

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАУК
ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

ГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО ГЕРМАНИИ

Сокращенный перевод немецкого семитомного издания

Том 2

Москва, 1994

Авторы 2-го тома:

Г. Г. Ф АРНИМ, Р. БАРТЛЬШПЕРГЕР, Г. БЕТГЕ, В. БЛЮМЕЛЬ,
М. БУЛЛИНГЕР, Р. ВЕНДТ, Е. ГРАБИТЦ, Э. ДЕННИНГЕР,
И. ИЗЕНЗЕЕ, А. Ф. КАМПЕНХАУЗЕН, Г. КИСКЕР, П. КИРХХОФ,
М. КЛЁПФЕР, П. ЛЕРХЕ, Г. ЛЕХЕЛЕР, Д. ЛОРЕНЦ, Т. МАУНЦ,
Д. МЕРТЕН, Т. ОППЕРМАН, И. ПИТЦКЕР, А. РАНДЕЛЬЦХО-
ФЕР, Г.-В. РЕҢГЕЛИНГ, В. РУДОЛЬФ, В. РЮФНЕР, К. ФО-
ГЕЛЬ, К. ХАЙЛЬБРОННЕР, А. ХОЛЛЕРБАХ, Х. ХОФМАН,
В. ШМИТТ-ГЛЕЗЕР, Е. ШМИДТ-ИОРТЦИГ, Г.-П. ШНАЙДЕР,
К. ШТАРК, К. ШТЕРН, Г. Ф. ЦАХЕР

Перевод:

Часть 4 — С. А. РЕУТОВА, Е. А. СИДОРОВА,
Л. П. ФОМИНА.

Часть 5 — Е. А. СИДОРОВА.

Часть 6 — И. А. ЛЕДЯХ, С. В. ПОЛЕНИНА,
А. Э. ЖАЛИНСКИЙ.

Часть 7 — И. А. ЛЕДЯХ, Л. П. ФОМИНА

РЕДКОЛЛЕГИЯ:

академик Б.Н. ТОПОРНИН (ответственный редактор),
доктор юридических наук Б. М. ЛАЗАРЕВ,
доктор юридических наук Ю. П. УРЬЯС

ISBN 5—201—01291—4

© — Институт государства и права РАН, 1994 г

Часть 4. ФЕДЕРАТИВНОЕ УСТРОЙСТВО ФРГ

I. ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ФЕДЕРАЦИИ И ЗЕМЕЛЬ

1. Государственность и конституционный статус земель (основные элементы федеративного государства)

Немецкий народ на протяжении столетий занимала и заботилась цель — объединить множество государственных образований в одно целое на основе тех или иных форм государственного устройства. Устремления народа приводили с течением времени к различным результатам, имеющим больший или меньший успех. В качестве путеводной идеи и родилось представление о федеративном государстве как о более прочном объединении по сравнению с конфедерацией. Если добавить к этим вариантам понятие унитарного государства как правовой модели с более сильным централизмом, то получится триада: союз государств — федеративное государство — унитарное государство, между которыми следует четко провести разграничения.

Юстиция ФРГ и прежде всего Федеральный конституционный суд (ФК.С) позволили точно определить основные элементы федеративного государства. Сообразно с этим федерация — государство, которое составлено из государств — ее членов, причем как общегосударственное объединение, так и его члены сохраняют статус государственных образований. Все государственные задачи делятся между федеральным государством в целом и государствами — членами федерации на сферы и соответствующие им полномочия.

В унитарном государстве внутригосударственными структурами являются административные единицы и коммунальные органы. На их уровне может иметь место децентрализация государственных полномочий. Но в унитарном государстве только все структуры в своей совокупности осуществляют его функции. В противоположность федерации и унитарному государству конфедерация является не государством, а международно-правовым союзом государств.

В федеративном государстве как федерация в целом, так и каждый ее член обладают производной государственной властью в сфере своей компетенции и в силу этого свойством госу-

дарственности. Государственность — это не многообразие отдельных полномочий, а единство собственных прав. К государственности относится возможность осуществлять правовое регулирование, имеющее обязательную силу, не прибегая каждый раз к одобрению со стороны подчиненных субъектов права.

В политическом плане государство есть центр по принятию основанных на законе политических решений. Субъекты ФРГ отличаются по сути своего статуса от коммунальных органов благодаря непрямой верховной власти. Коммунальные органы (общины, союзы общин) могут осуществлять правовое регулирование не в силу собственной компетенции, а лишь постольку, поскольку государство предоставило им такие полномочия. Их право на нормотворчество является не исконным, а производным от государства, их решения подвергаются государственному контролю.

Государственные органы федерации и каждого ее субъекта действуют в подлежащих их ведению сферах и независимо друг от друга, но при соблюдении Федеральной конституции.

По вопросу, делима ли государственность между федерацией и государствами-членами, существуют различные точки зрения. Так, теория «трехчленного деления федерации» различает три сферы: [компетенцию каждого государства-члена, компетенцию центрального государства («главного государства») и компетенцию федерации в целом. Теория двухчленного деления отмечает наличие двух видов государственности: государственность субъекта федерации и государственность федерации. Именно этому мы и будем следовать далее.

Федеративное государство как вид государства нашло всестороннее признание в юридической теории и правовой практике ФРГ. Оно широко поддерживается, очевидно, и самой убежденностью народа.

Политическое и экономическое развитие может привести в децентрализованном унитарном государстве, равно как и в федерации, к стремлению унифицировать правовые отношения и жизненные условия в рамках общей схемы. Переход к самокоординации и кооперации субъектов федерации после вступления в силу Основного закона также относится к достойным внимания процессам.

Для демократии достаточно, когда авторитетные решения принимаются органами народного представительства, даже если они осуществляются только в форме одобрения или неодобрения проектов, подготовленных конференциями министров земель, комиссиями федерации и земель, комиссиями по планированию и подобными органами. Если результат принятия совместных решений федерации и земель, а также нескольких земель воспринимают как ведущий к унитарности, то эта характеристика относится в некоторых случаях к политическим итогам, а не к конституционно-правовому пути: последний является, конечно, приемлемым для федерации процессом.

Формирование федерации может быть различным в разных странах, в зависимости от времени, а также в силу самого процесса возникновения. Если федерация сложилась на месте ранее существовавшего централизованного государства путем его членения, то обязанности между федерацией и ее частями обычно делятся иначе, чем в случае, когда несколько государств при отсутствии в прошлом единства объединяются в федерацию. Соответственно имеются федеративные государства, в которых сохраняются прочные преимущества федерации, и такие, где очень значительны позиции государств-членов.

Статус земли как государственного образования иногда вызывает сомнение, не говоря уже о принципиальном возражении, что государственность вообще неделима. Наиболее существенны при этом такие доводы, как верховенство федерального права, федеральный надзор, федеральное принуждение, обязанность субъектов занимать дружественную позицию по отношению к федерации, а также введение центрального регулирования в случае возникновения чрезвычайного положения.

Основной закон относит к неприкосновенным прежде всего два института федеральной системы: деление федерации на земли и принцип участия земель в законодательствовании федерации.

При объединении слов «конституция» и «автономия» в понятие «конституционная автономия» следует в первую очередь думать об изложении в правовых нормах принципов государственного устройства, его организационной структуры, о формах правовой, социальной, экономической и культурной жизни, а также об осуществлении политической власти.

Определяющий фактор — кем и для какой территориальной сферы должно производиться законодательное регулирование, является ли она государством, в (котором будет действовать своя конституция с территорией, обозначенной границами, и относящимся к ней населением, до того, как состоится принятие законодательного решения; тогда это обоснование готовит меньшие трудности, чем в случае, когда предстоит только образовать государство по Конституции, а круг субъектов, уполномоченных принять решение, еще не определен.

Возникновение Основного закона ФРГ шло поэтапно. Ему предшествовало создание конституций в землях. Поэтому выборы в Парламентский совет, создавший Основной закон, в западных оккупационных зонах, т. е. на территории будущей ФРГ, осуществлялись органами народного представительства земель, которые в свою очередь опирались на непосредственное избрание их народом. Парламентский совет обсудил и принял Основной закон, который затем получил одобрение в двух третях земель. Он четко обосновывает, что земли имеют конституционную автономию и должны ее сохранить и в будущем. Правда, Основной закон ограничивает конституционную самостоятельность земель путем соблюдения принципа их однородности.

2. Однородность конституций федерации и земель

Однородность (гомогенность) конституций налицо, если совпадение существенных признаков может быть четко установлено. Она является результатом нерегулируемого развития или предписанной правом обязанности. В федеративном государстве она может быть следствием соглашения государств-членов или вытекать из общих нормативных постановлений Федеральной конституции. Основной закон ФРГ устанавливает исполнение общих норм в качестве непреложных обязанностей земель. Положения правовых актов земель, не соответствующие этим общим постановлениям, не имеют силы.

Можно говорить о гибкости законодательства земель благодаря тому, что Основной закон уважает уклад жизни в них и одновременно признает их государственность. От конституции земли требуется, чтобы она была республиканской, демократической и защищала основы правового и социального государства. Конституция федерации закрепляет демократию, предусматривающую разделение властей, возможность существования нескольких политических партий, а также порядок, при котором государственные руководители избираются на определенный срок путем свободных выборов. Равным образом выдвигается требование, согласно которому в каждой земле, районе «общине должно существовать народное представительство, сформированное путем выборов, а они должны иметь пять признаков: быть свободными, всеобщими, прямыми, равными и тайными.

При сравнении конституций земель выясняется, что совпадений в них значительно больше, чем требуемый Основным законом минимум. Конституционная жизнь в землях развивается сверх этого минимума, т. е. по направлению к более тесному взаимодействию.

Конституция земли может установить, что кроме председателя Правительства земля будет иметь Президента. Идея учредить такую должность имела место в Баварии еще до вступления в силу Основного закона ФРГ, но не получила необходимого большинства в ее Учредительном собрании.

Земля может высказаться за однопалатную или двухпалатную, действительную или мнимую систему народного представительства. Например, Сенат по баварскому конституционному праву не нарушает требования однородности, несмотря на то что по своему составу он отражает профессионально-сословные группы населения, а это было бы недопустимым при строгом соблюдении принципов всеобщего народного представительства.

Основной закон предъявляет землям требование однородности в отношении конституционного строя. Под таким строем здесь понимается конкретное состояние политического единства и социального регулирования. Из этого исходит требование федерации к конституционному строю в землях. Это требование предъявляется как к тексту любой конституции земли, так и к конституции-

онности государственной практики. Кроме того, требование однородности не является препятствием для коопераций деятельности земель в рамках федерации,

Общеправовое регулирование посредством Основного закона ФРГ имеет примеры в истории немецкого конституционного права, а также аналогично подобного рода явлению в зарубежных конституциях. В Германской империи с 1871 по 1918 г., конечно, не действовали общие конституционно-правовые нормы. Тогда наряду с общефедеральным монархическим государством и большинством ему подобных монархических государств-членов существовали города-государства Гамбург, Бремен и Любек, имевшие республиканские порядки. Однако это сотрудничеству между империей и государствами-членами не мешало.

В Основном законе нет общих норм о размерах территории, численности населения, экономическом и финансовом потенциале земель. Однородность в этом отношении не является требованием Основного закона и условием федеративного устройства.

Ограничение права земель, вытекающее из Основного закона, вызвано также кроме его ст. 28 требованием общегражданского равенства всех немцев в каждой земле.

Основной закон предъявляет определенные единые требования к организации коммунального самоуправления в землях. Он содержит гарантию учреждений, необходимых для самоуправления общин и их союзов, но не требует одинаковых гарантий для всех имеющихся общин и их союзов. Впрочем, отношение к государственному вмешательству здесь такое же гибкое. Но ни в коем случае недопустимо выхолащивание права на самоуправление со стороны законодательства земель.

Самоуправление во все более возрастающей степени реализуется в рамках единого управления совместно с другими носителями административной власти и прочими учреждениями. Употребляемое Конституцией основополагающее понятие на «основе собственной ответственности» утратило бы иначе свой смысл.

Требование однородности относится в этой связи только к самоуправлению в узком смысле слова. В соответствии с традиционным коммунальным правом следует различать самостоятельные задачи, вытекающие из самоуправления общин (так называемые собственные задачи), и задачи, возложенные сверху на общины (поручения). В Основном законе гарантируется только самоуправление на основе собственной ответственности общин.

В случае, если конституционный строй в одной из земель не отвечает общим предписаниям ст. 28 Основного закона, то на федерацию возложена важнейшая задача гарантировать их соответствие. Право и обязанность федерации для вмешательства существует независимо от ходатайства земли или других субъектов права. При отсутствии гарантии остается бесспорным, что основные права личности, предусмотренные Основным законом, имеют силу и в землях. Бесспорно и то, что включенные в конституции земель основные права при выявлении противоречия с Основным

законом перестали бы действовать благодаря преимуществу федерального права, причем независимо от того, идет ли речь о коллизии между федерацией и землей по поводу одинаковых основных прав или разных.

3. Конституционное право земель в государственном строе федерации

а) Основной закон и конституции земель

Конституции земель действуют в условиях федерального права. Их сила и юридическая действительность ограничены целостностью и однородностью конституционного права федерации. Лишь в пределах, определяемых его рамками, они могут развивать свою изначальную самостоятельность (в том числе и конституционную), формировать государственную организацию и конституционный строй соответствующих земель. В то же время из их конституций вытекает значительная часть факторов, формирующих политическую интеграцию всего государства. Конституционное право земель, учреждающее их самостоятельность, представляет собой в то же время компонент государственной реальности и конституционного строя ФРГ.

