прав в каждом конкретном случае на всей территории Европейского сообщества, а Федеральный Конституционный Суд может поэтому [...] ограничиться общей гарантией неотъемлемых стандартов основных прав.

[...]

В.

[...]

I.

[...]

2. [...]

а) Если Федеративная Республика Германия станет членом способного к суверенным действиям сообщества государств и если этому сообществу государств предоставляются самостоятельные суверенные полномочия (и то и другое однозначно допускается Основным законом для осуществления идеи Объединенной Европы, ст. 23 абз. 1 Основного закона), то в связи с этим демократическая легитимация не может быть установлена в той же форме, как при государственном порядке, единообразно и окончательно регулируемом государственной конституцией. Если наднациональным организациям передаются суверенные права, то избранный народом представительный орган, германский Бундестаг, а вместе с ним и обладающие избирательными правами граждане необходимым образом теряют влияние на процессы формирования политической воли и принятия решений.

[...]

б) [...] б 2) В объединении государств в Европейском союзе [...] демократическая легитимация происходит необходимым образом посредством взаимосвязи европейских органов с парламентами государств-членов; в будущем в результате роста взаимосвязи европейских наций и в рамках институциональных полномочий Европейского союза демократическая легитимация будет исходить от избранного гражданами государств-членов Европейского парламента. Уже на нынешней фазе развития легитимация через Европейский парламент получает подкрепляющую

функцию, которая может усилиться, когда Парламент будет избран на основе единообразно действующего во всех государствах-членах избирательного права в соответствии с положениями ст. 138 абз. 3 Договора об учреждении Европейского сообществ, и возрастет его влияние на политику и законодательство Европейских сообществ.

Решающим фактором является то, что демократические основы Союза закладываются параллельно с интеграцией и что даже при развитии интеграции сохраняется живая демократия в государствах-членах. Перекос в пользу задач и полномочий в сфере ответственности европейского межгосударственного объединения мог бы привести к существенному ослаблению демократии на государственном уровне, так что парламенты государств-членов не смогут в должной мере выражать легитимацию переданной Союзу суверенной власти.

Если, как в настоящее время, граждане государств выражают демократическую легитимацию через национальные парламенты, то этим устанавливаются границы расширения задач и полномочий Европейских сообществ по одному лишь принципу демократии. Каждый из народов государств-членов является исходным пунктом для действующей в отношении этого народа государственной власти. Государства нуждаются в достаточно важных собственных задачах, в которых соответствующий народ государства может выразить и реализовать себя в ходе легитимированного и определенного им самим процесса формирования политической воли [...].

[...]

3. Поскольку обладающие избирательным правом немцы реализуют свое право на участие в демократической легитимации учреждений и органов, наделенных полномочием исполнять суверенную власть, прежде всего посредством участия в выборах германского Бундестага, то Бундестаг должен, в том числе, решать вопросы членства Германии в Европейском союзе, его продолжения и развития.

В этой связи статья 38 Основного закона будет нарушена, если закон, который открывает немецкую правовую систему для непосредственного действия и применения права — наднациональных — Европейских сообществ, не дает достаточно четкого определения передаваемых прав и планируемой программы интеграции [...]. Если четко не установлено, в каком объеме и размере немецкий законодатель согласовал передачу

осуществления суверенных прав, то это приведет к возможности использования прямо не указанных задач и полномочий со стороны Европейских сообществ. Это походило бы на генеральную доверенность и означало бы отчуждение, от которого защищает статья 38 Основного закона.

[...] Если [...] европейские учреждения или органы стали бы использовать или развивать Договор о Европейском союзе таким образом, что он вышел бы за рамки договора, который лежал в основе германского Закона об одобрении, то основанные на нем правовые акты не были бы обязательными на суверенной территории Германии. Германским государственным органам было бы не дозволено в силу конституции применять эти правовые акты в Германии. В этой связи Федеральный Конституционный Суд проверяет, не нарушают ли правовые акты европейских учреждений или органов границы переданных им суверенных прав [...].

II.

Договор о Европейском союзе в той мере, в какой он подлежит проверке в рамках настоящего дела, отвечает этим требованиям.

[...]

1. а) [...]

Компетенции и полномочия, переданные Европейскому союзу и относящимся к нему Сообществам, остаются в той мере, в которой они осуществляются на основе переданных суверенных прав, в основном в области деятельности экономического сообщества. [...]

Федеративная Республика Германия [...] и после вступления в силу Договора о Европейском союзе является членом объединения государств, общая власть в котором исходит от государств-членов и может иметь обязательную силу на суверенной территории Германии только благодаря указанию о правоприменении. Германия является одним из «патронов договоров», которые основывают свою связь с заключенным «на неограниченный срок» Союзным договором (ст. Q Договора о Европейском союзе) на стремлении к долгосрочному членству, однако это членство может быть в конечном счете прекращено посредством акта об обратном. Действие и применение европейского права в Германии зависят от указания о правоприменении в Законе об одобрении. Тем самым Германия охраняет на основе своего права статус суверенного государства [...].

б) Необходимое влияние Бундестага обеспечено, прежде всего, посредством того, что согласно ст. 23 абз. 1 Основного закона для членства

Германии в Европейском союзе и его развития через изменение его договорных оснований необходим закон, который в соответствии с нормой предл. 3 нуждается в установленном в ст. 79 абз. 2 Основного закона квалифицированном большинстве. Кроме того, Бундестаг принимает участие в реализации прав Германии как государства-члена в европейских органах. Согласно положениям ст. 23 абз. 2 и 3 Основного закона и принятого во исполнение этих норм Закона о сотрудничестве Федерального правительства и германского Бундестага в делах Европейского союза от 12 марта 1993 г. [...] он участвует в формировании воли государства в этих делах. Эти взаимосвязанные полномочия Федерального правительства и Бундестага подлежат исполнению в целях достижения доверия между государственными органами.

Наконец, Бундестаг влияет на европейскую политику Федерального правительства также и через ответственность правительства перед парламентом (ст. 63, 67 Основного закона — сравн. BVerfGE 68, 1 [109 и далее]). Эта законотворческая и контрольная функции, которые Бундестаг осуществляет, по общему правилу, в форме публичных слушаний, вызывает дискуссии общественности и политических партий с Федеральным правительством по поводу его европейской политики и становится фактором в принятии гражданами решений на выборах.

[...]

2. Договор о Европейском союзе отвечает требованиям определенности, поскольку он достаточно конкретно регулирует будущую процедуру исполнения, а именно возможное расширение переданных суверенных полномочий [...]; это обосновывает парламентскую ответственность за принятие Закона об одобрении. Необоснованным является опасение заявителя жалобы касательно того, что Европейское сообщество вследствие его далеко идущих целей и без новых парламентских указаний о правоприменении может развиваться до уровня политического союза с непредсказуемыми суверенными правами. Договор о Европейском союзе содержит принцип ограниченного самостоятельного полномочия, который уже применялся в Европейских сообществах, и усиливает этот принцип;

[...]

б) [...] Требование достаточной законодательной определенности предоставленных суверенных прав и, тем самым, парламентской

ответственности за передачу этих прав было бы нарушено, если бы положения ст. F абз. 3 Договора о Европейском союзе обосновывали компетенцию Европейского союза как сообщества суверенных государств по установлению собственной компетенции. Но положения ст. F абз. 3 Договора о Европейском союзе не уполномочивают Союз собственной властью наделять себя финансами и другими средствами для осуществления деятельности, которые он считает необходимыми для достижения своих целей;

[...]

г) Бундестаг несет ответственность за Договор о Европейском союзе в части предусмотренных в этом Договоре мер по исполнению ввиду того, что Договор регулирует развитие европейского валютного союза и его статус.

[...]

г 2) Даже если в настоящее время еще нельзя предвидеть, какое развитие получит валютный союз на своих отдельных этапах относительно его экономического значения, участвующих государств-членов и временных параметров, Закон об одобрении к Договору о Европейском союзе удовлетворяет требованиям парламентской ответственности.

[...]

е) Наконец, предметная взаимосвязь между валютным союзом и экономическим союзом не создает никакой неопределенности в содержании договора. Хотя могут существовать понятные основания для утверждения, что валютный союз в плане практической политики можно разумным образом установить только при скорейшем дополнении его экономическим союзом, который выходит за рамки координации экономической политики государств-членов и Сообщества. Однако подобное дополнение предполагает в соответствии со ст. N Договора о Европейском союзе процедуру изменения Договора и, соответственно, дополнительное одобрение парламентом.

[...]

3. Предусмотренная Договором о Европейском союзе передача задач и полномочий европейским органам оставляет германскому Бундестагу достаточное количество задач и полномочий существенной политической важности. Договор в пределах заложенной в нем динамики дальнейшей интеграции определяет достаточно надежные границы, которые

защищают сбалансированность между принятием решений правительственными структурами европейского объединения государств и оговорками относительно принятия решений, а также правом германского Бундестага на участие в принятии решений.

а) Возможность Бундестага, а значит и избирателей, влиять на реализацию европейскими органами суверенных прав, однако, будет почти полностью ликвидирована, если Европейский центральный банк получит независимость от Европейского сообщества и государств-членов (ст. 107 Договора об учреждении Европейского сообщества). Важная политическая область, которая через ценность денег укрепляет индивидуальную свободу, а через количество денег определяет публичную финансовую систему и зависимые от нее другие политические области, изымается из сферы полномочий суверенных субъектов и — без изменения Договора — выводится из-под законодательного контроля над областями задач и средствами действий. Сосредоточение большинства задач валютной политики в руках независимого центрального банка освобождает суверенную государственную власть от непосредственной ответственности перед парламентами государств или межгосударственных объединений, чтобы защитить валютную систему от вмешательства заинтересованных групп и стремящихся к переизбранию обладателей политических мандатов [...].

Это ограничение исходящей от избирателей государств-членов демократической легитимации затрагивает принцип демократии, однако оно совместимо с положениями ст. 79 абз. 3 Основного закона как одна из предусмотренных ст. 88 предл. 2 Основного закона модификаций этого принципа.

[...]

4. Таким образом, Договор о Европейском союзе регулирует ограниченные полномочия органов и учреждений трех Европейских сообществ, исполнение которых дифференцируется по средствам действий и интенсивности регулирования. Договор предоставляет юридически определенные суверенные права; за это парламент может нести ответственность, поэтому это демократически легитимировано. Заложенные в Договоре о Европейском союзе и договорах о Европейских сообществах уровни интеграции выводятся не из общих целей, а из конкретных задач и полномочий на осуществление действий.

[...]

180) BVerfGE 90, 286

(«Out-of-Area»-Einsätze / Использование Бундесвера за рубежом)

1. Полномочие ст. 24 абз. 2 Основного закона наделяет Федеративную Республику Германия правом не только входить в систему взаимной коллективной безопасности и давать согласие на связанное с этим ограничение ее суверенных прав. Оно создает также конституционно-правовую основу для принятия связанных с принадлежностью к такой системе типичных задач и, тем самым, также для использования Бундесвера в операциях, которые проводятся в рамках и по правилам этой системы.

2. Статья 87 а Основного закона не препятствует применению нормы ст. 24 абз. 2 Основного закона в качестве конституционно-правовой основы для использования вооруженных воинских формирований в рамках системы взаимной коллективной безопасности.

3. а) Основной закон обязывает Федеральное правительство для использования вооруженных воинских формирований заручиться предварительным (по общему правилу) конститутивным одобрением германского Бундестага.

б) Задачей законодателя является, помимо изложенных в решении минимальных требований и границ парламентского одобрения для использования вооруженных воинских формирований, также установить более детально форму и объем парламентского содействия.

4. В целях поддержания мира Федеративная Республика Германия имеет право в соответствии с нормой ст. 24 абз. 2 Основного закона согласиться с «ограничением» ее суверенных прав посредством связывания себя решениями международной организации без передачи ей суверенные права в смысле ст. 24 абз. 1 Основного закона.

5. а) Система взаимной коллективной безопасности в смысле ст. 24 абз. 2 Основного закона характеризуется тем, что она с помощью направленного на обеспечение мира свода правил и построения собственной организации связывает каждого члена международно-правовыми нормами, накладывает взаимные обязательства по сохранению мира и гарантирует безопасность. При этом не имеет значения, гарантирует ли система исключительно или преимущественно мир между государствами-членами или обязывает к коллективной военной помощи в случае нападения извне.

б) Также и союзы коллективной самообороны могут быть системами взаимной коллективной безопасности в смысле нормы ст. 24 абз. 2 Основного закона, если до тех пор, пока они четко обязуются сохранять мир.

6. Если законодатель одобрил вступление в систему взаимной коллективной безопасности, то это одобрение распространяется и на включение вооруженных сил в интегрированные войсковые объединения системы или на участие солдат в военных акциях системы под ее военным командованием, если включение или участие предусмотрены в учредительном договоре или уставе, которые получили одобрение. Заключающееся в этом согласие на ограничение суверенных прав охватывает также участие немецких солдат в военных акциях на основе взаимодействия систем безопасности в установленных ими рамках, если Германия вступила в эти системы с законодательным одобрением.

7. а) Акты международной силы, которые не охвачены составом нормы ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона, относятся, по общему правилу, к сфере компетенции правительства. Из нормы ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона нельзя заключить, что всегда, когда действие Федерального правительства в международно-правовом поле регулирует политические отношения Федеративной Республики Германия или затрагивает предмет федерального законодательства, должна быть выбрана форма договора, требующего одобрения законодателя. В этом отношении также нет места для расширительного толкования этой нормы или ее толкования по аналогии (в продолжение: BVerfGE 68, 1 [84 и далее]).

б) К сфере действия права одобрения законодателя согласно ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона.

**Решение Второго Сената от 12 июля 1994 г.
– 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

Объединенные для совместного рассмотрения и разрешения производства споры между государственными органами во многом касаются вопроса о праве участия германского Бундестага и его депутатов в принятии решения об использовании немецких вооруженных сил в рамках акций Организации Североатлантического пакта (НАТО)

и Западноевропейского союза (ЗЕС) по реализации решений Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, а также об участии немецких вооруженных сил в составе миротворческих сил ООН.

[...]

II.

В основе процессов лежат следующие обстоятельства:

1. Спор между органами 2 *BvE3/92* касается участия Бундесвера в операции военно-морских сил НАТО и ЗЕС по наблюдению за соблюдением введенного Организацией Объединенных Наций эмбарго в отношении Федеративной Республики Югославия (Сербии и Черногории), а также одобрения Федеральным правительством предшествующих этому решений органов НАТО и ЗЕС. Заявителями являются фракция Социал-демократической партии в германском Бундестаге и 228 ее членов.

[...]

2. Процессы 2 *BvE5/93* и 2 *BvE7/93* касаются решения Федерального правительства об участии немецких солдат в осуществлении введенного Организацией Объединенных Наций запрета на полеты в воздушном пространстве Боснии и Герцеговины. Заявителями в процессе 2 *BvE5/93* являются фракция Свободной демократической партии в германском Бундестаге и 55 ее членов. Заявителями в процессе 2 *BvE7/93* являются фракция Социал-демократической партии в германском Бундестаге и 226 ее членов.

[...]

3. Процесс 2 *BvE8/93* касается участия немецких солдат в UNOSOM II, одном из миротворческих подразделений, созданных Советом Безопасности Организации Объединенных Наций для установления мира в Сомали. Заявителями являются фракция Социал-демократической партии в германском Бундестаге и 221 ее член.

[...]

B.

[...]

I. Статья 24 абз. 2 Основного закона

1. [...]

Система взаимной коллективной безопасности регулярно опирается также на вооруженные силы, которые содействуют решению задач

системы и могут быть использованы против нарушителя мира как *ultima ratio* (*последний довод*). Государства-члены должны быть принципиально готовы предоставить также военные средства организации безопасности для поддержания или восстановления мира [...].

[...]

2. Норма ст. 24 абз. 2 Основного закона регулирует участие Германии в системе взаимной коллективной безопасности, а также согласие на связанное с этим ограничение суверенных прав, включая полномочие на военное командование. В целях поддержания мира Федеративная Республика Германия на основании этой нормы имеет право согласиться на определенное «ограничение» ее суверенных прав, при котором она связывает себя решениями международной организации, однако без того, чтобы передать ей тем самым суверенные права в смысле нормы ст. 24 абз. 1 Основного закона.

Вопрос о конституционно-правовых предпосылках и границах передачи суверенных прав межгосударственным образованиям в соответствии с нормой ст. 24 абз. 1 Основного закона здесь не возникает, так как участие немецких вооруженных сил в операциях систем взаимной коллективной безопасности по обеспечению мира имеет своим следствием их включение в такую организационную систему, но не предоставляет системе компетенцию исполнять суверенные права с непосредственным действием на внутригосударственном пространстве.

[...]

в) [...]

НАТО организует систему безопасности, в рамках которой члены «объединяют свои усилия для совместной обороны и поддержания мира и безопасности [...]» (преамбула Договора о НАТО). Организация преследует эту цель в соответствии со ст. 5 Договора о НАТО, в частности, посредством того, что она в случае нападения на одного из своих членов предусматривает союзное обязательство, согласно которому каждый участник Договора рассматривает такое нападение как направленное против всех участников Договора. При этом на случай роспуска организации участники Договора будут использовать признанные ст. 51 Устава ООН права индивидуальной или коллективной самообороны. НАТО служит сохранению мира и посредством того, что участники Договора в соответствии со ст. 1 Договора о НАТО обязуются решать мирными средствами конфликты, в которых

они участвуют. Кроме того, НАТО отличается созданием высоко дифференцированной и интегрированной военной командной структуры и образованием совместных воинских подразделений вместо традиционных военных союзов, и это не в последнюю очередь оказывает воздействие на то, что вооруженные силы государств-членов настолько тесно связаны друг с другом, что уже одно это повышает безопасность в отношениях между ними. Кроме того, статья 4 Договора о НАТО устанавливает для всех государств-партнеров обязанность консультаций в случае кризиса.

Тем самым благодаря направленному на поддержание мира своду правил и построению организации возможно рассмотрение НАТО как системы взаимной коллективной безопасности в смысле нормы ст. 24 абз. 2 Основного закона.

3. Присоединение Германии к системе взаимной коллективной безопасности нуждается в одобрении законодателя в соответствии с нормой ст. 24 абз. 2 во взаимосвязи с нормой ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона. Эта оговорка о законе наделяет Бундестаг как законодательный орган правом участия в принятии решений в области международных дел (сравн. BVerfGE 68, 1 [84 и далее]) и тем самым обосновывает право Бундестага в смысле § 64 абз. 1 Федерального закона о Федеральном Конституционном Суде.

Если законодатель одобрил присоединение к системе взаимной коллективной безопасности, то это одобрение распространяется и на использование вооруженных сил в интегрированных формированиях системы или на участие солдат в военных операциях системы под ее военным командованием, если использование или участие уже указаны в учредительном договоре или уставе, которые получили одобрение. Содержащееся в этом согласие на ограничение суверенных прав включает также участие немецких солдат в военных операциях на основе взаимодействия систем безопасности в их рамках, если Германия присоединилась к этим системам с одобрения законодателя.

[...]

IV. Оговорка о парламенте

Основной закон уполномочивает Федерацию использовать вооруженные силы в целях обороны и присоединяться к системам коллективной самообороны и взаимной коллективной безопасности; в это также входит

полномочие на участие своими вооруженными силами в операциях, которые предусмотрены в рамках таких систем и проводятся по их правилам. Независимо от этого, участие вооруженных сил в военных операциях нуждается, по общему правилу, в предварительном конститутивном одобрении Бундестага.

В то время как в соответствии с конституцией внешняя политика отнесена в основном к сфере компетенции исполнительной власти (см. выше III), конституционно-правовое регулирование военного законодательства предусматривает для применения вооруженных сил в военных операциях, по общему правилу, участие парламента. Относящиеся к вооруженным силам положения Основного закона — на различных ступенях своего оформления — постоянно направлены на то, чтобы Бундесвер как силовой потенциал не был полностью предоставлен исполнительной власти, а был бы в качестве «парламентской армии» включен в демократический конституционный строй на основе принципа правового государства, то есть парламенту было бы гарантировано существенное влияние на устройство и использование вооруженных сил.

1. Норма ст. 59 а абз. 1 Основного закона в редакции Закона о дополнении к Основному закону от 19 марта 1956 г. (Сборник федерального законодательства (BGBl.), Часть I, стр. 111) обуславливает установление состояния обороны решением Бундестага. В соответствии с актуальным на тот момент толкованием это означало, что вооруженные силы могут быть использованы только на основе решения парламента (сравн.: Мартенс, Основной закон и военное законодательство, 1961, стр. 174 / Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961, S. 174; фон Мангольд/Кляйн, Основной закон ФРГ, том 2, 2-е изд., 1964, ст. 59 а, прим. 3 / von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl. 1964, Art. 59 a Anm. 3; Вильмс, Парламентский контроль и военная конституция, дис., 1959, стр. 160 / Willms, Parlamentarische Kontrolle und Wehrverfassung, Diss. 1959, S. 160), причем об их использовании в рамках Организации Объединенных Наций еще не было и речи ввиду того, что Германия в 1956 г. еще не была членом ООН.

Статья 59 а Основного закона была отменена 17-м Законом о дополнении к Основному закону от 24 июня 1968 г. (Сборник федерального законодательства (BGBl.), Часть I, стр. 709) — так называемой Конституцией чрезвычайного положения. Но в основе его не лежит воля

меняющего конституцию законодателя к достижению частичной депарламентаризации использования вооруженных сил. В большей степени в 1968 г., как и в 1956 г., военное использование вооруженных сил за пределами урегулированных отдельных случаев, в частности урегулированных ст. 115 а абз. 1 Основного закона, хотя и казалось возможным с правовой точки зрения, но с учетом текущей обстановки в мире оно казалось имеющим лишь теоретическое значение и не нуждающимся в регулировании относительно участия парламента (см. выше А.1.3). Несмотря на отмену ст. 59 а Основного закона, изменяющий конституцию законодатель оставил оговорку о парламенте в отношении всех отдельных случаев, которые тогда оценивались как возможные. Когда же после вступления Федеративной Республики Германия в ООН и в результате изменения мировой политической ситуации стали вероятны и другие случаи использования германских вооруженных сил, то оговорка о парламенте для этих случаев в Основном законе прямо больше не определена; по своей сути она не должна перестать действовать.

2. Для военного использования вооруженных сил из Основного закона следует вывести конститутивную оговорку о парламенте.

а) Подобная оговорка о парламенте отвечает с 1918 г. германской конституционной традиции.

аа) В соответствии с нормой ст. 11 абз. 1 предл. 2 Имперской конституции 1871 г. (Имперский вестник законов (RGBl.), стр. 63) объявление войны и заключение мира были делом кайзера, который — за исключением случаев нападения на федеральную территорию или побережье — нуждался в одобрении Бундестага (ст. 11 абз. 2). Закон о внесении изменений в Имперскую конституцию от 28 октября 1918 г. (Имперский вестник законов (RGBl.), стр. 1274), который установил переход к парламентской системе правления, следующим образом изменил ст. 11 абз. 2: «Для объявления войны от имени Империи необходимо одобрение Бундесрата и Рейхстага». Тем самым, в ограничение прерогативы кайзера, объявление войны и заключение мирных договоров во всех случаях, включая случаи обороны, стало зависеть от одобрения Бундесрата и Рейхстага, то есть законодательных органов.

бб) Веймарская имперская конституция (ВИК) переняла в норме ст. 45 абз. 2 основное содержание этого регулирования, указав, что при

объявлении войны и заключении мира законодательная власть (Рейхстаг) «выступает больше не просто как согласующий элемент, а как хозяин ситуации: объявление войны и заключение мира происходят [...] на основе и во исполнение принятого им решения» (Аншютц, Основной закон Германской Империи от 11 августа 1919 г., Комментарий, 14-е изд., Берлин 1933, ст. 45, прим. 5, стр. 260 / Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl., Berlin 1933, Art. 45 Anm. 5, S. 260). Предусмотренные в ст. 45 абз. 2 ВИК формальные законы представляли собой в материальном плане «акты внешней политики и военного суверенитета» (сравн. Аншютц, в указанном месте, прим. 7, стр. 261 / Anschütz, a. a. O., Anm. 7, S. 261).

Связанность объявления войны имперским законом, однако, не означала, что рейхсвер в любом случае мог быть использован только на основе предварительного имперского закона. Для обороны от неожиданного нападения на имперскую территорию не требовалось официального объявления войны. В случае обороны Рейхстаг мог впоследствии выразить свое несогласие с политикой имперского правительства только через вотум недоверия в соответствии со ст. 54 ВИК.

б) аа) Закон о дополнении к Основному закону от 19 марта 1956 г. (Сборник федерального законодательства (BGBl.), Часть I, стр. 111) связал норму ст. 59 а абз. 1 Основного закона с этим положением Веймарской имперской конституции и развил его дальше. Должно быть «принято судьбоносное политическое решение о войне и мире — насколько в кризисной ситуации вообще могут быть приняты политические решения — высшим представительством всего народа, о судьбе которого идет речь, а значит — парламентом» (докладчик г-жа д-р Шварцхаупт, германский Бундестаг, 2. WP, 132-е заседание 6 марта 1956 г., стенографический отчет, стр. 6820 А). Сначала в соответствии с нормой ст. 59 а абз. 1 Основного закона Бундестагом (по общему правилу) должно быть установлено наступление «состояния обороны», и тем самым будут созданы правовые условия для использования федеральных вооруженных сил (ст. 87 а Основного закона). Даже если предстоит решение об исполнении союзного обязательства, использование вооруженных сил в оборонительных целях должно быть связано предшествующим устанавливающим решением Бундестага в соответствии с нормой ст. 59 а абз. 1 Основного закона (сравн. Второй письменный отчет правового

комитета, Вестник Бундестага (BTDrucks.), II/2150, стр. 4). Путем замены правового понятия объявления войны на «установление, что наступил оборонительный случай» был учтен тот факт, что в соответствии с новым историческим опытом и действующими международно-правовыми правилами применения военной силы уже нельзя рассчитывать на формальное объявление войны. На место предписанной нормой ст. 45 абз. 2 ВИК формы закона пришло простое официальное решение Бундестага, принимаемое большинством согласно ст. 42 абз. 2 Основного закона.

бб) Ряд оборонно-правовых предписаний, которые были включены в Основной закон в результате внесения в него дополнений в 1956 г., предусматривают также усиленный парламентский контроль за вооруженными силами и действиями правительства в военной сфере. Характерным выражением системы парламентского контроля являются, в частности, нормы ст. 45 а, ст. 45 б, а также норма ст. 87 а абз. 1 предл. 2 Основного закона.

Норма ст. 45 а абз. 1 Основного закона предусматривает постоянный комитет по обороне и наделяет его правами комитета по расследованию; тем самым гарантировано, что все дела в оборонной сфере могут быть расследованы в любое время и по собственной парламентской инициативе комитета по обороне. Деятельность Федерального правительства в этой области имеет постоянное парламентское сопровождение.

Статья 45 б Основного закона поручает Бундестагу в целях защиты основных прав и для оказания помощи Бундестагу в осуществлении парламентского контроля назначать уполномоченного по делам обороны. Таким образом, и здесь парламентский контроль усиливается благодаря собственному институту, и это приводит к его постоянной эффективности.

Принципиальная ответственность парламента за вооруженные силы имеет своим основанием, в частности, норму ст. 87 а абз. 1 предл. 2 Основного закона, которая общие требования конституционного права в бюджетной сфере конкретизирует применительно к содержательному формированию государственного бюджета для вооруженных сил; она определяет, что их численность и основные черты их организации должны соотноситься с бюджетом. Тем самым парламентский контроль расширяется благодаря присущей бюджетному планированию управляющей функции: особые требования к военному бюджету предполагают,

что планирование расходов на вооруженные силы, включая развитие личного состава и организацию, предварительно согласовывается с парламентом; таким образом, получает основание правительственная задача парламента применительно к вооруженным силам [...].

вв) Однако Основной закон оставляет за парламентом применительно к вооруженным силам не только контроль и принципиальное влияние на планирование и развитие, но и конкретные решения по их использованию.

(1) Установление состояния обороны в соответствии с нормой ст. 115 а абз. 1 Основного закона непосредственно влечет только переход от нормальной к чрезвычайной конституции и приспособление, в частности, государственно-организационного права к требованиям внешнего чрезвычайного положения, вызванного вооруженным нападением на федеральную территорию. То есть оно не является предпосылкой каждого использования Бундесвера в целях обороны. Основной закон связывает с установлением состояния обороны не только правовое регулирование чрезвычайного положения, но также и правовые последствия для сферы действия военного законодательства и международной политики (сравн. ст. 115 а абз. 5; ст. 115 б; ст. 115 l абз. 3 Основного закона; ст. 87 а абз. 3 Основного закона). Прежде всего, переход командной власти от федерального министра обороны к федеральному канцлеру согласно ст. 115 б Основного закона показывает, что установление парламентом состояния обороны согласно ст. 115 а абз. 1 Основного закона одновременно уполномочивает к военному использованию вооруженных сил. Вызванный решением парламента переход от простой компетенции федерального канцлера в определении направлений развития к отношениям прямого подчинения концентрирует военную и международную власть в компетенции федерального канцлера, который отныне несет полную ответственность перед парламентом.

Также и оговорка о союзе в ст. 80 а абз. 3 Основного закона не разрешает использование вооруженных сил только на основе компетенции исполнительной власти; эта норма относится к «частичной мобилизации гражданского населения», объявляемой согласно требованиям системы НАТО по оповещению об опасности, а не к использованию вооруженных сил в случае союза.

(2) Если в состоянии обороны вооруженные силы также уполномочены или могут быть уполномочены к защите гражданских объектов и к регулированию движения транспорта (ст. 87 а абз. 3 Основного закона), то участие законодательных органов вытекает из предшествующего установления состояния обороны, сделанного Бундестагом и одобренного Бундесратом согласно ст. 115 а абз. 1 Основного закона. Возможное использование в соответствии с нормой ст. 87 а абз. 4 предл. 1 Основного закона вооруженных сил для охраны гражданских объектов и борьбы с организованными и вооруженными боевым оружием повстанцами должно быть остановлено, если этого потребуют Бундестаг или Бундесрат (предл. 2). Использование вооруженных сил для поддержки сил полиции в случае стихийных бедствий или катастроф, которые затрагивают территорию более чем одной земли, понимается Основным законом, прежде всего, как федеральная государственная проблема: это использование должно быть прекращено по первому требованию Бундесрата (ст. 35 абз. 3 предл. 2 Основного закона).

в) Содержащееся в предписаниях Основного закона и ориентирующееся на конституционную традицию Германии с 1918 г. решение о широком парламентском контроле за вооруженными силами позволяет выявить лежащий в основе оборонного законодательства принцип, согласно которому использование вооруженных сил подлежит конститутивному предварительному (по общему правилу) одобрению Бундестага.

[...]

5. Федеральное правительство на основании своих решений от 15 июля 1992 г., 2 апреля 1993 г. и 21 апреля 1993 г. использовало вооруженные силы и тем самым нарушило изложенное выше требование заручиться предварительным конститутивным одобрением германского Бундестага.

[...]

181) BVerfGE 102, 147

(Bananenmarktordnung / Положение о регулировании торговли бананами)

Федеральный Конституционный Суд

– Пресс-служба –

Сообщение для печати № 103/2000 от 1 августа 2000 г.

Решение от 7 июня 2000 г.
– 2 BvL 1/97 –

Заявление в отношении Положения о регулировании торговли бананами недопустимо

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда по запросу Административного Суда в г. Франкфурте разрешает вопрос о соответствии Основному закону европейского Положения о регулировании торговли бананами.

I.

1. Положение о регулировании торговли бананами (в частности, Регламенты ЕС № 404/93 и № 1442/93) проводит различие между бананами Сообщества (выращенные в государствах — членах Европейских сообществ), бананами стран АКТ (выращенные в ряде стран Африки, Карибского бассейна и Тихого океана, участвующих в Ломейском соглашении) и бананами третьих стран (выращенные в иных государствах).

Бананы, выращенные на территории Сообщества и стран АКТ, не могут конкурировать на открытых рынках с бананами из третьих стран. До введения в Германии регулирования бананы из третьих стран были известны и распространены.

Положение о регулировании торговли бананами должно поддерживать производство бананов в государствах — членах Европейских сообществ и предоставлять беспошлинный сбыт для «традиционных» бананов из стран АКТ. «Традиционными» бананами стран АКТ признается объем ввозимых бананов, соответствующий объему традиционного сбыта.

В отношении бананов из стран Сообщества были приняты правила субсидирования. Для ввоза бананов из стран АКТ — как для всех бананов, произведенных вне Сообщества — требуется получение свидетельства о ввозе, однако пошлиной данные бананы не облагаются. «Нетрадиционные» бананы из стран АКТ и бананы из третьих стран могут в рамках определенной квоты ввозиться с таможенными льготами или без уплаты таможенных пошлин; бананы, не включенные в указанную квоту, облагаются высокой таможенной пошлиной.

Конкретные таможенные квоты распределяются между импортерами путем выдачи ввозных лицензий.

В результате данные нормы Европейских сообществ приводят к тому, что уплачиваемые участниками рынка цены за бананы из третьих стран становятся выше цен на бананы из стран Европейских сообществ и стоимости «традиционных» бананов из стран АКТ.

2. В исходном деле различные импортеры бананов обжаловали ограничения на импорт бананов из третьих стран. Административный суд в г. Франкфурте обратился в Суд Европейских сообществ с вопросом о соответствии Положения о регулировании торговли бананами праву Европейских сообществ. После того как Суд Европейских сообществ принял решение об отсутствии оснований для признания Регламента № 404/93 не соответствующим праву Европейских сообществ, Административный суд в г. Франкфурте обратился с запросом в Федеральный Конституционный Суд о том, соответствует ли применение правил ввоза продукции Основному закону. По его мнению, обжалуемые положения нарушают права обратившихся в суд импортеров на собственность (ст. 14 абз. 1 Основного закона), на свободу выбора профессии (ст. 12 абз. 1 Основного закона) и на равенство перед законом (ст. 3 абз. 1 Основного закона). Вследствие принятия Положения о регулировании торговли бананами с 1 июля 1993 г. без введения переходного периода объем импорта заявителей составил менее 50 % от объема ранее ввозимых на территорию Федеративной Республики Германия бананов из третьих стран. Данное обстоятельство привело к обесцениванию находящегося в их собственности производственного оборудования и к антиконституционному ограничению свободы профессиональной деятельности, в особенности из-за отсутствия переходного периода.

Административный суд в г. Франкфурте считает обращение в Федеральный Конституционный Суд допустимым. Однако нормы вторичного права входят в компетенцию Суда Европейских сообществ. Данный суд не нашел нарушений права Сообщества. Тем не менее Административный суд в г. Франкфурте считает, что правоприменительная практика Суда Европейских сообществ не соответствует основанной на Основном законе гарантии обеспечения основных прав, не обеспечивает соблюдение Федеративной Республикой Германия международно-правовых обязательств из ГАТТ, не ограничивает действия законодателя Сообщества, выходящие за рамки или противоречащие Договору об учреждении Европейского сообщества, и ставит вопрос о границах преимущественного применения права Сообщества.