Значение конституций земель в федеративном государстве зависит существенным образом от статуса земель, от тех функций, которые, согласно федеративному строю, они осуществляют по отношению к целому и которые характеризуют данное федеративное государство. С точки зрения правовых понятий федерации и землям свойственны изначальная государственность, правосубъектность и власть в рамках, соответствующих государственно-правовому строю федерации, который определяется ее Основным законом.

Конституция федерации и конституции земель как по отношению друг к другу, так и в их внешних связях представляют собой первоначальные элементы государственно-правового строя ФРГ. Не всегда следует, однако, разделять федеральное конституционное право и конституционное право земель по предметам регулирования. Напротив, и то, и другое, что типично для истории германского федеративного государства, может регулировать один и тот же общественный процесс и создавать, таким образом, ступенчатый в правовом отношении союз. Это касается прежде всего охвата общественного процесса федеральным регулированием и самостоятельности земель в реализации правовых предписаний либо, соответственно, в осуществлении управления (реализация землями федерального права — ст. 83 и след. Основного закона; судопроизводство, осуществляемое судами земель, — ст. 92 Основного закона). Федеральное конституционное право может также непосредственно касаться собственной государственной

власти земель и тем самым проникать в их государственную сферу.

Наконец, конституционное право земель связано с приоритетом федерального права, направленного на обеспечение правового единства в рамках федерации (ст. 31, 142 Основного закона), с нормативными предписаниями этого закона и соответствующими полномочиями федерации по вмешательству в сферу земель. Однако предпосылки, условия и фундаментальные элементы федерального конституционного строя не изменяют в принципе ничего в изначальности государственности и самостоятельности земель, а также в сфере автономного применения норм, содержащихся в их конституциях. Их конституционное право отражает также, по крайней мере в основных чертах, государственно-правовой строй ФРГ в целом и способствует пониманию ее Конституции.

Государственно-правовые элементы структуры федеративного государства в нашей стране соответствуют необходимой однородности федерального конституционного права и конституционного права земель. В Основном законе она обеспечивается посредством материального и процессуального регулирования вопроса о конституциях федерации и земель. И все же эта однородность не была создана Основным законом. Напротив, он сам мог создаваться уже при ее существовании, на ее основе, поскольку первоначально главные конституционные принципы Федеративной Республики были сформулированы после 1945 г. конституциями земель трех прежних западных оккупационных зон и породили уже широкий консенсус конституций земель.

б) Конституции земель и нормативные положения Основного закона

С созданием ФРГ и в рамках определенного Основным законом федеративного государственно-правового строя конституционное право земель претерпело значительные изменения. Существовавший поначалу государственно-правовой суверенитет земель, касающийся принятия собственных конституций, превратился в признанную конституционную самостоятельность земель в федеративном государстве и наряду с собственно земельным конституционным правом в конституционном законодательстве, действующем на территории земель, появились федеральные элементы. Осуществляемая в соответствии с Основным законом правовая организация земель, находившихся в трех бывших западных оккупационных зонах, в качестве субъектов федеративного государства связана с общегосударственными установлениями конституционного права для новых государств — членов федерации и с воздействием на имеющее аналогичный предмет конституционное право земель.

Такое распространение и воздействие федеральной власти на конституционный строй субъектов федерации представляет собой

типично германскую форму федеративной государственности. При данной форме политическая система разделенной государственности федерации и земель не сопровождается соответствующим разделением правовых систем, учреждаемых Федеральной конституцией и конституциями государств — членов федерации. Напротив, федеральное конституционное право действует на территории земель непосредственно; именно федеральное государственно-правовое регулирование обеспечивает однородность конституций федерации и земель.

в) Федеральное государственно-правовое регулирование однородности конституций федерации и земель

Фундаментом конституционной однородности в нашем федеративном государстве являются положения Основного закона, устанавливающие, что федеральное конституционное право непосредственно касается государственной власти земель, т. е. обосновывающие проникновение федерального права в сферу государственной власти земель. Можно считать принципом Основного закона, что не только федерация, но и субъекты ее обладают качеством государственности и имеют собственные, принимаемые ими конституции. Сообразно с этим конституционное право земель, не согласованное с федеральным, не может быть действующим.

Статью 31 Основного закона следует рассматривать лишь в качестве коллизионной нормы, которая прекращает действие права земель в том случае, если две имеющие идентичный предмет нормы (в федеральном праве и в праве земель) при их применении могут привести к различным результатам; напротив, существует не затрагиваемое этой статьей параллельное действие свободного от коллизий права земель. Статья 31 Основного закона не распространяет также своего действия на другую, урегулированную в его ст. 28 проблему, состоящую в том, что Федеральная конституция и конституции земель при формировании предусмотренных данной статьей фундаментальных государственных норм и институтов должны иметь минимум однородности.

Статья 142 Основного закона, наконец, устанавливающая особые гарантии самостоятельного определения землями основных прав граждан, не противоречащих стандарту, закрепленному ст. 1—18 Основного закона, лишь в неполной мере выражает единое федерально-государственное правовое предписание о том, что коллизионная ст. 31 Основного закона не затрагивает принципиального соотношения Федеральной конституции и конституций земель.

Согласно Основному закону, федеральный государственно-правовой строй, как и правовая система федерального государства, покоится на двух принципах разделенной между федерацией и субъектами федерации и скоординированной государственности и на разграничения согласованного конституционного пространства. Правовая координация статуса федерации и ее субъектов

обеспечивается установленным в Основном законе порядком определения компетенции федерации и земель, согласно которому они делят государственность в Федеративной Республике соответственно установленным правом сферам их задач и полномочий, иными словами, обладают разделенной компетенцией. Принципиальное разделение и согласованность конституционных пространств федерации и земель обусловлены тем, что Основной закон, в сущности, не требует, чтобы конституционный строй земель определялся Федеральной конституцией, а доверяет его учреждение землям. Соответственно этому существуют разделенные и принципиально согласованные конституционные пространства, или сферы государственно-правового строя федерации и земель, которые обычно обозначаются понятиями «Федеральная конституция» и «конституция земель».

Проникновение федерального конституционного права в государственную власть земель не означает ни проявления условий и юридических последствий всеобщего возвышения федерации над субъектами ее, ни возникновения противоречия относительно собственной государственности земель, понимаемой как признание принадлежности им исконной государственной власти. Нормы Основного закона, регулирующие это проникновение и имеющие непосредственное действие по отношению к государственной власти земель, принадлежат к конституционному пространству федерации. Устанавливаемый Основным законом государственно-правовой строй не дает никаких оснований для иной интерпретации упомянутых норм.

г) Общегосударственные конституционные дефиниции

Правовая система, на которую ориентирован Основной закон, обеспечивая однородность конституций, раскрывает свое функционально-правовое значение прежде всего в ст. 28 Основного закона, содержащей ядро нормативных предписаний, касающихся конституционного права земель. Установленные данной статьей принципы конституционного строя в землях содействуют тому, что именно фундаментальные структуры конституционного права земель имеют по меньшей мере параллельное непосредственное влияние на основы федерального конституционного права. Следовательно, конституционный строй земель в своих принципиальных чертах уже предопределен соответствующим общегосударственным регулированием.

Статья 28, абз. 1 и 2 Основного закона формируют в государственном праве традиционный круг проблем. Решения Федерального конституционного суда по интерпретации данной статьи позволяют первоначально допустить, что в землях она не имеет правообразующего действия, а касается лишь регулируемого федеральным правом отношения земель к федерации и в целях обеспечения однородности конституционного строя лишь возлагает на земли обязанности по отношению к ней.

Однако позже в судебной практике ФКС я вне ее пробило себе дорогу мнение, что конституционные принципы и институты, устанавливаемые Основным законом для земель, представляют собой не только материально-правовую базу для осуществления надзора со стороны федерации, но и конституционные нормы, действующие и в федерации, и в землях.

Такое правовое действие указанных предписаний, обозначаемое как их вторичная функция, наряду с так называемой первичной функцией определяется как регулирование отношений в федеральном государстве, которое возлагает на земли обязанности по обеспечению однородности конституционного строя земель и федерации и создает базу для осуществления федерацией надзора по отношению к землям (ст. 28, абз. 3 Основного закона). Первичная функция нормативного предписания состоит в непосредственном установлении названных в нем конституционных принципов для земель. Они действуют в необходимых случаях параллельно, наряду с соответствующими свободными от коллизий конституционными принципами конституционного права земель.

Конституционный строй земель в смысле ст. 28, абз. 3 Основного закона есть их правовой строй, который формируется соответственно предписаниям ст. 28, абз. 1 и 2 Основного закона, т. е. согласно конституционным принципам, определяемым федерацией для земель. Равным образом конституционный строй в землях, в духе ст. 28, абз. 1 и 2, понимается как правовой их строй, который учреждается на основе общегосударственных конституционных принципов и конституционных институтов, предусмотренных ст. 28, абз. 1 и 2 Основного закона, и по своей структуре должен соответствовать принципам и институтам ФРГ.

В этой связи конституционные гарантии, например, коммунального самоуправления общин и их союзов, включенные ст. 28, абз. 2 Основного закона в федеральное государственно-правовое регулирование, представляются иногда чужеродным телом в рамках отношений «федерация — земли» и федеральных нормативных предписаний. Согласно Основному закону, коммунальные территориальные объединения, равным образом как и государственные территориальные объединения, являются изначальными носителями собственных прав; публичная власть в них исходит непосредственно от народа (ст. 20, абз. 2 Основного закона), даже если она, учитывая единство государственной власти и суверенитет государства в определении компетенции его структур, лишь предоставлена коммунальным территориальным структурам, т. е. получила признание. В этом нет принижения коммунального самоуправления как либеральной общинной свободы до просто организационного принципа государственного строительства. Статья 28 Основного закона, касающаяся и коммунального самоуправления, представляет скорее единое федеральное нормативное установление, все составные части которого оказывают

одинаковое правовое воздействие на конституционный строй в землях.

Посредством обеспечения однородности конституционного строя в существенных принципах республиканского, демократического и социально-правового государства (ст. 28, абз. 1 Основного закона) и установления демократического народного представительства и в землях, районах и общинах обеспечивается демократизм Конституции на том этапе развития, который достигнут свободным общественным строем западного конституционного государства.

4. Идея и формы федерализма в Основном законе

а) Федеративная композиция государственного единства

Распределение компетенции между союзом (федерацией) и землями — не самоцель или произвол. Не является оно и раздроблением государственной власти, предназначенным для того, чтобы ослабить власть, т.е. чем-то вроде утрированного либерального понимания разделения властей. Смысл распределения компетенции состоит не в разъединении государственной власти, а в ее разумном разделении, структурировании и сбалансированности. Оно не исключает общегосударственного единства, а дифференцирует его, формируя относительно самостоятельные общности, которые остаются взаимосвязанными в пределах целостного единства. Федеративное государство, согласно Основному закону, соответствует по своему существу классической форме объединенной республики, представляющей сочетание, искусно составленное из различных элементов, сливающихся в одно целое общество.

Нормы Основного закона о компетенции государственных структур, как бы несовместимые и случайные в отдельности, составляют в единстве правовой план рационально-правильного распределения государственной власти и ее равновесия. Конечно, они представляют собой только план, а практика не всегда совпадает с ним. Конституция ФРГ позволяет выверять компетенцию обеих сторон. Однако действительное распределение государственной власти зависит от того, имеют ли и если да, то в какой мере федерация и земли волю и способность фактически осуществлять собственную компетенцию и в полной мере выполнять те задачи, которые ставит перед ними Конституция.

Федеративный строй предполагает достаточно высокий уровень государственного самосознания субъектов федерации, самоотверженную работу и инициативу в сфере собственной компетенции, а также бдительность относительно превышения компетенции и возможность предотвращения его. Скромность и мягкость в этих вопросах не являются государственными добродетелями. Они могут привести к определенному упадку структур, к противоречащему Конституции сдвигу в соотношении власти и

ответственности, к препятствиям в поддержании федеративного баланса Правовое требование дружественного отношения к федерации определяет и регулирует соблюдение параметров предоставленных полномочий, но оно приобретает силу лишь там, где компетенция реализуется в полной мере Ожидания, связанные с предписаниями Конституции, оправдываются не по всем линиям федеральной практики Земли не исчерпывают до конца свою — хотя и узкую — компетенцию областью законодательства; напротив, они проникают даже во внешнюю политику — в этот домен централизованного государства Конституционно-правовые границы компетенции стираются полностью в фундаменте экономики Несмотря на строгое разграничение финансовых полномочий (ст. 104а Основного закона), федерация и земли конкурируют во многих областях, таких, например, как образование, расширение помощи и содействия осуществлению проектов в бывшей ГДР и др. Практический результат сводится здесь к тому, что федеральный порядок распределения компетенции утрачивает свои контуры.

б) Федеральная разработка модели разделения властей.