Со времени принятия решения «Маастрихт» (BVerfGE 89, 155) Федеральный Конституционный Суд расширил свои полномочия по проверке и принятию решений также и на действующие на территории Германии нормативные правовые акты Европейского сообщества. В отличие от практики, существовавшей после решения «Пока II», он реализует свои полномочия по проверке также и во взаимодействии с Судом Европейских сообществ.

Федеральный Конституционный Суд указал Административному Суду в г. Франкфурте на то, что в связи с обращением о разъяснении в Суд Европейских сообществ 26 ноября 1996 г. было принято решение, в соответствии с которым на основании ст. 30 Регламента № 404/93 Комиссия обязана принимать все необходимые меры для установления переходного периода. Данный переходный период должен позволить решить проблемы, связанные с введением общих правил регулирования рыночных отношений, причины которых лежат в состоянии национальных рынков до введения Регламента.

Обратившийся в Федеральный Конституционный Суд Председатель Палаты Административного Суда в г. Франкфурте ответил на данное письмо суда. Указав на обоснования, изложенные в решении о подаче заявления, он отметил, что статья 30 Регламента № 404/93 не предоставляет возможности устранить нарушения основных прав. Такая строгая норма была принята обдуманно и неслучайно.

II.

В решении от 7 июня 2000 г. Второй Сенат Федерального Конституционного Суда решил, что:

Заявление недопустимо.

Как установил Сенат в решении «Пока II» от 1986 г., Европейские сообщества, в особенности правоприменительная практика Суда Европейских сообществ, обеспечивают эффективную защиту основных прав от действий уполномоченных органов Европейских сообществ.

В равной степени в соответствии с Основным законом обязательно должна обеспечиваться защита основных прав. До тех пор пока это так, Федеральный Конституционный Суд не обладает полномочиями по принятию решений относительно вторичного права Сообщества. Поэтому заявления о толковании касательно вторичного права Сообщества, направленные в Федеральный Конституционный Суд, недопустимы (BVerfGE 73,

339). Данной позиции Сенат придерживался и в решении «Маастрихт». В нем Сенат подчеркнул: в рамках своей юрисдикции Федеральный Конституционный Суд в сотрудничестве с Судом Европейских сообществ обеспечивает эффективную защиту основных прав жителей Германии также от действий государственных органов Европейских сообществ. Суд Европейских сообществ также обладает юрисдикционными полномочиями, с учетом условий, сформулированных Сенатом в решении «Пока II», по защите основных прав граждан Федеративной Республики Германия от нормативных правовых актов национальной (германской) государственной власти, которые принимаются на основании вторичного права Сообщества. Федеральный Конституционный Суд будет действовать в рамках своей юрисдикции исключительно в случаях, если Суд Европейских сообществ прекратит защиту основных прав, как установлено Сенатом в решении «Пока II».

Данная правоприменительная практика подтверждается ст. 23 абз. 1 предл. 1 Основного закона, которая введена Законом от 21 декабря 1992 г.

В этой связи конституционные жалобы и обращения судов за разъяснением изначально недопустимы, если в их обосновании не установлено, что развитие права в Европе, включая правоприменительную практику Суда Европейских сообществ, в соответствии с решением «Пока II» находится теперь на недостаточном уровне для обеспечения стандарта основных прав. Поэтому в обосновании обращения судьи с просьбой о толковании должно быть, в частности, указано, что в конкретном случае неотъемлемая защита основных прав в целом не обеспечивается. Это требует сопоставления защиты основных прав на национальном уровне и на уровне Европейских сообществ таким образом, как это было сделано Федеральным Конституционным Судом в решении «Пока II».

В настоящем случае данные обстоятельства отсутствуют. Обоснование заявления основывается на неверном понимании решения «Маастрихт» и поэтому не удовлетворяет требованиям о допустимости. Суд, направивший заявление, считает, что Федеральный Конституционный Суд снова реализует свои контрольные полномочия в соответствии с решением «Маастрихт» вопреки решению «Пока II», хотя и в сотрудничестве с Судом Европейских сообществ. Данный вывод не может быть сделан из решения «Маастрихт». Противоречие между решениями «Пока II» и «Маастрихт» отсутствует. В частности, Сенат в решении «Маастрихт»

не изложил позицию касательно разграничения компетенции между Судом Европейских сообществ и Федеральным Конституционным Судом.

Кроме того, в данном случае требовались дополнительные обоснования относительно негативного развития ситуации с обеспечением стандарта основных прав в правоприменительной практике Суда Европейских сообществ. Данный вывод следует из упомянутого выше решения Суда Европейских сообществ от 26 ноября 1996 г., в котором указывается на обязанность Европейской Комиссии создать необходимый переходный период до вступления новых правил в силу. Тот факт, что только Председатель Палаты дал ответ на соответствующее указание Федерального Конституционного Суда, ведет к недопустимости данного заявления по формальным основаниям, как Сенат объяснил далее. В остальном Административный суд в г. Франкфурте не обосновал общее негативное развитие ситуации с обеспечением стандарта основных прав с учетом указанного решения Суда Европейских сообществ.

182) BVerfGE 104, 151

(Strategisches Konzept der NATO / Стратегическая концепция НАТО)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 105/2001 от 22 ноября 2001 г.

Решение от 22 ноября 2001 г.

– 2 BvE6/99 –

Заявление Партии демократического социализма в деле о концепции НАТО отклонено

Сегодняшним решением Второй Сенат Федерального Конституционного Суда на основе устного разбирательства от 19 июня 2001 г. отклонил заявление фракции Партии демократического социализма в Бундестаге в производстве по спору между государственными органами.

Основания производства изложены в Сообщении для печати № 58/2001 от 5 июня 2001 г., которое опубликовано на сайте Федерального Конституционного Суда.

Свое решение Федеральный Конституционный Суд обосновывает по существу следующим:

Заявление является допустимым, но необоснованным. Федеральное правительство не нарушило норм ст. 59 абз. 2 предл.1 и ст. 24 абз. 2 Основного закона тем, что одобрило новую стратегическую концепцию НАТО от 1999 г. (в дальнейшем: Концепция 1999), не заручившись предварительным одобрением Бундестага. Концепция 1999 не представляет собой изменение Договора о НАТО (1). Для дальнейшего развития Договора, не приводящего к его изменению, не требуется одобрение Бундестага (2). Одобрением Концепции 1999 не нарушены также границы, установленные Законом об одобрении Договора о НАТО, и не изменено определение цели НАТО как союза по поддержанию мира (3).

1. Второй Сенат отмечает, что здесь не усматривается воля участников изменить Договор о НАТО. Уже отсутствие статьи о порядке ратификации следует оценить как свидетельство против договорного характера документа. Все участники хотели расширить цели НАТО за пределы границ ст. 5 Договора о НАТО, в частности, в отношении использования сил в кризисных ситуациях. Но даже из этого высокополитического предмета нельзя сделать вывод о наличии договора.

В частности, сами формулировки соглашения свидетельствуют против договорной природы, поскольку текст Концепции 1999 состоит в большей части из описания и оценки ситуации, а также из общих заявлений о намерениях.

Также отсутствует и конклюдентное изменение Договора. Если не усматривается субъективная воля участников к изменению Договора, должно иметь место явное расхождение с уже существующим Договором, чтобы применить норму ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона. Здесь этого нет. В частности, включение пунктов об участии сил в кризисных ситуациях является дальнейшим развитием существующего Договора. Концепция 1999 не затрагивает функцию Союза по коллективной обороне и дополняет закрепленную в преамбуле задачу по обеспечению безопасности и сохранению мира с учетом существенно новой ситуации с безопасностью. основополагающей целью остается оборона и устрашение агрессоров из третьих стран. Концепция 1999 содержит не присутствовавшее в первоначальном тексте Договора расширение за счет пунктов об использовании сил в кризисных ситуациях вне территории

Союза. В этом отношении Концепция 1999 существенно изменена по сравнению с Концепцией НАТО 1991 г. Доминировавшие в Концепции НАТО 1991 г. заявления о намерениях как выражение политической воли членов к дальнейшему развитию Договора теперь уступают место конкретизированному планированию. Содержание положения об использовании сил в кризисных ситуациях обобщает накопленный с 1994 г. опыт среди партнеров по Союзу. Тем не менее здесь не может быть выявлено объективное изменение Договора, речь идет о модификации и конкретизации открыто сформулированных определений Договора о НАТО: Североатлантический совет ясно заявил, что цели и суть Союза остаются неизменными. К тому же взаимные обязательства применительно к использованию сил в случае реагирования на кризисные ситуации значительно меньше, чем в случае обороны; участники координируют свои действия при необходимости с помощью консультаций; не существует обязательства коллективной реакции, и остаются неизменными примат политики и процедурный порядок. В частности, установлено, что государства-члены действуют при этом на основе собственного конституционного права, поэтому Федеральное правительство нуждается в предшествующем одобрении парламента при участии Германии в кризисных ситуациях. Также и расширение понятия безопасности на новые угрозы стабильности в евроатлантическом пространстве и глобальные риски не повлияло на задачи коллективной обороны.

2. Для подобной модификации, которая не представляет собой изменения Договора, не требуется одобрение Бундестага. Норму ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона нельзя трактовать расширительным образом. Конкретизация Договора и его исполнение являются, согласно Основному закону, задачей правительства, которое обладает широким простором для действий в области внешней политики. Оно остается под парламентским контролем и связано Основным законом. Однако обязанность получать одобрение парламента в случае такой неформальной модификации Договора не только вызвало бы правовую неопределенность, но и неоправданным образом ограничило бы дееспособность правительства. Опасность постепенного изменения содержания Договора через подобные неформальные модификации не ставит, однако, парламента в беззащитное положение. Согласно Основному закону парламента контролирует правительство, оно должно в соответствии со ст. 43 абз. 1 Основного закона держать перед ним

ответ. С учетом бюджетного права парламента и оговорки о согласии парламента на использование Бундесвера правительство должно будет агитировать за модификацию НАТО.

3. Первоначальный Закон об одобрении Договора о НАТО не был превышен одобрением Концепции 1999; норма ст. 24 абз. 2 Основного закона не нарушена. Одобрением Договора о НАТО Федеральное правительство было уполномочено на его дальнейшее развитие. В права Бундестага Федеральное правительство вторгается только тогда, когда оно действует за границами этого первоначального полномочия. Но это не так ни применительно к размещению атомного оружия, ни в отношении регулирования использования сил в кризисных ситуациях. Договор о НАТО стремится к широкому региональному обеспечению мира в Европе и Северной Америке. Если меняется общая картина угроз, он оставляет место для дальнейшего развития, пока не будут согласованы принципиально новые области применения вооруженных сил. Концепция 1999 связана целями НАТО, но также не отказалась и от установленных Уставом ООН обязанностей, а еще больше укрепила их. Предусмотренный прием новых членов в Европе представляет собой продолжение сотрудничества с государствами Восточной Европы по обеспечению мира с 1994 г. Цель сохранения мира не изменена Концепцией 1999. Хотя в Основном законе нет четкого определения того, что следует понимать под сохранением мира, но из нормы ст. 24 абз. 2 Основного закона следует, что коллективная безопасность является решающим условием для этого. Также можно заключить из нормы ст. 24 абз. 2 Основного закона, что Германия не может участвовать в союзе, который не служит миру. Развитие уже существующей союзной системы в сторону от обеспечения мира не соответствовало бы больше первоначальному Закону об одобрении. Но Концепция 1999 не содержит никаких оснований для подобного развития. Использование сил должно по-прежнему происходить исключительно в соответствии с международным правом. Как и раньше, ясно указывается на ст. 42, 48, 53 Устава ООН. Конкретизация предпосылок для использования сил на союзной территории и за ее пределами также не позволяет выявить какое-нибудь намерение нарушить мир.

183) BVerfGE 113, 273

(Europäischer Haftbefehl / Европейский ордер на арест)

Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Сообщение для печати № 64/2005 от 18 июля 2005 г.
Решение от 18 июля 2005 г.
— 2 BvR 2236/04 —

Закон о европейском ордере на арест ничтожен

См. решение № 146 — Часть II: Основные права — § 26 — лишение гражданства, выдача, право убежища (ст. 16 и 16 а Основного закона).

184) BVerfGE 111, 307

(EGMR-Würdigung / Признание решений ЕСПЧ)

Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Сообщение для печати № 92/2004 от 19 октября 2004 г.
Решение от 14 октября 2004 г.
— 2 BvR 1481/04 —

О соблюдении решений Европейского суда по правам человека внутригосударственными органами, в частности немецкими судами

См. решение № 167 — Часть III: Принципы государственной структуры — § 31.

Принцип правового государства (ст. 20 абз. 2 предл. 2 во взаимосвязи со ст. 20 абз. 3 Основного закона).

185) BVerfGE 118, 244

(Afghanistan-Einsatz / Участие в операции в Афганистане)

Федеральный Конституционный Суд
— Пресс-служба —
Сообщение для печати № 72/2007 от 3 июля 2007 г.

Решение от 3 июля 2007 г.

– 2 ВvE2/07 –

Заявление левой фракции против использования самолетов «Торнадо» в Афганистане отклонено

Заявление, направленное против Федерального правительства фракцией Бундестага «Партия демократического социализма / Левая партия», которое касается участия вооруженных сил Германии в рамках Международных сил содействия безопасности (ISAF) в Афганистане, отклонено. Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в решении от 3 июля 2007 г. установил, что Федеральное правительство своим Постановлением о применении самолетов-разведчиков «Торнадо» в Афганистане не нарушило прав германского Бундестага, закрепленных в ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона во взаимосвязи со ст. 24 абз. 2 Основного закона. Возглавляемые НАТО силы ISAF в Афганистане введены в целях обеспечения безопасности евро-атлантического пространства и, следовательно, не нарушают основных структурных решений Договора о НАТО. Кроме этого, отсутствуют основания, свидетельствующие об отклонениях деятельности НАТО от ее миротворческой миссии. (Предпосылки процесса см. в сообщениях для печати № 36 и № 37/2007 от 30 марта 2007 г.)

В основе принятого решения по существу лежат следующие соображения:

I. Заявления допустимы, в частности, заявитель уполномочен на подачу заявления. Заявитель в достаточной мере обосновал, что права германского Бундестага, предоставленные ему Основным законом, могут быть затронуты оспариваемыми мерами.

Договоры, регулирующие политические отношения федерации, в соответствии со ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона подлежат одобрению органами законодательной власти в форме федерального закона. Посредством одобрения договора в форме закона Бундестаг и Бундесрат определяют объем обязательств Федеративной Республики, вытекающих из международно-правового договора, и несут за это непрерывно политическую ответственность перед гражданами. Существенные отклонения от договора, следовательно, не охватываются первоначальным Законом об одобрении. Если Федеральное правительство осуществляет

изменение договора за пределами предоставленных ему полномочий, оно тем самым нарушает право Бундестага на участие во внешней политике.

Для внесения изменений в международный договор, который лежит в основе системы взаимной коллективной безопасности по смыслу ст. 24 абз. 2 Основного закона, установлены дополнительные границы. В соответствии со ст. 24 абз. 2 Основного закона Федерация может «для обеспечения мира включиться в систему взаимной коллективной безопасности». С конституционно-правовой точки зрения включение Федеративной Республики в подобную систему и ее участие в ней поставлены под условие поддержания мира. Также преобразование системы, которая изначально соответствовала требованиям ст. 24 абз. 2 Основного закона, в систему, которая больше не направлена на обеспечение мира, запрещено конституцией и, следовательно, не может охватываться содержанием Закона об одобрении.

II. Заявления являются необоснованными. Право германского Бундестага, закрепленное в ст. 59 абз. 2 предл. 1 Основного закона во взаимосвязи со ст. 24 абз. 2 Основного закона, не нарушено.

1. Ввод в Афганистан сил ISAF под управлением НАТО служит обеспечению безопасности евро-атлантического пространства. Следовательно, он вписывается в интеграционную программу Договора о НАТО, по которому германский Бундестаг на основании Закона об одобрении несет коллективную ответственность.

а) Региональный базис как ключевой элемент интеграционной программы Договора о НАТО с самого начала не предусматривал, что применение вооруженных сил НАТО должно быть ограничено исключительно территорией стран-участниц. В соответствии с целью НАТО как системы, состоящей из нескольких государств, направленной на совместную оборону от вооруженного нападения извне, применение вооруженных сил в целях обороны вне территории стран-участниц, в частности также на территории страны-агрессора, изначально предполагалось. В этом отношении, наряду с вооруженной обороной от нападения, связанное с этим по существу и времени использование вооруженных сил в кризисных ситуациях на территории страны-агрессора также соответствует региональному ограничению Договора о НАТО.

б) Нарушение исходных региональных рамок НАТО в связи с вводом сил ISAF в Афганистан отсутствует. Очевидно, что ввод сил ISAF направлен

не только на обеспечение безопасности в Афганистане, но и в первую очередь непосредственно на обеспечение безопасности евро-атлантического пространства также и от возможных будущих атак. Ввод сил ISAF изначально имел целью обеспечение гражданского восстановления Афганистана и предотвращение повторного усиления Талибана, Аль-Каиды и других угрожающих миру группировок. Необходимо обеспечивать безопасность евро-атлантического альянса путем стабилизации афганской государственности для предотвращения возможности проведения в будущем агрессивной, противоречащей мирному развитию политики, как путем собственных активных действий данного государства, так и путем бездействия в ответ на террористические действия на территории данной страны. Ответственные лица в рамках НАТО могли и могут исходить из того, что обеспечение гражданского развития Афганистана вносит непосредственный вклад в обеспечение собственной безопасности евро-атлантического пространства.

2. Ввод сил ISAF в Афганистан, как он фактически происходит и политически закреплён в соответствующих пунктах заявления по результатам саммита НАТО в Риге, не влечёт отклонение НАТО от целей обеспечения мирного порядка (ст. 24 абз. 2 Основного закона). Очевидно, что характер Договора о НАТО не изменён из-за ввода сил ISAF в Афганистан и сотрудничества в рамках операции «Несокрушимая свобода». ISAF и операция «Несокрушимая свобода» имеют различные цели, различные правовые основы и четко разграниченные сферы ответственности. В то время как операция «Несокрушимая свобода» направлена в первую очередь непосредственно на борьбу с терроризмом, силы ISAF преследуют поддержание безопасности в Афганистане в целях создания гражданского государственного строя. Вследствие сотрудничества в рамках двух операций, благодаря которым должен быть повышен уровень безопасности в Афганистане, данные правовые и фактические границы не нарушены. То, что нельзя говорить об интегрированном использовании военной силы, следует уже из Постановления Федерального правительства об использовании самолетов-разведчиков «Торнадо». В соответствии с ним самолеты «Торнадо» должны выполнять разведывательную работу, непосредственная авиационная поддержка не предусмотрена, а самолеты снабжены оружием исключительно для целей самозащиты. Передача

разведывательной информации представителям операции «Несокрушимая свобода» на основании названного Постановления в рамках плана НАТО по ISAF предусмотрена лишь в случае, «когда подобные действия будут необходимы для проведения операции ISAF или для обеспечения безопасности сил ISAF».

186) BVerfGE 123, 267

(Lissabon / Лиссабон)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 72/2009 от 30 июня 2009 г.

Решение от 30 июня 2009 г.

**– 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08,
2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 –**

Закон об одобрении к Лиссабонскому договору соответствует Основному закону; сопроводительный закон не соответствует Основному закону, поскольку законодательным органам не предоставлено достаточно прав участия

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда принял сегодня решение о том, что Закон об одобрении к Лиссабонскому договору не противоречит Основному закону. Напротив, Закон о расширении и укреплении прав Бундестага и Бундесрата по вопросам Европейского союза нарушает положения ст. 38 абз. 1 во взаимосвязи с положениями ст. 23 абз. 1 Основного закона, поскольку Бундестагу и Бундесрату не предоставлены достаточные права на участие в процессе правотворчества и изменения договоров Европейского союза. Ратификационная грамота Федеративной Республики Германия к Лиссабонскому договору не может быть передана до тех пор, пока не вступит в силу законодательно оформленное право парламента на установленное Конституцией участие. Решение было принято единогласно, но его обоснование с итогом голосования 7:1 (об обстоятельствах дела см. сообщение для печати № 2/2009 от 16 января 2009 г. и № 9/2009 от 29 января 2009 г.).

В основе принятого решения по существу лежат следующие выводы:

1. Обзор основных положений решения

Решение основано на взаимосвязи между предписанной Основным законом демократической системой в Федеративной Республике Германия и достигнутым уровнем самоуправления в европейском пространстве. Проблема структуры Европейского союза поставлена в центр конституционной проверки: Объем политико-конституирующей власти Союза — не в последнюю очередь благодаря Лиссабонскому договору — постоянно и существенно рос, так что в некоторых политических областях Европейский союз устроен подобно федеративному государству. Напротив, внутренние процедуры принятия решений и назначения на должность остаются преимущественно близкими к международно-правовому образцу интернациональной организации; Европейский союз по-прежнему построен в существенных аспектах по принципу равенства государств.

Пока в рамках учреждения европейского федеративного государства не существует единого европейского народа как субъекта легитимации, который мог бы сформулировать политическую волю своего большинства с соблюдением принципа равенства, народы государств-членов выступают аутентичными носителями публичной власти, включая союзную власть. Для присоединения к некоему европейскому федеративному государству Германии потребовалась бы вновь разработанная конституция, на основе которой мог бы быть провозглашен отказ от гарантированной Основным законом суверенной государственности. В данном случае подобный акт отсутствует. Европейский союз и дальше представляет собой основанное на международном праве объединение государств, которое на длительное время определяется договорной волей суверенных государств. Первичная интеграционная ответственность лежит на национальных конституционных органах, действующих от имени своих народов. При растущей компетенции и дальнейшем обособлении союзных органов необходимы одновременные обеспечительные меры для сохранения основополагающего принципа ограниченных и контролируемых государствами-членами отдельных полномочий. Также наряду с растущей интеграцией должна быть сохранена собственная, существенная для демократического формирования воли свобода действий государств-членов.

Особенно следует гарантировать, что ответственность за интеграцию будут нести государственные представительные органы народов.

Благодаря расширению компетенции Европейского парламента может быть уменьшен разрыв между объемом власти союзных органов по принятию решений и демократической возможностью граждан государств-членов влиять на это, однако его нельзя устранить. Европейский парламент ни с точки зрения его состава, ни с точки зрения распределения полномочий в европейской системе не имеет достаточно возможностей принимать репрезентативные и прогнозируемые решения большинства как единые политические руководящие решения. С учетом демократических требований в отдельных государствах он избирается не в соответствии с принципом равенства, и внутри наднациональной системы компромисса интересов государств не призван к принятию важных политических руководящих решений. Поэтому он не может также создать парламентское правительство и самоорганизоваться на партийно-политической основе по схеме правительство — оппозиция, чтобы принципиальное решение европейских избирателей приобрело политически определенную силу действия. С учетом этого структурного, неустранимого в объединении государств дефицита демократии последующие интеграционные шаги не уполномочены вести к дальнейшему выхолащиванию политико-конституирующего потенциала государств и принципа ограниченных отдельных полномочий.

Народы государств-членов являются носителями конституционной власти. Основной закон не позволяет специальным законодательным органам, органам исполнительной власти и судам распоряжаться основополагающими составными частями конституции или конституционной идентичностью (ст. 23 абз. 1 предл. 3, ст. 79 абз. 3 Основного закона). Конституционная идентичность является неотчуждаемой составной частью демократического самоопределения народа. Для сохранения эффективности избирательного права и поддержания демократического самоопределения необходимо, чтобы Федеральный Конституционный Суд в рамках своей юрисдикции следил за тем, чтобы власти Сообществ или Союза не нарушали своими суверенными актами конституционную идентичность и не превышали очевидным образом предоставленные им полномочия. Поэтому еще более усиленная Лиссабонским договором передача полномочий и обособление процедур принятия решений

предполагают эффективный контроль *ultra vires* (за превышением полномочий) и контроль соответствия европейских правовых актов при их применении в Федеративной Республике Германия.

2. Масштаб проверки

а) Закон об одобрении к Лиссабонскому договору проверен Судом на соответствие избирательному праву. Избирательное право как равное основным правам может стать предметом конституционных жалоб (ст. 38 абз. 1 предл. 1 во взаимосвязи со ст. 93 абз. 1 п. 4 а Основного закона). Оно конкретизирует право на демократическое самоопределение, свободное и равное участие в осуществлении государственной власти в Германии, а также сохранение демократических принципов, включая уважение к власти народа, создающей конституцию. Проверка нарушения избирательного права в данном случае охватывает также вмешательство в принципы, которые закреплены в ст. 79 абз. 3 Основного закона в качестве идентичности конституции. Право граждан свободно и равно при помощи выборов и голосования определять публичную власть лично и материально берет свои корни в достоинстве человека и является элементарной составной частью принципа демократии. Принцип демократии не может быть предметом оценки. Изменение Основного закона, которое затрагивает установленные в ст. 1 и 20 Основного закона принципы, является недопустимым (ст. 79 абз. 3 Основного закона). С помощью так называемой вечной гарантии право распоряжаться идентичностью свободного конституционного строя изымается из рук даже способного менять конституцию законодателя. Принявшая конституцию власть не вручила представителям и органам народа полномочия на изменение указанных в ст. 79 абз. 3 Основного закона основополагающих конституционных принципов.

б) В то же время конституционное оформление принципа демократии открыто для цели включить Германию в международный и европейский миропорядок. Германская конституция направлена на открытие государственного строя для взаимодействия народов и для европейской интеграции. Ни равноправная интеграция в Европейский союз, ни вхождение в сохраняющую мир систему, такую как Организация Объединенных Наций не требуют обязательного изменения в системе публичной власти Федеративной Республики Германия. Речь идет в большей

степени о свободном, взаимном и равноправном объединении, которое обеспечивает мир и усиливает политико-конституирующие возможности благодаря совместным скоординированным действиям. Вытекающая из ст. 23 абз. 1 и Преамбулы Основного закона конституционная задача реализации идеи единой Европы означает для германских конституционных органов, что участие в европейской интеграции не зависит от их политических предпочтений. Основной закон выступает за международный миропорядок и европейскую интеграцию: Поэтому действует не только принцип благожелательности к международному праву, но и принцип благожелательности к европейскому праву.

в) Однако предоставление полномочий по передаче суверенных прав Европейскому союзу в соответствии со ст. 23 абз. 1 Основного закона возможно лишь при условии, что суверенная конституционная государственность сохраняется на основе ответственной программы интеграции с учетом принципа ограниченного наделения отдельными полномочиями и при уважении к ее конституционно-правовой идентичности как государства-члена, а Федеративная Республика Германия не теряет своих полномочий по самостоятельному и ответственному установлению общественных отношений в политической и социальной сферах. В ст. 23 абз. 1 и Преамбуле Основного закона ничего не говорится об окончательном характере политического устройства Европы. Основной закон в ст. 23 уполномочивает к участию и развитию Европейского союза, задуманного как сообщество государств. Понятие сообщества подразумевает тесную, рассчитанную на длительное время ассоциацию остающихся суверенными государств, которая на договорной основе реализует публичную власть, основное устройство которой находится в ведении только государств-членов и в которой народы — то есть граждане — государств-членов остаются субъектами демократической легитимации. Европейский союз должен как по образу действий, так и по организационной и процессуальной форме соответствовать демократическим принципам (ст. 23 абз. 1, ст. 20 абз. 1 и 2 во взаимосвязи со ст. 79 абз. 3 Основного закона). Это означает, во-первых, что европейская интеграция не может привести к выхолащиванию демократической системы власти в Германии. С одной стороны, нельзя сказать, какой объем определенного вида суверенных прав должен оставаться в руках государства. Однако европейское объединение на основе договорного союза суверенных государств не должно осуществляться

таким образом, что в государствах-членах больше не останется достаточного пространства для политического устройства экономических, культурных и социальных отношений. Это действует, прежде всего, применительно к тем областям, которые определяют условия жизни граждан, в первую очередь их защищенное Основным законом частное пространство личной ответственности, личной и социальной свободы, а также применительно к таким политическим решениям, которые особым образом зависят от культурных, исторических и языковых предубеждений и которые проявляются в форме обсуждения в партийно и парламентски организованном пространстве политической общественности. Если в этой особо важной для демократии области вообще возможна передача суверенных прав, то требуется ее узкое толкование. Это относится в особенности к уголовному судопроизводству, к применению полицейских и военных сил на основе монополии власти, к налоговым решениям о доходах и расходах, к социально-политическому устройству жизненных условий, а также к таким важным культурным решениям, как воспитание, образование, медийная политика и отношение к религиозным сообществам.

г) Основной закон не уполномочивает германские государственные органы передавать суверенные права таким образом, что само их исполнение может обосновать дальнейшие полномочия. Он запрещает передавать полномочие самостоятельно решать вопрос о собственной компетенции. Принцип ограниченного предоставления полномочий в отдельном случае является не только принципом европейского права (ст. 5 абз. 1 Договора об учреждении Европейского сообщества; ст. 5 абз. 1 предл. 1 и абз. 2 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора), но включает в себя — как и обязанность Европейского союза уважать национальную идентичность государств-членов (ст. 6 абз. 3 Договора об учреждении Европейского сообщества; ст. 4 абз. 2 предл. 1 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора) — конституционные принципы государств-членов. Поэтому интеграционная программа Европейского союза должна быть достаточно определенной. Поскольку государства-члены разработали договорное право таким образом, что при дальнейшем действии принципа ограниченного полномочия в отдельном случае может быть проведено изменение договорного права без процедуры ратификации, на Федеральном правительстве и законодательных органах лежит особая ответственность в рамках содействия,

которое в Германии должно удовлетворять требованиям ст. 23 абз. 1 Основного закона (интеграционная ответственность). Закон об одобрении договора, который вносит изменения в Договор о Европейском союзе, и национальное сопроводительное законодательство должны быть разработаны таким образом, чтобы европейская интеграция могла продолжаться на основе принципа ограниченного полномочия в отдельном случае, без предоставления Европейскому союзу возможности получить полномочие самостоятельно решать вопрос о собственной компетенции или нарушать интеграционно значимую конституционную идентичность государств-членов, например Основной закон. Для пограничных случаев конституционно-правовой допустимости германский законодатель должен своими сопроводительными законами об одобрении принять меры для того, чтобы интеграционная ответственность законодательного органа могла проявиться в достаточной мере.

д) Федеральный Конституционный Суд проверяет, остаются ли правовые акты европейских органов и учреждений с соблюдением присущего праву Европейских сообществ и праву Европейского союза принципа субсидиарности (ст. 5 абз. 2 Договора об учреждении Европейского сообщества; ст. 5 абз. 1 предл. 2 и абз. 3 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора) в границах предоставленных им суверенных прав в форме ограниченного полномочия в отдельном случае (контроль *ultra vires*). Кроме того, Федеральный Конституционный Суд проверяет, сохраняется ли неприкосновенной центральная составляющая конституционной идентичности Основного закона в соответствии со ст. 23 абз. 1 предл. 3 во взаимосвязи со ст. 79 абз. 3 Основного закона (контроль идентичности). Реализация этой конституционно-правовой контрольной компетенции сохраняет даже при прогрессирующей интеграции основополагающие политические и конституционные структуры суверенных государств-членов, признанные положениями ст. 4 абз. 2 предл. 1 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора. При своей конкретной реализации она следует принципу благожелательности Основного закона к праву Европейского союза.

3. О юридической оценке

а) В отношении Закона об одобрении к Лиссабонскому договору нет никаких серьезных конституционно-правовых сомнений.

аа) И после вступления в силу Лиссабонского договора Европейский союз не становится образованием, подобным государству и потому нуждающимся в уровне легитимации государственно организованной демократии. Союз — это не федеративное государство, он остается объединением суверенных государств с действующим принципом ограниченных полномочий в отдельных случаях. Европейский парламент является не представительным органом некоего суверенного европейского народа, а наднациональным представительным органом народов государств-членов, и, соответственно, к Европейскому парламенту не применяется принцип избирательного равенства, общий для всех европейских стран. Другие нормы Лиссабонского договора, такие как двойное квалифицированное большинство в Совете (ст. 16 абз. 4 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора, ст. 238 абз. 2 Договора о функционировании Европейского союза), партисипативные, ассоциативные и прямые элементы демократии (ст. 11 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора), а также институциональное признание национальных парламентов (ст. 12 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора), не могут — с учетом требований к государственной демократии — компенсировать существующий дефицит европейской суверенной власти, но все-таки повышают уровень легитимации объединения государств.

бб) С вступлением в силу Лиссабонского договора Федеративная Республика Германия остается суверенным государством. В частности, под защитой остается само содержание государственной власти Германии. Распределение и отграничение компетенций Европейского союза от компетенций государств-членов происходит по принципу ограниченных отдельных полномочий и дополнительных материально-правовых защитных механизмов, в частности правил реализации компетенций. Такая контролируемая и ответственная передача суверенных прав Европейскому союзу не ставится под вопрос отдельными положениями Лиссабонского договора. Во-первых, это действует в отношении облегченной процедуры изменения (сравн., в частности, ст. 48 абз. 6 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора). «Одобрение» Федеративной Республики Германия в облегченной процедуре изменения предполагает наличие закона в смысле положений ст. 23 абз. 1 предл. 2 Основного закона как *lex specialis* к положениям ст. 59 абз. 2 Основного закона.

вв) Поскольку общая связующая оговорка ст. 48 абз. 7 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора делает возможным переход от принципа единогласия к принципу квалифицированного большинства при принятии решений Советом или переход от особого к обычному законодательному процессу, то здесь речь все-таки идет об изменении Договора по смыслу положений ст. 23 абз. 1 предл. 2 Основного закона. Право национальных парламентов на отказ от одобрения (ст. 48 абз. 17 п. 3 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора) недостаточно эквивалентно оговорке о ратификации. Представитель германского правительства в Европейском совете будет иметь право одобрить изменение Договора общей связующей оговоркой лишь в том случае, если Бундестаг и Бундесрат в рамках еще подлежащего установлению срока, ориентирующегося на цель регулирования в ст. 48 абз. 7 п. 3 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора, примут закон в соответствии с положениями ст. 23 абз. 1 предл. 2 Основного закона. Это действует также в случае применения специальной связующей оговорки согласно ст. 81 абз. 3 п. 2 Договора о функционировании Европейского союза.

гг) Закон в смысле ст. 23 абз. 1 предл. 2 Основного закона не является необходимым, если специальные связующие оговорки ограничиваются теми областями, которые уже в достаточной степени определены Лиссабонским договором, и не предусматривают право национальных парламентов на отклонение. Также и в этих случаях к компетенции Бундестага и, если затронуты законодательные полномочия земель, Бундесрата относится принятие на себя интеграционной ответственности в иной приемлемой форме. От права вето в Совете даже в отношении уже определенных в договорах предметов нельзя отказаться без участия ответственных законодательных органов. Представитель германского правительства в Европейском совете или Совет будет иметь право одобрить от имени Федеративной Республики Германия изменение первичного права с использованием специальной связующей оговорки лишь в том случае, если германский Бундестаг и, если того требуют положения о законотворчестве, Бундесрат в рамках еще подлежащего установлению срока, ориентирующегося на цель регулирования в ст. 48 абз. 7 п. 3 Договора о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора, одобряют это решение.