Общая оговорка ст. 30 Основного закона, согласно которой осуществление государственных полномочий и выполнение государственных задач с учетом иных предписаний Основного закона являются делом земель, не позволяет сделать вывод относительно значимости разделения компетенции между государственными структурами На эту общую оговорку накладывается густая сеть перечисленных прав. Специальные перечни полномочий оставляют весьма незначительное поле для ее применения Эти перечни исходят из модели разделения властей Ш. Монтескье с ее признанием трех идеально-типичных видов деятельности государства — законодательной, исполнительной и судебной Основной закон предназначает их двум уровням государственных структур в различных сферах При этом нет стремления к установлению баланса в пределах одной функции. Сбалансированность государственной власти, к которому закон стремится, может сложиться лишь из совокупности полномочий в различных сферах Равновесие проистекает, в сущности, из того, что компетенция в области законодательства принадлежит преимущественно федерации, между тем как земли обладают большей частью полномочий в области управления

Федерация склоняется к тому, чтобы полностью реализовать свою законодательную компетенцию, экстенсивно интерпретировать отдельные правовые основания ее и широко пользоваться количественными ограничениями, которые устанавливает федерация, определяя рамки законодательства земель, а также законодательства об общих принципах регулирования.

Условия, с которыми Основной закон связывает реализацию конкурирующей компетенции (ст. 72, абз. 2), не образуют юридически ощутимого препятствия в законодательной практике, по-

скольку федеральный законодатель, призванный к такому регулированию в силу своего политического статуса, сам принимает решения о том, существует ли необходимость в федеральном законодательном регулировании, и ФКС может потребовать от него отчета лишь в ограниченном числе случаев. ФКС считает такой критерий вопросом политического усмотрения, имеющим юридический характер лишь в узких границах: если имеет место злоупотребление этим усмотрением или его однозначное и очевидное превышение. Земли слабо использовали политические и судебные возможности для того, чтобы задержать экспансию законодательства. С точки зрения федерального государства федерация извлекает значительную пользу из развития всеохватывающего регулирования, что обусловлено, с одной стороны, общественными и политическими потребностями, а с другой — усилением конституционной интерпретации упомянутой оговорки.

Правовое единство, устанавливаемое актами федерации, не подвергается опасности из-за того, что осуществление федеральных законов составляет, в первую очередь, дело земель и даже в принципе является их собственным делом. Правда, правительство земли использует иногда особенности своего политического статуса в процессе реализации федерального права. Например, оно имеет возможность по-своему решать формальный компромисс закона о налогообложении доходов, касающийся не облагаемого налогом минимума при [профессиональном обучении или повышении квалификации]. Однако такие решения — исключения. Федерация использует право вмешательства, которое предоставляет ему Основной закон (ст. 84 и 85), чтобы обеспечить единообразное применение федерального законодательства. Администрация союза и земель, в свою очередь, заботится об установлении единообразных правил и стандартов в сфере управления.

Сами земли координируют отчасти свое законодательство и создают таким образом взаимно согласованные нормы общегерманского права земель, которое тем самым содействует формированию правового единства в рамках всей федерации. Земли и федерация имеют, в сущности, одинаковые законы, определяющие порядок рассмотрения дел об административных нарушениях. Законы о полиции по своему содержанию в значительной мере совпадают с проектом единого примерного закона о полиции. Положения об общинах используют модели, в которые укладываются местные особенности; таковы, например, соответствующие Уставы общинных органов («коммунальная конституция»). Особый политический и культурный облик земли проявляется в совокупностях правовых норм, регулирующих школьное дело и обучение в высших учебных заведениях, поскольку преимущественное положение федерального права оставляет для этого необходимое пространство.

Федеративный баланс власти зависит от того, что земли, несмотря на преимущественное положение федерального законодательства, обладают в сфере управления организационной само-

стоятельностью, свободой решений в отношении определенного круга лиц и финансовой самостоятельностью. Именно здесь находится центр их власти. Субстанция государственности земель заключается не столько в самоопределении, которое позволяет самостоятельно выбирать государственные задачи, сколько в самоопределении, касающемся инструментария их осуществления. Инструментальные государственные задачи, связанные с организационными вопросами, определенным кругом лиц и имущественными средствами, имеют существенное значение для земель, центр тяжести компетенции которых лежит именно в сфере управления.

При этом «аннексия» федерации относительно создания органов государственной власти земель и определения порядка их деятельности связана принципом субсидиарности и запрета вмешательства союзом своих полномочий. Вмешательство его в сферу управления земель допустимо лишь в том случае, если оно необходимо для эффективного осуществления федерального права. Изменение Конституции в 1971 г., которое определило компетенцию союза в рамках конкурирующего законодательства относительно денежного содержания и обеспечения государственных служащих земель (ст. 74а, абз. 1), подводит к границе существования федеральной государственности, очерченной в ст. 79, абз. 3 Основного закона. Однако только ограничительное применение регулирующих указанную компетенцию норм уберегает от упрека в том, что они являются нормами, противоречащими Конституции.

У земель должна оставаться возможность изменять свою организационную структуру, самостоятельно создавать ведомства с новым кругом задач и решать вытекающие отсюда правовые вопросы денежного содержания государственных служащих.

Федерация и земли делят между собой также инструментальную компетенцию, касающуюся организационных, кадровых и финансовых вопросов в сфере правосудия. На уровне федерации создаются в основном высшие суды, в то время как суды первой и средней инстанций, т. е. большинство судов, принадлежат землям (ст. 92, 95, 96 Основного закона). Но все же участие их в осуществлении третьей власти играет небольшую роль. Юстиция в решающей мере создается на основе материального и процессуального права федерации. К тому же различное государственно-правовое положение судебных органов не затрагивает функций судопроизводства. Суды федерации, как и земли, действуют в том же самом общегосударственном правовом пространстве.

Если Основной закон применительно к одной и той же сфере наделяет законодательными и управленческими функциями различные государственные органы, то это углубляет разделение законодательной и исполнительной властей с одной стороны. С другой стороны, одно из классических положений германской доктрины федеративного государства состоит в том, что центральное государство и государства — члены федерации в целях достижения общего блага для страны в целом должны прини-

мать участие как в законодательной деятельности, так и в управлении при постоянном определении степени этого участия.

Различное дозирование законодательных и исполнительных функций ведет к тому, что в пределах федерации и отдельных земель не может быть установлен такой их баланс, который соответствовал бы классическому идеалу разделения властей. Так, в государствах — членах федерации центр тяжести перемещается с законодательной на исполнительную власть. Некоторая слабость парламентов земель имеет свои корни в распределении компетенции в федерации. Ослаблению роли парламентов земель содействуют, далее, следующие моменты: недостаточность законодательной инициативы самих парламентов; унитаристские тенденции в федеральном законодательстве; кооперативный федерализм. Уменьшение значимости законодательства земель не компенсируется тем, что вместе с ростом роли федерального законодательства увеличивается влияние Бундесрата — палаты земель. Бундесрат как таковой является органом федерации, а не земель. Участие в принятии решений, предоставляемое землям благодаря Бундесрату, не может заменить самоуправление по всем линиям. Впрочем, права на участие в принятии решений предоставляются Правительству, а не парламенту земли. В конечном счете Правительство в большей мере исходит из целей унитаризации. Кооперативный федерализм открывает перед ним также такие организационные предпосылки и возможности участия в принятии федеральных решений, которыми лишь отчасти и опосредованно может воспользоваться парламент. Таким образом, федерализм содействует асимметричному разделению властей на уровне земель.

Политическая функция земель в значительной мере (если не исключительно) носит вторичный характер по отношению к союзу как действительному политическому центру. В конституционном строе земли первоначальным политическим фактором является правительство, а политическое значение парламента проявляется как вторичное. Интересы политических партий на выборах в ландтаги (парламенты земель) направлены на опосредуемую парламентом правительственную власть, получающую голоса в Бундесрате. Какой бы маленький ни была земля — субъект федерации, она в результате имеет вес в структурах власти государства в целом.

в) Конституционное регулирование финансов федерации

Ядро Конституции федеративного государства составляет регулирование его финансовой системы. Самостоятельность федерации и земель проявляется в том, что они независимы друг от друга в рамках своего бюджета, несмотря на их конституционную обязанность учитывать необходимость обеспечения общегосударственного экономического равновесия (ст. 109, абз. 2 Основного закона).

Прежде всего именно федеральный законодатель является тем органом, который обеспечивает хозяйственное единство посредством правового регулирования и который определяет требования экономического равновесия в масштабе целостного государства. Для этого он устанавливает принципы бюджетного права, обязательные в равной мере и для союза, и для земель (ст. 109, абз. 3 Основного закона); регулирует бюджетные мероприятия корпораций всех сфер деятельности, с тем чтобы устранить препятствия на пути формирования общегосударственного экономического равновесия (ст. 109, абз. 4). Таким образом, все государственные и коммунальные бюджеты осуществляются в русле целостного государства и единого хозяйства.

Условием выполнения соответствующих полномочий и задач является финансовое обеспечение, адекватное им. Поскольку власть, которой обладает современное социальное государство, основывается в первую очередь на финансовой власти, Федеральная конституция, в частности, необходима для разграничения финансовой власти между союзом и землями соответственно их компетенции, определяемой правом.

Проблемы разделения этой власти являются, в сущности, проблемами федерации, которые заставили создателей Конституции на основе урегулированной правом компетенции союза и земель определить и разделить комплексную материю государственных финансов и налогов и тем самым проложить путь к пониманию этой материи в контексте государственно-правовой проблематики разделения властей и основных прав человека. Федеративный строй придает прежде всего налогам — первичным и регулярным доходам государства — конституционно-правовой характер. Исходя из имеющихся типов налогов и используя их сущность, Конституция устанавливает соответствующие структуры. Объем компетенции в области налогов определяется аналогично компетенции в иных областях.

Право законодательствовать принадлежит преимущественно федерации, а осуществлять управление — землям. Схема разделения властей нуждается, конечно, в расширении, с учетом собственных полномочий на получение доходов. Основной закон предоставляет право взимания налогов то одной, то другой стороне, за исключением налога с оборота, применительно к которому он удовлетворяется затыжным компромиссом и предоставляет решение федеральному законодателю — в форме абстрактных директив (ст. 106, абз. 3 и 4 Основного закона). Таким образом, в жесткую систему входит эластичный элемент. Результаты первичного распределения налогов подвергаются общей корректировке посредством сбалансирования финансов, возможность чего (в пределах его отдельных конституционных прерогатив) предоставляет федеральному законодателю диспозиция, [Касающаяся финансового обеспечения всех субъектов федерации. Многоступенчатая система распределения налогов оказывается в известной мере под-

вижной. Обусловленная этим относительная финансовая неопределенность обременяет только земли.

Компетенция федерации и земель в области расходной части бюджета разграничивается адекватно возложенным на них задачам. Это главное положение (ст. 104а, абз. 1 Федеральной конституции), которое варьируется в отдельных, четко обозначенных исключениях. Однако экономика, связанная с государственными фондами как федерации, так и земель, развивается во многих отношениях стихийно, вне конституционно-правовых правил и конституционно-правовых исключений. Поскольку ее участники не игнорируют свою компетенцию намеренно и с самого начала, они чрезмерно используют в качестве аргумента для ее игнорирования неписаную компетенцию в области финансирования или опосредованное понятие кооперативного федерализма, не имеющее существенного значения для определения компетенции союза и земель.

Небрежное отношение к границам компетенции ведет к снижению ответственности за расходование бюджетных средств, к неправильному руководству публичным хозяйством, к снижению рациональности расходов и уменьшению информации о них. Точное соблюдение финансовых полномочий возлагается прежде всего на земли, которые являются обычно более слабой в финансовом отношении стороной, с большими управленческими задачами и с большими потребностями в средствах. Без охраны твердого и четкого порядка, касающегося установленной компетенции, возникает угроза, что более крупные бюджетные средства потеряют для них свою притягательную силу или что они окажутся в налоговой сети федерации и позволят «купить» свою самостоятельность. ФКС не соблазняет прагматические соображения и магия термина «кооперативный федерализм». Он отвергает превращение финансовых принципов Конституции в право с меньшей обязательностью соблюдения, вплоть до произвольного установления границы отклонения от него посредством компромиссов и манипулирования во имя нужного результата.

г) Федерализм и культура

Поскольку, согласно порядку установления компетенции государственных структур, предусмотренному Основным законом, задачи распределяются соответственно государственным функциям, в большинстве сфер эти задачи осуществляются в различных аспектах как государственной властью федерации, так и государственной властью земель. Сам Основной закон признает за землями право в рамках их законодательной компетенции заключать договоры с другими государствами (ст. 32, абз. 3). Он предусматривает согласие Федерального правительства, а применительно к некоторым договорам федерации — заслушивание земель (ст. 32, абз. 2). Юридическая дилемма, состоящая в том, что компетенция в области внешней политики и применительно к сфе-

рам государственной деятельности внутри страны не совпадает, запрограммирована в содержании Основного закона. В частности, это касается соглашений федерация в области культуры, создания школ и институтов культуры за границей, вообще внешней культурной политики. Правительства земель все более практикуется параллельная внешняя политика, которая подтачивает традиционную концепцию монополии центрального государства на внешнее представительство. С другой стороны, культура не является материей только земель. Самостоятельность земель в сфере культуры есть лишь условное обозначение. На широком поле культуры и федерация обладает отдельными законодательными и управленческими полномочиями, начиная от охраны культурных ценностей Германии и правового установления общих принципов организации высшей школы, включая планирование образования и проведение фундаментальных научных исследований, вплоть до налогового законодательства, направленного на содействие развитию культуры.