дд) Также и оговорка о гибкости согласно ст. 352 Договора о функционировании Европейского союза может быть истолкована таким образом,

что намеченная в предписаниях интеграционная программа еще может быть оценена и определена германскими законодательными органами. С учетом неопределенности возможных случаев применения конституционно-правовым условием использования оговорки о гибкости является ратификация со стороны Бундестага и Бундесрата на основе ст. 23 абз. 1 предл. 2 Основного закона.

е) Конституционно-правовое требование контрольных полномочий Федерального Конституционного Суда не затронуто присоединенным к заключительным актам к Лиссабонскому договору Заявлением № 17 о приоритете. Основанием и границами действия права Европейского союза в Федеративной Республике Германия является содержащееся в Законе об одобрении указание о правоприменении, которое может быть дано только в рамках действующего конституционного порядка. Поэтому не имеет значения, предусмотрено ли преимущество применения права Союза, которое Федеральный Конституционный Суд уже в принципе признал за правом Сообщества, в самих договорах или в присоединенном к заключительным актам к Лиссабонскому договору Заявлении № 17.

ж) Вновь обоснованные или расширенные Лиссабонским договором компетенции в сферах правового сотрудничества по уголовным и гражданским делам, внешнеэкономической области, совместной оборонной политике, а также в социальной сфере могут быть реализованы органами Европейского союза в смысле целесообразного толкования Договора, и для устранения угрозы антиконституционности это должно происходить таким образом, чтобы на уровне государств-членов как по объему, так и по содержанию еще оставались важные задачи, которые являются правовыми и практическими условиями существования живой демократии. При этом следует учитывать следующее:

Вследствие особо ощутимого воздействия на демократическое самоопределение норм уголовного и уголовно-процессуального права соответствующие договорные основания на осуществление полномочий должны быть истолкованы строго — и ни в коем случае не расширительно, и их применение требует особого обоснования.

Применение динамического бланкетного полномочия в соответствии со ст. 83 абз. 1 п. 3 Договора о функционировании Европейского союза на осуществление «в зависимости от развития криминальной ситуации» расширения перечня особо тяжких межгосударственных преступлений

на самом деле отвечает расширению компетенции Европейского союза и поэтому должно учитывать оговорку о законе в ст. 23 абз. 1 предл. 2 Основного закона.

В области правового сотрудничества по уголовным делам должны быть дополнительно предъявлены требования к регулированию, которые предоставят государству-члену специальные права в законодательном процессе (ст. 82 абз. 3, ст. 83 абз. 3 Договора о функционировании Европейского союза: так называемый процесс с экстренным торможением). Необходимый объем демократической легитимации через парламенты государств-членов с точки зрения немецкого конституционного права может быть гарантирован только тем, что представитель Германии в Совете будет осуществлять названные в ст. 82 абз. 3 и ст. 83 абз. 3 Договора о функционировании Европейского союза права государств-членов только по указанию Бундестага и, если это установлено законодательством, Бундесрата.

Также и после вступления в силу Лиссабонского договора продолжает действовать конститутивная оговорка об участии парламента в решении вопроса об использовании вооруженных сил за границей. Лиссабонский договор не передает Европейскому союзу полномочия на применение вооруженных сил государств-членов без одобрения со стороны затронутых государств-членов или их парламентов. Он также не ограничивает социально-политические конструктивные возможности германского Бундестага в таком объеме, что принципу социального государства (ст. 23 абз. 1 предл. 3 во взаимосвязи со ст. 79 абз. 3 Основного закона) был бы причинен вред каким-либо рискованным конституционно-правовым образом и, тем самым, было бы недопустимо уменьшено демократическое пространство для решения.

б) В отношении Закона о внесении изменений в Основной закон (ст. 23, 45 и 93) также нет никаких серьезных конституционно-правовых сомнений. Ни положения ст. 23 абз. 1 а Основного закона в новой редакции, которые устанавливают право предъявления субсидиарного иска как право меньшинства и определяют кворум в одну четвертую членов, ни положения ст. 45 предл. 3 Основного закона в новой редакции не нарушают демократические принципы, предусмотренные ст. 79 абз. 3 Основного закона.

в) Напротив, Закон о расширении и укреплении прав Бундестага и Бундесрата по вопросам Европейского союза нарушает положения

ст. 38 абз. 1 во взаимосвязи со ст. 23 абз. 1 Основного закона, поскольку права участия Бундестага и Бундесрата установлены не в том объеме, как этого требует конституция. Если государства-члены на основе принципа ограниченного в отдельном случае полномочия развивают европейское договорное право таким образом, что изменение Договора может быть произведено без процедуры ратификации только или преимущественно органами Европейского союза — хотя бы и при условии единогласия в Совете, то на национальные конституционные органы ложится особая ответственность в рамках содействия. Эта интеграционная ответственность должна соответствовать в Германии конституционно-правовым требованиям, в особенности положениям ст. 23 абз. 1 Основного закона.

187) BVerfGE 126, 286

(Ultra-vires-Kontrolle Mangold / Контроль актов, принятых с превышением полномочий. Дело «Мангольд»)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 69/2010 от 26 августа 2010 г.

Решение от 6 июля 2010 г.

— 2 BvR 2661/06 —

Решение по делу «Мангольд» Суда Европейского союза принято без превышения полномочий, не соответствующего конституции.

Заявителем является предприятие — поставщик автомобильных комплектующих изделий, которое в феврале 2003 г. заключило несколько срочных трудовых договоров с безработными прежде лицами, не имея при этом объективной причины на ограничение срока трудовых договоров. В соответствии с действующей на тот момент редакцией § 14 абз. 3 предл. 4 Закона о работе с неполным рабочим днем и ограничении срока трудового договора (далее — Закон) отступить от принципа, согласно которому для заключения срочного трудового договора требуется объективная

причина, можно в том случае, если к началу трудовых отношений работник достиг возраста 52 полных лет.

Истец исходного процесса, который был принят заявителем на указанном основании на работу, впоследствии предъявил иск о недействительности ограничения трудового договора по сроку. Его требование об установлении факта продолжения трудовых отношений и дальнейшей занятости было удовлетворено Федеральным судом по рассмотрению трудовых споров.

Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров установил, что трудовые отношения между сторонами не были окончены по истечении срока действия договора. Национальные суды не могут применять § 14 абз. 3 предл. 4 Закона, поскольку они в этом отношении связаны решением Суда Европейского союза от 22 ноября 2005 г. по делу «Мангольд» (Собрание, 2005, стр. I-9981). В соответствии с этим национальная норма § 14 абз. 3 предл. 4 Закона не соответствует Антидискриминационной директиве 2000/78/ЕС и общему запрету дискриминации по возрастному признаку. Поскольку решение Суда Европейского союза не может быть истолковано иначе, дополнительного обращения не требуется. Несмотря на то что оспариваемое соглашение об ограничении срока действия трудового договора было заключено до решения по делу «Мангольд», Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров отклонил возможность применения § 14 абз. 3 предл. 4 Закона на основании принципа защиты доверия, предусмотренного в праве Сообщества и национальном праве.

Заявитель считает, что его свобода договора и его право на рассмотрение дела законным судьей были нарушены решением Федерального суда по рассмотрению трудовых споров. Нарушение принципа свободы договора он обосновывает с двух разных точек зрения. Во-первых, заявитель утверждает, что Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров основывался в значительной степени на решении Суда Европейского союза по делу «Мангольд», в котором Суд Европейского союза существенно превысил свои полномочия. Во-вторых, нарушение принципа свободы договора, по мнению заявителя, заключается в том, что Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров не предоставил достаточной защиты доверия. Наконец, Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров должен был обратиться в Суд Европейского союза с запросом о том, не требуют ли принципы защиты доверия, закрепленные в праве

Сообщества и национальном праве, временного ограничения применения решения по делу «Мангольд».

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда отклонил конституционную жалобу. Мотивировочная часть решения была принята голосами в соотношении 6:2, а в конечном итоге решение было принято голосами в соотношении 7:1. Судья Ландау выразил особое мнение по решению.

В основе принятого решения по существу лежат следующие соображения:

1. Право заявителя на свободу договора не было нарушено тем фактом, что оспариваемое решение Федерального суда по рассмотрению трудовых споров основывается на недопустимом правоприменении Суда Европейского союза, и решение по делу «Мангольд» по этой причине в качестве так называемого решения, принятого с превышением полномочий (*ultra vires*), не должно было применяться в Германии.

Как установил Сенат в решении по делу «Лиссабон», контроль за превышением полномочий в действиях европейских органов и учреждений может осуществляться Федеральным Конституционным Судом только лояльно к европейскому праву. Следовательно, подобный контроль может осуществляться только в случае достаточного обоснования превышения полномочий европейскими органами и учреждениями. Предпосылкой к этому является обстоятельство, когда действия органов власти Союза очевидно противоречат их компетенции, и обжалуемый акт в системе разграничения компетенций между государствами-членами и Европейским союзом влечет серьезное структурное изменение, которое нарушает права государств-членов.

При контроле за действиями европейских органов и учреждений Федеральный Конституционный Суд должен учитывать решения Суда Европейского союза, как правило, как обязательное толкование права Союза. Если Суд Европейского союза еще не рассматривал соответствующие вопросы, то до того, как сделать допущение о принятии акта с превышением полномочий, Суду Европейского союза должна быть предоставлена возможность для толкования договоров и принятия решения о силе и толковании спорных действий.

Основываясь на вышесказанном, Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров учел пределы свободы договора в отношении заявителя.

Вынесением решения по делу «Мангольд» Суд Европейского союза в любом случае не нарушил свою компетенцию в достаточно существенной мере.

Это действует, в частности, для выведения общего принципа запрета дискриминации по возрасту. Можно оставить без ответа вопрос о том, может ли такой принцип быть выведен из общих конституционных традиций и международных договоров государств-членов. Ведь и гипотетическое, с методико-правовой точки зрения более недопустимое развитие права Судом Европейского союза представляло бы собой в достаточной степени квалифицированное нарушение компетенции этого Суда лишь тогда, когда бы оно на практике основывало компетенцию. Однако выведением общего принципа запрета на дискриминацию по возрастному признаку Суд Европейского союза не создал новую компетенцию для Европейского союза и не расширил существующую компетенцию. В этом отношении еще Директива о запрете дискриминации 2000/78/ЕС установила обязательный запрет на дискриминацию по возрастному признаку для правоотношений из трудового договора и тем самым открыла границы для толкования Судом Европейского союза.

2. Свобода договора для заявителя не нарушена и тем, что оспариваемое решение Федерального суда по рассмотрению трудовых споров не обеспечивает защиту доверия.

Доверие, выражающееся в уверенности в дальнейшем действии закона, может быть затронуто не только установлением Федеральным Конституционным Судом недействительности закона на предшествующий период, но и установлением Судом Европейского союза неприменимости закона на предшествующий период. Возможности судов государств-членов обеспечивать защиту доверия, однако, обусловлены и ограничены правом Союза. Защита доверия вследствие этого не может обеспечиваться судами государств-членов таким образом, что они применяют национальную норму, несоответствие которой праву Союза было установлено в период до принятия предварительного решения.

В практике Суда Европейского союза, напротив, отсутствуют основания для запрета судам государств-членов обеспечивать вторичную защиту доверия путем возмещения ущерба, понесенного в результате доверия к действительности закона. Для обеспечения конституционно-правовой защиты доверия следует подумать о том, чтобы в случаях, когда имеет место

неприменимость закона на предшествующий период вследствие принятия решения Судом Европейского союза, на внутригосударственном уровне предоставлялась компенсация за то, что пострадавший доверял действию закона и на основании данного доверия совершал распорядительные действия.

Исходя из этого Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров не нарушил рамки конституционно-правового принципа защиты доверия. Ввиду приоритета применения права Сообщества и Союза Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров мог посчитать себя не в состоянии предоставить защиту доверия тем, что он утвердит решения, вынесенные судами нижестоящих инстанций в пользу заявителя. Требование, возможное без нарушения приоритета применения права, к Федеративной Республике Германия о возмещении материального ущерба, который заявитель понес вследствие отмены ограничения по времени трудовых отношений, не было предметом разбирательства в Федеральном суде по рассмотрению трудовых споров.

3. Наконец, заявитель не был лишен права на рассмотрение дела законным судьей в результате того, что Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров не передал дело на рассмотрение в Суд Европейского союза. Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров обоснованно посчитал себя необязанным передавать дело.

Федеральный Конституционный Суд в данной связи подтверждает своей судебной практикой, что границы усмотрения, которые применяются им в целом при толковании и применении норм о компетенции, применяются также и в вопросах обязательной передачи дела в соответствии со ст. 267 абз. 3 Договора о функционировании Европейского союза (сравн. BVerfGE 82, 159 <194>). Федеральный Конституционный Суд не обязан в соответствии с правом Союза в полной мере контролировать нарушение обязанности по передаче дела, предусмотренной правом Союза, и ориентировать на практику Суда Европейского союза по данному вопросу (иначе в Решении 3-й Палаты Первого Сената Федерального Конституционного Суда от 25 февраля 2010 г. — 1 BvR 230/09, Новый юридический еженедельник (NJW), 2010, стр. 1268 <1269>).

Особое мнение судьи Ландау:

Судья Ландау считает, что большинство членов Сената перегружают Федеральный Конституционный Суд требованиями к установлению

действий органов Сообщества и Союза, превышающих их полномочия. Большинство членов Сената отходят от лежащего в основе решения по делу «Лиссабон» консенсуса тем, что требуют не только «очевидное», но и «достаточно квалифицированное» нарушение компетенции. Такое нарушение должно быть не только явным, но и вести к значительному изменению соотношения компетенции государств-членов и наднациональной организации. Этим большинство членов Сената недооценивают тот факт, что в соответствии с решением по делу «Лиссабон» любая реализация властных полномочий должна быть демократически легитимирована. Это, однако, не имеет места в том случае, когда органы Сообщества и Союза нарушают свои полномочия.

Суд Европейского союза в решении по делу «Мангольд» явно превысил свои полномочия по толкованию права Сообщества. Вопрос, оставленный большинством членов Сената открытым, о том, нарушил ли Суд Европейского союза границы допустимого толкования, очевидно, требует утвердительного ответа. В особенности не может быть оправдано выведение специального запрета на дискриминацию по возрастному признаку из общих конституционных традиций или международных договоров государств-членов.

В данных обстоятельствах Федеральному суду по рассмотрению трудовых споров следовало запретить ссылаться на решение по делу «Мангольд», оставлять без применения § 14 абз. 3 предл. 4 Закона о работе с неполным рабочим днем и ограничении срока трудового договора и удовлетворять иск о признании трудовых отношений бессрочными. Поскольку Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров не имел права принимать решение при очевидном отклонении от практики Суда Европейского союза, Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров должен был учесть или рассмотреть все возможности, чтобы решить спорную ситуацию.

188) BVerfGE 129, 124

(Mechanismus zur Stabilisierung des europäischen Finanzmarktes [EFS] / Механизм стабилизации европейского финансового рынка)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 55/2011 от 7 сентября 2011 г.

**Решение от 7 сентября 2011 г.
– 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10 –**

**Конституционные жалобы против мер по помощи Греции
и системы спасения евро отклонены — Бюджетная автономия
Бундестага не нарушена**

Федеральный Конституционный Суд своим обнародованным сегодня решением отклонил три конституционные жалобы, направленные против германских и европейских правовых актов и других мер, связанных с помощью Греции и системой спасения евро.

Об обстоятельствах дела информирует Сообщение для печати № 37/2011 от 9 июня 2011 г. С ним можно ознакомиться на сайте Федерального Конституционного Суда.

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда решил, что Закон о финансовой стабильности валютного союза, предоставивший полномочия на оказание помощи Греции, и Закон о принятии гарантий в рамках европейского стабилизационного механизма (Закон о механизме стабилизации евро), касающийся системы спасения евро, не нарушают избирательное право согласно ст. 38 абз. 1 Основного закона. Принятием этих законов германский Бундестаг не нанес себе недопустимый с конституционно-правовой точки зрения ущерб ни в плане его бюджетного права, ни в плане бюджетной автономии будущих Бундестагов.

Однако норма § 1 абз. 4 Закона о механизме стабилизации евро является совместимой с Основным законом лишь при ее соответствующем конституции толковании. Эту норму следует толковать таким образом, что Федеральное правительство до принятия гарантий в смысле этого Закона обязано заручиться предварительным одобрением бюджетного комитета.

В остальном Сенат определяет конституционно-правовые границы для гарантийных полномочий в пользу других государств в Европейском валютном союзе.

В основе решения лежат следующие существенные соображения:

I. Объем проверки / допустимость

Сенат считает поданные конституционные жалобы допустимыми лишь настолько, насколько граждане, ссылаясь на защищенное ст. 38

Основного закона избирательное право, заявляют о существенном ущербе их определенной конституцией государственной власти в результате широкой или даже полной передачи прав и полномочий Бундестага. Статья 38 абз. 1 Основного закона защищает от того, чтобы компетенции нынешнего или будущего Бундестага не были выхолощены и чтобы осуществление политической воли граждан тем самым не стало невозможным в правовом или практическом плане. Угроза подобного обесценивания акта выборов, как правило, существует тогда, когда предоставляются гарантийные полномочия для реализации обязательств, которые Федеративная Республика Германия приняла в рамках международных договоренностей о поддержании ликвидности государств валютного союза. Сенат посчитал возможным оставить открытым вопрос, при каких предпосылках конституционные жалобы против внедоговорных изменений первичного права Союза могут основываться на норме ст. 38 абз. 1 предл. 1 Основного закона. Заявители не привели никаких конкретных доказательств, что оспоренные меры вызвали внедоговорные изменения первичного права Союза. Также и в плане возможного нарушения основного права собственности (ст. 14 Основного закона) заявители не привели достаточно фактов, из которых бы следовало, что оспоренные меры могут в существенном объеме привести к объективному ущербу покупательной способности евро. В той мере, в которой конституционные жалобы выступают не только против соответствующих двух законов Бундестага, они недопустимы, так как отсутствует приемлемый предмет жалобы.

II. Масштаб проверки

Статья 38 Основного закона во взаимосвязи с нормами о принципе демократии (ст. 20 абз. 1 и 2, ст. 79 абз. 3 Основного закона) требует, чтобы решения о доходах и расходах публичной власти как основополагающая часть демократической способности самоопределения в конституционном государстве оставалась в руках германского Бундестага. Также и в системе межгосударственного управления депутаты как избранные представители народа должны сохранять контроль за фундаментальными решениями в сфере бюджетной политики. Поэтому германскому Бундестагу не разрешено учреждать финансовые механизмы, которые могут вести к непредсказуемым, существенным нагрузкам для бюджета без дополнительного конститутивного одобрения Бундестага.

Бундестагу как законодательному органу также запрещено создавать длительные международно-правовые механизмы, которые предполагают принятие ответственности за волевые решения других государств, особенно если они связаны с труднопредсказуемыми последствиями. Любая связанная со значительными расходами, солидарная мера помощи со стороны федерации в международном или союзном пространстве должна получить одобрение Бундестага. Также и при распоряжении предоставленными средствами должно быть обеспечено достаточное парламентское влияние.

Сенат, которому с учетом исходного процессуального положения было запрещено проверять оспоренные законы на соответствие положениям союзного права, указывает все-таки на то, что существующие европейские договоры не противостоят пониманию национальной бюджетной автономии как существенной, неотчуждаемой компетенции непосредственно демократически легитимированного парламента государства-члена, а, напротив, исходят из нее. Строгое соблюдение европейских договоров гарантирует, что действия органов Европейского союза в Германии и для нее обладают достаточной демократической легитимацией. В этой связи Сенат указывает также на то, что договорная концепция валютного союза как сообщества для обеспечения стабильности является основой и предметом германского Закона об одобрении, как это ясно отметил Сенат ранее в своем решении по делу «Маастрихт» (BVerfGE 89, 155 <205>).

III. Юридическая оценка

Федеральный Конституционный Суд при установлении запрещенного отчуждения бюджетной автономии не может со своей компетенцией поставить себя на место законодателя. Он должен ограничить свою проверку в отношении объема принятых гарантий установлением очевидного выхода за самые крайние границы. В отношении вероятности нести ответственность по выданным гарантиям законодателю принадлежит право на оценку, которую Федеральный Конституционный Суд обязан уважать. То же самое действует и в отношении оценки будущей надежности федерального бюджета и эффективности экономики Федеративной Республики Германия. Учитывая преимущество законодателя в оценке и исходя из допустимых конституционно-правовых оценок, следует признать соответствующими Основному закону как Закон

о финансовой стабильности валютного союза, так и Закон о механизме стабилизации евро. Бундестаг не произвел выхолащивание своего бюджетного права недопустимым с конституционно-правовой точки зрения образом и не проигнорировал субстанционально важного содержания принципа демократии.

Нельзя утверждать, что размер принятых гарантийных обязательств настолько превышает допустимую нагрузку на бюджет, что бюджетная автономия практически полностью исчезает. Оценка законодателя, что гарантийные обязательства на общую сумму около 170 млрд евро для федерального бюджета допустимы, не выходит за рамки его оценочной компетенции и поэтому не может быть оспорена с конституционно-правовой точки зрения. То же самое относится к его прогнозу, что даже в случае полной реализации гарантийного риска потери смогут быть рефинансированы за счет роста доходов, сокращения расходов и с помощью долгосрочных государственных займов.

В настоящее время не существует никакой причины, чтобы признать наличие необратимого процесса с последствиями для бюджетной автономии германского Бундестага. Германский Закон об одобрении Маастрихтского договора в редакции Лиссабонского договора как и раньше гарантирует с достаточной конституционно-правовой определенностью, что Федеративная Республика Германия не подчиняется непрогнозируемым и неуправляемым в своем развитии автоматизмам поручительского сообщества.

Ни один из двух оспоренных законов не обосновывает и не укрепляет автоматизм, который бы привел к отчуждению у Бундестага его бюджетного права.

Закон о финансовой стабильности валютного союза ограничивает гарантийные обязательства по размеру, указывает цель гарантии, регулирует в известном объеме условия выплат и делает определенные соглашения с Грецией основанием для принятия гарантийных обязательств. Тем самым полномочие на принятие гарантийных обязательств в значительной мере содержательно определено.

Закон о механизме стабилизации евро устанавливает не только цель и основные условия, но и объем возможных гарантий. Их принятие возможно лишь в определенный период и ставится в зависимость от соглашения с соответствующим государством-членом программы в сфере

экономической и финансовой политики. Эта программа требует согласования со всеми государствами на пространстве действия евро, благодаря чему Федеральному правительству гарантировано здесь определенное влияние. В любом случае норма § 1 абз. 4 предл. 1 этого Закона обязывает Федеральное правительство лишь к тому, чтобы до принятия гарантийных обязательств достичь согласия с бюджетным комитетом Бундестага. Но этого недостаточно. Для обеспечения бюджетной автономии парламента требуется скорее соответствующее конституции толкование этого регулирования таким образом, что Федеральное правительство обязано, по общему правилу, заручиться предварительным одобрением бюджетного комитета до принятия гарантийных обязательств.

189) BVerfGE 132, 195

(Europäischer Stabilitätsmechanismus / Европейский механизм стабилизации)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 67/2012 от 12 сентября 2012 г.

Решение от 12 сентября 2012 г.

**– 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12,
2 BvR 1440/12, 2 BvE6/12 –**

Требования о принятии временного постановления для воспрепятствования ратификации Договора о ЕМС и Фискального пакта были в основном отклонены

Федеральный Конституционный Суд объявил сегодня свое решение по нескольким требованиям о принятии временного постановления. Требования направлены, прежде всего, на то, чтобы до принятия решения по соответствующему основному делу запретить Федеральному президенту оформлять принятые 29 июня 2012 г. Бундестагом и Бундесратом законы и тем самым создавать предпосылки для ратификации одобренных в них международных договоров — Договора об учреждении Европейского механизма стабилизации (Договор о ЕМС) и Договора о стабильности,

координации и управлении в экономическом и валютном союзе (так называемый Фискальный договор).

Об обстоятельствах дела информирует Сообщение для печати № 47/2012 от 2 июля 2012 г. С ним можно ознакомиться на сайте Федерального Конституционного Суда.

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда отклонил требования в связи с тем, что ратификация Договора о ЕМС будет допустима только тогда, когда будет существовать международно-правовая гарантия того, что:

1. посредством урегулированного ст. 8 абз. 5 предл. 1 Договора о ЕМС (ДЕМС) ограничения ответственности все платежные обязательства Федеративной Республики Германия из этого Договора ограничиваются размером ее доли в утвержденном уставном капитале ЕМС (190 024 800 000 евро), и ни одна норма этого Договора не может быть истолкована таким образом, чтобы для Федеративной Республики Германия без одобрения немецкого представителя в органах ЕМС могли бы быть установлены более высокие платежные обязательства,

2. положения Договора о ЕМС о неприкосновенности документов ЕМС (ст. 32 абз. 5, ст. 35 абз. 1 ДЕМС) и профессиональная обязанность неразглашения всех работающих для ЕМС лиц (ст. 34 ДЕМС) не противостоят полному информированию Бундестага и Бундесрата.

Федеративная Республика Германия должна заявить, что она не хочет быть в целом связана Договором о ЕМС, если заявленные ею оговорки окажутся недействительными.

В основе решения лежат следующие существенные соображения:

I. Объем проверки / допустимость основного дела

1. В настоящем ускоренном производстве — в отличие от обычного объема проверки в деле о временном постановлении — Сенат не ограничил свою проверку чистым взвешиванием последствий, а произвел суммарную проверку оспоренных законов об одобрении международно-правовых договоров, включая сопроводительные законодательные акты, на предмет того, имеются ли в наличии заявленные допустимым образом заявителями правовые нарушения. Суммарная проверка правовой ситуации была необходимой, поскольку Федеративная Республика Германия ратификацией этих Договоров принимает на себя

международно-правовые обязательства, от которых она, если в производстве по основному делу будут установлены нарушения конституции, не сможет просто так освободиться. Если суммарная проверка в ходе ускоренного производства установит, что заявленное нарушение требования демократии, которое установлено в ст. 79 абз. 3 Основного закона как отличительная черта конституции, с большой долей вероятности имеет место, то непредставление временной правовой защиты наносило бы серьезный урон общему благу. Здесь не может оцениваться экономический и политический урон, который может быть связан с отложенным вступлением в силу оспоренных законов.

2. Сенат посчитал производства по основному делу допустимыми лишь постольку, поскольку заявители, ссылаясь на ст. 38 Основного закона, заявляли о нарушении общей ответственности германского Бундестага в сфере бюджетной политики, которая имеет конституционно-правовые корни в принципе демократии (ст. 20 абз. 1 и 2, ст. 79 абз. 3 Основного закона).

Поскольку заявители в производстве по делу 2 BvR1421/12 заявляют, что меры Европейского центрального банка по спасению евро, в частности покупка облигаций государственного займа на вторичном рынке, выходят за рамки полномочий, установленных германскими законами об одобрении союзных договоров (так называемые «вырывающиеся правовые акты»), то их соответствующее требование об установлении не покрывается требованием о принятии временного постановления и поэтому подлежит проверке в производстве по основному делу.

II. Масштаб проверки

Как уже было установлено Сенатом в решении о помощи Греции и о механизме европейской финансовой стабилизации от 7 сентября 2011 г., ст. 38 Основного закона во взаимосвязи с принципом демократии (ст. 20 абз. 1 и абз. 2, ст. 79 абз. 3 Основного закона) требует, чтобы решение о публичных доходах и расходах, как основополагающая часть демократической способности к самоопределению в конституционном государстве, находилось в руках германского Бундестага. Также и в системе межгосударственного управления депутаты как избранные представители народа должны обладать контролем за фундаментальными решениями в сфере бюджетной политики. Поэтому германскому

Бундестагу не разрешено учреждать финансовые механизмы, которые могут вести к непредсказуемым, существенным нагрузкам для бюджета без дополнительного конститутивного одобрения Бундестага. Бундестагу как законодательному органу также запрещено создавать долгосрочные международно-правовые механизмы, которые предполагают принятие ответственности за волевые решения других государств, особенно если они связаны с труднопредсказуемыми последствиями. Любая связанная со значительными расходами, солидарная мера помощи со стороны федерации в международном или союзном пространстве должна получить одобрение Бундестага. Также и при распоряжении предоставленными средствами должно быть обеспечено достаточное парламентское влияние.

Общая ответственность германского Бундестага в сфере бюджетной политики гарантирована также предшествующим договорным оформлением валютного союза как стабилизирующего сообщества, в частности, положениями Договора о Европейском союзе и Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС). Однако демократически легитимированное изменение стабилизационных установок союзного права не является само по себе уже антиконституционным. Основной закон гарантирует не неизменное существование действующего права, а структуры и процедуры, которые также и в рамках постоянной модернизации валютного союза с целью выполнения задачи стабилизации поддерживают демократический процесс и при этом обеспечивают общую ответственность парламента в сфере бюджетной политики. Обязательство бюджетного законодателя по проведению определенной бюджетной и фискальной политики не является при этом само по себе недемократичным и может также выполняться на основе союзного или международного права.

III. Юридическая оценка

Исходя из указанных положений, следует признать требования в основном необоснованными.

1. Закон об одобрении в отношении введения ст. 136 абз. 3 ДФЕС не наносит урон принципу демократии. Предусмотренная Решением Европейского совета от 25 марта 2011 г. норма ст. 136 абз. 3 ДФЕС уполномочивает к учреждению долгосрочного механизма взаимного оказания помощи государствами — членами валютного союза на основе евро. Тем самым

прежний экономический и валютный союз перестраивается таким образом, что происходит отказ от принципа независимости национальных бюджетов, характерного ранее для валютного союза. Нацеленность валютного союза на стабильность, однако, в связи с этим не исчезает, поскольку существенные составные части стабилизирующей конструкции, в частности, независимость Европейского центрального банка, обязанность государств-членов соблюдать бюджетную дисциплину и самостоятельная ответственность национальных бюджетов остаются неприкосновенными. Открытая ст. 136 абз. 3 ДФЕС на уровне союзного права возможность учредить устойчивый механизм стабилизации не ведет к потере национальной бюджетной автономии, поскольку германский Бундестаг оспариваемым здесь Законом об одобрении еще не передает компетенцию в сфере бюджетной политики органам Европейского союза или созданным в этой связи учреждениям. Норма ст. 136 абз. 3 ДФЕС сама по себе не запускает механизм стабилизации, а лишь открывает государствам-членам возможность создать такой механизм на международно-правовой основе. Необходимость ратификации для учреждения механизма стабилизации предполагает содействие законодательных органов до вступления его в силу.

2. Оспоренный Закон об одобрении Договора о ЕМС в значительной мере учитывает конституционно-правовые требования о сохранении общей ответственности германского Бундестага в сфере бюджетной политики.

а) Однако в рамках процедуры международно-правовой ратификации необходимо обеспечить, чтобы положения Договора о ЕМС были истолкованы только таким образом, что ответственность Федеративной Республики Германия не может быть без одобрения Бундестага увеличена за пределы ее доли в утвержденном уставном капитале ЕМС, а также что остается гарантированным информирование Бундестага и Бундесрата в соответствии с конституционно-правовыми предписаниями.

Урегулированное нормой ст. 8 абз. 5 предл. 1 ДЕМС четкое ограничение ответственности членов ЕМС размером их доли в утвержденном уставном капитале устанавливает планку бюджетным обязательствам Федеративной Республики Германия в связи с деятельностью ЕМС на уровне 190 024 800 000 евро; эта верхняя граница может действовать также в отношении всех взносов согласно ст. 9 ДЕМС, включая «пересмотренные

повышенные» взносы согласно ст. 25 абз. 2 ДЕМС, которые при невозможности одного из членов ЕМС делать взносы могут переходить на остальные платежеспособные государства-члены и, соответственно, повышать их взносы. Однако нельзя исключать также такое толкование Договора о ЕМС, согласно которому государства — члены ЕМС в случае пересмотренного повышенного взноса не могут сослаться на верхнюю границу ответственности, поскольку формулировка ст. 25 абз. 2 ДЕМС не содержит определение самой высокой границы и направлена на то, чтобы и в неожиданных чрезвычайных ситуациях сохранять платежеспособность и дееспособность ЕМС. Для выполнения конституционно-правовой задачи по ясному и окончательному установлению бюджетных обременений Федеративная Республика Германия должна при ратификации Договора о ЕМС предварительно позаботиться о необходимой ясности и обеспечить то, что она в целом только тогда будет связана Договором, если для нее без одобрения Бундестага не могут быть установлены платежные обязательства, превышающие верхнюю границу ее ответственности.

Подобная оговорка при ратификации нужна также и в отношении норм Договора о ЕМС о неприкосновенности документов ЕМС (ст. 32 абз. 5, ст. 35 абз. 1 ДЕМС) и профессиональной обязанности неразглашения у членов органов ЕМС и всех работающих на ЕМС лиц (ст. 34 ДЕМС). Многое свидетельствует о том, что эти нормы преследуют цель пресечь прежде всего передачу информации неуполномоченным третьим лицам, например, участникам финансового рынка, но не парламентам государств-членов, которые должны отвечать перед своими гражданами за обязательства, вытекающие из Договора о ЕМС и его исполнения. Поскольку, однако, эти положения не содержат прямого регулирования в отношении предоставления ЕМС информации национальным парламентам, то с учетом различного конституционно-правового положения парламентам в государствах-членах в отношении прав на участие и получение информации можно представить себе толкование, которое бы противостояло достаточному парламентскому контролю за ЕМС со стороны германского Бундестага. Поэтому ратификация Договора о ЕМС является допустимой лишь в том случае, если Федеративная Республика Германия обеспечит такое толкование Договора, которое гарантирует, что Бундестаг и Бундесрат при принятии решений будут получать всю необходимую для формирования их позиции информацию.

б) В остальном положения Договора о ЕМС при суммарной проверке не вызывают возражений. Норма ст. 4 абз. 8 ДЕМС, согласно которой право голоса государства-члена приостанавливается, если оно не исполняет полностью свои платежные обязательства перед ЕМС, хотя и оставляет вопросы с учетом ее потенциально далеко идущих последствий для общей ответственности в сфере бюджетной политики, поскольку соответствующее государство-член до погашения задолженности не имеет влияния на решения ЕМС. Тем самым не работал бы предусмотренный внутрисоюзным законодательством принцип участия Бундестага в решениях немецкого представителя в органах ЕМС, и на этот период была бы прервана легитимирующая взаимосвязь между парламентом и ЕМС. Но эта норма все-таки не нарушает общую бюджетную ответственность Бундестага, поскольку он может и должен предпринимать усилия для того, чтобы право голоса Германии не было приостановлено. Поэтому он должен предпринимать бюджетно-правовые меры для того, чтобы немецкие доли в утвержденном уставном капитале ЕМС были всегда внесены вовремя и в полном объеме.

Кроме того, нельзя установить, что величина принятого гарантийного обязательства на основе участия в ЕМС в общем номинальном размере 190 024 800 000 евро превышает границу бюджетно-экономической нагрузки настолько, что бюджетная автономия практически больше не действует. Это действует также с учетом общей включенности Германии в стабилизацию европейского валютного сообщества. При решении вопроса, ведет ли объем платежных обязательств и принятой ответственности к отчуждению бюджетной автономии Бундестага, законодатель обладает дополнительным полем для оценки, которое охватывает и оценку будущего экономического потенциала Федеративной Республики Германия, включая учет последствий возможных альтернативных действий. Решение законодателя, что с внесением долей Германии в Европейский механизм стабилизации возникают предсказуемые риски, а без оказания финансовой помощи через ЕМС существует угроза непредвиденных тяжелых последствий для всей социально-экономической системы, не выходит за рамки его оценочного пространства и поэтому должно приниматься Федеральным Конституционным Судом.

В отношении самого Договора о ЕМС также нельзя возразить, что ЕМС мог бы стать средством антиконституционного финансирования государств Европейским центральным банком. Поскольку заем капитала

ЕМС у Европейского центрального банка отдельно или в связи с депонированием облигаций государственного займа не был бы совместим с закрепленным в ст. 123 ДФЕС запретом монетарного финансирования бюджетов, то Договор может быть понят лишь так, что он не допускает заемные операции такого рода. Европейский механизм стабилизации относится к указанным в ст. 123 абз. 1 ДФЕС институтам, которые не могут получать кредиты у Европейского центрального банка. Также и депонирование ЕМС облигаций государственного займа в Европейском центральном банке для обеспечения кредитов нарушило бы запрет на непосредственное приобретение долговых обязательств публичными институтами. При этом можно оставить открытым вопрос о том, идет ли здесь речь о приобретении долговых обязательств напрямую у публичного эмитента на первичном рынке или о приобретении на вторичном рынке после промежуточного приобретения ЕМС. Ведь приобретение облигаций государственного займа на вторичном рынке Европейским центральным банком, целью которого является независимое от рынков капитала финансирование бюджетов государств-членов, также запрещено как обход запрета на монетарное финансирование бюджетов. Вопрос о том, насколько этим правовым требованиям соответствует программа по выкупу облигаций государственного займа финансово слабых государств еврозоны, принятая решением Совета Европейского центрального банка от 6 сентября 2012 г., не подлежал разрешению в рамках настоящего процесса о принятии временного постановления, который касается исключительно Законов об одобрении Договора о ЕМС и Фискального пакта, а также соответствующих сопутствующих законов.

3. Также вытекающие из Закона об одобрении Договора о ЕМС и из Закона о финансировании ЕМС (ЗФЕМС) предписания о включении германского Бундестага в процесс принятия решений ЕМС в целом отвечают в значительной мере требованиям к внутригосударственному обеспечению принципа демократии. Это относится как к наделению германского Бундестага правами содействия, так и к его правам на получение информации и к персональной легитимации немецких представителей в органах ЕМС. Последние должны принимать участие в заседаниях органов ЕМС и реализовывать решения германского Бундестага. Закон о финансировании ЕМС исходит из того, что немецкие представители связаны решениями Бундестага и подотчетны ему.

а) Хотя возникает вопрос о том, достаточно ли урегулировано внутренним законодательством требуемое конституционным правом содействие Бундестага также и в отношении уплаты долей в уставном капитале ЕМС выше номинальной стоимости (ст. 8 абз. 2 предл. 4 ДЕМС) или все же с учетом возможных далеко идущих последствий для федерального бюджета — как и для повышения уставного капитала ЕМС — необходимо прямое полномочие федерального закона. Поскольку при соответствующем конституции толковании нормы § 4 абз. 1 ЗФЕМС для одобрения уплаты доли выше номинальной стоимости необходимо решение пленума Бундестага, то здесь не требуется принятие временного постановления.

б) При отнесении прав участия к пленуму, бюджетному комитету и особой комиссии законодатель ориентировался на критерии, которые назвал Федеральный Конституционный Суд в своем решении от 28 февраля 2012 г. (2 ВвЕ8/11; сравн. сообщение для печати № 14/2012). Однако нельзя исключить, что Закон о финансировании ЕМС предоставляет бюджетному комитету полномочия, которые в силу их важности должны принадлежать пленуму, например, решения о существенных изменениях процедуры и условий уплаты долей в ЕМС. Здесь также не требуется принятие временного постановления. Ведь пленум германского Бундестага может в любое время таким образом выразить свои сомнения в конституционности наделения бюджетного комитета правами участия, что, используя предоставленное ему § 5 абз. 5 ЗФЕМС право отзыва, может взять себе полномочия бюджетного комитета.

4. Закон об одобрении называемого Фискального договора (Договора о стабильности, координации и управлении в экономическом и валютном союзе, ДСКУ) не нарушает общую ответственность германского Бундестага в сфере бюджетной политики.

а) Регулирующее содержание Договора, целью которого является укрепление экономического и валютного союза путем поддержания бюджетной дисциплины, во многом совпадает с уже существующей нормой «долгового тормоза» Основного закона (ст. 109, 115 и 143 d Основного закона) и специфическими бюджетными обязательствами из Договора о функционировании Европейского союза. В частности, обязательство государств-участников согласно ст. 5 абз. 1 ДСКУ при чрезмерном дефиците бюджета представить требующую одобрения программу бюджетного

и экономического партнерства включено в уже урегулированную первичным правом дефицитную процедуру (ст. 126 ДФЕС). Непосредственное «проникновение» органов Европейского союза в национальное бюджетное законодательство не предусмотрено.

б) Фискальный договор не предоставляет органам Европейского союза также и полномочий, которые бы затрагивали общую ответственность германского Бундестага в сфере бюджетной политики. Если в случаях существенного отклонения от среднесрочной цели поддержания сбалансированного бюджета на национальном уровне государствами — участниками Договора вводится так называемый механизм корректировки, и они при этом должны опираться на предложенные Европейской комиссией принципы (ст. 3 абз. 2 ДСКУ), то эта норма относится лишь к институциональным, а не к конкретным материальным требованиям для формирования бюджета. Эта норма скорее ясно показывает, что преимущественные права национальных парламентов должны сохраняться, и тем самым с самого начала исключает частичную передачу Европейской комиссии бюджетной ответственности. Также и юрисдикция Суда Европейского союза, который, согласно ст. 8 абз. 1 ДСКУ, может рассматривать случаи нарушения обязательств из ст. 3 абз. 2 ДСКУ, не может вторгаться в конкретную конструктивную свободу национального бюджетного законодателя.

в) Наконец, Федеративная Республика Германия, ратифицируя Фискальный договор, не берет на себя никакое необратимое обязательство по проведению определенной бюджетной политики. Договор не предусматривает для государств-участников права выхода или расторжения, однако из международно-правовых обычаев следует, что согласованный выход из договора возможен всегда, а односторонний выход — в любом случае при фундаментальном изменении обстоятельств, имевших существенное значение при заключении договора.

190) 2 BvR1390/12 и другие

(Ultra vires-Kontrolle OMT / Контроль актов, принятых с превышением полномочий. Прямые денежные операции)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 9/2014 от 7 февраля 2014 г.

Решения от 17 декабря 2013 г. и 14 января 2014 г.
2 BvR 1390/12 (частично выделено как 2 BvR 2728/13)
2 BvR 1421/12 (частично выделено как 2 BvR 2729/13)
2 BvR 1438/12 (частично выделено как 2 BvR 2730/13)
2 BvR 1439/12, 2 BvR1440/12
2 BvR 1824/12 (частично выделено как 2 BvR 2731/13)
2 BvE 6/12 (частично выделено как 2 BvE 13/13)

Производство по основному делу «Европейский стабилизационный механизм / Европейский центральный банк»: оглашение решения и передача в Суд Европейского союза

Второй Сенат Федерального Конституционного Суда на основании устного разбирательства от 11 и 12 июня 2013 г. (см. сообщения для печати № 29/2013 от 19 апреля 2013 г. и № 36/2013 от 14 мая 2013 г.)

во вторник, 18 марта 2014 г., в 10:00,
в зале заседаний Федерального Конституционного Суда,
по адресу «Вальдштадт», Ринтхаймер Квераллее 11, 76131 Карлсруэ
объявит свое решение по предметам судебного разбирательства, связанном с созданием Европейского стабилизационного механизма и Договором от 2 марта 2012 г. о стабильности, координации и управлении в экономическом и валютном союзе (Фискальный пакт). Условия аккредитации будут сообщены позже; на текущий момент аккредитация невозможна.

Предметы судебного разбирательства, относящиеся к Решению Совета Европейского центрального банка от 6 сентября 2012 г. о прямых денежных операциях, были выделены Сенатом, рассмотрение дела приостановлено, и Суду Европейского союза были направлены несколько вопросов для вынесения предварительного решения. Предметом обращения был, в частности, вопрос о соответствии Решения о прямых денежных операциях первичному праву Европейского союза. По мнению Сената, имеются существенные основания полагать, что указанное решение принято с превышением мандата Европейского центрального банка в отношении валютной политики, в результате чего была нарушена компетенция государств-членов, а также нарушен запрет монетарного бюджетного

финансирования. Вследствие этого Сенат считает, что речь идет об акте, принятом с превышением полномочий, однако считает возможным путем ограничительного толкования Решения о прямых денежных операциях в свете Договоров достичь соответствия первичному праву. Решение вынесено соотношением голосов 6:2; судья Люббе-Вольфф и судья Герхардт высказали каждый в отдельности особое мнение.

Обстоятельства дела:

Заявители конституционных жалоб и заявитель в производстве по спору органов обратились против содействия Немецкого федерального банка в реализации Решения Совета Европейского центрального банка от 6 сентября 2012 г. о технических особенностях прямых денежных операций («Решение о прямых денежных операциях»), а также против того, что Федеральное правительство и германский Бундестаг не предприняли никаких действий относительно данного решения. В Решении о прямых денежных операциях предусмотрено, что Европейская система центральных банков может покупать облигации государственного займа отдельных государств-членов в неограниченном количестве, если и до тех пор, пока данные государства-члены являются участниками согласованной программы реформ Европейского фонда финансовой стабильности (ЕФФС) или Европейского механизма стабилизации (ЕМС). Заявленная цель — обеспечение надлежащей реализации и единства денежной политики. Решение о прямых денежных операциях пока что не реализовано.

Основные соображения Сената:

1. Согласно сложившейся судебной практике, функция контроля Федерального Конституционного Суда включает решение вопроса о том, представляют ли действия органов и учреждений Европейского союза очевидное превышение их полномочий или затрагивают неотчуждаемую сферу конституционной идентичности Основного закона, защищаемой ст. 79 абз. 3 Основного закона.

2. Если Решение о прямых денежных операциях нарушает валютно-политический мандат Европейского центрального банка или запрет монетарного бюджетного финансирования, тогда оно будет представлять собой акт, принятый с превышением полномочий.

а) В соответствии с решением Федерального Конституционного Суда по делу «Ханиуэлл» (BVerfGE 126, 286) для этого необходимо достаточно квалифицированное нарушение. Такое нарушение предполагает, что действия органов власти Союза явно противоречат их компетенции, и обжалуемый акт в системе разграничения компетенции между государствами-членами и Европейским союзом влечет серьезное структурное смещение с нарушением прав государств-членов.

б) Договоры содержат мандат Европейского центрального банка, ограниченный валютной политикой (ст. 119, 127 и далее Договора о функционировании Европейского союза, ст. 17 и далее Устава Европейской системы центральных банков). Он не вправе осуществлять собственную экономическую политику; его полномочия ограничены лишь функцией поддержки экономической политики Союза (ст. 119 абз. 2, ст. 127 абз. 1 предл. 2 Договора о функционировании Европейского союза, ст. 2 предл. 2 Устава Европейской системы центральных банков). Если, при условии толкования Судом Европейского союза, исходить из того, что Решение о прямых денежных операциях представляет собой самостоятельную экономико-политическую меру, то в таком случае данное решение очевидно нарушает принцип распределения компетенций. Данное смещение компетенций имеет важное значение и со структурной точки зрения, поскольку Решение о прямых денежных операциях может предусматривать меры помощи в рамках «политики по защите евро», что относится к ключевой сфере экономико-политической компетенции государств-членов (сравн. ст. 136 абз. 3 Договора о функционировании Европейского союза). Кроме того, прямые денежные операции могут привести к существенному перераспределению между государствами-членами и финансовому выравниванию, что не предусмотрено европейскими договорами.

в) Кроме того, если бы Решением о прямых денежных операциях нарушался запрет на монетарное бюджетное финансирование (ст. 123 абз. 1 Договора о функционировании Европейского союза), это вело бы к очевидному и структурному превышению компетенции. Нарушение было бы очевидным, поскольку первичное право устанавливает прямой запрет и в этой связи без сомнения исключает полномочия Европейского центрального банка. Нарушение было бы важным со структурной точки зрения, поскольку запрет на монетарное бюджетное финансирование является одним из центральных правил конструкции валютного союза как

стабилизирующего союза. К тому же он гарантирует общую ответственность германского Бундестага в сфере бюджетной политики.

3. Признание наличия акта, принятого с превышением полномочий, в данном смысле имело бы следствием возникновение у немецких государственных органов обязанностей по бездействию и действию. Они могут быть предметом разбирательства в Федеральном Конституционном Суде, если они касаются конституционных органов.

а) Из интеграционной ответственности следует обязанность для Бундестага и Федерального правительства контролировать соблюдение интеграционной программы и при очевидных и структурно значимых нарушениях компетенции органами Европейского союза направлять действия на соблюдение интеграционной программы. Неправомерное присвоение компетенции может быть в последующем легитимировано ими тем, что они иницируют изменение первичного права и в рамках процедуры, предусмотренной ст. 23 абз. 1 предл. 2 и 3 Основного закона, формально передают соответствующие суверенные права. Если это невозможно или на это отсутствует воля, они, по общему правилу, напротив, обязаны в рамках своей соответствующей компетенции правовыми или политическими средствами содействовать отмене мер, не охваченных интеграционной программой и, пока данные меры продолжают применяться, находить возможности максимального ограничения воздействия указанных мер внутри государства.

б) Нарушение данных обязанностей приводит к нарушению субъективных прав избирателей, которое может являться предметом конституционной жалобы. Согласно сложившейся судебной практике Сената ст. 38 абз. 1 предл. 1 Основного закона нарушается в случае, когда избирательное право обесценивается в сфере, значимой для политической самоидентификации народа. Статья 38 абз. 1 предл. 1 Основного закона, напротив, не предоставляет право на контроль за правомерностью демократических решений, принятых большинством голосов, со стороны Федерального Конституционного Суда.

Для защиты против очевидных и структурно значимых нарушений компетенции европейскими органами в соответствии со ст. 38 абз. 1 предл. 1 Основного закона предусмотрен процессуальный компонент: гражданин, обладающий правом голоса, для обеспечения своей демократической возможности влияния на процесс европейской интеграции, по общему

правилу, имеет право на то, чтобы передача властных полномочий осуществлялась только в предусмотренных для этого формах, которые при самовольном присвоении полномочий будут нарушены. Вследствие этого гражданин вправе требовать, чтобы Бундестаг и Федеральное правительство активно занимались вопросом, каким образом можно восстановить баланс компетенций, и приняли позитивное решение о том, какие шаги для этого необходимо сделать. Также акт, принятый с превышением полномочий, может быть предметом судебного спора между органами власти.

4. С учетом толкования Судом Европейского союза, Решение о прямых денежных операциях, по оценке Федерального Конституционного Суда, не соответствует первичному праву; другой вывод, тем не менее, мог бы быть сделан в случае толкования Решения о прямых денежных операциях в соответствии с первичным правом.

а) Решение о прямых денежных операциях не может покрываться мандатом Европейского центрального банка. Валютная политика, исходя из формулировки, систематики и цели договоров, должна быть ограничена, в частности, от экономической политики, которая в основном относится к ведению государств-членов. Для ограничения принимаются во внимание объективно устанавливаемая, непосредственная цель конкретной меры, средства, выбранные для достижения данной цели, а также их связь с другими нормами. В пользу квалификации Решения о прямых денежных операциях в качестве экономико-политической меры говорит непосредственная цель — нейтрализовать увеличение процентных ставок по облигациям государственного займа отдельных государств — членов еврозоны. По мнению Европейского центрального банка, эти увеличения процентных ставок основываются отчасти на страхе вкладчиков перед обратимостью евро; по мнению Федерального банка, подобные увеличения процентных ставок свидетельствуют, наоборот, только о скепсисе участников рынка относительно того, что отдельные государства-члены будут в достаточной мере соблюдать бюджетную дисциплину, чтобы продолжительное время оставаться платежеспособными. Также выборочная покупка облигаций государственного займа только отдельных государств-членов является признаком для квалификации Решения о прямых денежных операциях в качестве экономико-политической меры, поскольку дифференцированный подход к отдельным государствам-членам, по общему правилу, чужд Европейской системе

центральных банков с ее денежно-политическими рамками действий. Параллельность с программами помощи Европейского фонда финансовой стабильности (ЕФФС) и Европейского механизма стабилизации (ЕМС), а также риск обхода их задач и целей подтверждают сделанные выводы. Предусмотренная Решением о прямых денежных операциях покупка облигаций государственного займа в целях снижения нагрузки на отдельные государства-члены представляется функциональным эквивалентом мерам помощи указанных институтов — однако без их парламентской легитимации и без парламентского контроля.

б) Статья 123 абз. 1 Договора о функционировании Европейского союза запрещает Европейскому центральному банку приобретать облигации государственного займа непосредственно у государств-членов, эмитировавших указанные облигации. Очевидно, что данный запрет нельзя обойти функционально-эквивалентными мерами. Названные аспекты нейтрализации увеличения процентных ставок, выборочности при покупке, а также параллельности с программами помощи ЕФФС и ЕМС говорят о том, что Решение о прямых денежных операциях нацелено на запрещенный обход положения ст. 123 абз. 1 Договора о функционировании Европейского союза. Кроме того, следует учесть следующие аспекты: готовность в отношении покупаемых облигаций участвовать в списании долговых обязательств; повышенный риск; возможность удерживать приобретенные облигации государственного займа до конечного срока; вмешательство в ценообразование на рынке и исходящее от Совета Европейского центрального банка поощрение участников рынка к покупке указанных облигаций на первичном рынке.

в) Цель, указанная Европейским центральным банком для обоснования Решения о прямых денежных операциях и заключающаяся в устранении нарушения денежно-политического трансмиссионного механизма, по мнению Федерального Конституционного Суда, не в состоянии здесь ничего изменить. Тот факт, что при определенных обстоятельствах покупка облигаций государственного займа также может вносить вклад в достижение валютно-политических целей, еще не делает Решение о прямых денежных операциях как таковое валютно-политической мерой. Если допустить покупку облигаций государственного займа при каждом нарушении валютно-политического трансмиссионного механизма, это привело бы, по сути, к наделению Европейского центрального банка полномочием преодолевать каждое ухудшение платежеспособности государства — члена

еврозоны посредством покупки облигаций государственного займа соответствующего государства. Это в значительной степени привело бы к нарушению запрета на монетарное бюджетное финансирование.

г) Решение о прямых денежных операциях, по мнению Федерального Конституционного Суда, не могло бы быть, однако, оспорено в том случае, если бы оно было истолковано в соответствии с первичным правом или было бы ограничено в своем применении таким образом, чтобы оно не обходило условия программ помощи ЕФФС и ЕМС и действительно оказывало лишь поддерживающее воздействие на экономическую политику Союза. С учетом ст. 123 абз. 1 Договора о функционировании Европейского союза это предполагает, что должна быть исключена возможность списания долговых обязательств, облигации государственного займа отдельных государств-членов не приобретаются в неограниченном количестве, и вмешательство в ценообразование на рынке в максимальной степени не допускается. Пояснения представителей Европейского центрального банка, данные в рамках устного разбирательства и в рамках производства в Сенате, указывают на то, что подобное толкование, соответствующее первичному праву, может вполне соответствовать смыслу и цели Решения о прямых денежных операциях.

5. Вопрос о том, может ли Решение о прямых денежных операциях и его исполнение также нарушить конституционную идентичность Основного закона, на данный момент не может быть решен с уверенностью и зависит не в последнюю очередь от содержания и сферы действия истолкованного в соответствии с первичным правом Решения о прямых денежных операциях.

Особое мнение судьи Люббе-Вольфф:

В попытке защитить господство права суд может превысить границы судебской компетенции. Это, по моему мнению, здесь и произошло. Заявления должны были быть отклонены как недопустимые. Вопрос о том, как Бундестаг и Федеральное правительство должны реагировать на нарушение суверенных прав Федеративной Республики Германия, будь это нарушение военного или невоенного характера, нецелесообразно решать путем установления определенных позитивных обязанностей. Выбор между множеством различных возможных реакций — начиная от простого высказывания недовольства и до выхода из валютного союза — может быть только делом политического усмотрения. Неудивительно поэтому,

что соответствующие правила отсутствуют как в тексте конституции, так и в традиции судебного правоприменения.

Предположение, что при более четко определенных условиях не только позитивные, ограничивающие суверенитет акты немецких федеральных органов, но и обычное бездействие при квалифицированном превышении полномочий Союзом может быть обжаловано со ссылкой на ст. 38 абз. 1 Основного закона, отходит от недавно утвердившейся судебной практики, в соответствии с которой бездействие Бундестага или Федерального правительства может быть оспорено посредством конституционной жалобы только тогда, когда заявитель может сослаться на четкое требование Основного закона, определяющее в существенной мере содержание и объем обязанности действовать, о нарушении которой заявляется. Также и для заявлений в рамках судебных споров между органами государственной власти Сенат еще недавно установил, что подобные заявления допустимы только в отношении конкретного факта бездействия, то есть в отношении несовершения конкретного действия, которое может быть представлено как должное. Предположение, что и простое бездействие Федерального правительства в ситуации, когда нужно предпринять определенное действие на уровне Союза, может быть допустимым предметом конституционной жалобы, также противоречило бы тому, что даже позитивные действия Федерального правительства по участию в принятии решений органами Союза или межправительственных решений по вопросам Союза еще недавно были признаны неприемлемым предметом для обжалования.

Особое мнение судьи Герхардта:

Я считаю конституционные жалобы и заявление в рамках производства по спору между органами недопустимыми в той мере, в которой они касаются Решения о прямых денежных операциях. Данное решение расширяет возможность для отдельных субъектов через ст. 38 абз. 1 Основного закона, без привязки к материальному основному праву, инициировать конституционно-правовой контроль в отношении актов органов Союза. Если допустить подобный контроль на предмет превышения полномочий, то будет открыта дверь для общих требований об исполнении законов, которые (требования) не предусмотрены Основным законом.

Немецкие конституционные органы несут интеграционную ответственность перед обществом, и из этого ничего не следует для

конструкции субъективного права каждого избирателя требовать осуществления действий конституционными органами. Федеральное правительство и Бундестаг должны иметь определенный, учитываемый гражданами диапазон для оценки при решении вопроса о том, имеет ли место акт, принятый с квалифицированным превышением полномочий. Решение исходит из того, что превышение компетенции может быть очевидным и тогда, когда ему предшествует длительный анализ. То, насколько сложно работать с критерием очевидности, отчетливо показало настоящее дело. Валютная и экономическая политика взаимосвязаны и не могут быть четко разделены. В целом мне кажется, что довод о том, что речь в первую очередь идет о восстановлении монетарного трансмиссионного механизма, нельзя опровергнуть с необходимой однозначностью.

То, что отдельное лицо может направить реализацию права Бундестага на инициативное рассмотрение вопросов в определенное русло с помощью Федерального Конституционного Суда, не соответствует рамочным конституционным условиям парламентской работы. Гражданин может оказывать влияние на формирование политической воли посредством заявлений и жалоб, через партии и депутатов, а также, в частности, через средства массовой информации. Бундестаг мог бы прямо политическими способами отвергнуть Решение о прямых денежных операциях, указать при необходимости на возможность подачи заявления о признании данного Решения недействительным, подождать реакцию Европейского центрального банка и финансовых рынков, а затем принимать последующие меры. Тот факт, что Бундестаг этого не сделал, не указывает на недостаток демократии, а является результатом решения большинства в реализации определенной политики преодоления долгового кризиса еврозоны.

Часть пятая

**ПРАВОСУДИЕ И ОСНОВНЫЕ
ПРАВА В СВЯЗИ С НИМ
(СТ. 100 И ДАЛЕЕ ОСНОВНОГО
ЗАКОНА)**

§ 34. Конкретный нормоконтроль (ст. 100 Основного закона)

191) BVerfGE 1, 184

(Normenkontrolle I / Нормоконтроль I)

1. Согласно ст. 100 абз. 1 Основного закона Федеральный Конституционный Суд осуществляет нормоконтроль только в отношении законов в формальном смысле, в том числе в отношении законов, принятых в рамках состояния законодательной необходимости в соответствии со ст. 81 Основного закона.

2. Согласно ст. 100 абз. 1 Основного закона обращение за решением в Федеральный Конституционный Суд допускается только тогда, когда суд, обращающийся за решением, считает закон антиконституционным. Одного лишь сомнения недостаточно.

[...]

Решение Первого Сената от 20 марта 1952 г.

– 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, 1 BvL 16/51, 1 BvL 24/51, 1 BvL 28/51 –

в производстве по проверке на соответствие конституции: 1. полицейского распоряжения Министра внутренних дел Земли Северный Рейн-Вестфалия [...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

II.

1. Земельный суд в г. Билефельде своим решением от 27 сентября 1951 г. — 7 Qs 248/51 — приостановил уголовное производство в отношении каменщика Ганса Генриха Л. из М. в соответствии со ст. 100 абз. 1 Основного закона и обратился за решением Федерального Конституционного Суда. Суд выражает сомнение в том, что полицейское распоряжение от 28 апреля 1951 г. применительно к ст. 4, 5, 8, 9, 17 и 19 Основного закона соответствует конституции.

[...]

VI.

С учетом неясной формулировки закона и того факта, что ни история принятия ст. 100 Основного закона, ни историческое развитие права судебной проверки не дают однозначных оснований для толкования слова «закон»

в ст. 100 Основного закона, решение о том, должны ли суды характерным образом отрицать соответствие правовых распоряжений Основному закону или в таких случаях суды должны запрашивать решение Федерального Конституционного Суда согласно ст. 100 Основного закона, можно вывести только из значения общего нормоконтроля в рамках Основного закона и из задач, поставленных в этой связи перед Федеральным Конституционным Судом.

1. В рамках нормоконтроля согласно ст. 93 абз. 1 п. 2 Основного закона на первом плане стоит задача Федерального Конституционного Суда как защитника конституции.

[...]

Если [...] законность какого-либо правового распоряжения ставится под сомнение из-за его вероятного противоречия конституции, то все высшие исполнительные органы — а именно независимо друг от друга — имеют возможность обратиться в Федеральный Конституционный Суд как к защитнику конституции. [...]

2. Напротив, при нормоконтроле согласно ст. 100 Основного закона задача Федерального Конституционного Суда как защитника конституции отходит на второй план.

Уже по своей формулировке ст. 100 Основного закона не исключает суды из процесса проверки и решения всех конституционно-правовых вопросов в рамках отдельного правового спора и обосновывает компетенцию Федерального Конституционного Суда в этой сфере. Напротив, суды могут и должны проверять имеющие значение для их решения правовые предписания на соответствие Основному закону, а правовые нормы земель — на соответствие федеральному законодательству; они могут в рамках своей компетенции подтверждать их соответствие. Если бы таким положительным решением был нарушен Основной закон, поскольку примененная при верном толковании правовая норма является антиконституционной и потому ничтожной, то Федеральный Конституционный Суд мог бы действовать в своем качестве защитника конституции исключительно в рамках нормоконтроля согласно ст. 93 абз. 1 п. 2 Основного закона или — при нарушении основных прав — на основании конституционной жалобы. Из ст. 100 Основного закона не вытекает подобная компетенция Федерального Конституционного Суда по защите конституции.

Наоборот, согласно основной идее ст. 100 Основного закона задачей Федерального Конституционного Суда должно быть предотвращение

ситуации, при которой каждый отдельный суд, нарушая волю федерального и земельных законодателей, отказывался бы от применения принятых ими законов, поскольку они, по его мнению, нарушают Основной закон или принятую соподчиненность федерального законодательства и законодательства земель в федеративном государстве.

В этой связи общее право судей по контролю ограничено сопутствующим подтверждением конституционности. В случае усмотрения антиконституционности, судьи обладают лишь правом предварительной проверки. Тем самым исключается нанесение ущерба законодательной власти.

Именно ущерб законодательной власти в результате расширения контрольного права судей и был одним из главных аргументов против общего полномочия судей по контролю. [...]

Однако подобные сомнения в отношении общего полномочия судей по контролю правовых распоряжений не возникают. Как уже было указано, никогда не подвергалось сомнению, что суды могут проверять правовые распоряжения на соответствие конституции в рамках отдельного правового спора, если это прямо не исключено. Только когда право судей на осуществление контроля распространилось и на законы (Решения Имперского суда по гражданским делам (RGZ) 111, 320), возникла проблема с разрешением ситуации, когда каждый суд ставит себя выше актов законодательной власти. Только в связи с данным общим полномочием судей по контролю в отношении законов встал вопрос о сосредоточении полномочий в руках специализированного государственного и Конституционного Суда.

В любом случае опасность правовой неопределенности и фрагментарности связана с контрольным полномочием отдельных судов, если оно может привести к отрицанию законности правовых норм. Это может быть одним из оснований для передачи полномочий по проверке правовых распоряжений одному конкретному суду.

[...]

Однако, согласно Основному закону, при проверке правовых распоряжений отдельными судами не существует опасности правовой неопределенности и фрагментарности, поскольку нормоконтроль в соответствии со ст. 93 абз. 1 п. 2 Основного закона предоставляет, как отмечено выше, достаточно возможностей для своевременного обращения за общеобязательным решением Федерального Конституционного Суда в отношении любых важных правовых предписаний.

Иным образом обстоят дела с законами. Здесь в действительности, как показывают нацеленные на контрольную монополию тенденции прошлого, при общем контрольном полномочии судов возникали бы особые опасности правовой неопределенности и раздробленности; ведь законодательные органы земель, законы которых будут признаны отдельными судами противоречащими конституции или федеральному законодательству, не имеют полномочий по обращению в Федеральный Конституционный Суд в целях осуществления нормоконтроля в соответствии со ст. 93 абз. 1 п. 2 Основного закона. Именно регулирование права на обращение с требованием о проведении нормоконтроля, которое предусмотрено для земельных правительств, но не для ландтагов, показывает абсолютно четко, что необходима концентрация нормоконтроля в целях предупреждения правовой неопределенности и разрозненности только в отношении законов, но не правовых распоряжений.

Если ни статус Федерального Конституционного Суда как защитника конституции, ни общее регулирование нормоконтроля не говорят в пользу включения правовых распоряжений в сферу действия ст. 100 Основного закона, то само построение нормоконтроля в соответствии со ст. 100 Основного закона говорит против этого. Если бы это положение распространялось также на правовые распоряжения, то тогда каждый суд должен был бы получать решение Федерального Конституционного Суда не только тогда, когда считает правовое распоряжение федеральных или земельных органов ничтожным в связи с нарушением Основного закона, но и когда правовое распоряжение земли не соответствует федеральному закону. [...]

3. Принимая во внимание иные многочисленные полномочия Федерального Конституционного Суда, представленное здесь толкование соответствует также рекомендации по ограничению деятельности Федерального Конституционного Суда в рамках нормоконтроля лишь наиболее важными задачами.

[...]

192) BVerfGE 2, 124

(Normenkontrolle II / Нормоконтроль II)

Нормоконтроль Федерального Конституционного Суда согласно ст. 100 абз. 1 предл. 1 Основного закона не распространяется на законы, обнародованные до вступления Основного закона в силу 24 мая 1949 г.

**Решение Первого Сената от 24 февраля 1953 г.
– 1 BvL 21/51 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

V.

[...]

1. [...] к тому результату, что каждый суд должен самостоятельно осуществлять проверку и принимать решение по правовому вопросу о соответствии Основному закону тех законов, которые были обнародованы до вступления Основного закона в силу.

а) Решение о соответствии «доконституционных» правовых норм Основному закону не затрагивает авторитет законодательной власти. Если какой-нибудь суд считает «антиконституционным» один из «доконституционных» законов из-за его несоответствия Основному закону и в этой связи отказывается в его применении, это не нарушает первоначальную волю законодателя. Ведь проверка закона на его соответствие принятой позднее конституции предполагает как раз изначальную правовую действительность проверяемой нормы; только в том случае, когда правовой акт прежнего законодателя рассматривается изначальным как законный, может возникнуть вопрос о его совместимости с принятым позднее Основным законом. Если ответ на вопрос будет отрицательным, то это не подорвет авторитет прежнего законодателя, а лишь приведет к объективной констатации, что воля более позднего законодателя имеет приоритет перед волей прежнего законодателя.

[...]

**§ 35. Право на рассмотрение дела законным судьей
(ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона)**

193) BVerfGE 4, 412

(Gesetzlicher Richter / Право на рассмотрение дела законным судьей)

1. Положения ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона действуют не только в отношении рассматривающего дело судьи, но и в отношении судьи, назначающего дату основного судебного заседания.

2. Положения ст. 101 абз. 1 предл. 2 нарушаются и в том случае, если исключенный из процесса председатель Палаты, используя свой авторитет, существенно влияет на назначение другим судьей даты судебного заседания по данному делу.

3. Если решение вынесено в связи с подобным назначением даты судебного заседания, оно противоречит положениям ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона. Решение считается вынесенным в связи с назначением судебного заседания на определенную дату, если нельзя исключить того, что суд имел бы иной состав при назначении даты в соответствии с конституцией.

**Решение Первого Сената от 20 марта 1956 г.
– 1 BvR479/55 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

1. [...] По итогам рассмотрения дела по существу на судебных заседаниях 20 и 21 декабря 1954 г. заявитель жалобы был приговорен к одному году тюремного заключения. При повторном рассмотрении в вышестоящем суде заявитель жалобы, среди прочего, пожаловался, что он был лишен права на рассмотрение дела законным судьей, поскольку члены земельного суда д-р Р. и О. не участвовали в принятии решения по делу и дата судебного заседания была назначена по распоряжению отстраненного от участия в деле председателя первой Палаты по рассмотрению уголовных дел д-ра М., который должен был участвовать согласно плану распределения судебных дел; кроме того, дата рассмотрения дела была назначена не уполномоченным на назначение заседания по данному делу членом земельного суда д-ром Л. в обход его коллег д-ра Р. и О.

[...]

Б.

Конституционная жалоба является допустимой. Она также является обоснованной.

І.

В основе принятого решения лежат следующие выводы:

1. Принцип «никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела законным судьей» должен, как и гарантия независимости суда,

предотвращать вмешательство неуполномоченных лиц в отправление правосудия и защищать веру заявителей и общества в беспристрастность и объективность судов; исторически связанный с этим запрет чрезвычайных судов должен противодействовать обходу данного принципа. Поскольку эти положения существенным образом реализуют принцип правового государства в сфере судопроизводства, они еще в XIX в. были включены в большинство конституций немецких земель, и тем самым им был придан статус конституционной нормы. Статья 105 Веймарской Конституции продолжила данную традицию. В той мере, в которой уточнялись принципы правового государства и разделения властей, были также усовершенствованы положения о праве на рассмотрение дела законным судьей. Закон о судоустройстве, процессуальные кодексы и планы распределения работы между судами определили их подведомственность и подсудность, распределение обязанностей и состав отдельных департаментов, палат и сенатов. Если действие принципа «никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела законным судьей» было первоначально направлено вовне и прежде всего против любого рода «кабинетной юстиции», то его защитная функция еще больше распространялась также на то, чтобы никакие меры внутри судебной системы не могли лишить кого-либо права на рассмотрение его дела законным судьей.