Поскольку Основной закон определяет компетенцию земли не позитивно, а негативно — как часть государственной деятельности, которая не обязательно осуществляется союзом, понятие «культура» не может опосредовать юридическое содержание ее полномочий в области культуры, точно так же как и охватываемые понятием культуры вопросы воспитания и образования, школы и науки, искусства и охраны памятников. Тем не менее словосочетание «самостоятельность земель в сфере культуры» имеет важный конституционно-правовой смысл, так как объединяет в систему множество (полномочий земель и таким образом обозначает поле их деятельности, которое отражает своеобразие каждой земли и вообще раскрывает сущность германского федерализма.

В ходе установления компетенции союза и земель обнаруживаются структуры, которые обусловлены как объективной необходимостью, характером соответствующей деятельности, так и традициями федерализма. В них к тому же действует нечто такое, что может быть названо логикой истории. Истинная закономерность современного государства проявляется в том, что федерация решает те задачи, от которых зависит политическое единство: вопросы внешней политики, обороны, межнациональной интеграции. Соответственно следует указать на полномочия, обеспечивающие пространственное и экономическое единство страны (торговля, средства связи, коммуникации, валюта). Не случайно значительная часть связанных с отмеченными сферами задач уже не может быть решена даже на общегосударственном уровне и перемещается на международный и межнациональный уровень. Одновременно возникает тяготение культурных задач к небольшим территориальным общностям, предоставляющим пространство для самобытной духовной жизни. Культурный федерализм является историческим началом и прочной основой узаконения германского федерализма. Национальное единство немцев издавна было связано с языковой общностью.

Но в Германии культурный федерализм с самого начала находился под давлением унитаризации, явившейся следствием миграции населения, уравнивания религиозного, культурного своеобразия, надрегионального воздействия средств массовой информации, превращения культурных институтов (таких, как университеты) в центры распределения равных социальных шансов, интернационализации образа жизни.

Государственная практика подвергается давлению посредством установления компетенции федерации (главным образом в сфере высшего образования), путем унитарного толкования основных прав человека, посредством кооперативного федерализма. Долгое время казалось, что культурные особенности сохраняются еще лишь в фольклорных нишах. Однако именно немецкая «культурная революция», происшедшая после 1968 г., придала импульс культурному федерализму и привела к формированию различных систем школьного и высшего образования.

Хотя поляризация политических партий исходит от федерального центра, она воздействует как раз через множество различных отношений в землях (связанных, со своей стороны, с региональными особенностями населения) на их политику в области образования, придавая ей «баварские» или «гамбургские» контуры. В связи с потерей оптимизма (в конце 70-х годов) по поводу научно-технического прогресса и поворотом общества к проблемам охраны природной и культурной окружающей среды федерализм приобрел новые силы. Он объединяется с регионализмом, который в это же время пробудился в Европе, и заставляет традиционные унитарные государства перейти к обороне.

Федеративное государство в состоянии учитывать региональные особенности и принимать параллельно различные решения, в то время как унитарное государство должно ограничиться одним-единственным решением. Это преимущество оправдывает себя прежде всего в сфере культуры, где государство должно принимать трудные решения, касающиеся основных прав человека, и, несмотря на свой религиозный, научный, эстетический нейтралитет, устанавливать приоритеты при определении целей школьного воспитания, предоставлении средств на проведение научных исследований, при покупке произведений искусства.

Полномочия земель в области культуры имеют существенное значение для их идентичности. Основной закон в своих ориентирующих положениях намекает на необходимость нового разделения территории федерации (ст. 29, абз. 1), отмечая важность исторических и культурных взаимосвязей, которым должны следовать земли.

д) Федерация как хранитель политического единства

Федерация и земли не противостоят друг другу как иностранные государства. Они объединены Федеральной конституцией и включены в общий институциональный порядок. Их конфликты

с самого начала укрощены предписаниями внутригосударственного права и разрешаются в рамках его процессуального механизма.

Для самообороны и санкций, известных в международном праве, здесь нет места. Государства — члены союза образуют общегосударственное «мирное сообщество». Отношения между ними, урегулированные внутригосударственным правом, существенным образом отличаются от международно-правовых внешних сношений с иностранными государствами.

Развитие внешних сношений является преимущественно задачей союза (ст. 32 Основного закона). Он вообще сосредоточивает в своих руках большую часть полномочий, которые, согласно традиционному пониманию государства, относятся к высокой политике: иностранные дела, оборона, а также передача суверенных прав государства межнациональным учреждениям. Входящие в федерацию государства образуют целостное политическое единство. На федерацию возлагается обязанность самоутверждения сообщества вовне. Она несет ответственность за земли, которые «сидят с ней в одной лодке», и избавляет от опасностей, угрожающих их существованию.

Это относится не только к обороне, но и к коренным вопросам формирования социального государства всеобщего благоденствия; федерация компетентна решать важнейшие проблемы валютной, экономической, финансовой и социальной политики. Она является первичным гарантом общегосударственного экономического равновесия. В ее руках находятся существенные законодательные и финансовые рычаги, дающие возможность установить обязательность курса на постоянное содействие достижению этого равновесия для всех структур и лиц, обладающих публичными правами на определенной территории (ст. 109, абз. 2—4; ст. 104а, абз. 4 Основного закона). Наконец, федерация ответственна за последствия, если общегосударственная цель не достигнута. Независимо от распределения компетенции между федерацией и землями именно на первую возлагаются надежды в тех случаях, когда всплывают проблемы, которые представляются угрожающими для выживания всего сообщества (пример тому — загрязнение окружающей среды).

Федерация ограждает земли и от опасности возникновения чрезвычайных ситуаций в них самих, и от угрозы гражданской войны. Если состав либо демократический строй федерации или какой-либо из земель не может быть сохранен обычными мерами, федерация использует свои исключительные полномочия, предусмотренные ст. 91 Основного закона. При этом нормы конституций земель, касающиеся их внутренних чрезвычайных ситуаций, не применяются.

Федерация в своем качестве целостного государства является хранителем политического единства. Реальная опасность может наступить прежде всего для федеративной системы в целом, а не для отдельных ее членов. В относительном характере государст-

венности субъектов федерации, обусловленной сущностью федерации как целостного государства, воспроизводится государственно-этическая связь «защиты и послушания».

е) Правовое единство в рамках федерации

Федеральное право и право земель образуют единый государственный правовой строй. Это единство основано на федерально-государственной системе разграничения компетенции союза и земель. Полномочия, касающиеся издания правовых актов, применения норм права и судопроизводства, распределены, причем дифференцированно и жестко, между двумя государственными уровнями.

Компетенция федерации и компетенция земель дополняют друг друга, как бы складываются в единое целое, соответствующее понятию единой республики. В тех случаях, когда нормы, определяющие компетенцию союза, и нормы, очерчивающие компетенцию земель, входят в коллизию, действует ст. 31 Основного закона, устанавливающая общий приоритет федерального права. Предусмотренный Основным законом порядок распределения компетенции между союзом и землями обеспечивает децентрализованное правовое единство не только применительно к действию норм, но и относительно их ведомственной интерпретации.

Основной вопрос современного государства — кто принимает решения? — находит ответ в распределении компетенции по вертикали — между союзом и землями, и по горизонтали — между органами демократической государственной организации, основанной на разделении властей. Возможность конфликта между компетенцией одних и других государственных структур учитывается Основным законом. Суверенное право последнего слова в случае опора, связанного с такого рода конфликтом, за Федеральным конституционным судом. Федерации как целостному государству принадлежит право изменять распределение компетенции на основе внесения поправок в Конституцию. Там, где существенные для государственной жизни установления остаются открытыми, неясными или требующими изменения, Конституция предусматривает инстанцию, имеющую право решать проблему. Возможность принятия единого решения, составляющая существенный момент современного государства, гарантируется в федерации. Фундаментом правового единства и принятия единого решения является у нас Основной закон, выполняющий функцию общегосударственной Конституции, которая связывает всех субъектов федерации, союз и земли, обладает нормативным приоритетом по отношению к обыкновенному федеральному закону и законам земель. Общегосударственная Конституция предусматривает надлежащие меры для обеспечения минимальной нормы однородности осуществления компетенции в поликратической, устанавливающей разделение полномочий системе: посредством участия земель в формировании политической воли федерации через

Бундесрат, путем влияния союза на земли, благодаря связям всех носителей федеральной государственной власти с оюновными правами федерации, посредством установления минимальной нормы однородности конституций земель с Конституцией федерации (ст. 28, абз. 1 Основного закона), путем закрепления обязанности всех субъектов федерации устанавливать дружественные отношения с союзом.

5. Федеративное государство в системе государственных структур

Принцип федерализма (федеративности) государства подчеркивается в Основном законе во многих аспектах: как составная часть названия государства «Федеративная Республика Германия», как характеристика союзного государства ФРГ (ст. 20, абз. 1 Основного закона), как составная часть конституционного ядра, застрахованного от изменений (ст. 79, абз. 3 того же закона). Федеративность государства относится к фундаментальным принципам, которые определяют идентичность создаваемого Основным законом государства с правовым и социальным государством, с демократией и республиканской формой правления. Эти определения государственной формы и государственной цели относятся также (через посредство ст. 29, абз. 1 Основного закона) и к землям, т.е. отражают конституционную однородность нашего государства в целом. Конституционные принципы ст. 21, абз. 1 Основного закона дополняют, модифицируют, ограничивают друг друга и сливаются в единство Конституции, которое, однако, не исключает нормативных осложнений.

а) Федеративное правовое государство. Свобода и равенство — основные права граждан

Федеративное государство и правовое государство дополняют друг друга. Порядок распределения компетенции в федеративном государстве связан с государственно-правовым разделением властей и надстраивает его по вертикали. Этот порядок повышает и совершенствует статус и сплоченность государственных властей и содействует — не столько по целенаправленности, сколько по реальному действию — защите прав граждан. Если права, обеспечивающие свободу (помимо их индивидуально-правового действия), защищают плюралистическое многообразие общества, то федерализм открывает путь региональному его многообразию. Основные права граждан, определяемые Федеральной конституцией, являются обязательными в равной мере как для союза, так и для земель. Они образуют определенный унитаристский момент. Конституции земель могут предусмотреть основные права их граждан и таким образом в сфере своего действия «удвоить» защиту свободы. Однако они не могут понизить меру свободы, по сравнению с той, которую определяют основные права граждан

по Федеральной конституции, не могут в большей степени, чем Основной закон, ограничить эти права и не должны также (подобно гессенскому запрету локаутов) устанавливать ограничения для определенной группы носителей основных прав.

Федеральная конституция предусматривает надлежащие меры, направленные на то, чтобы административно-территориальное деление земель не нарушало права немцев на свободное передвижение и проживание на всей территории Федеративной Республики, осуществляемое ими как в частных, так и в профессиональных интересах (ст. 11, абз. 1, и ст. 12, абз. 1 Основного закона), и чтобы в каждой земле людям принадлежали равные права и на них возлагались равные обязанности (ст. 33, абз. 1 Основного закона). В Федеративном государстве основные права граждан имеют своей задачей, помимо всего прочего, защиту индивидуальной свободы от решения большинства, сохранение свободного пространства для допустимых отклонений и содействие тому, чтобы федерализм не превратился в нелепость.

Общее право гражданства запрещает землям — субъектам федерации рассматривать немцев из других земель как иностранцев и лишать их тех прав, которыми обладают местные жители, что обеспечивает равенство прав и обязанностей граждан ФРГ на территории всех земель. Однако это не дает гарантии, что все земли предусмотрят одинаковые права и обязанности. Все немцы равны и перед законом земли; однако законы различных земель не должны быть по этой причине одинаковыми. В рамках своей компетенции земли создают свое право, хотя бы потенциально различное по своему содержанию. Федеративно-государственный строй легитимирует таким образом неравенство.

Общая норма равенства по ст. 31, абз. 1 Основного закона не противостоит федеративному неравенству. Она связывает отдельную землю только в сфере ее собственной компетенции и не принуждает к объединению с другими землями в целях согласования с ними правового регулирования. Поэтому закон земли не противоречит Федеральной конституции, если отклоняется от тематически соответствующего регулирования союза или других земель, что относится и к тем случаям, когда на местных жителей возлагаются большие налоговые обременения или им предоставляется больше льгот, чем другим гражданам ФРГ. Следовательно, равенство основных прав не влечет за собой такой содержательной общности правовых систем земель, которая бы превышала норму однородности, установленную ст. 28, абз. 1 Основного закона.

Конституционно-правовая обязанность земель согласовывать между собой свои законы может реализоваться в том случае, если подлежащая урегулированию материя выходит за пределы сферы деятельности отдельной земли, как это имеет место, когда необходимо предоставить вакансии в вузах при ограниченных возможностях. Здесь привилегия местных жителей может быть ограничена основными правами граждан, проживающих в других

землях. Однако в данном случае имеется в виду не общая норма равенства, оказывающая воздействие на унификацию законодательства, а особое право, которое обеспечивает свободу (как это предусмотрено ст. 12, абз. 1 Основного закона), но может быть реализовано лишь при наличии определенных, создаваемых землями условий и потому требует равного доступа к этому отраву, связанному с социальным равенством. Такого рода социально-государственное и институциональное толкование основных прав граждан как прав на участие в пользовании благами влечет за собой опасность, что федеративное государство станет распорядителем основных прав граждан, что децентрализованная законодательная компетенция будет переплетаться с исходящей из центра интерпретацией основных прав и фактически исключаться, а принятие решений будет перемещаться из земель в ФКС.