2. Тем не менее это не означает, что положения ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона были бы нарушены в любом случае, если вместо «законного судьи» дело рассматривает другой судья. Если действие судьи, вызывающее такое последствие, вызвано процессуальным заблуждением (*error in procedendo*), то не происходит нарушения положений ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона (BVerfGE 3, 359 [364]). Вопрос разграничения понятий «процессуальное заблуждение» и «лишение права на рассмотрение дела законным судьей» не требует здесь разрешения хотя бы потому, что процессуальное заблуждение уже на понятийном уровне исключено, если речь идет о влиянии внешних по отношению к суду лица или учреждения. Но ничего другого это не может означать и для находящегося внутри судебной системы лица, которое в целом или в конкретном деле — в качестве отстраненного судьи — не может исполнять функции судьи.

3. Такие лица могут вмешиваться в судопроизводство — что нарушает положения ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона — не только посредством присвоения себе судейских функций, но и посредством влияния

своим авторитетом на конкретные действия судьи. Только если положения ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона смогут защитить также и от этого, они смогут осуществлять свои охранительные функции в рамках правового государства.

4. Положения ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона действуют не только в отношении рассматриваемого дела судьи, но и в отношении судьи, назначающего дату основного судебного заседания. Это следует из того, что подведомственность, подсудность и состав судов устанавливаются законом и планом распределения дел не только применительно к вынесению решения по делу, но и в отношении действий судей по подготовке к рассмотрению дела. Ошибка, допущенная при определении даты судебного заседания, может негативно повлиять на вынесенное решение лишь в том случае, когда решение основано на допущенной ошибке, то есть когда между допущенной процессуальной ошибкой и принятием данного решения существует причинно-следственная связь.

В соответствии со сложившейся судебной практикой подобная, ведущая к отмене решения причинно-следственная связь при нарушении существенных процессуальных норм существует уже при наличии вероятности того, что процессуальное нарушение оказало влияние на содержание решения (сравн. Льове-Розенберг, 18-е и 20-е изд., § 337, прим. 7 а и б / Löwe-Rosenberg, 18. u. 20. Aufl. § 337 Anm. 7 a u. б). Применение данной правовой идеи в случаях, когда при назначении срока было совершено нарушение положений ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона, соответствует функции данной правовой нормы по защите уверенности в непредвзятости и объективности судов; таким образом, нарушение положений ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона при назначении даты судебного заседания ведет к отмене решения уже в том случае, когда данное нарушение могло повлиять на решение. Эту возможность нельзя исключать в связи с важным значением состава суда, ведущего производство по делу, поскольку при надлежащем назначении судебного заседания состав суда мог бы быть другим.

II.

Принимая во внимание данные принципы, вынесенный Земельным судом в г. Мюнхене 21 декабря 1954 г. приговор в отношении заявителя жалобы нарушает положения ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона, поскольку в результате исследования доказательств:

1. установлено, что назначение судебного заседания по рассмотрению дела на 20 декабря 1954 г. существенным образом находилось под влиянием отстраненного от участия в данном деле председателя первой Палаты по рассмотрению уголовных дел д-ра М.,

2. не исключено, что судебное заседание по рассмотрению дела заявителя жалобы без вмешательства отстраненного от дела судьи было бы проведено иным составом суда.

[...]

194) BVerfGE 42, 237

(Vorlagepflicht / Обязанность передать дело)

[...]

Решение Второго Сената от 29 июля 1976 г. – 2 BvR948/75 –

ОСНОВАНИЯ

А.

Конституционная жалоба касается вопроса о том, не нарушен ли принцип «никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела законным судьей» (ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона) в том случае, если Высший земельный суд в обход своей обязанности по передаче дела (§ 121 абз. 2 Закона о судебной системе) вынес решение, отличное от решения Федерального Верховного суда.

[...]

Б.

[...]

2. Высший земельный суд лишил заявителя жалобы его права на рассмотрение дела законным судьей в результате того, что не передал дело в Федеральный Верховный Суд, хотя отклонился от решения этого суда (§ 121 абз. 2 Закона о судебной системе).

Положения ст. 101 абз. 1 предл. 2 Основного закона нарушены, если какой-либо суд произвольно игнорирует обязанность передать дело в другой суд [...]. Данные условия присутствуют в настоящем деле.

а) Высший земельный суд был обязан передать дело в Федеральный Верховный Суд.

[...]

б) Игнорирование обязанности передать дело в данном случае нельзя оправдать ни с какой точки зрения (сравн. BVerfGE 2, 266 [281]; 4, 144 [155]; Решение от 24 марта 1976 г. — 2 BvR804/75); не было никаких оснований для отказа от передачи дела. Несомненно, имелись все условия для передачи дела. У Высшего земельного суда была возможность только либо разделить позицию Федерального Верховного суда и в этой связи отменить оспариваемый обвинительный приговор, или же — если он считал правильной позицию, отличную от позиции Федерального Верховного суда, — представить дело на рассмотрение в Федеральный Верховный Суд. Учитывая эту ясную и однозначную альтернативу, в реви-зионном производстве допущено не подлежащее оправданию ни с какой точки зрения и тем самым произвольное нарушение обязанности пере-дать дело, что привело к лишению заявителя его права на рассмотрение дела законным судьей.

[...]

§ 36. Запрет смертной казни (ст. 102 Основного закона)

195) BVerfGE 18, 112

(Auslieferung I / Выдача I)

Статья 102 Основного закона не означает, что государственной вла-сти Германии запрещено каким-либо образом содействовать вынесению и приведению в исполнение смертного приговора иным государством.

Решение Первого сената от 30 июня 1964 г.

– 1 BvR93/64 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

1. Родившийся в 1937 г. в Югославии заявитель жалобы вступил в 1957 г. в Иностраннный легион, после того как, по его словам, он покинул родину по политическим причинам. Его разыскивают французские власти в связи с совершением уголовного преступления; он сознался в том, что

12 июня 1962 г. он, находясь в звании ефрейтора, вместе с тремя подчиненными ему легионерами напал ночью на один из домов в алжирской деревне и застрелил нескольких его жильцов, включая женщин и детей. После того как заявитель жалобы сбежал из французской тюрьмы в Федеративную Республику Германия, Французская Республика на основе ордера на арест военного суда в Марселе от 3 декабря 1962 г. письмом посольства от 22 апреля 1963 г. запросила его выдачи в связи с совершением убийства как минимум одиннадцати человек, умышленным нанесением телесных повреждений и грабежом.

В соответствии со ст. 302 французского Уголовного кодекса убийство наказывается смертной казнью.

[...]

Б.

[...]

II.

Основное право заявителя, предусмотренное ст. 2 абз. 2 Основного закона, не будет нарушено его выдачей даже тогда, когда допускается возможность, что во Франции он будет приговорен к смертной казни и приговор будет приведен в исполнение. Основной закон не запрещает государственной власти Германии оказывать правовую помощь другому государству в уголовном преследовании даже тогда, когда это может привести к тому, что другое государство вынесет и приведет в исполнение смертный приговор.

Формулировка ст. 102 Основного закона «Смертная казнь отменяется» прежде всего устанавливает: немецкий законодатель не имеет права предусматривать наказание в виде смертной казни, немецкий судья больше не имеет права выносить смертный приговор даже и на основании закона, действовавшего до принятия конституции, германские органы исполнительной власти больше не имеют права приводить в исполнение смертную казнь даже согласно решению, вынесенному до принятия конституции. Однако вопрос состоит в том, устанавливают ли положения ст. 102 Основного закона запрет смертной казни в том смысле, что органам государственной власти Германии запрещено каким-либо образом содействовать вынесению и приведению в исполнение смертного приговора другим государством. На этот вопрос следует ответить отрицательно.

1. Формулировка нормы, с одной стороны, категорическим выражением «отменяется» показывает, что в данном случае принимается основополагающее решение особого, окончательного значения; но она не позволяет заключить, что этой норме придается значение, выходящее за рамки германского уголовного права.

2. Системное расположение ст. 102 Основного закона не показывает ничего другого. Она находится в разделе IX «Правосудие» среди норм, которые содержат положения о внутригерманской судебной системе и процессуальном порядке. Если бы законодатель хотел придать данной норме более широкое значение своего рода общего «запрета» смертной казни, подобно общему праву человека, и из этого — в таком случае вполне логично — вывести запрет на выдачу при условии, что для выдаваемого существует угроза смертной казни, то тогда было бы логичнее, как минимум, указать на это в специальной норме о выдаче в разделе об основных правах — в ст. 16 абз. 2 Основного закона. Здесь находится системное место расположения конституционно-правового ограничения выдачи. Однако положения ст. 16 абз. 2 Основного закона устанавливают запрет на выдачу в общем только в отношении немцев, а применительно к иностранцам — только в отношении лиц, которые подвергаются политическим преследованиям.

3. Анализ основ и возможных границ действия этой конституционной нормы не приводит к иному результату.

а) Тем не менее отмена смертной казни имеет для Федеративной Республики Германия бóльшее значение, чем простое позитивно-правовое упразднение одной из многих штрафных санкций традиционной системы наказания. Это решение большого государственно-политического и политико-правового значения. Оно содержит признание фундаментальной ценности человеческой жизни и такой государственной позиции, которая вступает в подчеркнутое противоречие со взглядами режима, для которого отдельная жизнь значила мало и который присвоил себе право неограниченного злоупотребления жизнью и смертью граждан. Это решение следует понимать с учетом той особой исторической ситуации, в которой оно было принято. Оно не может быть связано с ценностной оценкой других правовых порядков, у которых не было этого опыта системы бесправия и которые на основе иного исторического развития, других государственно-политических реалий и государственно-философских воззрений не приняли для себя этого решения.

б) Для такой абсолютизации конституционного решения о запрете смертной казни немецкому правовому порядку не хватает внутренней легитимации. С учетом уровня развития законодательства и общественного мнения во всем сегодняшнем культурном мире нельзя сделать заключения, что смертная казнь столь сильно не соответствует современному уровню цивилизации, что государствам, которые отменили ее, было бы разрешено или даже рекомендовано обязательно распространять их взгляды, чтобы получить государственно-правовое и моральное преимущество и подвергнуть дискриминации в этом отношении иные правовые порядки.

[...]

4. История возникновения ст. 102 Основного закона не представляет ничего существенного для интересующего нас вопроса.

[...]

Примечание: сегодня § 8 Закона о международной правовой помощи по уголовным делам разрешает выдачу только в том случае, если иностранное государство гарантирует неисполнение наказания в форме смертной казни. Решение Федерального Конституционного Суда (BVerfGE) 65, 348/354 оставляет открытым вопрос о том, следует ли придерживаться ранее вынесенного решения.

§ 37. Право быть заслушанным в суде (ст. 103 абз. 1 Основного закона)

196) BVerfGE 9, 89

(Gehör bei Haftbefehl / Заслушивание при постановлении об аресте)

1. В случае распоряжения о предварительном заключении ссылка на последующее заслушивание обвиняемого соответствует Основному закону. Это действует также и для инстанции, рассматривающей жалобу. При этом допустима ограничительная интерпретация § 308 абз. 1 Уголовно-процессуального кодекса для жалобы прокуратуры, если этого требует рациональное применение закона.

2. Если Высший земельный суд по жалобе прокуратуры принимает без предварительного заслушивания обвиняемого постановление об аресте,

отклоненное или отмененное в нижестоящей инстанции, то он должен предоставить обвиняемому возможность высказать свои возражения и должен принять решение с их учетом. На это следует указать обвиняемому в соответствии с § 115 Уголовно-процессуального уложения.

**Решение Первого Сената от 8 января 1959 г.
– 1 BvR396/55 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

A.

1. В ходе предварительного расследования дела против заявительницы в связи с несколькими случаями мошенничества и клеветы Участковый суд г. Швебиш-Халля вынес 3 сентября 1955 г. постановление об аресте, основываясь на опасении, что обвиняемая, находясь на свободе, будет препятствовать установлению истины по делу. По жалобе обвиняемой Земельный суд в г. Хайлбронне 8 сентября 1955 г. отменил это постановление, [...]

16 сентября 1955 г. Высший земельный суд в г. Штутгарте отменил решение земельного суда и оставил в силе постановление участкового суда от 3 сентября 1955 г. об аресте. [...]

Ни защитникам, ни самой заявительнице не было сообщено о последующей жалобе прокуратуры.

[...]

B.

[...]

I.

Поставленный заявительницей вопрос, должен ли суд, который рассматривает жалобу и хочет вынести отклоненное нижестоящим судом постановление об аресте, заслушать обвиняемого до принятия этого решения, требует некоторых принципиальных соображений о значении заслушивания в суде в целом и о заслушивании обвиняемого при принятии постановления об аресте в рамках Уголовно-процессуального уложения в частности.

1. Возведенное в ст. 103 абз. 1 Основного закона в ранг основных прав право быть заслушанным в суде является следствием действия принципа правового государства в сфере судопроизводства. Задача судов выносить окончательное правовое решение по конкретным жизненным обстоятельствам не может быть в любом случае разрешена без заслушивания

участвующих сторон. Поэтому такое заслушивание является, прежде всего, предпосылкой правильного решения. Кроме того, достоинство человека требует того, чтобы власть не на скорую руку распоряжалась его правом; человек должен быть не только объектом судейского решения, ему должно быть предоставлено слово до принятия решения, которое затрагивает его права, чтобы он имел возможность повлиять на процесс и его результат (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279]).

Право обвиняемого быть заслушанным уже давно признано как принцип в процессуальном праве, широко применяется и учитывается; отдельные процессуальные кодексы конкретизировали этот принцип с точки зрения объема и формы. При этом он должен был быть согласован с другими принципами, вытекающими из внутреннего смысла конкретного вида производства. Возведение принципа заслушивания в суде в ранг основного права не могло ничего изменить в легитимности таких противоположных интересов и в необходимости найти баланс между ними и интересом затронутого лица в том, чтобы быть заслушанным. Его включение в Основной закон должно было исключить возможность злоупотреблений в судебном процессе, какие имели место при национал-социалистическом режиме, и восстановить веру народа в беспристрастное судопроизводство. Но смыслом нормы ст. 103 абз. 1 Основного закона не может быть то, чтобы просто так сбросить тщательно продуманное взвешивание и сопоставление различных, подлежащих учету в разных видах процесса интересов и основанные на них ограничения принципа заслушивания в суде.

Статья 103 абз. 1 Основного закона, таким образом, исходит из того, что более детальное развитие принципа заслушивания в суде должно быть доверено отдельным процессуальным кодексам. Поскольку процессуальные кодексы, действовавшие на момент вступления в силу Основного закона, в целом соответствовали требованиям правового государства в отношении принципа заслушивания в суде, то при толковании ст. 103 абз. 1 Основного закона — как и при толковании возведенного в ст. 103 абз. 3 в ранг основного права запрета двойного наказания (*ne bis in idem*, сравн. BVerfGE 3, 248 [252]) — следует исходить из общей доконституционно-правовой картины процессуального права.

[...]

2. Поскольку заслушивание в суде должно предоставить затронутому лицу возможность повлиять на предстоящее судебное решение, то, как

правило, целесообразным является только предварительное заслушивание. Присущие, как правило, судебным решениям окончательность и неизменность приговора прежде всего вынуждают к тому, чтобы заслушивать участников перед тем, как будет принято финальное решение, как это имеет место в случае окончательных решений и подобных им решений, завершающих процесс, обладающих, прежде всего, материальной правовой силой.

Однако судам обычно передаются также задачи, при которых речь идет не об окончательной правовой оценке обстоятельств дела, а о предварительных мерах для регулирования временного состояния или для временного обеспечения частных или публичных прав;

[...]

Обеспечение находящихся под угрозой интересов может, однако, делать необходимым незамедлительное вмешательство, которое не только не допускает разъяснения обстоятельств, но даже исключает предварительное заслушивание затронутого лица; ведь может быть даже необходимым, когда на кону стоят очень важные интересы, отказаться от в сущности возможного заслушивания затронутого лица, чтобы не предупредить его (сравн. BVerfGE 7, 95 [99]). Именно подключение судьи делает возможным принимать подобные постановления без предварительного заслушивания противной стороны. Но поскольку при этом речь всегда идет о вмешательстве в права затронутого лица, то исключение из принципа предварительного заслушивания может быть допустимо только тогда, когда имеет место неотложность, чтобы не навредить цели соответствующей меры. В связи с этим перед законодателем встает задача установить по возможности узкие рамки для вмешательства без предварительного заслушивания. Кроме того, принцип правового государства требует, чтобы затронутое лицо в этом случае получило возможность, как минимум, впоследствии защитить себя от назначенной меры.

[...]

197) BVerfGE 25, 158

(Rechtliches Gehör bei Versäumnisurteilen / Заслушивание в суде при заочных решениях)

[...]

Решение Второго Сената от 21 января 1969 г.

– 2 BvR 724/67 –

ОСНОВАНИЯ

А.

1.

1. Участковый суд г. Бремена в связи с нарушением правил дорожного движения вынес в отношении заявителя распоряжение о наложении штрафа в размере 60 немецких марок с возможностью замены его 2 днями заключения. [...] Распоряжение о наложении штрафа было доставлено заявителю 28 июня 1967 г. в соответствии с § 37 абз. 1 предл. 1 Уголовно-процессуального кодекса во взаимосвязи с § 182 Гражданского процессуального кодекса посредством хранения письма на почте после уведомления о нем адресата. По словам заявителя, в период с 17 июня 1967 г. по 8 июля 1967 г. он находился в отпуске и смог забрать распоряжение на почте только 10 июля 1967 г. В жалобе от 11 июля 1967 г., поступившей в Участковый суд г. Бремена 12 июля 1967 г., заявитель через своего защитника заявил протест против распоряжения о наложении штрафа и одновременно, в связи с пропуском срока подачи протеста, заявил ходатайство о восстановлении этого срока.

2. Решением от 26 сентября 1967 г. — 94 Cs (P) 94054/ 67 — Участковый суд г. Бремена отклонил ходатайство о восстановлении пропущенного срока, [...].

[...]

4. Земельный суд в г. Бремене решением от 7 ноября 1967 г. отклонил срочную частную жалобу как необоснованную.

[...]

В.

2. [...] решение Земельного суда в г. Бремене от 7 ноября 1967 г. нарушает ст. 103 абз. 1 Основного закона, поскольку суд в процессе о восстановлении пропущенного срока при проверке вопроса о вине проигнорировал значение и пределы действия права быть заслушанным в суде (сравн. BVerfGE 7, 198 [LS3 и стр. 207]; 18, 85 [92]; 19, 303 [310]; 22, 93 [98]).

а) С недостатками ускоренного уголовного судопроизводства можно мириться с конституционно-правовой точки зрения, так как право быть заслушанным в суде гарантировано затронутому лицу тем, что у него есть возможность с помощью протеста получить доступ к судебному разбирательству (BVerfGE 3, 248 [253]). В случае пропуска срока подачи протеста эта возможность зависит от того, будет ли восстановлен пропущенный

срок. В отношении предпосылок для восстановления пропущенного срока решающую роль играют процессуально-правовые нормы; однако при этом следует учитывать, что ст. 103 абз. 1 Основного закона гарантирует необходимый минимум заслушивания в суде во всех судебных производствах, независимо от их регулирования различными процессуальными нормами (BVerfGE 7, 53 [57]). Кроме того, следует принимать во внимание, что в таком случае, как рассматриваемый, речь идет не только о соблюдении принципа заслушивания в суде применительно к отдельному основанию решения или в одной инстанции, а о том, предоставлена ли вообще в данном процессе возможность быть заслушанным в суде. Поэтому именно в таком случае должен быть особенно тщательно применен принцип, согласно которому требования к тому, что должен выполнить участник процесса для соблюдения своего права быть заслушанным в суде, не могут быть слишком жесткими (BVerfGE 17, 194 [197]; 18, 147 [150]).

б) Это конституционное требование не было учтено земельным судом в отношении требований, которые он предъявил к обязанности заявителя быть предусмотрительным в связи с ожидаемым получением распоряжения о штрафе. Тот, кто имеет постоянное жилье и покидает его лишь временно — например, как здесь на время трехнедельной поездки в отпуск — не должен на время своего отсутствия предпринимать какие-то особые меры на случай возможной доставки корреспонденции. Гражданин должен исходить из того, что ему будет восстановлен пропущенный срок, если ему в это время будет доставлено распоряжение о штрафе посредством хранения письма на почте после уведомления о нем адресата, и он ввиду незнания этого факта пропустит срок для подачи протеста. Разумеется, это не действует, если ему можно вменить в вину иное, например, что он пренебрег получением или преднамеренно хотел уклониться от ожидаемой доставки.

[...]

198) BVerfGE 41, 246

(Baader-Meinhof / Баадер-Майнхоф)

**Решение Второго Сената от 21 января 1976 г. согласно § 24
Федерального закона о Федеральном Конституционном Суде
– 2BvR 941/75 –**

[...]

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ РЕШЕНИЯ

Конституционная жалоба отклонена.

ОСНОВАНИЯ

Предметом конституционной жалобы является вопрос, нарушает ли основные права подсудимых в процессе по делу «Баадер-Майнхоф» в Штутгарте то, что судебное разбирательство по существу продолжается в их отсутствие.

I.

1. Судебное разбирательство по существу в отсутствие обвиняемого, по общему правилу, не проводится. Из этого правила есть исключения. Закон о внесении дополнений в Первый закон о реформе уголовно-процессуального права от 20 декабря 1974 г. (Сборник федерального законодательства (BGBl.), Часть I, стр. 3686) расширил круг этих исключений, в частности, внося следующие нормы:

§ 231 а Уголовно-процессуального кодекса

(1) Если подсудимый умышленно и виновно ввел себя в состояние, которое исключает его способность участвовать в разбирательстве дела, и он этим сознательно препятствует надлежащему проведению или продолжению основного судебного разбирательства в его присутствии, и если подсудимый еще не был допрошен по существу обвинения, то судебное разбирательство по существу проводится или продолжается в отсутствие подсудимого, если суд не посчитает присутствие подсудимого необходимым. Действия, указанные в предложении 1, производятся только в том случае, если подсудимый после открытия основного судебного производства имел возможность высказаться по существу обвинения в суде или в присутствии уполномоченного судьи.

(2) Когда подсудимый снова становится способным участвовать в разбирательстве дела, и если суд еще не начал оглашать приговор, председательствующий должен проинформировать подсудимого об основном содержании судебного разбирательства, проведенного в его отсутствие.

(3) О проведении судебного разбирательства в отсутствие подсудимого согласно абзацу 1 суд принимает решение после заслушивания врача в качестве эксперта. Решение может быть принято еще

до начала основного судебного разбирательства. Это решение может быть обжаловано путем подачи срочной частной жалобы; [...]
[...]

2. На основании этих норм Высший земельный суд в г. Штутгарте принял 30 сентября 1975 г. решение о продолжении начатого судебного разбирательства по существу в отсутствие обвиняемых.

[...]

II.

Конституционная жалоба является явно необоснованной.

[...]

1. Положения § 231 а Уголовно-процессуального уложения [...] соответствуют Конституции. Они не ущемляют обвиняемого ни в его праве быть заслушанным в суде (ст. 103 абз. 1 Основного закона), ни в праве на справедливое разбирательство (ст. 2 абз. 1 во взаимосвязи со ст. 20 абз. 3 Основного закона).

Из этих основных прав вытекает право обвиняемого присутствовать в судебном разбирательстве и самому защищать себя. Это право присутствия не отнимается у него положениями § 231 а Уголовно-процессуального кодекса. Тот, кто умышленно и виновно вводит себя в состояние, которое исключает его способность участвовать в разбирательстве дела, должен приравниваться к тому, кто — хотя он мог бы присутствовать — не является на судебное разбирательство по существу или самовольно покидает его (сравн. § 231 абз. 2 Уголовно-процессуального уложения). Если же обвиняемый вместо того, чтобы воспользоваться своим правом присутствия, сам отказывается от возможности своего личного участия в судебном разбирательстве по существу, то его основные права не будут нарушены тем, что судебное разбирательство проводится в его отсутствие.

[...]

199) BVerfGE 107, 395

(Gehörsrüge vor Fachgerichten / Жалоба на нарушение права быть заслушанным в специализированных судах)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 44/2003 от 28 мая 2003 г.

**Решение от 30 апреля 2003 г.
– 1 РВvU1/02 –**

О самокорректировке в специализированных судах в случаях нарушения права быть заслушанным в суде

Пленум Федерального Конституционного Суда обязал законодателя усовершенствовать правовую защиту в случаях нарушения процессуальных основных прав. Большинством в десять голосов против шести он решил, что имеет место нарушение принципа правового государства во взаимосвязи со ст. 103 абз. 1 Основного закона, если процессуальный кодекс не предусматривает для специализированных судов никакой возможности исправить ситуацию в том случае, когда суд существенным для принятия решения образом нарушает право быть заслушанным в суде. Одновременно Пленум возразил против неписанных чрезвычайных средств правовой защиты, которые используются при предполагаемом нарушении процессуальных основных прав, так как они нарушают принцип правового государства о ясности средств защиты.

На пленарном заседании речь шла о вопросе, должны ли и в каком объеме в соответствии с Основным законом специализированные суды сами устранять нарушения судьей права быть заслушанным в суде, равного основным правам. Опосредствованно речь шла и о конституционности возникшей за многие годы системы неписанных «чрезвычайных» средств правовой защиты (таких как возражения или жалобы на явную незаконность), которая не в последнюю очередь служила цели до подачи конституционной жалобы обеспечить обращение в специализированный суд также и в тех случаях, в которых законодатель не предусмотрел прямо средство защиты.

Исходным пунктом пленарного заседания является конституционная жалоба, рассматриваемая Первым Сенатом Федерального Конституционного Суда. Она касается решения по апелляционной жалобе, которым, по мнению Первого Сената, было нарушено право заявителя быть заслушанным в суде. Федеральный Верховный Суд отклонил как недопустимую ревизионную жалобу на решение Высшего земельного суда. Решение Федерального Верховного суда основывается на положениях Гражданского процессуального уложения о допустимости ревизионного

обжалования в редакции, действовавшей до 31 декабря 2001 г. В отсутствии установленной законом возможности защиты от нарушения права быть заслушанным в специализированных судах Первый Сенат усматривает нарушение требования предоставления правосудия. Согласно прежней судебной практике обоих Сенатов Основной закон не гарантирует правовую защиту от судей. От этого Первый Сенат хотел бы отойти в той мере, в которой речь идет о существенном для принятия решения нарушении судьей процессуального основного права согласно ст. 103 абз. 1 Основного закона. Пленум разделяет это мнение.

В основе решения лежат следующие существенные соображения:

Конституционно-правовая гарантия судебной защиты включает в себя доступ к судам, проверку спорных притязаний в ходе формального производства, а также обязательное судебное решение. Судебная защита гарантирована ст. 19 абз. 4 Основного закона, а также в рамках общего требования предоставления правосудия. Однако инстанционность не установлена конституцией. В интересах правовой определенности и правового порядка система судебной защиты, гарантированная конституцией, учитывает риск возможного неправильного правоприменения со стороны суда.

Общее требование предоставления правосудия и — как его специальное проявление — гарантия судебной защиты согласно ст. 19 абз. 4 Основного закона отличаются друг от друга не центральным правовым содержанием, а областями их применения. Норма ст. 19 абз. 4 Основного закона, предусматривающая судебную защиту против публичной власти, понимается, как правило, таким образом, что суды не являются публичной властью в смысле этой нормы: Основной закон гарантирует правовую защиту судьей, но не от судьи. Также и после решения Пленума понятие публичной власти в смысле ст. 19 абз. 4 Основного закона остается ограниченным деятельностью исполнительной власти. Однако, по мнению Пленума, не возникнет дефицита судебной защиты, поскольку выходящая за эти рамки судебная защита гарантирована общим требованием предоставления правосудия.

Этим требованием охвачена и судебная защита при первичном нарушении судом процессуальных основных прав. В особенности право на законного судью и право быть заслушанным в суде обеспечивают

соблюдение минимальных стандартов правового государства. В правовом государстве к гарантии основных прав относится возможность, как минимум, однократного судебного контроля за их соблюдением. Указанные процессуальные основные права обязывают исключительно суды, поэтому они не могут быть нарушены носителем исполнительной власти. Остающийся при этом дефицит судебной защиты в норме ст. 19 абз. 4 Основного закона устраняется за счет общего требования предоставления правосудия.

Право быть заслушанным в суде стоит в функциональной взаимосвязи с гарантией судебной защиты. Эта гарантия обеспечивает доступ к процессу, в то время как статья 103 абз. 1 Основного закона нацелена на надлежащий ход процесса. Тот, кто формально предстал перед судом, должен также субстанциально предстать перед ним, то есть действительно быть заслушан. Процессуальное основное право содержит масштаб для правомерности действий судьи при проведении процесса. Эффективность судебной защиты лучше всего достигается с помощью возможно более близкого по содержанию и по времени устранения самими специализированными судами нарушений права быть заслушанным. Если процессуальный кодекс предусматривает еще одно средство защиты против судебного решения, которое может вести также к проверке заявленного нарушения процессуальных основных прав, то это отвечает требованию предоставления правосудия. Если заявленное нарушение процессуального основного права, которое является существенным для принятия решения, произойдет в последней судебной инстанции, то процессуальный кодекс должен предусматривать самостоятельную возможность устранения нарушения судом.

В основаниях решения подчеркнуто, что заявленное нарушение в ходе судебно-процессуальных действий должно быть подвержено лишь одноразовому судебному контролю. Бесконечный судебный путь здесь исключен.

При конструировании системы судебной защиты у законодателя имеется широкий простор. Проверка заявленного нарушения нормы ст. 103 абз. 1 Основного закона может быть предусмотрена в общей системе средств правовой защиты, но также и в рамках особого средства защиты, как в недавно созданном § 321 а Гражданского процессуального уложения. При этом возможна также и жалоба в суд, чье процессуальное действие обжалуется как ошибочное. При детальном конструировании

законодатель должен учесть интересы других участников процесса, интересы правовой определенности и требования к функциональности судов.

Основной закон доверил судебную власть в первую очередь специализированным судам. По принципу субсидиарности конституционная жалоба подается, как правило, только после рассмотрения дела специализированным судом. Однако законодатель лишь частично создал соответствующие средства правовой защиты в специализированных судах против нарушений права быть заслушанным, имеющих существенное значение для принятия решения, а именно только поскольку подобные жалобы могут быть предъявлены в рамках общей системы средств защиты или, к примеру, ограниченные по времени жалобы по вопросу заслушивания, как это предусмотрено § 321 а Гражданского процессуального уложения. В остальном существует дефицит судебной защиты. Его нельзя ликвидировать с помощью чрезвычайных средств правовой защиты, созданных судебной практикой частично вне писаного права, так как они нарушают принцип ясности средств защиты. Поэтому здесь необходимо участие законодателя. Если он не установит новое регулирование до конца 2004 г., то производства должны быть продолжены по заявлению в том суде, чье решение оспаривается в связи с заявленным нарушением права быть заслушанным.

200) BVerfGE 133, 168

(Absprachen im Strafprozess / Соглашения в уголовном процессе)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 17/2013 от 19 марта 2013 г.

Решение от 19 марта 2013 г.

– 2 BvR2628/10, 2 BvR2883/10, 2 BvR2155/11 –

Законодательные нормы о соглашениях в уголовном процессе соответствуют конституции — неформальные соглашения недопустимы

Законодательные нормы о соглашениях в уголовном процессе, несмотря на значительный недостаток в исполнении, в настоящее время пока

еще не являются антиконституционными. Законодатель должен, однако, постоянно проверять на эффективность и, в случае необходимости, усовершенствовать механизмы защиты конституционно-правовых требований. Недопустимыми являются так называемые неформальные соглашения, которые достигаются вне законодательного регулирования. Так постановил Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в обнародованном сегодня решении. Одновременно Федеральный Конституционный Суд отменил оспоренные заявителями решения специализированных судов в связи с нарушениями конституции в соответствующем процессе и вернул дело на новое рассмотрение.

В основе решения лежат следующие существенные соображения:

1. Заявители оспаривают приговоры, вынесенные им в уголовном процессе после заключения соглашения между судом и участниками процесса. В делах 2 BvR2628/10 и 2 BvR2883/10 конституционные жалобы направлены, кроме того, против положений § 257 с Уголовно-процессуального кодекса (УПК), которые были внесены Законом о регулировании соглашений в уголовном процессе от 29 июля 2009 г. (в дальнейшем: Закон о соглашениях).

2. Конституционные жалобы обоснованы в той части, в какой они направлены против оспоренных решений; в остальном они не подлежат удовлетворению.

а) Уголовное право основывается на принципе вины, который имеет конституционный статус. Он закреплен в гарантии достоинства и личной ответственности человека (ст. 1 абз. 1 и ст. 2 абз. 1 Основного закона), а также в принципе правового государства (ст. 20 абз. 3 Основного закона). Конституция обязывает государство обеспечить эффективную систему уголовного правосудия. Центральной целью уголовного процесса является расследование действительных обстоятельств дела, без чего невозможно реализовать материальный принцип виновности.

Право на справедливое разбирательство гарантирует обвиняемому возможность воспользоваться процессуальными правами и защищаться надлежащим образом от вмешательств, в частности, со стороны государственных органов. Оформление этих процессуальных прав является, в первую очередь, задачей законодателя. Нарушение права на справедливое разбирательство имеет место только тогда, когда общий взгляд на процессуальное

право выявляет, что не были сделаны обязательные в правовом государстве выводы или произошел отказ от того, от чего отказ в правовом государстве невозможен. В рамках этого общего взгляда следует также учитывать требования эффективного уголовного правосудия, включая принцип ускорения.

Принцип свободы от самообвинения и презумпция невиновности коренятся в принципе правового государства и имеют конституционный статус. В частности, обвиняемый должен иметь возможность решать самостоятельно и без давления, следует ли ему и насколько содействовать в уголовном процессе.

б) Исходя из этого, соглашения несут в себе риск того, что конституционно-правовые предписания будут учтены не в полном объеме. Тем не менее конституция не запрещает законодателю допускать их для упрощения процесса. Чтобы соответствовать конституционно-правовым предписаниям, законодатель посчитал необходимым сформулировать четкие законные предписания для важного на практике, но всегда остающегося спорным института соглашений. Законом о соглашениях он не ввел новую, «консенсуальную» модель процесса, а интегрировал соглашение в действующую систему уголовно-процессуального права.

аа) Закон о соглашениях четко указывает на то, что остается неизменной обязанность суда в силу закона выяснять обстоятельства дела. Этим законодатель дал ясно понять, что соглашение как таковое никогда не может быть единственным основанием решения, а по-прежнему — только убеждение суда. К тому же основанное на соглашении признание должно быть обязательно проверено с точки зрения его достоверности. Этим ограничивается сфера практического применения соглашений, что является неизбежным следствием включения в систему действующего уголовно-процессуального права. Правовая оценка также не может быть предметом соглашения; это относится и к изменению пределов наказания в особо тяжелых или менее тяжелых случаях.