б) Социальное федеративное государство

Федеративное многообразие в принципе уживается с равенством в правовом государстве, однако оказывается в стесненном положении при соприкосновении с социальным равенством, о котором Основной закон говорит в статье, посвященной социальному государству. Здесь имеет место антиномия. Цель социального равенства не лимитируется ни территориальными границами земель, ни рамками компетенции федерации. Уменьшение социальных различий влечет за собой выравнивание региональных уровней. Унитаризм как черта социального государства вторгается даже в сферу суверенитета земель, например в области культуры, рассматривая ее классический институт — университет — с позиций социального государства как место распределения жизненных шансов.

Унитаризм социального государства в нашей стране развился в реальной жизни без учета норм Основного закона, которые дают иную картину социальных целей государства в условиях федерации. Социальная цель связывает в равной мере и союз, и земли (ст. 20, абз. 1, я ст. 28, абз. 1 Основного закона). Она формулирует не компетенцию, а директиву по ее реализации. Здесь, как и в иных случаях, компетенция распределена между федерацией и землями соответственно функциям государства. Законодательные полномочия союза здесь также сравнительно узки. Нет общего полномочия, касающегося социальной обеспеченности. Но именно в совместной ответственности союза и земель за всеобщее благо, определяемой соответственно разделению компетенции между ними, мог бы проявиться принцип субсидиарности. Децентрализация социальных служб увеличивает шансы проявления гуманности, небюрократического порядка предоставления пособий, осознания жизненных потребностей, удовлетворению которых должно служить социальное государство. С точки зрения принципа субсидиарности словосочетание «социальное федеративное государство», которое используется в ст. 20, абз. 1 Основного

закона и возникновение которого в историческом аспекте определялось лишь редакционными задачами, приобретает материальный смысл.

Идеал социального государства, который должен осуществляться на практике, обстоит а унификации условий жизни на территории федерации.

В тексте Конституции есть предпосылка, при наличии которой федерация вправе пользоваться своей компетенцией принимать конкурирующие законы (ст. 72, абз. 2 Основного закона). Барьер, установленный относительно принятия конституционных законов, оказывается в действительности нефункциональным при разграничении отдельных частей компетенции. То что должно было быть препятствием, становится движущей силой. В сфере социальных целей государства установлена общая презумпция — вопрос компетенции в этой сфере решается в пользу федерации, поскольку считается, что, в сущности, только она в состоянии установив и обеспечить те правовые и финансовые стандарты, которые необходимы для унификации условий жизни.

Унитарное социальное государство не знает федеративных дифференциации полномочий в области законодательства и финансов. Полномочия в области управления, остающиеся у земель, также предоставляют незначительное пространство для принятия ими решений по социальным вопросам. Следовательно, социальное самоуправление так урегулировало федеральным правом, что федерально-государственная граница между теми носителями социального обеспечения, которые непосредственно определены союзом согласно ст. 87, абз. 2 Основного закона, и теми, которые определены непосредственно землями, на практике почти незаметна. Земли вряд ли могут оказывать сопротивление экспансии федерации, касающейся социальных вопросов, и меньше всего — ассигнованиям из федерального бюджета, от которых освобождены бюджеты земель, что вообще не связано с проблемами разделения компетенции. Избирающий органы власти народ едва ли также должен мириться с подчеркиванием федеративных особенностей в ущерб социальному равенству.

в) Демократия и партии в федеративном государстве

В федеративном государстве демократическое представительство удваивается. Народ в результате своей двойной организации в государство выступает как в унитаристски-единой, так и в федеративно-расчлененной государственной форме. Демократическая активность граждан расширяется и совершенствуется. Двухуровневая демократия ведет к множеству выборов. Она уравнивает свойственный Основному закону недостаток — невозможность проведения плебисцита (если это вообще недостаток).

В то время как в едином государстве демократия знает лишь жесткие альтернативы большинства или меньшинства, правительства или оппозиции, федеративная демократия открывает воз-

возможность такой ситуации, когда политическая партия, на долю которой в федерации выпадает роль парламентской оппозиции, в отдельных землях формирует правительство, тогда как партия, правящая на федеральном уровне, должна довольствоваться в **различных** ландтагах позицией меньшинства. Федеративно-государственная дифференциация демократических ролей заставляет антагонистические политические силы думать о правительственной ответственности; она распространяет информацию и опыт, придает политической жизни гласность; смягчает политические разногласия, поскольку увеличивает возможности влияния конкурирующих сил и содействует сбалансированию противоречивых позиций; она уменьшает склонность к политическим обструкциям, сегрегациям, расколам. Обычная двойная роль больших партий (быть и правящей, и оппозиционной) приглушает склонность большинства к высокомерию, а меньшинства — к радикализму; она воспитывает такие демократические добродетели, как терпимость, способность к переговорам, стремление к примирению. В результате федерализм усиливает как демократическую интеграцию, так и демократические компоненты в разделении властей.

Политическое единство присуще целостному государству. В его рамках формируются подлинные политические противоречия, которые выражают и разрешают прежде всего партии. С точки зрения своей основной политической ориентации они являются унитарными. Посредством партий синхронизируется федеральная политика и политика земель, а также различных земель между собой во всех сферах государственной деятельности, начиная от отношений с иностранными государствами и кончая проблемами школьного образования. Земли координируют свою деятельность не в последнюю очередь также по партийно-политической схеме: левые — правые. Партии во многом определяют облик земель, в которых они долгое время располагают большинством голосов. Выборы в Бундестаг и ландтаги выступают в качестве этапов охватывающей все государство борьбы за дележ власти. Земли служат лишь опорными пунктами в этой борьбе, но именно децентрализованными опорными пунктами.

Территориально-государственное деление в федерации побуждает партии к тому, чтобы приспособиться к этому делению посредством организации в землях своих объединений. Федерализация партий, обусловленная политической необходимостью, оказывает в свою очередь обратное воздействие на государственный федерализм. Он расшатывает внутрипартийные структуры и защищает их от чрезмерной концентрации власти центрального партийного руководства, во всяком случае более эффективно, чем предусмотренные Конституцией демократические принципы формирования партийных структур (ст. 21, абз. 1 Основного закона).

Федерализация политических партий отражается на парламентской системе федерации. Здесь может возникнуть полити-

ческая поляризация между Бундестагом и Федеральным правительством, с одной стороны, и Бундесратом — с другой. Она становится очевидной, если партии парламентского большинства составляют в Бундесрате только меньшинство, как это имело место в социал-либеральную эру (1969—1982 гг.). Поскольку Бундесрат принимает участие в реализации важных функций союза, что относится в особенности к согласию Бундесрата на принятие законов Федеральным парламентом, он может блокировать активность Бундестага и защитить существующее положение от изменений.

Дилемма, с которой сталкивается демократия большинства, является не результатом патологического развития, а следствием государственной организации, определяемой Основным законом. Эту дилемму нельзя решать односторонне за счет Бундесрата, например посредством сужения его права участвовать в законодательной деятельности Бундестага на основании ограничительного толкования Конституции или путем изменения ее: первое неосуществимо юридически, а второе — политически. Здесь не поможет и призыв сохранить верность федерации, так как эта верность не может рассматриваться односторонне — только как верность Федеральному правительству.

Партийно-политическая несогласованность между Бундестагом и Бундесратом интерпретируется неверно, догматически как антиномия между федеральным государством и демократией, а также как различность субъектов законодательной деятельности. Однако истоки последней идентичны: народ предстает здесь в унитаристской государственной форме, а там — в федеративной. Различие лишь в модусе, в способе формирования соответствующих субъектов: тут — непосредственный выбор народа федерация, там — смещенные во времени выборы народов разных земель (каждый из которых, однако, отчасти идентичен народу федерации) и двойное опосредование через ландтаг и правительство земли.

Для выхода из противоречий «демократии большинства» открыт только конституционно-правовой путь: путь к согласию, в котором политические лагеря должны искать взаимопонимания, сбалансирования, единения. Там, где решение парламентского большинства наталкивается на границы, в свои права вступает федерализм, но не в его федеративно-государственной территориальной форме, а в форме федерализма партий.

г) Федерация как Республика

Если республика понимается господствующими учениями лишь как отказ от монархии, то она не имеет более актуального значения, в том числе и в аспекте взаимосвязи с конституционным принципом федерализма. Различия между республиканским федеративным государством и монархическим (прежде — тема глубоких теоретических рассуждений) представляют сегод-

ны только исторический интерес. Республиканский принцип, реализованный у нас с 1918 г., со времен Веймарской Конституции, не выявил никаких новых акцентов, необходимых для характеристики федерализма. При этом он сам по себе не дает возможности раскрыть значение названия государства «Федеративная Республика Германия». В обыденном понимании Федеративная Республика — это лишь синоним федеративного государства.

Композиция слов «Федеративная Республика» приобретает, напротив, смысл, если ее рассматривать в аспекте историческом. С учетом этого глубинного пласта термин «Республика» характеризует конституционное государство в единстве тех его элементов, которые связаны с основными правами граждан, с правовым государством, с демократией и которые символизируют понятие «свободное государство» (это словосочетание применено вместо слова «Республика» в ст. 1, абз. 1 Конституции Свободного государства Бавария). Федерализм прибавляет к этому территориальный момент: симбиоз свободы и власти, образуемый посредством территориального структурирования, политическая организация свободы в пространстве. Парламентский совет при выборе названия «Федеративная Республика» ориентировал на целостность конституционного государства, выступающего в единстве его федеративных, демократических, социальных структур и черт государства правового.

В понятии «Республика» воплощается традиция, которая приносит в конституционное государство идею всеобщего блага. В условиях федеративного государства она распространяется на небольшие территориальные общности, на граждан. Реальная близость к ним побуждает власти проводить конкретную работу во имя всеобщего блага. В федеративном государстве возрастает многообразие как путей, ведущих ко всеобщему благу, так и содержательных возможностей его обеспечения. Название государства «Федеративная Республика» является, таким образом, выражением целостности нашего конституционного государства в аспекте не только его конституционно-правовых институтов, но и государственно-этических требований.

II. РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ПОЛНОМОЧИЙ МЕЖДУ ФЕДЕРАЦИЕЙ И ЗЕМЛЯМИ

1. Разграничение компетенции и коллизионное право

В федерация существует государственность на двух уровнях: федерации в целом и ее субъектов. Вот почему Конституция федеративного государства должна делить задачи и полномочия между этими двумя уровнями, обеспечивая их совместимость. Нормы, определяющие компетенцию, указывают прежде всего задачи. Нормы коллизионного права устраняют противоречия между каждым из двух правопорядков путем установления верховен-

ства федерального права. Соответствие правопорядков по содержанию с точки зрения юридических критериев гарантируют преимущественно содержательного аспекта: как правило, путем основных прав, которыми обладает федерация и которые ставят государственную власть в землях в зависимость, а также путем определенных предписаний, касающихся содержания конституций земель и организации политической жизни в землях.

Дополняются эти меры, имеющиеся у федерации, полномочиями по наблюдению и контролю.

Разделение административных полномочий, которые в федеральных конституциях часто регулируются в очень малой степени, допускает сочетание двух типов. Они обусловлены законодательством; это означает, что федеральные законы исполняются федеральными ведомствами, а земельные — их ведомствами. Или же администрация земель исполняет наряду с законами земель федеральные законы, что, согласно ст. 83, является обычным с точки зрения Основного закона.

Разделение судебных полномочий в федеральных конституциях устанавливается обычно только в общих чертах. Федерация и субъекты учреждают определенные суды. Модель инстанционного порядка, которая принята в Швейцарии и в ФРГ, отвечает главенствующей роли федерального права: процесс чаще всего начинается в суде земли, который применяет как федеральное, так и право земель, и заканчивается в федеральном суде, контролирующем соблюдение только федерального права.

Следующий уровень — коммунальное правотворчество и управление — не нуждается в разграничении компетенции и коллизионном регулировании со стороны Федеральной конституции, так как эти сферы являются составной частью компетенции земли и ее правовых норм. Основной закон не содержит также раздела о полномочиях наднациональных организаций.

Статья 30 Основного закона содержит общее правило распределения полномочий, согласно которому федерация располагает только перечисленными в Основном законе задачами и правами, тогда как землям принадлежат все остальные. Это общее правило повторяется в ст. 70 и 83 Основного закона специально для сфер законодательства и управления; по существу, то же самое ст. 92 означает для судопроизводства.

Проявляющееся здесь стремление гарантировать компетенцию земель имеет ограниченное значение. Позитивная передача полномочий сверху (а она мало предоставляет землям самостоятельности, особенно в законодательной области) устанавливает распределение влияния в федеративном государстве. Толкование же положений ст. 30 Основного закона вызывает споры по двум пунктам, касающимся защиты прав земель. Во-первых, сомнительно, когда Основной закон в ст. 30 допускает иное регулирование. Во-вторых, ограничение государственных полномочий и задач порождает трудности. Государственная практика знает соглашения между федерацией и землями об исполнении тех или иных

полномочий, а также возложение их на одну из сторон или на совместно созданное учреждение. В опорном случае ФКС должен взять за основу распределение полномочий в соответствии с Конституцией. Статья 30 Основного закона служит оговоркой компенсирующего действия и как таковая имеет безусловное значение: где Федеральная конституция не предоставляет федерации полномочия, устанавливаемого традиционными средствами толкования, там правомочна земля.

Статья 31 Основного закона устанавливает соотношение между федеральным правом и правом земель. К федеральному относится каждое общее нормативное положение, изданное органом федерации, а к праву земли — изданное органом земли. Административные распоряжения земель на основе федерального закона относятся к праву земельному, равно как уставы общих или других публично-правовых корпораций земли. На основании ст. 31 Основного закона обе нормативные иерархии — федерального права и права земель — находятся в определенном соотношении между собой и внутри себя. Пример тому — верховенство на каждом уровне Конституции над законом, закона над другими правовыми актами типа распоряжения или устава.

Федеральное право любой степени имеет преимущество перед правом земли любой степени, равно как и постановление на основе федерального права — перед нормой конституции земли. Эта последовательность имеет значение, конечно, при наличии конкурирующих правовых норм, т. е. в случае противоречия между какой-либо нормой федерального права и права земли. Смысл коллизионной нормы состоит в том, чтобы гарантировать устранение противоречий в отдельных звеньях правопорядка федеративного государства. Ее следствием является не только обязанность каждого субъекта приспособлять свою правовую систему к федеральной; федеральное право имеет преимущество перед противоречащим ему правом земель, вступает таким образом в силу непосредственно и аннулирует действие противоречащего ему права земель. Но коллизионная норма ст. 31 Основного закона не затрагивает ни распределения компетенции, ни других конституционно-правовых требований, предъявляемых к федеральному праву. Поэтому противозаконное положение федерального органа не имеет преимуществ перед противодействующим ему правом земли, а является вообще недействующим и потому не затрагивает права земли. Как правило, противозаконные нормы вообще являются недействующими. Этот принцип пригоден для всех коллизионных случаев; вот почему специальное регулирование коллизии между правом земли и федеральным правом в подобных случаях излишне.

Статья 142 предоставляет землям возможность гарантировать в своих конституциях основные права личности, хотя федеральное законодательство ставит в непосредственную зависимость всю государственную власть земель в данной сфере. Одновременно для конституционных судов земель открыта тем самым

дверь для интерпретации основных прав. Но эта доля независимости земель имеет ограниченный характер. Главенство «уравнивающего» федерального права и сила воздействия основных прав так сильны, что основные права по конституциям земель до сих пор не приобрели сколько-нибудь самостоятельного значения.

Федеральный законодатель, согласно ст. 20 Конституции ФРГ, находится в зависимости в данной сфере не от конституций земель, а от Основного закона. Исключается также зависимость федеральной власти и исполнительной в соответствии с делением законодательной сферы между федерацией и землями. В силу этого едва ли практически вероятна и теоретическая постановка вопроса о том, могут ли конституционные суды земель отменять акты федеральной государственной власти по причине нарушения конституции земли, и в частности основных прав личности, изложенных в ней. Основные права по конституциям земель играют роль для деятельности конституционных судов земель в основном при пересмотре их законов и других актов государственной власти земель. При толковании основных прав, которые текстуально совпадают с федеральными основными правами, конституционный суд земли не зависит от отправления правосудия ФКС.

2. Законодательная компетенция

а) Основы.

Законодательство, будучи само по себе многозначным понятием, имеет постоянное и ясное значение для определения компетенции федеративного государства, устанавливаемой Основным законом в ст. 70—75. Речь идет об издании формальных законов парламентским способом, предписываемым Конституцией. Закон в таком значении является формальным законом по форме возникновения, в то время как материальный закон характеризуется содержанием сфер применения и универсальностью.

Законодательные полномочия ст. 70 Основного закона не охватывают издания постановлений и статутков, имеющих, как правило, характер материального закона, но они все-таки не являются законами в формальном смысле. Сюда не относятся также нормы обычного или иного неписаного права.

Нормы, определяющие компетенцию, охватывают только отношения между федерацией и землями. Они действуют лишь в сфере немецкой государственной власти. Ее внешние границы также определяют действие конституционно-правовой компетенции. Реальный барьер в прошлом ставил Оккупационный статут. Ограничение в этом аспекте может произойти и тогда, когда полномочия на правотворчество передаются межгосударственным учреждениям в соответствии со ст. 24, абз. 1 Основного закона, з частности Европейскому сообществу.

Распределение компетенции в Основном законе осуществляется дифференцирование по сферам и функциям в соответствии с принципам разделения властей (ст. 30, 70, 83 и 92 Основного закона). Исходя из правила, что осуществление государственных полномочий в принципе является делом земель (ст. 30 Основного закона), земли в соответствии со ст. 70 Основного закона имеют право законодательствовать в той мере, в какой Основной закон лишает федерацию такого права.

Существуют, в частности, следующие виды законодательных сфер:

а) сфера исключительной законодательной компетенции характеризуется тем, что только федерация правомочна издавать законы; земле предоставляется законодательная компетенция лишь тогда и постольку, когда и поскольку она специально уполномочена на то федеральным законом (ст. 71 Основного закона);

б) в сфере конкурирующей законодательной компетенции законы могут издавать и федерация, и земли, однако земли лишь тогда и постольку, когда и поскольку федерация не воспользовалась своим законодательным правом (ст. 72, абз. 1 Основного закона). Для федерального законодательного регулирования в данном случае должна существовать необходимость по смыслу ст. 72, абз. 2 Основного закона;

в) право федерации издавать общие, основополагающие законы (ст. 75 Основного закона) осуществляется с соблюдением условий ст. 72, абз. 2 Основного закона, т. е. так же, как и конкурирующее законодательство;

г) Основной закон далее предусматривает право федерации определять общие принципы законодательства: ст. 91а, абз. 2; ст. 109, абз. 3; ст. 140 в связи со ст. 138, абз. 1 Германской конституции 1919 г.;

д) когда и поскольку федерации не предоставлены законодательные права Основным законом, тогда и постольку существует законодательная компетенция земель. В данном случае речь идет об их исключительной компетенции.

Принципиально для законодателя существует не только свобода выбора (решения о том, будет ли он действовать, но и свобода выбора относительно того, как именно действовать. Он может, впрочем, использовать предоставленное ему право только в рамках Конституции. Поэтому следует рассматривать все определения компетенции в структуре Конституции в целом. Из того факта, что федерация или земли имеют право законодательной деятельности, вовсе не следует, что разрешается использовать это право без ограничений. Нормами о компетенции, как и всеми другими, нельзя злоупотреблять.

Ни федерация, ни земли не могут отказаться от своих полномочий, установленных Основным законом. Передача их и вниз и вверх между федерацией и землями недопустима даже с одобрения участвующих сторон.

Конституционные нормы о законодательных полномочиях не являются чисто техническими правилами. Они дают разъяснение о распределении государственных функций между центральным государством и его членами, а тем самым о структуре немецкого федеративного государства. Нормы о компетенции не исчерпывают своего значения разграничением ее. Они могут также иметь материальное содержание.

Распределение полномочий в федеративном государстве связано с принципом разделения властей — с делением на власти: законодательную, исполнительную и судебную. Первичное значение имеют законодательные права. Полномочия федерации образуют внешние границы и ее административных действий, причем именно административные полномочия следуют за законодательными, а не наоборот.

При реализации законодательных полномочий должны соблюдаться основные права личности и принципы государственного устройства. Законодательные полномочия ограничены сферой основных прав, которые могут принудить законодателя отказаться от выбора действий, поскольку с ними связана соответствующая функция. ФКС в своей практике признает «тесную объективную связь между основными правами и нормами, определяющими компетенцию».

Пределы законодательных полномочий как федерации, так и земель очерчиваются конституционным принципом верности земель федерации, который произволен от принципа федерализма. Если последствия правового регулирования не ограничиваются территорией одной земли, то законодатель ее должен принимать во внимание интересы федерации в целом и других земель. Запрет на исполнение полномочий, наносящее ущерб, и требование учитывать права других земель препятствовали тому, чтобы федерация действительно всеобъемлюще регулировала вопрос об ответственности государства за ущерб, возникший в результате действий государственного органа или чиновника (руководствуясь § 839 Гражданского кодекса в связи со ст. 34 Основного закона).

Вмешательство федерального законодателя в коммунальное право, предусматривающее самоуправление, исключено в принципе, поскольку Конституция не содержит особых норм, которые регулировали бы распределение компетенции федеральных и коммунальных органов и исполнение которых делало бы федерацию способной ограничивать самоуправление общин.

Федерация не может взять на себя государственную задачу, не имея на то полномочия, и соответственно не должна без компетенции осуществлять даже общий конституционный принцип. Для интерпретации норм о компетенции следует применять общие правила толкования. Сверх того надо учитывать общепризнанные принципы интерпретаций конституций.

Систематика Основного закона требует (согласно заключению Федерального конституционного суда) точного толкования ст. 70

Основного закона. Поле действия федерации обозначено относительно тесными границами, если принимать во внимание предусмотренное ст. 30 и 70 Основного закона исходное регулирование конституционного строя федеративного государства. Именно точное толкование норм о компетенции должно вести к определенной интерпретации.

С другой стороны, нужно, чтобы нормы о компетенции были открыты для новых тенденций развития и вместе с тем для новой постановки вопросов. При этом возникает проблема так называемой молчаливой замены конституции без изменения текста Основного закона.

б) Распределение законодательных полномочий между федерацией и землями

Немецкий федерализм имеет четко выраженные конституционно-правовые контуры благодаря распределению полномочий в важнейших сферах законодательства. Это относится не только к регулированию, предусмотренному ст. 70—75 Основного закона, но и к иным нормотворческим полномочиям. Согласно ст. 123, абз 1, продолжает действовать право Германии, возникшее до 1945 г., поскольку оно не противоречит Основному закону. Отдельные аспекты регулируются ст. 124 и 125 Основного закона.

В сферу исключительной компетенции федерации, естественно, не входит законодательство земель. Но они могут издавать законы и в этой сфере, если и поскольку они уполномочены на то федеральным законом (ст. 71 Основного закона).

В сфере конкурирующего законодательства передача полномочий федерации землям допустима, но не обязательна. Если федерация в сфере конкурирующего законодательства не производит регулирования, то не требуется специальное уполномочивание земель, так как они и без того могут законодательствовать в данной сфере. Если и поскольку действует федеральный законодатель, то возникает запрет на законотворчество земель.

Компетенция, которой наделена федерация по ст. 73 Основного закона, излагается в перечне полномочий, которые приводятся друг за другом. Поэтому при принятии отдельного закона компетенция федерации может быть обоснована опорой на несколько пунктов о компетенции, изложенной в ст. 73—75 Основного закона. Заголовки разделов, посвященных компетенции, в принципе не исключают и не теснят друг друга. Это дает возможность при толковании понятий, которые содержатся в определении прав, провести необходимые разграничения. Если полномочия на нормотворчество федерации вытекают из нескольких норм законодательства, то возникает так называемая двойная компетенция. Поскольку полномочие имеет место в рамках одного вида законодательства, то практически не возникает и особых трудностей. Если же один и тот же носитель компетенции полномочен регулировать один предмет, но в рамках различных видов законо-

дательства, то проблемы возникают. Существует точка зрения, что федерация может «кумулятировать» свои полномочия и что ей не нужно заимствовать их из одного только вида законодательства. Но эта проблематика нуждается в дифференцированном рассмотрении.

Если предмет, подлежащий регулированию, находится в сфере исключительного законодательства федерации или указан в списке конкурирующих законодательных полномочий, то можно прибегнуть к институту исключительной компетенции федерации; последняя предусмотрена и рассматривается Основным законом как интенсивное вмешательство в жизнь земель.

Если в отношении одного и того же предмета, подлежащего регулированию, действуют полномочия, не относящиеся как к конкурирующему, так и к общему, основополагающему законодательству федерации, то можно обратиться к более широкой возможности регулирования, т. е. к конкурирующей компетенции, обладающей в этом смысле преимуществом перед общей основополагающей компетенцией в сфере законодательства. По заключению ФКС «двойная компетенция» для такого действия исключена, если федерация и земли могли бы регулировать один и тот же предмет различным образом: она чужда системе конституционно-правовых норм о компетенции и несовместима с ее разграничительной функцией (ср. ст. 70, абз. 2 Основного закона).

Кажется, что вопрос о «неписаных» полномочиях можно ставить, на первый взгляд, только по отношению к федерации. Между тем его, как уже широко признано, следует рассматривать и в отношении компетенции земель; таков вопрос о неписаных правах в силу «обстоятельств дела» (включая дополнительные полномочия) и в силу «природы вещей». В целом следует констатировать, что «преобладающее обстоятельство» воспринимается как критерий «для толкования первоосновы компетенции» в сфере переплетения двух и более федеральных полномочий или полномочий земель и сообразно с этим в пользу компетенции земли или федеральной компетенции.

По распространенному мнению, так называемые неписанные права в силу природы вещей следует признавать исходя из общего смысла Основного закона, из определенного им федерального государственного устройства или по аналогии с отдельными конституционными статьями о компетенции, т. е. путем широкого толкования норм, а не из некоего «неписаного надпозитивного права».

Но и в заключении ФКС нет полной ясности о ведущей концепции для обоснования компетенции в силу природы вещей.

Следует признать такие критерии и формы проявления подобной компетенции:

— невозможность регулирования отношений посредством права земель (пример тому — право федерации определять местопребывание федерального правительства и символику федерации);

— вынужденная необходимость правового регулирования отношений именно федерацией (стример: содействие определенным программам радиовещания).