бб) Закон о соглашениях устанавливает окончательное регулирование допустимости соглашения в уголовном процессе. Тем самым он запрещает приукрашенно обозначаемые как «неформальные» способы действия при достижении соглашения. Он также ограничивает соглашение предметом основного разбирательства. Поэтому являются недопустимыми так называемые «совокупные решения», при которых прокуратура соглашается также на прекращение других расследований.

вв) Прозрачность и документирование соглашений представляют собой центральные элементы концепции регулирования. Они должны гарантировать эффективный контроль со стороны общественности, прокуратуры и суда, рассматривающего жалобу. В частности, связанные с соглашением действия должны быть обстоятельно представлены в-как правило, открытом — судебном разбирательстве по существу. В то же время это подтверждает, что судебское убеждение и после соглашения должно вытекать из всего существа основного судебного разбирательства.

Нарушение требований прозрачности и документирования ведет, как правило, к противоправности достигнутого соглашения. Если суд придерживается подобного противозаконного соглашения, то нельзя, как правило, исключить, что решение будет основано на таком нарушении закона.

Чрезвычайно важное значение имеет контроль со стороны прокуратуры. Она должна не только отказать в одобрении противозаконного соглашения, но и обжаловать решения, которые основаны на таком соглашении. Связанность указаниями и обязанность отчетности позволяют, кроме того, реализовывать эту контрольную функцию прокуратуры по единым стандартам.

гг) Наконец, Закон о соглашениях предусматривает, что обвиняемому должно быть разъяснено, при каких условиях и с какими последствиями суд может отклониться от прогнозируемого результата. Это разъяснение должно дать обвиняемому возможность принять автономное решение о своем участии в соглашении. Нарушение обязанности разъяснения ведет к тому, что при проверке в ревизионном суде, как правило, будут исходить из того, что на этом основано признание, а значит, и все решение.

в) Закон о соглашениях обеспечивает в достаточной мере соблюдение конституционно-правовых предписаний. Существенный дефицит в исполнении Закона о соглашениях не ведет в настоящее время к антиконституционности правового регулирования.

аа) Антиконституционной была бы концепция правового регулирования только тогда, когда предусмотренные защитные механизмы имели бы пробелы или были бы в целом недостаточными настолько, что поддерживали бы нарушающую Основной закон практику «неформальных» соглашений, то есть дефицит в исполнении был бы вызван также структурой нормы.

бб) Ни результат эмпирического исследования, ни представленные в ходе производства по конституционной жалобе заключения не ведут

в обязательном порядке к допущению, что именно структурные недостатки концепции законодательного регулирования вызвали существующий до сих пор дефицит в исполнении. Причины этого многообразны. В качестве основной причины при эмпирическом исследовании называлась «недостаточная практическая пригодность» норм. Это свидетельствует о до сих пор лишь недостаточно ясном понимании того, что не может быть соглашений без соблюдения требований Закона о соглашениях.

г) Законодатель должен внимательно следить за дальнейшим развитием. Если судебная практика в дальнейшем будет в существенном объеме выходить за рамки правовых норм, и Закона о соглашениях будет недостаточно, чтобы ликвидировать установленный дефицит в исполнении, законодатель должен будет подходящими мерами противодействовать неправильному развитию. Если этого не сделать, возникнет антиконституционная ситуация.

3. Оспоренные конституционными жалобами решения специализированных судов не соответствуют предписаниям Основного закона о соглашениях в уголовном процессе.

а) Решения, оспоренные заявителями в процессах 2 BvR2628/10 и 2 BvR2883/10, нарушают права заявителей на справедливое судопроизводство, соответствующее принципу правового государства, и их свободу от самообвинения. Соглашение, как правило, только тогда согласуется с принципом справедливого судопроизводства, когда обвиняемому перед заключением соглашения разъяснено о его ограниченной обязательной силе для суда. Если сделанное с нарушением обязанности разъяснения признание включается в решение, то это решение базируется на нарушении основного права, если только не может быть исключена причинно-следственная связь между нарушением обязанности разъяснения и признанием, поскольку обвиняемый сделал бы признание также и при надлежащем разъяснении. Об этом ревизионный суд должен сделать конкретные выводы.

б) Решение земельного суда, оспоренное в процессе 2 BvR2155/11, уже постольку нарушает конституционно-правовой принцип виновности, поскольку земельный суд вынес обвинительный приговор в отношении заявителя в значительной мере на основании непроверенного формального признания. Кроме того, решение базируется на соглашении, которое недопустимым образом распоряжалось обвинительным вердиктом.

В данном случае также явно превышена граница к антиконституционному нарушению свободы от самообвинения. Земельный суд связал — саму по себе чрезмерную — разницу между двумя границами наказания дополнительно еще и с обещанием условного осуждения, которое вообще было возможно только на основе изменения пределов наказания применительно к менее тяжкому случаю.

§ 38. *Nulla poena sine lege* (нет наказания без закона) и запрет обратной силы (ст. 103 абз. 2 Основного закона)

201) BVerfGE 14, 174

(Gesetzesgebundenheit im Strafrecht / Связанность законом в уголовном праве)

1. Законы, на основании которых согласно ст. 103 абз. 2 Основного закона определенные деяния влекут наказание, являются также правовыми положениями, которые принимаются в рамках полномочия, соответствующего ст. 80 абз. 1 Основного закона.

Законодатель должен однозначно предусмотреть в законе полномочие на установление наказания. При этом содержание, цель, размер и вид наказания должны быть понятны гражданину уже из такого полномочия, а не только из основанного на нем постановления.

2. Назначение наказания в виде лишения свободы является ограничением свободы согласно ст. 104 абз. 1 предл. 1 Основного закона.

Оговорке ст. 104 абз. 1 предл. 1 Основного закона соответствуют только формальные законы. Законодатель должен достаточно четко определить подлежащее наказанию деяние и, кроме того, закрепить в формальном законе вид и размер наказания; уполномоченному на принятие постановления органу он может предоставить лишь полномочие на определение состава преступления.

Решение Второго Сената от 3 июля 1962 г.

– 2 BvR 15/62 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

І.

1. Заявитель жалобы был приговорен Участковым судом — судом шеффенов — г. Алсфельда на основании § 2 и 71 Правил допуска транспортных средств к дорожному движению к трем неделям лишения свободы, а также был приговорен за бегство с места происшествия на основании § 142 Уголовного кодекса к двум неделям лишения свободы.

[...]

2. [...] Он заявляет, что оспариваемые решения нарушают положения ст. 104 абз. 1 предл. 1 Основного закона, согласно которым лишение свободы возможно только на основании формального закона. Правила допуска транспортных средств к дорожному движению не являются формальным законом, а лишь постановлением правового характера.

[...]

Б.

[...]

ІІ.

1. Согласно ст. 103 абз. 2 Основного закона деяние может подлежать наказанию только в том случае, если его наказуемость была установлена законом до его совершения. Как и соответствующие ст. 116 Веймарской имперской конституции и § 2 абз. 1 Уголовного уложения, статья 103 абз. 2 Основного закона предусматривает принцип связанности законом в уголовном праве. Значение положений ст. 103 абз. 2 Основного закона не исчерпывается запретом обоснования назначения наказания по аналогии, со ссылкой на правовой обычай или обратную силу. Они на понятийном уровне предусматривают оговорку о законе для уголовно-правовых норм. Уголовное наказание может быть назначено исключительно на основании действующих норм уголовного права (Решения Конституционного Суда Федеральной земли Бавария (Bay VerfGH), том 1, 101 [109 и далее]).

Законами по смыслу ст. 103 абз. 2 Основного закона являются не только законы в формальном смысле, но и правовые постановления, принятые в рамках полномочий и соответствующие условиям, предусмотренным ст. 80 абз. 1 Основного закона. Как неоднократно отмечал Федеральный Конституционный Суд и как указало Федеральное правительство в настоящем деле, к содержательной определенности нормы,

уполномочивающей на принятие императивных и — в особенности — уголовно-правовых законов, должны предъявляться строгие требования. Законодатель должен прямо предусмотреть в законе право на назначение наказания и при этом обрисовать содержание, цель и объем полномочия настолько точно, чтобы условия наказуемости и вид наказания были понятны гражданину уже из полномочия, а не только из основанного на нем постановления (сравн. BVerfGE 1, 14 [60]; 2, 307 [334]; 5, 71 [76]; 7, 282 [302]; 8, 274 [307 и далее]; 10, 251 [258]).

Обвиняемому может быть назначено наказание исключительно на основании положений того закона или принятого в рамках законных полномочий постановления правового характера, которые обосновывают наказуемость. Наказание на основе постановления, не основанного на законном полномочии, не может быть оправдано тем, что «наказуемость» деяния была определена в другой норме.

2. В то время как положения ст. 103 абз. 2 Основного закона касаются любого вида наказаний на основании решения суда, положения ст. 104 абз. 1 предл. 1 Основного закона направлены на особую защиту при ограничении как по отношению к исполнительной власти, так и к судам по уголовным делам. Согласно ст. 104 абз. 1 предл. 1 Основного закона свобода личности может быть ограничена лишь на основании формального закона и с соблюдением предписанных им форм.

Статья 104 Основного закона находится в неразрывной связи с защищенным в ст. 2 абз. 2 предл. 2 и 3 Основного закона основным правом на свободу личности. Поэтому изначально было предусмотрено объединение положений ст. 104 с положениями ст. 2 Основного закона. Позже по редакционным, а не по систематическим соображениям они были перемещены в раздел «Правосудие», чтобы избежать слишком широкого оформления раздела об основных правах.

Осуждение к наказанию в виде лишения свободы также является ограничением свободы по смыслу ст. 104 абз. 1 предл. 1 Основного закона. Даже если вынесение приговора о назначении наказания еще и не ограничивает свободу, оно, тем не менее, образует совместно с последующим за ним исполнением наказания единый процесс лишения свободы [...].

Оговорке ст. 104 абз. 1 предл. 1 Основного закона удовлетворяют только формальные законы, то есть правовые нормы, которые были приняты в рамках установленной процедуры принятия законов. Постановление

не является формальным законом по смыслу ст. 104 абз. 1 предл. 1 Основного закона, даже если оно было принято на основе полномочия, содержащегося в формальном законе; поэтому «сами условия, при наличии которых вмешательство как таковое вообще допустимо, а также сущность вмешательства ... должны быть определены в самом формальном законе» (Собрание решений Федерального Верховного суда по гражданским делам (BGHZ) 15, 61 [64]). Если законодатель достаточно четко определяет, что должно быть наказуемо, и если он далее устанавливает вид и размер наказания в формальном законе и предоставляет принявшему постановление органу право только на определение состава преступления, то правовая безопасность и свобода отдельного человека сохраняются в соответствии с целью и смыслом ст. 104 Основного закона, и с законодателя не снимается ответственность, возложенная на него Основным законом.

[...]

III.

[...]

§ 21 Закона о дорожном движении не является уполномочивающей нормой; он является предписанием уголовно-правового характера, но не наделяет принимающий постановление орган полномочиями на самостоятельное принятие предписания уголовно-правового характера, в том числе такого же или похожего содержания.

Таким образом, для § 71 Правил допуска транспортных средств к дорожному движению отсутствует необходимая правовая основа, и в связи с нарушением ст. 103 абз. 3 Основного закона он является ничтожным.

2. Поскольку § 71 Правил допуска транспортных средств к дорожному движению, кроме того, самостоятельно устанавливает наказание в виде лишения свободы, не являясь при этом формальным законом, он также противоречит положениям ст. 104 абз. 1 предл. 1 Основного закона.

[...]

202) BVerfGE 25, 269

(Verfolgungsverjährung / Срок давности привлечения к уголовной ответственности)

1. Статья 103 абз. 2 Основного закона определяет условия, при которых деяние может подлежать наказанию. Она устанавливает запрет

- как на назначение наказания с обратной силой, так и на ужесточение наказания с обратной силой.
2. Нормы о сроке давности привлечения к уголовной ответственности определяют, как долго может преследоваться подлежащее наказанию деяние. Они не затрагивают наказуемость самого деяния. В этой связи нормы о сроках давности привлечения к ответственности не подпадают под предусмотренный ст. 103 абз. 2 Основного закона запрет обратной силы.
 3. Продление или пресечение еще не истекшего срока давности, во всяком случае в отношении преступлений, за совершение которых грозит пожизненное заключение в каторжной тюрьме, не нарушают ни принцип правового государства, ни принцип равенства.

**Решение Второго Сената от 26 февраля 1969 г.
– 2 BvL 15, 23/68 –**

в деле о проверке на соответствие конституции положений § 1 абз. 1 Закона об исчислении сроков давности привлечения к ответственности за совершение уголовно наказуемых деяний от 13 апреля 1965 г.
[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

В.

I.

[...]

3. [...]

а) Законодатель хотел воспрепятствовать тому, чтобы срок давности привлечения к уголовной ответственности за убийства, совершенные во времена национал-социалистического режима, а также в послевоенный период, истекал до 31 декабря 1969 г.

[...]

в) [...] § 1 абз. 1 Закона об исчислении сроков давности привлечения к ответственности за совершение уголовно наказуемых деяний продлевает срок исковой давности в отношении подпадающих под сферу действия закона преступлений самое позднее до 31 декабря 1969 г. и в конечном итоге действует как продление еще не истекших сроков давности.

II.

Продление сроков давности в отношении преступлений, за совершение которых грозит пожизненное заключение в каторжной тюрьме, на основании Закона об исчислении сроков давности привлечения к ответственности за совершение уголовно наказуемых деяний не нарушает ст. 103 абз. 2 Основного закона.

1. Согласно ст. 103 абз. 2 Основного закона деяние может подлежать наказанию только в том случае, если его наказуемость была установлена законом до его совершения. Так же как соответствующие положения ст. 116 Веймарской имперской конституции, положения ст. 103 абз. 2 Основного закона запрещают назначать лицу наказание на основании закона, еще не вступившего в силу в момент совершения деяния, то есть о котором преступник не мог знать (BVerfGE 7, 111 [119]). Таким образом, на конституционном уровне вводится запрет как на применение при назначении наказаний новых составов преступлений с обратной силой, так и на обоснование назначения наказаний по аналогии.

[...]

б) [...]

Статья 103 абз. 2 устанавливает запрет как на назначение наказания с обратной силой, так и на ужесточение наказания с обратной силой.

2. Однако статья 103 абз. 2 Основного закона ничего не говорит о продолжительности того периода времени, в течение которого деяние, признанное в соответствии с конституцией наказуемым, может преследоваться посредством назначения предусмотренного законом наказания. Эта норма определяет только «с какого момента», но не «как долго» должно осуществляться преследование за совершенные преступления.

Каждая уголовно-правовая норма содержит подкрепленное государственным авторитетом социально-этическое суждение об отрицательной ценности осуждаемого ею варианта действия. Конкретное содержание этого суждения об отрицательной ценности вытекает из состава преступления и угрозы назначения наказания. Вместе они составляют наказуемость по смыслу ст. 103 абз. 2 Основного закона. Если за определенный вариант поведения грозит наказание на основе законного предписания, отвечающего требованиям ст. 103 абз. 2 Основного закона и в остальном соответствующего конституции, то такой вариант поведения тем

самым становится «наказуемым деянием». Его наказуемость определена законом.

Наказуемость деяния является условием для его преследования. Деяние может быть подвергнуто наказанию на основании уголовно-правовой нормы только в том случае, если его наказуемость была установлена законом до совершения деяния. При отсутствии наказуемости отпадает и возможность преследования, но наказуемость не отменяется при отсутствии возможности преследования. Однажды совершенное наказуемое деяние не утрачивает свой противоправный характер вследствие того, что оно по фактическим или правовым причинам не преследуется или не может преследоваться.

Положения ст. 103 абз. 2 Основного закона определяют условия признания деяния наказуемым. Положения о сроке давности привлечения к уголовной ответственности регулируют продолжительность преследования признанного наказуемым поведения. Так как они касаются только вопроса преследования и не затрагивают наказуемость, они не подпадают под сферу действия ст. 103 абз. 2 Основного закона; продление или пресечение срока давности поэтому не может нарушить данный конституционный принцип (аналогично в: BVerfGE 1, 418 [423]).

3. Это подтверждает и история становления.

[...]

III.

Положения § 1 абз. 1 Закона об исчислении сроков давности привлечения к ответственности за совершение уголовно наказуемых деяний не противоречат принципам правового государства.

1. Действующие с обратной силой законы — за пределами сферы ст. 103 абз. 2 Основного закона — как таковые не являются недопустимыми. Однако конституционно-правовые границы вытекают в данном случае из требования правовой определенности, содержащегося в принципе правового государства.

Принцип правового государства относится к общим принципам и руководящим идеям, которые автор конституции не свел до уровня особой правовой нормы (BVerfGE 2, 380 [403]), так как они наложили свой отпечаток на общую доконституционную картину, из которой он исходил. Он не содержит — если иное не сформулировано в отдельных положениях писаной конституции для определенных областей — никаких однозначно

определенных во всех деталях требований или запретов, обладающих конституционным статусом, а является конституционным принципом, нуждающимся в уточнении в зависимости от фактических обстоятельств (BVerfGE 7, 89 [92 и далее]).

Имманентный принципу правового государства постулат правовой определенности требует, чтобы гражданин мог предвидеть направленные против него возможные вмешательства со стороны государства и подготовить себя соответствующим образом. Он в принципе должен рассчитывать на то, что законодатель не привязывает к завершённым действиям более невыгодные последствия, чем можно было бы предвидеть в момент их совершения («подлинная» обратная сила). При определенных обстоятельствах на защиту может претендовать и доверие гражданина в отношении того, что его правовое положение не обесценится задним числом правовыми нормами, которые регулируют лишь еще не законченные в настоящее время процессы («неподлинная» обратная сила). Правовая определенность означает для гражданина в первую очередь защиту доверия (BVerfGE 13, 261 [271]; 14, 288 [297]; 15, 313 [324]).

К принципу правового государства относится не только правовая определенность, но и материальная справедливость. Эти две стороны принципа правового государства не всегда могут быть учтены законодателем в равной мере (BVerfGE 3, 225 [237]; 7, 89 [92 и далее]). Если правовая определенность находится в противоборстве со справедливостью, то задача законодателя в первую очередь состоит в том, чтобы принять решение в пользу одной из сторон. Если это происходит без произвола, то законодательное решение не может вызвать нареканий с точки зрения конституционного права (BVerfGE 3, 225 [237 и далее]; 15, 313 [319 и далее]).

Конституционно-правовая защита доверия, таким образом, не функционирует без исключений. В частности, гражданин тогда не может ссылаться на защиту доверия как проявление принципа правового государства, когда его доверие в отношении дальнейшего действия правовой нормы не может справедливым образом претендовать на учет этого со стороны законодателя (BVerfGE 14, 288 [299 и далее]), то есть если доверие в отношении действия определенной правовой нормы не является фактически оправданным (BVerfGE 13, 261 [271], устоявшаяся судебная практика). Это имеет место в данном случае.

2. Закон об исчислении сроков давности привлечения к ответственности за совершение уголовно наказуемых деяний не затрагивает задним числом деяния, совершенные в прошлом, изменяя их. Он не распространяется на деяния, срок давности привлечения к ответственности за которые истек еще до вступления закона в силу (§ 1 абз. 2). Положения § 1 абз. 1 Закона об исчислении сроков давности привлечения к ответственности за совершение уголовно наказуемых деяний привели всего лишь к продлению еще не истекших сроков давности на будущее время.

Продление срока давности привлечения к ответственности за преступления, за совершение которых грозит пожизненное заключение в каторжной тюрьме, не повлекло за собой нанесение ущерба доверию, релевантного с точки зрения конституционного права.

[...]

203) BVerfGE 26, 41

(Grober Unfug / Хулиганство (грубое нарушение общественного порядка))

Установление наказания за хулиганство (§ 360 абз. 1 п. 11 [вторая альтернатива] Уголовного уложения) совместимо со ст. 103 абз. 2 Основного закона.

Решение Второго Сената от 14 мая 1969 г. согласно § 24 Федерального закона о Федеральном Конституционном Суде – 2 BvR 238/68 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

I.

1. Согласно § 360 абз. 1 п. 11 Уголовного уложения наказание в виде денежного штрафа в размере до пятисот немецких марок или ареста может быть назначено лицу,

которое непристойным образом создает нарушающий покой шум или совершает грубое нарушение общественного порядка.

[...]

2. а) Заявитель жалобы вместе со знакомым в ночь с 29 на 30 сентября 1967 г. перетащил парковую скамью на пешеходную часть дороги, где она мешала прохожим. В этой связи Участковый суд г. Вольфсбурга приговорил его 22 января 1968 г. за хулиганство (§ 360 абз. 1 п. 11 Уголовного кодекса) к денежному штрафу в размере ста немецких марок или, в качестве альтернативы, к аресту на десять суток.

[...]

II.

[...]

Уголовно-правовая норма о назначении наказания за хулиганство (§ 360 абз. 1 п. 11 [вторая альтернатива] Уголовного уложения) совместима со ст. 103 абз. 2 Основного закона.

1. Согласно положениям ст. 103 абз. 2 Основного закона деяние может подлежать наказанию, только если его наказуемость была установлена законом до его совершения. Статья 103 абз. 2 Основного закона на конституционном уровне не признают обратное действие новых составов преступлений, а также обоснование назначения наказания со ссылкой на аналогию или правовые обычаи.

Кроме того, статья 103 абз. 2 Основного закона требует, чтобы наказуемость деяния была «определена законом». Каждый должен быть в состоянии предвидеть, за какое деяние последует то или иное наказание, и соответствующим образом выстраивать свое поведение (BVerfGE 25, 269 [285]). Однако невозможно предвидеть, за какое поведение грозит наказание и в том случае, когда закон описывает состав преступления слишком неопределенно (сравн. BVerfGE 14, 245 [252]; BVerfGE 25, 269 [285]).

Вместе с тем уголовное право не может полностью отказаться от применения общих понятий, которые не могут быть однозначно описаны в универсальном виде и которые в особой степени нуждаются в толковании со стороны судьи (BVerfGE 11, 234 [237]). В этой связи статья 103 абз. 2 Основного закона требует описания в законе наказуемости лишь в определенных рамках.

Нельзя в общем сказать, какой степенью определенности в законе должен обладать отдельный состав преступления. Необходимая определенность закона зависит от особенностей соответствующего состава преступления и от обстоятельств, которые привели к данному правовому регулированию. Во всяком случае закон должен тем точнее определять

условия наказуемости, чем строже подлежащее назначению наказание (BVerfGE 14, 245 [251]).

2. Норма, устанавливающая наказание за хулиганство, описана достаточно точно.

а) Гражданин может в общем предвидеть, в каких случаях суды применяют § 360 абз. 1 п. 11 [вторая альтернатива] Уголовного уложения. Однако формулировка данной нормы допускает широкое толкование. Но ее особенность заключается в том, что она относится к традиционному составу норм уголовного права и, в результате сформировавшейся в течение многих десятилетий судебной практики, была в достаточной мере конкретизирована.

[...]

204) BVerfGE 32, 346

(Strafbestimmungen in Gemeindefestsetzungen / Положения о наказаниях в уставах муниципальных образований)

Уставы муниципальных образований могут содержать положения о наказаниях, основанные на специальном полномочии, предоставленном органом законодательной власти земли. Однако содержащееся в ст. 103 абз. 2 Основного закона требование определенности закона выполняется лишь в том случае, если границы наказуемости, а также вид и верхняя мера наказания понятны для гражданина уже из полномочия.

Решение Второго Сената от 23 февраля 1972 г.

– 2 BvL 36/71 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

Б.

[...]

II.

[...]

4. [...]

а) [...]

Законами по смыслу ст. 103 абз. 2 Основного закона являются не только законы в формальном смысле. Федеральный Конституционный Суд ранее уже разъяснил, что и правовые постановления могут содержать положения о наказаниях, если они были приняты в рамках полномочий, удовлетворяющих ст. 80 абз. 1 Основного закона (BVerfGE 14, 174 [185]; 14, 245 [251]; 14, 254 [257]; 22, 21 [25]). То же относится и к уставам муниципальных образований. Формальный закон, наделяющий полномочием на принятие уставов, не может сравниваться с положениями ст. 80 абз. 1 Основного закона; это конституционное положение не применяется и по аналогии. Однако из этого не следует, что подобные полномочия на принятие уставов не могут быть подвергнуты никаким конституционно-правовым ограничениям. Содержащееся в ст. 103 абз. 2 Основного закона требование определенности закона соблюдается лишь тогда, когда лицо может понять из уголовно-правовой нормы, что ему запрещается уголовным правом и какое наказание грозит ему в случае нарушения такого запрета. Если, как в данном случае, уставная власть муниципального образования основывается на специальном полномочии, предоставленном законодательным органом земли, то не только устав, который сам представляет собой уголовно-правовой закон, но и полномочие должно учитывать эти требования. Уже из полномочия, а не только из основанного на нем устава гражданин должен быть в состоянии заранее определить границы наказуемости и вид наказания.

В противном случае ни гражданин, ни судья не смогут оценить, был ли принявший устав орган в принципе уполномочен на принятие конкретного устава с положениями о наказании и являются ли достаточными для этого переданные ему полномочия на установление наказания. Поэтому полномочие должно быть сформулировано таким образом, чтобы из него можно было понять, можно ли было вообще установить содержащийся в уставе состав преступления согласно намерениям законодателя, и какое наказание за него могло быть предусмотрено.

Однако полномочие не должно регулировать составы преступлений во всех подробностях. Требования ст. 103 абз. 2 Основного закона к такого рода полномочию соблюдены, если из него можно с помощью признанных правил юридического толкования достаточно точно определить возможные составы преступлений, включая форму вины, вид и максимальную меру наказания. При этом законодатель может предоставить носителям

уставной власти — если, как в данном случае, речь идет об ограничениях свободы, не подпадающих под оговорку ст. 104 абз. 1 предл. 1 Основного закона (сравн. об этом: BVerfGE 14, 174 [186 и далее]), — определенное усмотрение в отношении пределов наказания за отдельные, охватываемые полномочием составы преступлений, чтобы предоставить им возможность приспособить оценку противоправности признанных ими наказуемыми нарушений устава к различной экономической и социальной структуре соответствующего муниципалитета.

[...]

205) BVerfGE 92, 1

(Sitzblockaden II / «Сидячие блокады» II)

Расширительное толкование понятия насилия в § 240 абз. 1 Уголовного кодекса в связи с проведением «сидячих блокад» нарушает положения ст. 103 абз. 2 Основного закона.

Решение Первого Сената от 10 января 1995 г.

– 1 BvR 718/89, 1 BvR 719/89, 1 BvR 722/89, 1 BvR 723/89 –

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

Заявители жалоб были осуждены за совместное принуждение, совершенное посредством «сидячей демонстрации» перед военным объектом. Они заявляют о нарушении ст. 103 абз. 2 Основного закона. Заявители жалоб 3 и 4 заявляют дополнительно о нарушении права на справедливое судебное разбирательство согласно ст. 20 абз. 3 Основного закона.

[...]

Б.

Конституционные жалобы являются обоснованными.

1.

Оспариваемые решения земельного суда и высшего земельного суда нарушают ст. 103 абз. 2 Основного закона.

1. О значении ст. 103 абз. 2 Основного закона Федеральный Конституционный Суд уже высказывался во многих делах (последний раз в: BVerfGE 71, 108 [114 и далее]; 73, 206 [234 и далее]).

Согласно этой практике указанное положение содержит не только запрет обратной силы уголовно-правовых норм. Оно также обязывает законодателя настолько конкретно описать условия наказуемости, чтобы сфера применения и пределы действия составов преступлений могли быть установлены из буквального текста либо по крайней мере посредством толкования. Эта обязанность служит двум целям. С одной стороны, она должна обеспечить адресатам норм возможность предвидеть, какое поведение запрещено и подлежит наказанию. С другой стороны, она должна гарантировать, что решение о наказуемости поведения принято законодателем заранее, а не постфактум органами исполнительной или судебной власти. В этой связи ст. 103 абз. 2 Основного закона содержит строгую оговорку о законе, которая ограничивает суды по уголовным делам правоприменением.

Однако это не исключает использование понятий, которые в особой мере нуждаются в толковании со стороны судьи. И в уголовном праве законодатель сталкивается с необходимостью учитывать многообразие жизни. Кроме того, по причине общего и абстрактного характера уголовно-правовых норм неизбежно возникновение в отдельных случаях сомнений относительно того, подпадает ли определенное поведение под определенный законом состав. Однако, как правило, во всяком случае адресат нормы должен быть в состоянии на основании положения закона предвидеть, является ли поведение наказуемым. В пограничных случаях, таким образом, должно быть возможно как минимум распознать риск наказания.

Для правосудия из требования определенности закона вытекает запрет обосновывать применение наказания ссылкой на аналогию или правовые обычаи. При этом «аналогию» не следует понимать в узком техническом смысле; исключается скорее любое правоприменение, которое выходит за содержание санкционной нормы закона. Поскольку предмет толкования норм закона может быть исключительно текст закона, он является решающим критерием: возможный смысл слова закона определяет крайнюю границу допустимой судейской интерпретации. Поскольку статья 103 абз. 2 Основного закона стремится гарантировать адресату норм возможность предвидеть наказуемость, границу следует определять с его точки зрения.

[...]

2. § 240 Уголовного уложения в отношении насилия совместим со ст. 103 абз. 2 Основного закона.

[...]

3. Напротив, толкование понятия насилия в § 240 абз. 1 Уголовного уложения судами по уголовным делам нарушает ст. 103 абз. 2 Основного закона.

[...]

а) В основе оспоренных решений лежит понимание понятия насилия, которое сформировалось в практике высших судов с течением времени.

[...]

Актуальный подход в судебной практике характеризует решение Федерального Верховного суда 1969 г. по делу Леппле (Официальное собрание решений Федерального Верховного суда по уголовным делам (BGHSt) 23, 46 [54]). Согласно этому решению насилие по смыслу § 240 абз. 1 Уголовного уложения не предполагает «непосредственное применение физической силы». Достаточно того, что преступник, «лишь слегка приложив физическую силу», привел в действие у жертвы «психически обусловленный процесс». Наказуемость решающим образом зависит от «силы [...] психического воздействия». Такая интерпретация, которую обычно обозначают как «одухотворение» или «дематериализация» понятия насилия, находит свое основание в стремлении эффективно защищать свободу волеизъявления также и от таких уголовно наказуемых воздействий, которые могут быть более утонченными, но столь же действенными, как применение физической силы (сравн. Официальное собрание решений Федерального Верховного суда по уголовным делам (BGHSt) 1, 145 [147]; 8, 102 [103]; BVerfGE 73, 206 [242]).

Это расширение понятия насилия судебной практикой является спорным как в уголовно-правовой, так и в конституционно-правовой литературе (сравн. многочисленные ссылки в: BVerfGE 73, 206 [232 и далее]). Решение Федерального Конституционного Суда по делу Мутланген не привело к ожидаемому разъяснению ввиду равенства голосов в Сенате. [...]

б) При повторной проверке Федеральный Конституционный Суд пятью голосами против трех пришел к выводу, что лежащее в основе оспоренных решений толкование понятия насилия несовместимо со ст. 103 абз. 2 Основного закона.

[...]

Статья 103 абз. 2 Основного закона устанавливает [...] границы не только для дополнения состава преступления, но и для интерпретации, расширяющей состав преступления. Толкование понятий, которыми законодатель обозначил подлежащие наказанию средства, не может приводить к тому, что установленное тем самым ограничение наказуемости в конечном итоге будет снова отменено.

Поскольку осуществление принуждения в отношении воли третьих лиц уже содержится в понятии принуждения, и обозначение определенных средств принуждения в § 240 абз. 2 Уголовного уложения обладает функцией отграничения наказуемых принуждений внутри совокупности всех мыслимых принуждений, насилие не может совпадать с принуждением, а должно выходить за его рамки. Поэтому изначально со средством насилия, в отличие от угрозы, связывалось представление о применении физической силы со стороны преступника. Принуждающие воздействия, основанные не на применении физической силы, а на духовно-душевном влиянии, могут при определенных обстоятельствах выполнить альтернативу состава преступления в виде угрозы, но не применения насилия. Судебная практика с тех пор придерживалась физического характера как признака насилия, но она настолько отказалась от признака проявления силы, что в настоящее время уже простое физическое присутствие в месте, которое другое лицо хочет занять или осуществить через него проход, достаточно для наличия насилия как признака состава преступления, если у другого лица вследствие этого возникает психологическое препятствие для осуществления своей воли.

Насилие как признак состава преступления, таким образом, настолько лишается своих границ, что в значительной степени утрачивает задуманную для него законодателем функцию по выделению наказуемых деяний среди необходимых, неизбежных или обыденных принудительных воздействий на свободу воли третьих лиц. Он неизбежно включает в состав преступления многочисленные, рассматриваемые как социально-адекватные варианты поведения, наказуемость которых исключается лишь через исправление оговоркой о предосудительности в § 240 абз. 2 Уголовного уложения. Федеральный Верховный Суд поэтому посчитал необходимым противодействовать расширению понятия насилия тем, что сделал акцент на «силе» психического воздействия. Тем самым функция разграничения обременяется еще одним понятием, которое является еще более неопределенным, чем

понятие насилия. Удовлетворительное разъяснение того, когда психическое воздействие является сильным, поэтому также отсутствует. В этой связи ссылка на исправление оговоркой о предосудительности не может исключить сомнения с точки зрения правового государства, которые возникают в связи с расширением судебной практикой понятия насилия.

Следовательно, толкование понятия насилия в практике высших судов имеет как раз те последствия, предотвратить которые призвана ст. 103 абз. 2 Основного закона. Нельзя уже с достаточной уверенностью предвидеть, какое физическое поведение, которое психологически препятствует другим осуществить их волю, должно быть запрещено, а какое — нет. В той области, где насилие заключается только в физическом присутствии и принудительное воздействие носит исключительно психологический характер, наказуемость более не определяется законодателем в общем и абстрактном виде до совершения деяния, она определяется судьей в конкретном случае после совершения деяния на основании его представления о наказуемости деяния. Это открывает широкий простор при уголовном преследовании за принуждение. Различное отношение к блокадным акциям в знак протеста против атомного вооружения, с одной стороны, и блокадных акций против закрытия предприятий, повышения пошлин, сокращения субсидий или транспортного планирования, с другой стороны, подтверждает это. На это также обратил внимание 4-й Сенат по уголовным делам Федерального Верховного Суда в своей позиции.

Неопределенность, присущая расширенному понятию насилия, не отпала и в результате устоявшегося с течением времени понимания его значения, тем более что Федеральный Верховный Суд в других областях, например в случае изнасилования, исходит из куда более узкого понятия насилия (сравн. Федеральный Верховный Суд, Новый юридический еженедельник (NJW), 1981, стр. 2204). Как показывают только что упомянутые примеры, уже сама наказуемость блокадных акций в качестве принуждения остается весьма неопределенной.

[...]

Наконец, расширение понятия насилия нельзя оправдывать и тем, что в противном случае могут возникнуть нежелательные пробелы в наказуемости. Даже если бы было верно то, что поведение, охваченное расширительным толкованием нормы, так же является наказуемым, как и несомненно подпадающее под ее действие поведение, устранение

этого пробела в наказуемости остается задачей законодателя (сравн. BVerfGE 71, 108 [116], со ссылками на другие источники).