в) *Исключительная компетенция федерации*

Основной закон допускает, чтобы федерация в сфере своей исключительной законодательной компетенции предоставляла земле полномочия законодательствовать согласно ст. 71 Основного закона. Эта статья имеет две функции: дает нормативное определение «исключительной законодательной компетенции федерации» и устанавливает изъятия из этого правила. Исключительная законодательная компетенция федерации не устраняет необходимости одобрения актов Бундесратом, равно как возможность осуществления законодательства путем участия народа, поскольку таковая предусмотрена.

Реализация федерацией конкурирующей законодательной компетенции при условии запретительной силы в отношении земель не расширяет сферы исключительной законодательной компетенции для федерации. Статья 124 Основного закона обеспечивает действие права, касающегося предметов исключительной законодательной компетенции федерации; оно определяется как федеральное право. Землям не разрешено препятствовать осуществлению федерацией ее компетенции.

Предоставление полномочий землям должно быть составной частью формального закона федерации; оно должно определить, что и в каком объеме подпадает под действие права земель. Смысл такого регулирования в том, чтобы открыть путь для региональной дифференциации. Допустимо, что могут быть уполномочены только одна земля (например, с учетом ее географического положения — на побережье), несколько земель и даже все земли одинаково. Если же федеральный законодатель желает уполномочить землю на издание нормативных распоряжений, то руководством для этого служит ст. 80 Основного закона, а не ст. 71. Предоставление полномочий по смыслу ст. 71 предоставляет земле право издания закона. Обязанности земли издать такой закон не существует. Федерация может отменить данные ранее полномочия. Закон, изданный землей, на основе полномочий, данных федерацией, относится к праву земли и должен соответствовать ее конституции.

Полномочия могут быть предоставлены федерацией только тогда, когда она имеет законодательную компетенцию в отношении предмета регулирования. Полномочия могут быть аннулированы путем упразднения или изменения федерального закона, а также иметь с самого начала точный срок действия. Они утрачивают силу и посредством возвращения их федерации.

Правовые основания некоторых полномочий в перечне ст. 73 Основного закона:

«Внешние сношения» — это отношения Федеративной Республики Германии как субъекта международного права с государствами и негосударственными субъектами международного права (особенно с международными организациями). Статья 73 Основного закона не предлагает общего полномочия для принятия всех значительных правовых норм в сфере отношений ФРГ с зарубежьем. Правооснованием для компетенции здесь служат внешние связи в узком смысле слова, т. е. активность наших представительств за границей, а также иностранных представительств в ФРГ.

«Оборона» включает в себя прежде всего и психологическую защиту, управление Бундесвером, а также комплектование Вооруженных сил и вооружений. Полномочия в области обороны существуют также для проведения невоенных мер предосторожности, которые касаются возможного нападения других государств на Германию. Оборона включает также использование Вооруженных сил в случае природных катастроф или особо опасных аварий (ст. 35, 87а Основного закона).

«Гражданство федерации». В соответствии с точным восприятием терминов нет различий между гражданством федерации (т.е. ФРГ) и общегерманским гражданством согласно ст. 16, абз. 1, и ст. 116, абз. 1 Основного закона.

«Свобода передвижения». Статья содержит моменты, касающиеся территориального передвижения лиц. Следует, впрочем, добавить, что юридические лица также могут пользоваться свободой передвижения.

«Паспортное дело» касается формальной функции документов, удостоверяющих личность и обозначенных как паспорта. К паспортному делу относится, например, регулирование условий, при которых паспорт выдается или в том может быть отказано. Паспорт является удостоверением личности, необходимым для пересечения государственной границы.

«Валюта, денежное обращение, чеканка монет». Валюта здесь главное понятие; оно включает денежное обращение и чеканку монет. Валюта является понятием, имеющим широкое толкование. Валюта, денежное обращение охватывает не только институционный порядок денежных расчетов и соответствующих им платежных средств, под этим термином подразумеваются и главные принципы валютной политики.

«Таможенное и торговое единство территории». Федерация имеет законодательные полномочия в отношении всего таможенного дела. Под таможенным и торговым единством территории понимается слитность (не изолированность) территории как внутри, так и вовне.

«Договоры о торговле и судоходстве» — это акты, которые регулируют отношения с иностранными государствами, а не договоры, в которых участвуют только немцы. У федерации имеется исключительная законодательная компетенция в отношении внешней торговли, а также торгового судоходства. Кроме того,

федерация обладает такой же компетенцией в вопросах общего запрета импорта и экспорта товаров, а также запрета их по политической мотивам. Следует также указать, что в этой сфере действует и право Европейского сообщества.

«*Федеральные железные дороги*». Федерация располагает исключительной законодательной компетенцией в отношении федеральных железных дорог и конкурирующей компетенцией в сфере правового регулирования других железнодорожных и рельсовых путей. Эту компетенцию следует толковать широко, так как она распространяется на все железнодорожное сообщение, включая перевозку пассажиров и грузов, т. е. имущество, функционирование и управление. Сюда включается также дорожная полиция. Столь же широко следует интерпретировать понятие «воздушный транспорт».

«*Почта и средства электросвязи*». К почтовому делу и средствам связи прежде всего относится служба, которой принадлежит так называемая почтовая монополия; под этим понимается исключительное право почты осуществлять при исключении всех других предпринимателей передачу новостей путем почтовой связи в различных формах, электросвязи (первоначально телефонной связи), а также пневматической, радио- и телеграфной связи. Средства электросвязи по сравнению с почтовым делом представляют собой область решения новых задач.

«*Правовое положение лиц, находящихся на службе федерации и корпораций публичного права федерального ранга*». К лицам, находящимся на службе федерации (например, в министерствах) и корпораций федерального уровня, причисляются не только чиновники (в государственно-правовом понимании), но и служащие, а также рабочие общественных служб. Прохождение службы профессиональными солдатами также регулируется на основе ст. 73 Основного закона.

«*Правовая охрана промышленной собственности, авторского и издательского права*» распространяется и на интеллектуальную собственность.

«*Сотрудничество федерации и земель*» понимается так: оно простирается дальше рамок взаимного административного содействия (ст. 35 Основного закона). Соглашения на основе договоров о сотрудничестве не исключаются.

«*Статистика, служащая целям федерации*». Этот термин представляет собой шаткую основу для отграничения компетенции. Статистику в общих чертах можно охарактеризовать как исследование, сбор, представление и оценку дат и фактов путем методических действий. Сюда же относится обработка соответствующих исследовательских материалов. При статистических исследованиях следует соблюдать нормы права.

Предметы исключительной законодательной компетенции федерации, очевидно, регулируются преимущественно ст. 73 Основного закона. Сюда добавляются, однако, содержащиеся в нем оговорки о более подробном регулировании федеральным зако-

ном В подобных случаях компетенцию имеет федерация, а не земля. Это свидетельствует о дополнительной исключительной компетенции федерации в сфере законодательства.

г) Конкурирующая законодательная компетенция

Предметы регулирования, относящиеся к «конкурирующему законодательству», могут быть урегулированы либо федерацией, либо землями (ст. 72, абз. 1 Основного закона). Конечно, здесь имеет место лишь мнимая конкуренция. Так как федерация может реализовать свою компетенцию только тогда, когда выполнено условие ст. 72, абз. 2 Основного закона и налицо необходимость в общефедеральном регулировании.

Земли уполномочены в сфере конкурирующей компетенции законодательствовать до тех пор и постольку, пока и поскольку федерация не использует свое право законодательствовать. Запретительное действие ст. 72, абз. 1 поднимает вопрос как относительно предмета регулирования, так и времени его действия. Федерация может ограничиться в отношении существа предмета и времени действия тем, что осуществит регулирование частично, оставив остальное в компетенции земель. Предмет законодательства изымается у земель, если федерация его урегулировала исчерпывающе.

Если федерация в рамках своей конкурирующей законодательной компетенции урегулировала только часть отношений, то остальное попадает в сферу законодателя земель, при этом безразлично, велика или мала доля, ставшая объектом внимания федерального законодателя. Ему не нужно регулировать всю сферу отношений, т. е. осуществлять исчерпывающее регулирование предмета; он может ограничиться изданием закона, которому потребуются конкретизация. Федерация может предусмотреть условия в пользу законодательства земель. Земли осуществляют конкурирующую законодательную компетенцию, когда они могут применять различное право. Что же касается объема законодательства земель, то в этой сфере законы субъектов федерации могут быть изданы, изменены или отменены ими самими. Хотя условия ст. 72, абз. 2 Основного закона сформулированы широко, тем не менее они ставят в зависимость и ограничивают законодательные полномочия федерации. Вопрос о том, выполнены ли установленные условия и существует ли необходимость в общефедеральном регулировании, ставится лишь тогда, когда видно, что затронута сфера конкурирующего законодательства. При этом не каждая, а только особая необходимость оправдывает общефедеральное регулирование. Имеется ли она, зависит от того, есть ли в наличии одно (из альтернативных) условий, упомянутых в ст. 72, абз. 2 Основного закона.

Уже давно ФКС вынес решение о том, что существование необходимости в общефедеральном регулировании является «вопросом, решаемым официально по усмотрению федерального законо-

дателя, притом вопросом, который по своей сущности не относится к сфере судебного усмотрения и потому в принципе не подпадает под контроль ФКС». Такой отказ от контроля облегчил федерации возможность принимать на себя конкурирующие полномочия и тем самым расширить сферу своего законодательства. Это обстоятельство неоднократно вызывало критику.

Предметы регулирования конкурирующего законодательства указаны преимущественно в перечне ст. 74 Основного закона, дополненном положениями ст. 74а (Оплата и содержание служащих государственных учреждений), ст. 105а, абз. 2 (Налоги), а также ст. 115с, абз. 1 (Регулирование в случае «состояния обороны»).

«Гражданское право» включает в себя не только нормы гражданского кодекса, но и различные другие нормы частного права.

«Уголовное право». Под уголовным правом понимается совокупность норм, которые определяют правовые последствия в виде наказания за противоправное деяние или мер общественной безопасности и исправления правонарушителей. К уголовному праву бесспорно относится и криминальное (уголовно-сыскное) право. В традиционном смысле к нему в ФРГ причисляются также нормы, регулирующие административную ответственность за нарушения общественного порядка. В принципе в него входит и регулирование сроков давности уголовного преследования. Федеральный законодатель может, объявляя деяния уголовно-наказуемыми, определять составы преступлений в областях, которые урегулированы Уголовным кодексом, при этом он не связан рамками компетенции, которые устанавливаются перечнем его полномочий. Недопустимо при этом, чтобы полномочия земель были выхолащены в результате осуществления федеральной компетенции в области уголовного права.

«Исполнение приговоров» Следует отличать исполнение приговора от исполнения наказания. В то время как последнее относится к предписанию и контролю реализации приговора со стороны учреждений по исполнению наказаний, пополнение приговора содержит выполнение распоряжений ведомства, исполняющего наказание.

Компетенция федерального законодателя для предоставления амнистии связана или с законодательной властью в области правосудия, или с законодательной компетенцией в сфере исполнения приговоров. Право издания закона об амнистии следует отграничивать от права помилования.

«Судоустройство» К нормам, регулирующим судоустройство, относятся те, которые касаются построения системы органов судебной власти. Сюда причисляют обычное правосудие, деятельность трудовых судов, юрисдикцию социальных, а также административных судов. Имеется в виду также устройство судебной системы и организации правосудия, включая суды земель. Компетенция в области судоустройства затрагивает также регулирование таких органов, находящихся в неразрывной связи с су-

дебной деятельностью, как прокуратура и судебные исполнители. В то же время судоустройство не охватывает сферу дисциплинарных судов, юрисдикцию профессиональных (сословных) судов и конституционных судов в землях. К тому же церковные дела могут быть полностью изъяты из-под власти государственного регулирования.

Нормы *«судопроизводства»* представляют собой совокупность правовых норм о процессуальном рассмотрении дел в судах. К судопроизводству относится исполнение наказания и «непосредственное преддверие судебного разбирательства».

«Адвокатура, нотариат, юридическая консультация». В соответствии со ст. 74 Основного закона федерации дана законодательная компетенция относительно адвокатуры, нотариата и юридической консультации. Федерация может регулировать здесь не только допуск к исполнению профессии, но и само исполнение ее, включая, например, положения о пошлинах. Обязанность адвоката появляться в суде в особой одежде также относится к судоустройству и судебному производству.

Раздел *«Акты гражданского состояния»* охватывает засвидетельствование таких актов и перемену имени. Сюда включены также деятельность и организация бюро записей актов гражданского состояния, а также делопроизводство в них

«Право союзов». В то время как гражданско-правовой институт «права союзов» относится к гражданскому праву (по смыслу ст. 74 Основного закона), к праву союзов (согласно ст. 74) причисляют нормы, регулирующие публично-правовые отношения объединений, например разрешение на их создание, надзор и роспуск. При этом взаимно дополняются публично-правовое и гражданско-правовое регулирование. Законодательная компетенция федерации простирается на союзы без учета их правовой формы, названия, дееспособности и цели создания. Эта законодательная основа не относится к политическим партиям, парламентским фракциям, религиозным общинам и мировоззренческим объединениям (в соответствии со ст. 140 Основного закона и ст. 137 Германской конституции 1919 г.)