Необходимое ограничение понятия насилия в § 240 абз. 1 Уголовного уложения должны осуществлять, в первую очередь, суды по уголовным делам, а не Федеральный Конституционный Суд. Данное решение не касается вопроса незаконности «сидячих демонстраций» согласно другим нормам. [...]

Особое мнение судей Зайдл, Зёллнер и Хааз по решению Первого Сената от 10 января 1995 г.

– 1 BvR718/89, 1 BvR719/89, 1 BvR722/89, 1 BvR723/89 –

То, что суды по уголовным делам в исходном процессе рассмотрели «сидячую блокаду» как совершенное с применением насилия по смыслу § 240 абз. 1 Уголовного уложения принуждение, не нарушает ст. 103 абз. 2 Основного закона.

1. [...]

а) Однако в соответствии с целью § 240 Уголовного уложения, который стремится защищать свободу основанного на воле решения и волеизъявления (сравн. BVerfGE 73, 206 [237], со ссылками на другие источники), насилие как признак состава преступления можно, по общему правилу, понимать только в смысле физического воздействия (относительно данной составляющей понятия насилия сравн., например: Энциклопедия Брокхаус, 19-е изд., ключевое слово «насилие» / Brockhaus Enzyklopädie, 19. Aufl., Stichwort Gewalt), тогда как переносные значения, также охваченные понятием насилия в общем языковом употреблении (сравн.: BVerfGE 73, 206 [242 и далее], со ссылками на другие источники), исключаются. Однако цель нормы не требует дальнейшего разграничения внутри этого узкого понятия насилия. Выход за пределы возможного буквального смысла признака состава преступления также не происходит, если под насилием понимается физическое воздействие всякого рода, понуждающее жертву совершить действие, терпеть или бездействовать. [...]

б) Посредством «сидячей блокады» на проезжей части создается физическое препятствие дальнейшему проезду подъезжающих машин. Блокада дороги с целью не допустить дальнейший проезд лиц, сидящих в машинах, является, таким образом, формой физического, а не только психического воздействия

на основанные на воле решения и волеизъявление лиц, находящихся в машинах. Из этого же исходит Федеральный Верховный Суд в своем решении по так называемому делу Леппле (Официальное собрание решений Федерального Верховного суда по уголовным делам (BGHSt) 23, 46 [54]), на которое прямо ссылались суды по уголовным делам в исходном процессе при подтверждении понятия насилия. Воздействие целиком зависит от созданной блокады.

Воздействие, в том числе психологическое, вытекает только из того, что подвергающееся принуждению лицо, находящееся в транспортном средстве, в случаях, в которых оно могло бы преодолеть физическое препятствие посредством наезда на блокирующих, воздерживается от этого, потому что в противном случае оно могло бы их травмировать или даже убить. Этот психически обусловленный процесс хотя и является решающим для успешного проведения блокады, однако он ничего не меняет в том, что сама блокада создает физическое препятствие. При данных обстоятельствах не происходит выход за пределы возможного буквального смысла понятия насилия также и в связи с тем, что при оценке воздействия средства принуждения решающим образом учитывается психический процесс, вызванный средством принуждения.

[...]

206) BVerfGE 104, 92

(Sitzblockaden III [Blockadeaktionen] / «Сидячие блокады» III [блокадные акции])

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 120/2001 от 19 декабря 2001 г.

Решение от 24 октября 2001 г.

– 1 BvR 1190/90, 1 BvR 2173/93, 1 BvR 433/96 –

Акции блокады посредством создания физических препятствий

1. Первый Сенат Федерального Конституционного Суда вновь занялся вопросом наказуемости за принуждение посредством участия

в блокадных акциях. В основе решения от 24 октября 2001 г. лежит, во-первых, проводимая в 1986 г. блокада строительной площадки завода по переработке отработавшего ядерного топлива в Ваккерсдорфе, в ходе которой участники привязали себя металлическими цепями друг к другу и к ограждению площадки. В другом деле речь шла о многодневной блокаде транспортными средствами федеральной автотрассы № 5 и пограничного переходного пункта Вейля на Рейне в 1990 г., участники которой хотели добиться въезда в Швейцарию и встречи с комиссаром ООН по делам беженцев.

2. Первый Сенат отказал в удовлетворении конституционных жалоб на обвинительные приговоры за принуждение. В обоснование своего решения Сенат в основном ссылается на следующее:

а) Требование определенности санкции уголовно-правовой нормы (ст. 103 абз. 2 Основного закона) не нарушено, когда суды по уголовным делам применяют признак насилия в рамках состава преступления в § 240 Уголовного кодекса к таким блокадным акциям, при которых участники помимо психологического воздействия посредством их физического присутствия создают физический барьер. Это имело место в данном случае.

б) Акции блокады в Ваккерсдорфе с правовой точки зрения следовало квалифицировать как собрания в смысле ст. 8 абз. 1 Основного закона. Однако абз. 2 прямо предусматривает, что собрания под открытым небом могут быть ограничены законом или на основании закона. Согласно закону о собраниях, собрание было противоправным, так что полиция могла разрезать цепи и выводить демонстрантов с подъездных путей. Другой вопрос состоит в том, можно ли было применить к поведению заявителей жалоб также уголовно-правовую санкцию согласно § 240 Уголовного кодекса. При применении оговорки данной уголовно-правовой нормы о предосудительности необходимо учитывать как ценностное значение ст. 8 Основного закона, устанавливающей ценности, так и закрепленное в ст. 2 абз. 1 Основного закона требование о соизмеримости наказания с тяжестью преступления. Установить, следует ли квалифицировать действие как неприемлемое принуждение, невозможно без обращения к его цели. Если поведение — как в случае с заявителями жалоб — осуществляется в сфере защиты ст. 8 Основного закона, то определение релевантной цели должно руководствоваться

ценностным значением данного основного права. С точки зрения ст. 8 Основного закона, решающую роль здесь играет коммуникационная цель собрания. В этом смысле здесь на первом месте стоит не воспрепятствование подъезду посредством демонстративной блокады. Заявители жалоб посредством своей акции хотели скорее выразить свою позицию по вопросу, касающемуся общественности и обсуждаемому с противоречивых точек зрения, — вопросу о мирном использовании атомной энергии. Поскольку право субъектов основных прав на самоопределение, однако, не охватывает решение о том, с какими ограничениями должны мириться носители коллидирующих правовых благ, то значимыми для проверки вопроса о предосудительности становятся детальные обстоятельства проведения демонстрации.

Важными элементами необходимой в данном случае оценки между свободой собраний и правами третьих лиц являются, среди прочего, продолжительность и интенсивность акции, объявление о ней заранее, возможность объезда по другим дорогам, срочность заблокированного транспорта, а также предметная связь между лицами, ограниченными в своей свободе передвижения, и предметом протеста.

Сенат установил, что оспариваемые в конституционных жалобах решения судов не удовлетворяют этим требованиям. В ходе уголовно-правовой проверки вопроса о предосудительности суды неоправданно не учли положения ст. 8 Основного закона. Однако данная ошибка не сказывалась на результате. Исключено, что суды по уголовным делам при достаточном учете основного права приняли бы решение, более выгодное для заявителей жалоб, как указывает Сенат.

в) Блокада пограничного пропускного пункта на автостраде, напротив, не осуществлялась в рамках собрания согласно ст. 8 Основного закона, поскольку данная акция не проводилась с целью выражения мнения или привлечения общественного внимания к коммуникационной цели. Как установили суды, акция блокады была нацелена скорее на то, чтобы добиться беседы с верховным комиссаром по делам беженцев в Женеве и добиться въезда для этого. Статья 8 Основного закона защищает участие в формировании мнения, но не принудительную или каким-либо иным образом самовольную реализацию собственных требований.

3. К решению Сената приложены два особых мнения по поводу обвинительных приговоров в связи с блокадой в Ваккерсдорфе. Судьи Йегер и Брыде

отрицают наличие признака насилия в смысле предусмотренного § 240 Уголовного уложения состава преступления; судья Хааз указала, что блокада, по ее мнению, вообще не входила в сферу защиты свободы собраний.

207) BVerfGE 105, 135

(Vermögensstrafe / Наказание имущественного характера)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 35/2002 от 20 марта 2002 г.

Решение от 20 марта 2002 г.

– 2 BvF 794/95 –

§ 43 а Уголовного кодекса противоречит Конституции

Сегодня, в среду, Второй Сенат Федерального Конституционного Суда своим решением по результатам устного судебного заседания от 20 ноября 2001 г. постановил, что § 43 а Уголовного уложения не соответствует требованию определенности согласно ст. 103 абз. 2 Основного закона и является ничтожным.

Предпосылки и предыстория дела изложены в сообщении для печати № 101/2001 от 29 октября 2001 г., с которым можно ознакомиться на сайте Федерального Конституционного Суда. Там же приведен § 43 а Уголовного уложения.

Свое решение Федеральный Конституционный Суд обосновывает по существу следующим:

§ 43 а Уголовного уложения не соответствует требованию определенности согласно ст. 103 абз. 2 Основного закона. Законодатель не установил конституционно-правовой минимум законного предопределения для выбора и определения размера данного наказания. Этим для лица, к которому применяется наказание имущественного характера, неприемлемым с правовой точки зрения образом усложняется возможность предвидеть вид и размер санкции, которую он должен ожидать в качестве реакции государства на его преступление.

I.

1. Из ст. 103 абз. 2 Основного закона следует, с одной стороны, что деяние может подлежать наказанию только в том случае, когда его наказуемость была установлена законом до его совершения. Гражданин должен знать, что ему запрещено делать. Одновременно статья 103 абз. 2 Основного закона обеспечивает, что только законодатель в абстрактном и общем виде может принимать решение о наказуемости запрещенных действий. В силу конституции парламент обязан определять границы наказуемости; он не может передать полномочия по принятию данного решения другим органам государственной власти.

2. Достаточно определенной должна быть и санкция уголовно-правовой нормы. И здесь законодатель должен самостоятельно нормативно определить вид и размер наказания как неодобрительной реакции государства; равным образом государственная санкция, грозящая преступнику, должна быть для него предвидимой.

Однако данные принципы не приводят к тому, что конституции соответствуют только абсолютные наказания, которыми достигается максимум законодательной точности и предсказуемости для затронутого лица. Законодатель может ограничиться установлением пределов наказания. Из принципа правового государства следует, что наказание предполагает наличие вины и должно быть с ней соизмеримым. Это означает, что состав преступления и пределы наказания должны соответствовать друг другу, а также что наказание, назначенное в конкретном случае, должно находиться в справедливом соотношении с тяжестью преступления и виной преступника.

При решении вопроса о том, какие требования следует выдвигать к определенности санкции уголовно-правовой нормы, два конституционных принципа вступают в напряженное соотношение друг с другом, которое нельзя разрешить ни посредством общего отказа от установления пределов наказания, ни посредством принципиального решения в пользу как можно более широкого простора для судей для определения меры наказания. Принцип вины и справедливость в отдельном случае, с одной стороны, и точность и правовая определенность, с другой стороны, должны быть взвешены и приведены в приемлемое с точки зрения конституционного права равновесие. Создающий уголовно-правовые нормы законодатель исполняет свой долг, если при выборе санкции

уголовно-правовой нормы он настолько точно ориентирует как судью по уголовным делам, так и затронутых граждан, что его оценка описанных в составе преступления деяний становится ясной, затронутое лицо может предвидеть размер грозящей санкции, и судья по уголовным делам имеет возможность определить меру наказания соразмерно вине. Обязанность законодателя самому принимать принципиальные решения относительно вида и размера возможных правовых последствий является тем более необходимой, чем более суровой является грозящая санкция. Судье должны быть предоставлены руководящие правила, которые делают санкции предвидимыми. В частности, в законе должны быть определены вид санкций, предусмотренных для определенного состава преступления (также ввиду принципа определенности), а также верхний и нижний пределы грозящей санкции. Наконец, в силу конституции законодатель также обязан установить критерии оценки, которых должен придерживаться судья в своем решении о выборе вида наказания и конкретных пределов назначения наказания. Только посредством закрепленных в законе и конкретизированных судебной практикой правил определения размера наказания удастся в конкретном деле применять широкие пределы назначения наказания в соответствии с принципом правого государства.

II.

§ 43 а Уголовного уложения является мерой наказания, а не инструментом изъятия прибыли, как установил Сенат. Как таковая, она не соответствует изложенным требованиям. Именно вследствие сочетания лишения свободы и наказания имущественного характера речь идет об особо интенсивном вмешательстве в основные права, для которого следует выдвигать повышенные требования к определенности закона.

Уже для решения вопроса о том, должно ли назначаться наказание имущественного характера, содержательные предписания закона являются недостаточными. В этом смысле требуется всего лишь, чтобы было совершено преступление, состав которого указывает на § 43 а Уголовного кодекса, и чтобы было назначено наказание в виде лишения свободы на срок более чем два года. Таким образом, у судьи по уголовным делам отсутствует какое-либо содержательное предписание, в соответствии с которым он мог бы решить, в каких случаях он должен назначить наказание имущественного характера, а в каких нет. Это противоречит цели

принципа определенности с его особыми требованиями к тяжким и комплексным наказаниям. Как указывает Сенат, именно наказание имущественного характера как новый вид наказания с высокой интенсивностью вмешательства требует, чтобы у судей имелись особенно точные, надежные и поддающиеся контролю правила определения наказания.

Кроме того, пределы назначения наказания имущественного характера недостаточно установлены законодателем. Верхний предел совпадает с соответствующим имуществом преступника; абстрактная граница, как, например, в случае с денежным штрафом, не установлена. Судья при необходимости должен оценить стоимость этого имущества. Тем самым на судью возлагается правотворческая задача, от выполнения которой законодатель не может уклониться, поскольку установленные законом пределы назначения наказания выражают также степень неодобрения, которую законодатель придает наказуемому поведению. Судье они служат в качестве ориентиров для квалификации в рамках конкретного дела, по которому ему надлежит принять решение. Пределы назначения наказания без абстрактной верхней границы не могут выполнить данную функцию. Если верхний предел наказания имущественного характера основывается лишь на том, какая имущественная масса фактически существует, то предопределенность ожидаемого наказания имущественного характера страдает в такой мере, что это становится неприемлемым с точки зрения конституционного права. Этот недостаток не компенсируется тем, что назначенное наказание в виде лишения свободы и наказание имущественного характера в своей совокупности должны быть соразмерны вине. Каждое отдельное наказание как часть совокупной санкции должно быть достаточно определенным.

Кроме того, существует опасность коллизии с принципом вины. Определить соразмерную вине санкцию при сочетании нескольких наказаний не так легко, как при установлении одного единственного наказания, которое по своим последствиям для преступника поддается более точной оценке. Также и по этой причине законодатель должен был самостоятельно подготовить конкретные руководящие правила для назначения судьями наказания.

Недостаточная определенность § 43 а Уголовного уложения усугубляется ориентацией верхнего предела на имущество преступника. Стоимость имущества является слишком неопределенной величиной для

уголовно-правовой нормы. Это проявляется уже в исходном деле, лежащем в основе конституционной жалобы. Положенная земельным судом в основу рыночная стоимость земельного участка, застроенного жилым домом, может при определенных обстоятельствах отличаться от цены, которая может быть фактически выручена при срочной продаже с принудительных торгов. Из § 43 а Уголовного уложения не следует, какую стоимость следует положить в основу при определении размера имущества.

Законодательная неопределенность усугубляется еще и оговоркой об оценке стоимости. Оценка всегда скрывает в себе опасность отклонения от реальности. Она может привести к установлению стоимости, которая выше реальной стоимости имущества, тем более что принцип «Сомнения толкуются в пользу обвиняемого» не применяется при оценке, так что не всегда в основу кладется наиболее выгодная для преступника оценка стоимости. Таким образом, существует риск, что судья назначит наказание, которое уже не ограничено имуществом преступника, а превышает его.

Кроме того, как далее указывает Сенат, не хватает законодательных предписаний относительно того, какие критерии должны быть решающими для определения размера наказания имущественного характера, и каково должно быть соотношение наказания имущественного характера и наказания в виде лишения свободы и соотношение с грозящей заменой наказания имущественного характера на наказание в виде лишения свободы.

III.

Судьи Йенч, Ди Фабио и Меллингхоф приложили к решению особое мнение, отличающееся от мнения большинства. Они считают, что конституционно-правовые сомнения, по общему правилу, не возникают, если законодатель открывает для судьи большой простор для усмотрения в отношении установления меры наказания. Это может быть даже необходимым, чтобы дать судье по уголовным делам возможность вынесения справедливого решения в отдельном деле. В связи с уголовно-правовыми нормами касательно преступлений, совершенных группой лиц, торговли наркотиками и преступлений, связанных с незаконным пересечением границ, которые ссылаются на § 43 а Уголовного кодекса, и с учетом общих принципов определения наказания у судьи имеется достаточно предписаний, в каких случаях он должен назначить наказание имущественного

характера. Максимальный и минимальный пределы наказания не должны быть обязательно выражены в законе в численном виде или иным образом в виде общей границы, независимой от индивидуальных обстоятельств преступника. Выраженная в цифрах верхняя граница наказания имущественного характера благоволит богатым преступникам и лишает такое наказание необходимого эффекта при совершении преступления, ориентированного на получение прибыли. Понятие «имущество» в существенной мере способствует определенности уголовно-правовой санкции согласно § 43 а Уголовного уложения, так как оно методически более надежно и может быть подвергнуто проверке, чем нормативные концепции. Наконец, невозможно и не требуется с точки зрения конституционного права дать точную формулу пересчета наказания в виде лишения свободы в денежный штраф, поскольку равенство жертв всегда зависит от индивидуальных факторов восприимчивости к наказанию.

§ 39. *Ne bis in idem* (невозможность повторного осуждения за одно и то же преступление) (ст. 103 абз. 3 Основного закона)

208) BVerfGE 23, 191

(Dienstflucht / Уклонение от прохождения службы)

1. Одно и то же деяние в смысле ст. 103 абз. 3 Основного закона также имеет место, если повторное неповиновение призыву на альтернативную гражданскую службу основывается на принятом раз и навсегда и продолжающем действовать решении совести лица, совершившего деяние; этому не препятствует произошедшее в промежуточный отрезок времени осуждение за уклонение от прохождения службы.

[...]

Решение Второго Сената от 7 марта 1968 г.

**– 2 BvR 354/66, 2 BvR 355/66, 2 BvR 534/66, 2 BvR 566/66,
2 BvR 567/66, 2 BvR 710/66, 2 BvR 79/67, 2 BvR 171/67,
2 BvR 431/67 –**

[...]

ОСНОВАНИЯ

А.

I.

1. Заявители являются членами религиозного объединения свидетелей Иеговы и признаны как лица, отказывающиеся от военной службы. Поскольку они не повиновались призыву к прохождению альтернативной гражданской службы, компетентные суды по уголовным делам осудили их за уклонение от службы в соответствии с Законом об альтернативной гражданской службе [...] — далее ЗАГС — к наказанию в виде лишения свободы на срок от 2 до 8 месяцев. Заявители полностью отбыли эти первые наказания.

2. Отчасти после законного завершения уголовных дел против них, отчасти еще во время или после отбывания наказания заявителям вручили от имени Федерального министра по труду как ведомства, ответственного за призыв на альтернативную гражданскую службу, новое требование о поступлении на службу или новую повестку о призыве, которые не подлежали оспариванию. Поскольку заявители вновь не приступили к прохождению альтернативной гражданской службы, по заявлению Федерального министра по труду они были вновь обвинены в уклонении от прохождения службы и осуждены.

[...]

В.

Оспоренные решения нарушают права заявителей согласно ст. 103 абз. 3 Основного закона. В соответствии с данной нормой никто не может быть наказан неоднократно за одно и то же деяние на основании общих уголовных законов.

1. а) Правовой принцип «ne bis in idem» (невозможность повторного осуждения за одно и то же преступление) издавна считался основополагающим положением уголовно-процессуального права. Он общепризнан в судебной практике как действующее право для решений, принятых в ординарной процедуре на основе устного слушания. Посредством ст. 103 абз. 3 Основного закона этот принцип получил конституционно-правовой статус.

Принцип «ne bis in idem» исключает повторное преследование за одно и то же деяние, которое было предметом более раннего осуждения; напротив, если речь идет о другом деянии, то этот принцип не становится

применимым из-за того, что данное деяние и первое деяние являются однородными. Решающим является исторический процесс, на который указывают обвинение и определение о принятии судом дела к производству и в рамках которого обвиняемый как преступник или соучастник должен был осуществить состав преступления [...].

б) Если положить в основу толкования ст. 103 абз. 3 Основного закона данные принципы, разработанные до вступления в силу Основного закона, то нельзя не учитывать, что данное существующее, более раннее право с вступлением в силу Основного закона содержательно следует ориентировать на объективные ценностные установки Основного закона (BVerfGE 7, 198 [205]). Следовательно, данные принципы необходимо интерпретировать в свете основных прав (сравн. BVerfGE 3, 249 [252]).

2. Суды, решения которых оспаривают заявители, придерживаются мнения о том, что статья 103 абз. 3 Основного закона не препятствует повторному уголовному преследованию и наказанию заявителей за уклонение от прохождения службы, хотя заявители и основывают свой повторный отказ от прохождения альтернативной гражданской службы теми же соображениями совести, которые уже лежали в основе их первого уклонения. Так, например, Высший земельный суд в г. Штутгарте указал в своем решении от 23 мая 1966 г. по делу заявителя Штр., что в случае преступления в виде уклонения от прохождения службы — в том числе в форме уклонения от прохождения альтернативной службы — речь идет о делящемся деликте. Следовательно, уголовно наказуемое поведение лица, которое обязано проходить службу и не подчинилось первому призыву, прерывается связанным с этим — первым — осуждением. Более позднее (соответствующее составу преступления) поведение поэтому не охватывается первым решением суда, а остается уголовно наказуемым как новое деяние в смысле § 264 Уголовно-процессуального уложения.

3. С этой правовой позицией нельзя согласиться.

Одно и то же деяние в смысле ст. 103 абз. 3 Основного закона имеет место и тогда, когда повторное неповиновение призыву на альтернативную гражданскую службу основывается на принятом раз и навсегда и продолжающем действовать решении совести лица, совершившего деяние; этому не препятствует произошедшее в промежуточный отрезок времени осуждение за уклонение от прохождения службы.

[...]

с) Нельзя правильно охватить данные обстоятельства — принципиальное, разовое решение совести против государственного требования о разовом прохождении альтернативной службы, если втиснуть эти обстоятельства в шаблон длящегося преступления и допустить, что уголовно наказуемое поведение лица, которое обязано проходить службу и не подчинилось первому призыву, прерывается связанным с этим — первым — осуждением. Тем самым неправильно понимается сущность решения совести, которое обладает особым весом в соответствии со ст. 4 абз. 1 Основного закона. Решением совести является каждое серьезное, нравственное, то есть ориентированное на категории «добро» и «зло» решение, которое отдельный человек внутренне осознает в определенной ситуации как связывающее и безусловно обязывающее для себя, так что он не мог бы действовать вопреки этому решению без серьезных мук совести (BVerfGE 12, 45 [55]). В случае заявителей серьезность и постоянство их решения совести ясно доказано. Заявители после их первого наказания и после второго призыва только остались при своем раз и навсегда принятом принципиальном решении совести никогда не проходить альтернативную службу. Это решение совести, принятое в прошлом и продолжающее действовать в будущем, определяет все внешнее поведение заявителей. Тем, что они последовали этому решению и уклонились от альтернативной службы, они не совершили новое «деяние» в смысле ст. 103 абз. 3 Основного закона [...].

[...]

209) BVerfGE 95, 96

(Mauerschützen / «Стрелки» на защите внутригерманской границы, Берлинской стены)

1. а) Запрет обратного действия закона, закрепленный в ст. 103 абз. 2 Основного закона, является абсолютным и выполняет свою функцию гарантии принципа правового государства и основных прав посредством строгой формализации.

б) Этот запрет также требует применять исключаящее ответственность основание, предусмотренное законом на момент совершения деяния, и в дальнейшем, если это основание было исключено во время производства по уголовному делу. Защищает ли подобным образом и в какой

мере статья 103 абз. 2 Основного закона также доверие в отношении дальнейшего применения неписаных оснований, исключающих ответственность, окончательно не решено.

2. Строгий запрет обратного действия закона в соответствии со ст. 103 абз. 2 Основного закона находит свое обоснование с точки зрения принципа правового государства в особом основании для доверия, которое создают уголовные законы, когда они принимаются демократическим и связанным основными правами законодателем.

3. Такого особого основания для доверия не имеется, когда носитель государственной власти в отношении особо тяжких преступлений исключает наказуемость посредством исключающих ответственность оснований тем, что он за рамками писаных норм призывает к совершению таких преступлений, способствует им и тем самым грубо нарушает права человека, общепризнанные в международном праве. Строгая защита доверия, предусмотренная ст. 103 абз. 2 Основного закона, в данном случае не должна применяться.

**Решение Второго Сената от 24 октября 1996 г.
– 2 BvR1851, 1853, 1875 и 1852/94 –**

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ РЕШЕНИЯ

Конституционные жалобы отклонены.

ОСНОВАНИЯ

A.

Объединенные для общего разрешения конституционные жалобы касаются вопроса наказуемости членов Национального совета обороны Германской Демократической Республики (ГДР), а также служащего пограничных войск в связи с убийством беглецов на внутригерманской границе.

I.

1. Конституционные жалобы 2 BvR1851, 1853 и 1875/94.

а) Решением земельного суда заявители 2 и 3 были осуждены за подстрекательство к убийству; заявитель 2 был приговорен к лишению свободы на срок семь лет и шесть месяцев; заявитель 3 был приговорен к лишению свободы на срок пять лет и шесть месяцев. Заявитель

1 за пособничество в убийстве был приговорен — с учетом наказаний из другого приговора — к лишению свободы на общий срок четыре года и шесть месяцев.

аа) Земельный суд признал заявителя 2 виновным в участии в убийстве семи человек, заявителей 1 и 3 — в участии в убийстве шести человек, которые в период с 1971 по 1989 г. хотели убежать из ГДР через внутригерманскую границу. В частности, речь шла о следующих случаях, первый из которых относится только к заявителю 2:

– 8 апреля 1971 г. 18-летний С. вблизи поселка Швикерсхаузен (на сегодняшний день — район Шмалькальден-Майнинген) при попытке пересечь минное поле наступил на саперную мину. В результате этого ему оторвало левую ступню; несмотря на данный факт, ему удалось добраться до территории Федеративной Республики Германия. Здесь, после нескольких операций, он умер 4 мая 1971 г. от последствий полученных ранений.

– 16 января 1973 г. 26-летний Ф. получил тяжелые ранения на территории ГДР вблизи поселка Блютлинген (район Люхов-Данненберг) вследствие взрыва установленной там мины осколочного действия SM-70. Несмотря на это ему удалось добраться до территории Федеративной Республики Германия. Здесь он умер 17 января 1973 г. в больнице от последствий полученных ранений.

– 14 июля 1974 г. 25-летний Ф. вблизи поселка Хоэгайс/Харц вызвал взрыв трех мин осколочного действия SM-70. Он получил тяжелые травмы из-за множества осколков, и двадцать минут спустя его оттащили за ноги пограничники ГДР в прилегающую местность. После этого его положили в грузовой автомобиль. До отправления прошло еще около 20 минут. Только по прошествии около двух часов после происшествия он попал в больницу Вернигероде, где 15 июля 1974 г. умер от последствий полученных ранений.

– 7 апреля 1980 г. 28-летний Б. в коммуне Фельтхайм в районе Хальберштадт получил тяжелые травмы в результате взрыва мины осколочного действия SM-70. После ряда операций в больнице Хальберштадта он умер 11 мая 1980 г. от последствий полученных ранений.

– 22 марта 1984 г. 20-летний М. вблизи поселка Вендехаузен в районе Мюльхаузен получил в результате взрыва мины осколочного действия SM-70 такие тяжелые травмы, что после выноса его с поля пограничниками он умер на месте. Вызванный врач установил факт смерти.

– 1 декабря 1984 г. в 3:15 в Берлине два пограничника открыли огонь очередью в 20-летнего С., когда он пытался при помощи лестницы перелезть через стену, и попали ему в верхнюю часть спины. Пострадавшему медицинская помощь оказана не была. Только около 5:15 он был доставлен Народной полицией в больницу. К этому моменту он уже истек кровью. Если бы ему была оказана оперативная медицинская помощь, то он бы, скорее всего, выжил. «Стрелкám» была вынесена благодарность, претензия была предъявлена только в связи с большим расходом боеприпасов.

– В ночь с 5 на 6 февраля 1989 г. двадцатилетний Г. и его сверстник Г. совершили попытку перелезть через стену в Западный Берлин. При этом Г. был смертельно ранен пограничником выстрелом в грудь. Г. был ранен выстрелом. «Стрелкám» была вынесена официальная благодарность.

бб) Заявители 1, 2 и 3 занимали важные должности в партийном и государственном аппарате ГДР и до 1989 г. были членами Национального совета обороны. Заявитель 1 стал в 1963 г. членом Центрального комитета Социалистической единой партии Германии и в 1972 г. — членом Национального совета обороны. Заявитель 2 в 1957 г. стал начальником Военно-воздушных сил Национальной народной армии и с 1967 г. как начальник Генштаба Национальной народной армии был членом Национального совета обороны; с 1985 г. он занимал должность министра национальной обороны. Заявитель 3 в 1971 г. вступил в Национальный совет обороны, в котором он с 1979 г. состоял как заместитель министра национальной обороны.

вв) Как установил земельный суд в деле против заявителей 1, 2 и 3, все основные приказы министра национальной обороны, в том числе распоряжения, касающиеся применения огнестрельного оружия на границе, основывались на решениях Национального совета обороны. [...]

К «вооруженным силам» ГДР относились также пограничные войска под командованием председателя Национального совета обороны.

гг) Полномочия пограничных войск по применению огнестрельного оружия были с 1968 г. урегулированы, помимо прочего, в законах, которые были приняты Народной палатой и опубликованы в Вестнике законодательных актов ГДР. Это не касалось полномочия установки мин или самострельных установок. Начиная с 1961 г. и, в частности, в период совершения преступлений с 1971 по 1989 г. было вынесено — преимущественно

на основании соответствующих решений Национального совета обороны — множество приказов и должностных предписаний, которые касались защиты пограничных сооружений при помощи мин или самострельных установок, а также применения огнестрельного оружия.

[...] В соответствии с § 17 абз. 2 Закона о задачах и полномочиях немецкой Народной полиции допускалось применение огнестрельного оружия:

«а) для предотвращения непосредственного исполнения или продолжения преступления, которое в соответствии с обстоятельствами представляет собой:

- преступление против суверенитета Германской Демократической Республики, мира, человечества и прав человека,
- преступление против Германской Демократической Республики,
- преступление против личности,
- преступление против общественной безопасности или против государственного строя либо
- иное преступление, которое должно быть совершено или исполняется, в частности, с применением огнестрельного оружия или взрывчатых веществ;

б) для предотвращения побега или для поимки лиц, которые:

– находятся под серьезным подозрением в совершении преступления или были задержаны или арестованы в связи с совершением преступления,

– находятся под серьезным подозрением в совершении преступления небольшой тяжести, были задержаны, арестованы или приговорены к лишению свободы в связи с совершением преступления небольшой тяжести и если имеются основания полагать, что будут применены огнестрельное оружие или взрывчатые вещества либо побег будет осуществлен иным способом посредством применения насилия или физической силы в отношении лиц, уполномоченных на осуществление задержания, ареста, охраны или надзора, или в случае совместного побега,

– были приговорены к наказанию, связанному с лишением свободы с отбыванием в местах лишения свободы строгого или общего режима;

в) против лиц, которые пытаются с применением силы освободить тех, кто был задержан, арестован или приговорен к лишению свободы в связи с совершением преступления или преступления небольшой тяжести, либо пособничают в этом».

[...]

Кроме того, в § 62 Распоряжения о порядке в приграничных областях и территориальных водах ГДР от 15 июня 1972 г. [...] было прямо определено, что применение огнестрельного оружия солдатами пограничных войск допустимо исключительно по соответствующему военному указанию министра национальной обороны. Закон о государственной границе ГДР от 25 марта 1982 г., вступивший в силу 1 мая 1982 г., [...] регулировал в разделе IV полномочия пограничных войск и в отношении применения огнестрельного оружия предусматривал в § 27:

«(1) Применение огнестрельного оружия является крайней мерой применения силы против граждан. Огнестрельное оружие может применяться только в тех случаях, когда физическое воздействие без или совместно со вспомогательными средствами не принесло результата или будет очевидно неэффективным. Применение огнестрельного оружия против граждан допустимо лишь тогда, когда применение оружия против вещей или животных не приносит результата.

(2) Применение огнестрельного оружия допускается для предотвращения непосредственного исполнения или продолжения уголовно наказуемого деяния, которое по обстоятельствам представляется как преступление. Применение огнестрельного оружия допускается также в целях задержания лиц, которые находятся под серьезным подозрением в совершении преступления».

[...]

Б.

[...]

В.

Конституционные жалобы являются необоснованными.

[...]

Г.

В частности, является необоснованной жалоба, предъявленная заявителями 1 и 3 и допустимая в соответствии со ст. 2 абз. 1 во взаимосвязи со ст. 25 Основного закона (сравн. BVerfGE 77, 170 [232]) о том, что уголовное преследование заявителей как лиц, занимавших ранее высокие правительственные должности и являвшихся членами конституционного органа ГДР, нарушает общие правила международного права, поскольку их иммунитет продолжает действовать.

1. ГДР была с точки зрения международного права — независимо от ее международно-правового признания Федеративной Республикой Германия (сравн. по этому вопросу: BVerfGE 36, 1 [22]) — государством и, соответственно, субъектом международного права. Поэтому в отношении ГДР могут применяться общепризнанные нормы международного права в смысле ст. 25 Основного закона (сравн. BVerfGE 36, 1 [23 и далее]; 92, 277 [320]). Под ними следует преимущественно понимать универсально действующие международные обычаи, дополненные общепризнанными правовыми принципами (сравн. BVerfGE 15, 25 [32 и далее, 34 и далее]; 16, 27 [33]; 23, 288 [317]). Возникновение универсальных международных обычаев не требует, чтобы с нормой международного права прямо или посредством конклюдентного действия согласились все без исключения государства. Однако данные международные обычаи должны основываться на общей устоявшейся практике многих государств, в основе которой лежит правовая убежденность в том, что такое поведение является правомерным (сравн. BVerfGE 92, 277 [320]).

«Доктрина акта государственной власти» («act of state doctrine»), на которую ссылаются заявители, основываясь на представлениях англо-американского права, не может быть признана общепризнанной нормой международного права в смысле ст. 25 Основного закона, поскольку она в любом случае не признается вне англо-американской правовой системы [...]. Кроме того, в соответствии с позицией, которая общепризнана в литературе по международному праву и также была использована в обжалуемых решениях, иммунитет не может сохраняться дольше срока существования самого государства, к которому принадлежит соответствующее лицо [...]. Точка зрения заявителя 3 о том, что статья 25 Основного закона нарушена уже потому, что направленное против него уголовное преследование не учитывает суверенитет ГДР как субъекта международного права, по этой причине неверна.

[...]

II.

Статья 103 абз. 2 Основного закона не нарушена.

Заявители считают норму ст. 103 абз. 2 Основного закона нарушенной прежде всего потому, что суды по уголовным делам отказали им в праве ссылаться на исключительное ответственность основание, которое на момент совершения деяний следовало из нормативных правовых актов ГДР

о режиме государственной границы, как эти акты толковались и применялись в государственной практике. Кроме того, заявители 1, 2 и 3 считают, что их право согласно ст. 103 абз. 2 Основного закона также нарушено, поскольку при применении права Федеративной Республики Германия они были осуждены как косвенные исполнители преступлений.

Обе жалобы являются необоснованными.

1. а) Статья 103 абз. 2 Основного закона представляет собой выражение принципа правового государства (сравн. BVerfGE 78, 374 [382]). Этот принцип обосновывает использование охраняемых правом свобод тем, что он предоставляет правовую определенность, которая связывает государственную власть законом и защищает доверие. Принцип правового государства включает в себя в качестве одной из ведущих идей Основного закона также требование материальной справедливости (сравн. BVerfGE 45, 187 [246]). В сфере уголовного права данные задачи, связанные с принципом правового государства, выражаются в принципе отсутствия наказания без вины. Данный принцип имеет свои корни также в конституционной защите достоинства и самостоятельной ответственности человека, которые предусмотрены в ст. 1 абз. 1 и ст. 2 абз. 1 Основного закона и которые законодатель должен учитывать при создании уголовного права (сравн. BVerfGE 25, 269 [284 и далее]). Этот принцип лежит также в основе ст. 103 абз. 2 Основного закона (сравн. BVerfGE 20, 323 [331]; 25, 269 [285]).

Норма ст. 103 абз. 2 Основного закона обеспечивает эти цели тем, что она допускает наказание за деяние лишь в том случае, если на момент совершения данного деяния его наказуемость была с достаточной определенностью установлена законом в виде описания фактического состава. Кроме того, статья 103 абз. 2 Основного закона защищает от назначения более строго наказания, чем предусмотренное законом на момент совершения деяния. В интересах правовой определенности и справедливости статья 103 абз. 2 Основного закона гарантирует, что в сфере уголовного права, на основании которого государство может вмешиваться в права личности самым серьезным образом, только законодатель определяет нарушения правовых благ, за которые следует уголовное наказание. Это находит свое выражение в ст. 103 абз. 2 Основного закона в том, что связанность законом, вытекающая из принципа правового государства, усиливается до строгой парламентской оговорки (сравн. BVerfGE 71, 108

[114]; 78, 374 [382]; устойчивая судебная практика). Для граждан статья 103 абз. 2 Основного закона создает доверие в отношении того, что государство будет преследовать только такое поведение как уголовно наказуемое, для которого законодатель посредством закона установил наказуемость и размер наказания на момент совершения деяния. Гражданин тем самым получает возможность самостоятельно контролировать свое поведение таким образом, чтобы избежать совершения наказуемых деяний. Данный запрет обратного действия уголовного закона носит абсолютный характер (сравн. BVerfGE 30, 367 [385]). Этот запрет выполняет свою функцию гарантии принципа правового государства и основных прав посредством строгой формализации. Это является характерной особенностью гарантий правового государства [...].

б) Статья 103 абз. 2 Основного закона защищает от последующего изменения оценки противоправного содержания деяния в ущерб лицу, его совершившему (сравн. BVerfGE 46, 188 [193]). Поэтому он также требует применять исключительное основание ответственности, предусмотренное законом на момент совершения деяния, и в дальнейшем, если это основание было исключено во время производства по уголовному делу. Тем не менее в отношении исключительных оснований — в отличие от состава преступления и санкции уголовно-правовой нормы — не применяется строгая оговорка о законе. Уголовно-правовые основания освобождения от ответственности могут действовать также на основании правовых обычаев или судебной практики. Если неписаные, исключительные основания ответственности, признанные на момент совершения деяния, впоследствии не применяются, то возникает вопрос о том, защищает ли подобным образом и в какой мере статья 103 абз. 2 Основного закона также доверие в отношении дальнейшего применения неписаных оснований, исключительных оснований ответственности. Данный вопрос не требует здесь общего решения. Ведь в рассматриваемом случае основание, исключительное основание, частично нормативно урегулированное, частично основанное на государственных распоряжениях и практике, применяется на условиях, которые допускают ограничения абсолютно-го запрета обратного действия закона, предусмотренного ст. 103 абз. 2 Основного закона, на основании конституции.

аа) Статья 103 абз. 2 Основного закона в качестве стандартного случая рассматривает ситуацию, когда деяние было совершено и по нему был

вынесен приговор в сфере применения материального уголовного права Федеративной Республики Германия, основанного на Основном законе. В данном стандартном случае уголовное право, которое возникло на условиях демократии, разделения властей, обязанности соблюдения основных прав и которое тем самым в принципе удовлетворяет требованиям материальной справедливости, создает соответствующую принципу правового государства основу для абсолютной и строгой защиты доверия, которую предоставляет статья 103 абз. 2 Основного закона.

бб) Это действует с ограничениями, когда в результате воссоединения Германии [...] устанавливается на законодательном уровне, что правовая оценка преступлений, совершенных в бывшей ГДР, должна осуществляться на основании уголовного права ГДР. Данное правило является следствием принятия на себя уголовного правосудия на территории ГДР Федеративной Республикой Германия; это правило само по себе соответствует ст. 103 абз. 2 Основного закона, поскольку граждане бывшей ГДР осуждаются за преступления на основании действовавшего для них в момент совершения преступления уголовного права, и действующее на момент вынесения приговора право Федеративной Республики Германия применяется лишь в том случае, если оно является более мягким. Однако такая правовая ситуация, в которой Федеративная Республика Германия должна осуществлять уголовное преследование на основе права государства, которое не соблюдало ни принцип демократии, ни принцип разделения властей, ни основные права, может привести к конфликту между неотъемлемыми требованиями правового государства, следующими из Основного закона, и абсолютным запретом обратного действия закона согласно ст. 103 абз. 2 Основного закона. Строгий запрет обратного действия согласно ст. 103 абз. 2 Основного закона, как указано выше, находит свое обоснование с точки зрения принципа правового государства в особом основании для доверия, которое характерно для уголовных законов, если они изданы демократическим законодателем, связанным основными правами. Такое особое основание для доверия отпадает, если другое государство хотя и устанавливало нормативно составы преступления в отношении особо тяжких уголовных правонарушений, однако при этом исключало наказуемость в некоторых сферах посредством исключаящих ответственность оснований; это государство за рамками писанных норм призывало к совершению таких преступлений, способствовало

им и тем самым грубо нарушало права человека, общепризнанные в международном праве. Этим носитель государственной власти совершил чрезвычайное государственное нарушение права, которое может утверждаться лишь до тех пор, пока фактически существует ответственная за это государственная власть.

В данной совершенно особой ситуации принцип материальной справедливости, который включает в себя также соблюдение признанных международным правом прав человека, запрещает применение такого исключающего ответственность основания. Строгая защита доверия, предусмотренная ст. 103 абз. 2 Основного закона, в данном случае не должна применяться. В противном случае уголовное правосудие Федеративной Республики Германия стало бы противоречить принципу правового государства. Гражданин, который в настоящее время находится под уголовной юрисдикцией Федеративной Республики Германия, лишается права ссылаться на такое исключающее ответственность основание; в остальном остается гарантированным доверие в отношении того, чтобы нести наказание в соответствии с законом, который действовал для гражданина на момент совершения деяния.

вв) Аналогичные конфликтные ситуации возникали для Федеративной Республики Германия уже ранее при оценке нацистских преступлений.

(1) [...]

(2) Федеральный Конституционный Суд занимался прежде проблемой «законных противоправных деяний» только вне сферы уголовного права. Он принимал во внимание, что в случаях непреодолимого противоречия между позитивным правом и справедливостью принцип правовой определенности может иметь меньшую силу, чем принцип материальной справедливости. В этой связи суд ссылался на доводы Густава Радбруха [...], в частности на так называемую Формулу Радбруха (сравн. BVerfGE 3, 225 [232 и далее]; 6, 132 [198 и далее]; 6, 389 [414 и далее]). При этом суд многократно подчеркивал, что недействительность позитивного права должна ограничиваться лишь крайне исключительными случаями, а просто несправедливое законодательство посредством присущего и ему элемента порядка может иметь правовую силу и этим создавать правовую определенность (сравн. BVerfGE 6, 132 [199]; 6, 389 [414 и далее]). Между тем именно время господства нацистов показало, что законодатель может совершать серьезные нарушения права (сравн. BVerfGE 3, 225 [232]; 23,

98 [106]), и поэтому такие нормы с самого начала не должны подлежать применению ввиду их непреодолимого противоречия принципу справедливости (сравн. BVerfGE 23, 98 [106]; 54, 53 [67 и далее]).

2. Оспоренные решения соответствуют изложенному в п. 1 конституционно-правовому масштабу.

а) Федеральный Верховный Суд развил далее свою судебную практику при оценке преступной деятельности правительства во время правления Социалистической единой партии Германии в ГДР (сравн. Официальное собрание решений Федерального Верховного суда по уголовным делам (BGHSt) 39, 1 [15 и далее]; 39, 168 [183 и далее]; 40, 218 [232]; 40, 241 [244 и далее]). Эта судебная практика лежит и в основе оспоренных решений. Согласно этой практике основание, исключающее ответственность, не должно применяться, когда оно прикрывает умышленное убийство людей, которые не хотели ничего более, чем пересечь внутригерманскую границу без оружия и без угрозы для общепризнанных правовых благ. Ведь такое исключающее ответственность основание, которое ставит реализацию запрета на пересечение границы выше, чем право человека на жизнь, является недействительным ввиду очевидного и непреодолимого нарушения элементарных требований справедливости и защищенных международным правом прав человека. Это нарушение носит настолько тяжелый характер, что идет вразрез с общими для всего человечества правовыми убеждениями в отношении ценности человеческой жизни и достоинства человека. В подобном случае позитивное право должно отступать перед справедливостью.

[...]

б) Данная оценка соответствует Основному закону. Она также подкрепляется решением Федерального Конституционного Суда от 31 июля 1973 г. касательно Договора об основах отношений между ГДР и ФРГ. В этом решении установлено, что действия ГДР на внутригерманской границе являются бесчеловечными, а возведение стены, установка колючей проволоки, создание «полос смерти» и отдача приказов на открытие огня не соответствуют договорным обязательствам, принятым на себя ГДР (сравн. BVerfGE 36, 1 [35]).

в) Против вывода о том, что исключающее ответственность основание, существующее в соответствии с государственной практикой, не может применяться в отношении убийства «нарушителей границы» как

чрезвычайного государственного правонарушения, заявители не могут приводить в качестве возражения тот факт, что право на жизнь и право на свободное передвижение в соответствии с положениями Международного пакта о гражданских и политических правах гарантируются не безоговорочно; также демократические правовые государства западного образца в своем законодательстве прямо предусматривают применение огнестрельного оружия при определенных условиях, в частности в связи с преследованием и задержанием преступников. Хотя это правда, что законодательные предписания ГДР, регулирующие применение огнестрельного оружия на внутригерманской границе, текстуально соответствовали предписаниям Федеративной Республики Германия о применении прямого принуждения. Однако факты, установленные в оспариваемых решениях, позволяют сделать вывод о том, что положения законодательства перекрывались приказами, которые не оставляли места для ограничения применения огнестрельного оружия рамками принципа соразмерности и служили передаче солдатам пограничных войск позиции их начальства, по сути Национального совета обороны, в соответствии с которой нарушители границы должны были «уничтожаться», если попытка пересечения границы не могла быть предотвращена иными средствами. Подчинение права отдельного человека на жизнь интересам государства по предотвращению нарушения режима границы привело к пренебрежению писаного права в пользу требований политической целесообразности. Это являлось с материальной точки зрения особо тяжким нарушением права.

[...]

§ 40. Правовые гарантии в случае лишения свободы (ст. 104 Основного закона)

210) BVerfGE 10, 302 (Vormundschaft / Опекa)

Решение судьи согласно ст. 104 абз. 2 предл. 1 и 2 Основного закона требуется и в том случае, если опекун, осуществляя свое право на определение места пребывания, помещает совершеннолетнего, лишеного дееспособности лица в учреждение закрытого типа.

**Решение Первого Сената от 10 февраля 1960 г.
— 1 BvR526/53, 1 BvR29/58 —**

[...]

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ

Положения ст. 2 абз. 2 предл. 2 во взаимосвязи со ст. 104 абз. 2 предл. 1 и 2 Основного закона нарушены тем, что Участковые суды г. Мюнхена и г. Хамма не приняли решений о допустимости помещения по ходатайству опекунов заявителя жалобы 1 — Участковый суд г. Мюнхена — и заявителя жалобы 2 — Участковый суд г. Хамма — в психиатрическую лечебницу закрытого типа.

[...]

ОСНОВАНИЯ

[...]

III.

[...]

Решение зависит от того, существует ли предусмотренное в ст. 104 абз. 2 предл. 1 и 2 Основного закона право на предшествующее или, в случае необходимости, неотлагательно полученное впоследствии судебное решение о допустимости и продолжении лишения свободы также и в том случае, когда опекун совершеннолетнего, лишенного дееспособности лица решает вопрос о помещении его в заведение закрытого типа. Таким образом, речь идет в первую очередь не о том, имеет ли опекун право на такое помещение, а о том, должно ли государство предоставить предусмотренную в ст. 104 абз. 2 предл. 1 и 2 Основного закона защиту и в подобного рода случаях.

[...]

1. [...]

а) Право опекунства всегда обладало сильными публично-правовыми чертами.

[...]

Государство осуществляет попечительскую деятельность опекунства либо через должностных лиц (сравн. § 32, 35, 41 Закона о попечении несовершеннолетних от 9 июля 1922 г.), либо оно назначает выбранное для конкретного случая доверенное лицо — опекуна (§ 1779 ГГУ). Подобное индивидуальное опекунство представляет собой должность, исполнение

которой является гражданским долгом; оно влечет за собой возникновение прав и обязанностей публичного и частного права.

Поскольку опекунство основывается исключительно на назначении со стороны государства, государство следит за его исполнением на основе своих полномочий по надзору за попечительством.

[...]

2. [...]

г) [...]

(2) [...] В данном случае речь идет исключительно о лишении свободы недееспособных совершеннолетних лиц. Решающим для данного случая является то, что защита свободы согласно ст. 104 абз. 2 предл. 1 и 2 Основного закона не ограничивается уголовно-правовыми делами и задержаниями в интересах общественного спокойствия, безопасности и порядка, но также охватывает случаи лишения свободы, которые носят попечительный характер. В пользу действия ст. 104 абз. 2 предл. 1 и 2 Основного закона также и в отношении случаев лишения свободы опекуном свидетельствует то, что опекунство, особенно опекунство над совершеннолетними, в течение веков является частью публичного попечительства. Только своеобразие, состоящее в том, что попечение в данном случае осуществляется в рамках индивидуальных властных правоотношений и что государство для его осуществления прибегает к помощи частного лица, кажется противостоящим этому выводу.

Однако из сущности персональной власти назначенного государством доверенного лица нельзя сделать вывод, что предоставленная конституционным правом защита от лишения свободы должна отпадать, если это лицо инициирует лишение свободы. Персональная власть опекуна должна служить защите и благу подопечного. Поэтому у подопечного имеется право на юридическую защиту и по отношению к опекуну, что выражается в разнообразных полномочиях суда по надзору и контролю. Все они вовлекают государство в процесс защиты подопечного от злоупотребления властью. В соответствующей защите ему нельзя отказать, если речь идет о высоком благе свободы, и гарантия защиты закреплена даже в конституции.

Дело также не может заключаться в том, что в соответствии с действующим правом помещение совершеннолетнего подопечного в заведение закрытого типа не осуществляется непосредственно как акт

публичного попечительства, а выступает в виде — обличенного в частноправовую форму — определения опекуном места пребывания. То, насколько данная понятийная квалификация акта помещения совершеннолетнего подопечного малопригодна для толкования ст. 104 абз. 2 предл. 1 Основного закона, можно обнаружить в противоречивых результатах, к которым приводят толкования, основанные на данной, до сих пор господствующей квалификации: если государство осуществляет опекунство через должностных лиц, то они действуют, реализуя государственную власть. К аналогичному выводу пришел и Федеральный Верховный Суд в связи с вопросами ответственности (Собрание решений Федерального Верховного суда по гражданским делам (BGHZ) 9, 255). Значение ст. 104 абз. 2 предл. 1 Основного закона для помещения должностным лицом — опекуном несовершеннолетних лиц он оставил открытым (Собрание решений Федерального Верховного суда по гражданским делам (BGHZ) 17, 108); но первое из названных решений наводит на мысль, что должностное лицо — опекун при ограничительном толковании ст. 104 абз. 2 предл. 1 Основного закона, в отличие от государственного опекуна, для помещения подопечного в заведение закрытого типа нуждается в решении суда, хотя решения опекунов в обоих случаях основываются на одном и том же положении гражданского права о праве опекуна на определение места пребывания.

[...]

Наконец, и с общей точки зрения недостаточно последовательно отказывать недееспособному лицу в правовой защите согласно ст. 104 абз. 2 Основного закона от предпринимаемых опекуном мер, тогда как эта защита гарантируется каждому гражданину непосредственно государственной властью в случае любого лишения свободы. При осуществлении управления по принципам правового государства для органов государственной власти относительно невелика возможность злоупотребления полномочиями на лишение свободы по ненадлежащим мотивам.

Если полномочие на лишение свободы сосредоточено в руках частного лица, назначенного опекуном, опасность злоупотребления гораздо выше. Наряду с желанием опекуна избавиться от нагрузки в лице сложного и неудобного, часто входящего в состав членов семьи лица посредством помещения его в учреждение закрытого типа свою роль могут сыграть и более сомнительные экономические или личные мотивы.

[...]

Все эти неувязки отпадают, если рассматривать в качестве решающего момента не помещение в соответствии с принятыми категориями гражданского или публичного права, а мысль о публичной опеке, которая определяет все право опеки.

Издавна признано, что комплекс брачного, семейного права и права опеки, несмотря на свою принадлежность, по общему правилу, к частному праву, содержит сильные публично-правовые элементы. Двойственность опеки изначально заложена во взаимной связанности публично-правовой деятельности по надзору за опекой и частноправовой деятельности опекуна, в воздействии различных форм надзора судов по делам опеки за осуществлением опеки. Наиболее ярко переплетение публичного и частного права проявляется в случае опеки над совершеннолетними, так как государство здесь по соображениям опеки отменяет статус полной дееспособности посредством лишения дееспособности и назначает опекуна, то есть обосновывает и ограничивает его власть. При принудительном помещении в заведение закрытого типа публично-правовой элемент усиливается еще и тем, что оно возможно лишь при помощи государственной власти, которая либо сама предоставляет необходимые для помещения заведения, либо предоставляет соответствующие полномочия (§ 30 Закона о занятии промыслом) и предоставляет законному представителю в случае необходимости при помещении в заведение помощь исполнительных органов власти — судебного пристава или полиции.

[...]

Его право на принудительное помещение, таким образом, становится эффективным благодаря фактической или потенциальной помощи государства. Действительность такова, что государство — часто в самом фактическом смысле — и здесь осуществляет помещение, хотя и не по собственной инициативе, но посредством того, что оно предоставляет опекуну свои исполнительные органы власти.

(3) Следовательно, запрещается правовая оценка помещения опекуном совершеннолетних психически больных таким образом, как будто лишение свободы осуществляется в рамках частноправовых отношений между гражданами. Государство не может освободиться от связанности основными правами посредством назначения частного лица исполнителем

государственной задачи и предоставления ему права принятия решения об использовании государственных средств принуждения.

[...]

д) [...] Вопрос о том, действует ли статья 104 абз. 2 предл. 2 Основного закона и в случае лишения свободы по решению родителей, не подлежал разрешению в данном деле. Возможно, при помещении родителями несовершеннолетних детей определяющими могут быть иные аспекты, чем в случае помещения опекуном совершеннолетних лиц. Родительская власть и опекунство служат родственным целям, но существует отличие в правовом основании. Родительская власть основывается на природном отношении родителей к своим детям и наступает непосредственно в силу закона; должность опекуна, в отличие от этого, является государственным институтом и основывается на назначении судом по делам опеки; его власть над подопечным основывается, таким образом, на акте государственной власти.

[...]

211) BVerfGE 22, 311

(Arreststrafe / Наказание в виде ареста)

Решение судьи о правомерности назначения наказания в виде ареста по своему виду и продолжительности охватывает в соответствии с § 28 абз. 1 Положения о воинской дисциплине при конституционном толковании проверку оснований допустимости и соизмеримости предполагаемого наказания в виде ареста в полном объеме.

Решение Второго Сената от 7 ноября 1967 г.

– 2 BvL 14/67 –

по делу о конституционно-правовой проверке положений § 10 абз. 1 п. 6 и § 28 абз. 1 Положения о воинской дисциплине

ОСНОВАНИЕ

A.

I.

[...]

§ 10 Положения о воинской дисциплине гласит:

§ 10 Положения о воинской дисциплине

Дисциплинарными наказаниями, которые могут назначаться дисциплинарными начальниками (простые дисциплинарные наказания), являются:

1. выговор,
2. строгий выговор,
3. ограничение права распоряжения жалованием,
4. денежный штраф,
5. ограничение разрешения на выход за пределы территории военной части,
6. арест.

[...]

§ 28 [...] Положения о воинской дисциплине гласит:

§ 28 Положения о воинской дисциплине

(1) Наказание в виде ареста может быть назначено лишь после того, как судья признает его правомерным по его виду и продолжительности. Решение о правомерности наказания в виде ареста принимает судья уполномоченного военного суда, а в случае крайней необходимости — ближайшего доступного военного суда.

[...]

II.

В исходном деле командир мотопехотного батальона подал заявление о признании согласно § 28 абз. 1 Положения о воинской дисциплине правомерным по виду и продолжительности наказания в виде ареста сроком на 5 дней, которое он хотел применить к обвиняемому. Уполномоченный судья военного суда в соответствии со ст. 100 абз. 1 предл. 1 Основного закона приостановил рассмотрение, чтобы получить решение Федерального Конституционного Суда по вопросу о том, соответствуют ли Основному закону положения § 10 абз. 1 п. 6 и § 28 абз. 1 Положения о воинской дисциплине. В обосновании постановления о направлении запроса указано, что обе нормы нарушают ст. 104 абз. 2 предл. 1 Основного закона, поскольку они предоставляют судье право на участие в принятии решения лишь в том смысле, что он должен проверить правомерность лишения свободы, назначенного органом исполнительной власти. Однако статья 104 абз. 2 предл. 1 Основного закона требует, чтобы судья в полном объеме взял на себя ответственность за данную меру

наказания. Это означает, что исключительно он должен самостоятельно назначить наказание в виде лишения свободы.

Б.

[...]

II.

Нормы § 10 абз. 1 п. 6 и § 28 абз. 1 Положения о воинской дисциплине не противоречат Основному закону.

1. Назначение дисциплинарного наказания в виде лишения свободы не относится к правосудию, которое в соответствии со ст. 92 Основного закона доверено судьям. Если назначение наказаний по уголовным делам является правосудием по смыслу ст. 92 Основного закона (BVerfGE 22, 49 [74]), то это не относится к назначению дисциплинарных взысканий, характер которых отличается от наказаний по уголовным делам (сравн. BVerfGE 21, 378 [387]). Однако статья 104 абз. 2 предл. 1 Основного закона определяет, что решение вопроса о правомерности и продолжительности лишения свободы остается за судьей. Данная норма Основного закона является, однако, особой нормой, которая по своей значимости и масштабу действия нуждается в самостоятельном толковании.

2. Предусмотренный Положением о воинской дисциплине арест является лишением свободы по смыслу ст. 104 абз. 2 предл. 1 Основного закона. Не вызывает конституционно-правовых сомнений то, что право воинской дисциплины предусматривает также наказание в виде ареста (BVerfGE 21, 378 [387]). Статья 104 абз. 2 предл. 1 Основного закона предписывает, что «только судья разрешает» вопрос о допустимости назначения наказания в виде лишения свободы. Данная норма однозначно соблюдена, если судья сам назначает наказание в виде лишения свободы. Однако Основной закон предусматривает возможность «не основанного на судебном решении лишения свободы» и устанавливает в ст. 104 абз. 2 предл. 2–4 и абз. 3 Основного закона, что следует безотлагательно получить решение судьи, если до его вынесения было назначено наказание в виде лишения свободы.

Статья 104 Основного закона допускает вынесение судьей подобного решения после назначения наказания лишь в тех случаях, в которых допустимая с точки зрения конституционного права цель, преследуемая лишением свободы, не была бы достижима, если задержанию должно было бы предшествовать решение судьи. То же самое должно

действовать в рассматриваемом деле; оно также касается исключительного случая, который допустим лишь тогда, когда преследуемая арестом цель была бы недостижима или поставлена под серьезную угрозу, если бы место судебного решения о правомерности наказания в виде ареста, намеченного ответственным по вопросам дисциплины начальником, занимало бы полномочие судьи на назначение такого наказания. И в этих исключительных случаях понятие «решение» охватывает то, что судья в полном объеме взял на себя ответственность за данную меру (BVerfGE 10, 302 [310]).

3. На воинской службе, более чем в других сферах жизни, требуется быстрая и эффективная реакция на нарушения дисциплины и порядка.

[...]

4. Решающим остается то, что и в рамках данной процедуры судья в полном объеме несет ответственность за назначение наказания в виде лишения свободы, так как в соответствии с § 28 абз. 1 Положения о воинской дисциплине без его согласия не может быть назначено наказание в виде ареста. Право судьи осуществить проверку при решении вопроса о правомерности назначения наказания в виде ареста согласно § 28 абз. 1 Положения о воинской дисциплине не ограничено.

[...] вытекает и из того, что судья обязан в полном объеме проверить заявление ответственного по вопросам дисциплины начальника. Таким образом, он должен проверить и соразмерность предполагаемого наказания в виде ареста (Федеральный административный суд, Первый Сенат по военным делам, Решение от 10 октября 1967 г. — I WDB14/67). Предоставленная тем самым возможность проверки позволяет ему в полном объеме взять на себя требуемую согласно ст. 104 абз. 2 предл. 1 Основного закона ответственность за допустимость назначения наказания в виде лишения свободы.

[...]

212) BVerfGE 105, 239

(Richtervorbehalt / Прерогатива судьи)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 63/2002 от 16 июля 2002 г.

**Решение от 15 мая 2002 г.
– 2 BvF 2292/00 –**

**Конституционная жалоба против лишения свободы без
решения суда удовлетворена**

Основной закон устанавливает крайнюю границу продолжительности задержания лица без решения суда, каковой является конец дня, следующего после задержания. Независимо от этого необходимо требовать незамедлительного вынесения решения суда. Это разъяснил Второй Сенат Федерального Конституционного Суда в решении от 15 мая 2002 г.

1. В основе решения лежит конституционная жалоба гражданина Гамбии (заявитель жалобы). Его выслали из Федеративной Республики Германия постановлением о незамедлительном исполнении. Кроме того, ему грозили выдворением, если он не покинет Федеративную Республику Германия до 31 декабря 1998 г. 20 января 1999 г. после обеда двое полицейских отвели заявителя жалобы в свой участок, так как считали взятие его под стражу необходимым для запланированного на следующее утро выдворения. В уполномоченном Участковом суде г. Зике они не смогли связаться с судьей по вопросам задержаний. Заявителя жалобы ориентировочно до трех часов следующего дня держали в полиции под стражей, затем передали его Федеральной пограничной службе, и примерно в 7 часов 30 минут его выдворили в Гамбию.

Заявитель жалобы подал в участковый суд заявление об установлении того, что его задержание и заключение под стражу без санкции суда было противоправным. Участковый суд отклонил данное заявление. Решение суда невозможно было вынести. Задержание заявителя было осуществлено после окончания рабочего времени участкового суда, его выдворение было осуществлено до начала работы суда, поэтому вынесение судебного решения было возможным только после завершения меры. Земельный суд в г. Вердене оставил срочную частную жалобу заявителя без удовлетворения. Дальнейшая срочная частная жалоба заявителя была оставлена без удовлетворения Высшим земельным судом в г. Целле. Заявитель в конституционной жалобе заявляет о нарушении конституционно-правовых гарантий при лишении свободы.

2. Второй Сенат отменил решения участкового суда, земельного суда и Высшего земельного суда, так как они нарушали закрепленное в ст. 2 абз. 2 предл. 2 Основного закона во взаимосвязи со ст. 104 абз. 2 Основного закона основное право заявителя жалобы. В обосновании по существу указано следующее:

В соответствии с Основным законом вторжения в свободу лица нуждаются в наличии формального закона. Кроме того, должны соблюдаться предписанные этим законом формы. Основной закон различает ограничение свободы и лишение свободы. Ограничение свободы имеет место, если лицо вопреки своей воле государственной властью лишается возможности перемещаться в обычно доступное место или пребывать в нем. В отличие от этого лишение свободы как наиболее сильная форма ограничения свободы имеет место тогда, когда — как таковая имеющаяся в фактическом и правовом отношении — физическая свобода передвижения в любом направлении отменяется. В соответствии с Основным законом при лишении свободы судья должен принимать решение о его допустимости и длительности. Эта прерогатива судьи должна дополнительно охранять основное право свободы, обладающее особо высоким рангом. Поэтому государство должно обеспечить доступность уполномоченного судьи, во всяком случае в дневное время, и возможность судьи компетентно осуществить свои задачи.

Согласно правовым гарантиям Основного закона, лишение свободы, по общему правилу, предполагает наличие предшествующего ему решения суда. Принятие решения суда после задержания допустимо лишь в исключительных случаях. Его достаточно лишь в тех случаях, когда нельзя было бы добиться допустимой с точки зрения конституционного права цели, преследуемой лишением свободы, если решение суда должно было бы предшествовать задержанию. Но в этом случае решение суда необходимо получить незамедлительно. Если судья недоступен, то при отсутствии каких-либо иных условий это не считается непреодолимым препятствием, так как государство обязано учитывать значение прерогативы судьи посредством принятия соответствующих организационных мер.

Нельзя отказаться от получения решения суда и в тех случаях, когда лишение свободы заканчивается до истечения дня, следующего после задержания. Этим сроком Основной закон устанавливает лишь

крайнюю границу продолжительности задержания лица без решения суда, но не освобождает от незамедлительного получения судебного решения.

Оспоренные решения нарушают данные конституционно-правовые масштабы. Без дальнейшего выяснения суды посчитали правомерным, что заявитель 11 часов находился под полицейским арестом, при этом судебное решение не было получено даже после задержания. Простого указания на «конец рабочего дня» компетентного участкового суда недостаточно, так как нет общеустановленных часов работы судей. Федеральный Конституционный Суд отменил оспариваемые решения и направил дело в уполномоченный участковый суд.

213) 2 BvR388/09

(Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen / Принцип ускорения рассмотрения дел в связи с содержанием под стражей)

Федеральный Конституционный Суд

— Пресс-служба —

Сообщение для печати № 75/2009 от 7 июля 2009 г.

Решение от 13 мая 2009 г.

– 2 BvF 388/09 –

О принципе ускорения рассмотрения дел в связи с содержанием под стражей

Заявитель жалобы был предварительно задержан 14 ноября 2007 г. по подозрению в несанкционированном ношении огнестрельного оружия и нанесении телесного повреждения, и с того времени на основании ордера Участкового суда г. Мёнхенгладбаха от 15 ноября 2007 г. об аресте непрерывно находится в предварительном заключении. 31 марта 2008 г. за совершение данных преступлений заявитель жалобы был приговорен к наказанию в виде лишения свободы на общий срок три года и шесть месяцев. Одновременно ордер на арест оставался в силе. 4 апреля 2008 г. заявитель подал апелляционную жалобу на приговор. Председатель суда шеффенов распорядился о вручении приговора защитнику

и представителю частного обвинителя 21 апреля 2008 г.; это было исполнено 20 мая 2008 г. 4 июня 2008 г. было вынесено постановление касательно направления документов в прокуратуру, они поступили туда 20 июня 2008 г. Прокуратура 26 июня 2008 г. подала апелляционную жалобу в Земельный суд в г. Мёнхенгладбахе. 27 января 2009 г. состоялось заседание по рассмотрению апелляционной жалобы, по результатам которого суд оставил апелляционную жалобу без удовлетворения, ордер на арест был оставлен в силе. Решение суда по ревизионной жалобе от 3 февраля 2009 г. еще не принято. После безуспешной попытки обжалования содержания под стражей заявитель подал конституционную жалобу в отношении продолжения его содержания под стражей.

Вторая Палата Второго Сената Федерального Конституционного Суда приняла к рассмотрению допустимую конституционную жалобу для вынесения решения относительно той ее части, в которой она направлена против продолжения содержания под стражей. Принцип ускорения рассмотрения дел в связи с содержанием под стражей не был учтен при принятии решений.

Оспоренные решения земельного суда и Высшего земельного суда не содержат необходимой с точки зрения конституционного права оценки соотношения между правом обвиняемого на свободу и правом государства на осуществление уголовного преследования, и потому подлежали отмене. При вынесении нового решения и проведении в этой связи новой оценки Высший земельный суд должен учесть, что, согласно сложившейся практике Федерального Конституционного Суда, с увеличением продолжительности предварительного заключения растут требования к скорости работы над делом, связанным с содержанием под стражей. В рамках оценки соотношения между правом на свободу и правом на уголовное преследование решающим фактором является соразмерность длительности процедуры, которая определяется объективными критериями; при этом при увеличении продолжительности предварительного заключения выдвигаются более высокие требования к наличию основания, оправдывающего его. Это делает необходимым анализ процедуры в каждом конкретном случае.

Согласно сложившейся практике Федерального Конституционного Суда при существенном затягивании рассмотрения дела по вине государства в случаях, когда этого можно было избежать, исключительно

тяжесть преступления и зависящий от нее размер вероятного наказания не могут служить оправданием для и без того уже продолжительного предварительного заключения.

Решающим является не вопрос о том, имеет ли отдельное, проведенное с затягиванием процессуальное действие существенное значение, а вопрос о том, достигают ли имеющиеся процессуальные задержки в их совокупности того порога, который по результатам оценки не позволяет продлить период предварительного заключения.

По этим критериям Высший земельный суд должен будет оценить процедуру рассмотрения дела. При этом в данном случае следует учесть, что после подготовки приговора суда первой инстанции дело не продвинулось должным образом. В частности, период между вынесением судом постановления о направлении копии приговора и фактическим вручением приговора участкового суда и поздняя передача документов прокуратуре указывают на то, что администрация и канцелярия суда так обращались с делом, как обращались бы с делом обвиняемого, который находится на свободе, и не учли особые требования к ускорению рассмотрения дел, связанных с предварительным заключением. Дальнейшее затягивание процесса, которого также можно было бы избежать, могло возникнуть при рассмотрении дела апелляционным судом. Разумная причина того, почему между поступлением дела в земельный суд 26 июня 2008 г. и рассмотрением апелляционной жалобы 27 января 2009 г. прошел семимесячный срок, по крайней мере из материалов дела не усматривается.

Конституционная жалоба, направленная против самого ордера на арест, напротив, не была принята к рассмотрению, и в этой связи об основании не приводится.