«Право собраний» охватывает публично-правовое регулирование их проведения. Законодательную компетенцию следует рассматривать при этом в тесной связи со ст. 8 Основного закона. Из различных задач, имея в виду основное право личности, с одной стороны, и определение компетенции — с другой, возникло и различное понятие собрания. Но независимо от этой коллизии понятие собрания в ст. 74 Основного закона следует отграничить в любом случае от мероприятий культурного или развлекательного характера. Во всяком случае из узкого понимания данного термина следует то, что закон о проведении собраний относится только к общественным собраниям. Нормы о полномочиях включают Закон о собраниях и шествиях, а также Закон о запретных для деятельности зонах перед государственными учреждениями.

Важное регулирование права собраний содержится также в уголовном праве.

«Право иностранцев на пребывание и постоянное проживание». Учитывая особенности правового положения Германии в сфере «прав иностранцев», следует неизменно исходить из положений общегерманского гражданства. Компетенция включает регулирование прав для иностранцев обычного статуса и привилегированного статуса, например граждан стран Европейского сообщества, лиц, имеющих право убежища, и т. д. Право пребывания и проживания, согласно ст. 74 Основного закона, не предоставляет иностранцу индивидуального права на пребывание и проживание в ФРГ.

«Правовые нормы об оружии». Включение специального пункта ст. 74 в Основной закон путем изменения Конституции устранило сложный вопрос о компетенции. Теперь федеральный законодатель может регулировать приобретение и владение огнестрельным оружием.

«Правовые нормы о взрывчатых веществах». Пункт о взрывчатых веществах также был включен в перечень полномочий поправкой к Конституции в 1976 г. Теперь федерации принадлежит право регулирования всей этой сферы.

«Охрана немецкого культурного достояния от вывоза за границу». Этот пункт относится ко всему частному и государственному владению культурными ценностями. Законодательная компетенция федерации просто распространена на культурное достояние. В «немецкое» культурное достояние входят бесспорно и ценности иностранного происхождения, находящиеся в ФРГ и подпадающие под действие Основного закона. Согласно ст. 74, термин «за границу» следует понимать как любую государственную территорию вне сферы действия Основного закона ФРГ.

«Цела беженцев и перемещенных лиц». Это понятие охватывает все, что требует законодательного регулирования с учетом особого внимания к беженцам и перемещенным лицам, если даже для этого должен быть затронут другой предмет законодательства, что часто и имеет место. Данное понятие следует толковать в широком смысле. К таким «делам» относятся как процесс адаптации, так и содействие этим лицам в профессиональном, хозяйственном и культурном отношении. Какие именно лица считаются беженцами и перемещенными, определено законом.

«Государственное социальное обеспечение». Государственная социальная помощь включает в любом случае помощь для поддержания существования и помощь в особых обстоятельствах согласно § 1 Федерального закона о предоставлении социальной помощи, а она охватывает: предупредительную и последующую помощь, разные формы индивидуальной помощи (консультация и т. д.), а также денежные выплаты и помощь вещами. По заключению ФКС, социальное обеспечение содержит «предписанные законом и упорядоченные мероприятия, служащие общим социальным целям, без учета частных обстоятельств и независи-

мо от того, кто должен изыскивать для этого средства». К государственному социальному обеспечению относится в сфере попечения несовершеннолетних не только их социальное обеспечение в буквальном смысле слова. К нему причисляется и охрана молодежи, содержащая мероприятия предупредительного характера. По решению ФКС забота о несовершеннолетних должна относиться к государственному социальному обеспечению, исходя из полномочий, обусловленных обстоятельствами дела. Определение компетенции в подобных случаях на практике вышло далеко за пределы своего первоначального значения. Эта сфера не ограничивается сейчас рамками существующей системы социальной обеспеченности и ее главными организационными принципами. Законодатель имеет возможность учитывать изменение отношений в интересах социальной обеспеченности именно путем принятия новых решений в сфере ее организации.

«Гражданство в землях». Очевидно, что гражданство и в землях может существовать согласно ст. 74 Основного закона. Статья 16 Конституции Баварии и ст. 75 Конституции Рейнланд-Пфальца упоминают о гражданстве этих земель, но необходимого законодательного регулирования в этом отношении не предпринято. Гражданство земли без существования одновременно федерального немецкого гражданства в правовом отношении невозможно. Земли не могут также предпринять непосредственное регулирование гражданства федерации.

«Военный ущерб» и «Возмещение». Под военным ущербом понимается материальный ущерб, причиненный физическим и юридическим лицам в результате военных действий, непосредственно или опосредованно. Возмещение охватывает компенсацию за ущерб, нанесенный национал-социалистским режимом в результате преследования по мировоззренческим, политическим, религиозным и расовым мотивам. Такое возмещение предполагает также возврат, компенсацию стоимости или реституцию имущественных объектов, которые были вывезены немецкими оккупационными войсками с оккупированной территории.

«Хозяйственное право». Государство несет ответственность за хозяйство страны. Обеспечение экономической основы существования и сохранение экономических основ общества как организации сегодня причисляют к важнейшим государственным задачам. К хозяйственному праву относятся все нормы, которые регулируют хозяйственную жизнь и хозяйственную деятельность, т. е. относящиеся к производству, изготовлению и распределению товаров хозяйственного назначения. Законодательное полномочие не ограничивается правом принятия законов, имеющих только организационное содержание. Компетенция допускает также законы, которые предусматривают организующее и направляющее вмешательство в экономическую жизнь. Хозяйственное право не ограничивается специальными законами о хозяйственном порядке отдельных отраслей; оно содержит правовые нормы для установления и общих правил хозяйственного устройства и регулирования

экономики. Хозяйственное право, согласно ст. 74 Основного закона, имеет широкий смысл. Оно включает и государственное, и частное хозяйственное право. Основной закон четко называет объекты, регулируемые хозяйственным правом: *«Горное дело»*. С изданием Федерального закона о горном деле от 13 августа 1980 г. поставлена цель унифицировать раздробленное, прежде регулируемое исключительно с помощью правовых норм земель горное дело и приспособить его к потребностям современной хозяйственной жизни; *«Промышленность»*. Под индустрией понимается фабрично организованное, основанное на разделении труда, изготовление и обработка средств производства и потребительских товаров; *«Энергетическое хозяйство»*. Включает производство энергии, импорт, экспорт и накопление ее. Закон об энергетическом хозяйстве, принятый 13 декабря 1935 г., имеет силу и ныне; *«Ремесла»* включают переработку, обработку материалов без массового производства, путем индивидуальной деятельности. К ремеслам относятся также некоторые отрасли сферы обслуживания, например парикмахерские. Компетенция федерации охватывает всю сферу ремесла, а также такие социальные вопросы, как установление возрастного ценза и обеспечение по старости;

«Промыслы» представляют собой самостоятельную, разрешенную деятельность, являющуюся на приобретение заработка, за исключением деятельности по получению природных продуктов. В особую категорию выделяются такие «свободные профессии», как адвокаты, врачи и т.д. Понятие «промыслы» употребляется в Конституции в широком смысле; *«Торговля»* представляет собой направленную на получение прибыли деятельность по сбыту и продаже товаров; *«Банковское дело»*. Банки являются предприятиями по организации денежного и кредитного обращения. Банковское дело, согласно конституционно-правовому определению, охватывает всю совокупность правовых норм, которые относятся к банкам как таковым и регулируют типичную для них деловую сферу; *«Биржевое дело»* регулирует организацию определенных мест, где встречаются и завершаются предложение и спрос относительно определенных предметов, в том числе ценных бумаг и сырья. Биржевое дело регулирует деятельность биржи и биржевые сделки. Подробности определяются Законом о биржах; *«Частное страхование»*. Компетенция охватывает не всю сферу страхования, а только его частный сектор. Здесь исключена также государственная система страхования. За пределами данного полномочия оказалось социальное страхование, которое, по сути, отличается от частного страхования прежде всего обязательностью, солидарной компенсацией и самоуправлением. Актом регулирования в данном случае является Закон о договоре страхования.

«Производство и использование ядерной энергии в мирных целях». Этот термин подразумевает все общественные последствия физико-технического феномена освобождения энергии путем расщепления, соединения и других преобразований атомных

ядер, включая энергию ионизирующего излучения независимо от ее источника. Основной закон, допуская использование ядерной энергии в мирных целях, урегулировал также неразрывно связанный с ним вопрос о ядерных отходах и устранении радиоактивных веществ. Закон об атомной энергии содержит соответствующее регулирование; он раскрывает также дефиницию «радиоактивные вещества».

«*Трудовое право*» — это право, которое является определяющим для трудовых отношений. Статья 74 Основного закона обосновывает широкую компетенцию для регулирования отношений между работодателями и работниками, наличие таких специфических нормативных источников, как тарифный договор и коллективное соглашение, право, вытекающее из устава предприятия, право коалиций и право на выяснение отношений между работниками и работодателями путем забастовочной борьбы. Компетенция регулирования распространяется здесь и на государственные сферы. Трудовое право служащих государственных учреждений регулируется особо в ст. 73 и 75 Основного закона. Право, вытекающее из устава предприятия, содержит положения об институте сотрудничества между работодателями и работниками. Основной закон относит к трудовому праву следующие виды регулирования: «*Охрана труда*». Она касается специфических опасностей труда, а также рабочего времени; «*Посредничество по найму*» определяется в § 13 Закона о содействии трудоустройству как «деятельность, направленная на то, чтобы свести ищущего работу с работодателем для оформления трудовых отношений»; «*Социальное страхование*», широко трактуемое, является конституционно-правовым понятием, обусловленным необходимостью компенсации особых тягот, сбора необходимых средств (путем взносов участвующих) и организационного осуществления посредством особых учреждений и корпораций публичного права. Понятие «социальное страхование» охватывает все традиционные его виды и случаи (болезнь, старость, инвалидность, несчастный случай). После включения в этот перечень страхования по безработице все необходимое было предусмотрено. Для законодателя существует возможность изменить нормы действующего права в области социального страхования. Он уполномочен и дальше развивать систему регулирования. Впрочем, запрещено касаться социального страхования как элемента компетенции. Законодательная компетенция охватывает организацию, деятельность и сами взносы социального страхования.

«*Регулирование помощи учащимся*». Федерация может единообразно регулировать индивидуальную помощь учащимся во всей сфере образования. Такое регулирование не означает обязательного содействия учебным учреждениям или их персоналу. Федерация на основе своей компетенции издала Федеральный закон о содействии образованию; «*Содействие научным исследованиям*». Этот элемент компетенции является особенно проблематичным, а его толкование вызывает споры. Содействие подразумевает фи-

нансовые, организационные, планирующие и контрольные мероприятия. Федерация не может, обходя положение ст. 74 относительно высшей школы, нарушить свое решение и ограничиться лишь основами законодательства в этой области (ст. 75, п. 1а).

«*Право на конфискацию*». По существующему четко выраженному мнению, право на конфискацию идентично понятию «отчуждение», упомянутому в ст. 14 Основного закона. Федерация не может кодифицировать нормы о конфискации на основе ст. 74 Основного закона и вправе обращаться к этой части своей компетенции только как к своим дополнительным, исключительным или конкурирующим полномочиям.

«*Передача земли, природных ресурсов и средств производства в общественную собственность или иные формы общественно-го хозяйства*». Эта статья содержит только норму о компетенции, из ее предписания не исходит поручение для проведения социализации или распоряжения об осуществлении приватизации. Федерация ни разу не воспользовалась до настоящего времени этим полномочием.

«*Предотвращение злоупотреблений экономической властью*». Компетенция федерации распространяется на регулирование политического влияния, связанного с обладанием экономической властью. Однако, спорно, охватывает ли понятие «предотвращение» возможность устранения экономической власти. Этот пункт законодательства оставляет открытым вопрос, разъяснит ли законодатель, что такое злоупотребление, и введет ли он принцип запрета в рамках картельного права.

«*Содействие производству в сельском и лесном хозяйстве*». Оно может осуществляться путем различных организационных мероприятий. При осуществлении законодательной компетенции могут появиться барьеры благодаря действию права Европейского сообщества (например, права контроля за субсидиями). Улучшение аграрной структуры — задача федерации и земель (ст. 91а, абз. 1 Основного закона); «*Обеспечение снабжения продовольствием*». Этот пункт включен для того, чтобы можно было после второй мировой войны регулировать законодательными мероприятиями нехватку продовольствия. Обеспечение продовольствием в мирное время в случае кризиса снабжения регулирует § 3 Чрезвычайного закона об обеспечении топливом и сельхозпродуктами Статья 74 Основного закона создает основу для регулирования организации и упразднения публично-правового учреждения, которое должно снабжать население водой — питьевой и для сельскохозяйственных нужд; «*Ввоз и вывоз продукции сельского и лесного хозяйства*». Следует обратить внимание на то, что ввоз продукции не обязательно должен содействовать местному производству или служить обеспечению снабжения продовольствием, если даже местное его предложение является достаточным. Можно констатировать, что федерация, согласно ст. 74, п. 17 Основного закона, имеет, таким образом, обширную компетенцию в области аграрного хозяйства. Она охватывает как за-

конодательное регулирование, касающееся структур этого хозяйства, так и нормотворчество для регулирования сельскохозяйственного рынка. Федерация должна также учитывать в сфере ввоза и вывоза правовые нормы Европейского сообщества; *«Рыболовство в открытом море и прибрежных водах»*. Включает содействие этому промыслу, обеспечение населения рыбными продуктами, а также их ввоз и вывоз. Если этим затрагиваются вопросы иной власти, то вступает в действие ст. 73 Основного закона, предусматривающая исключительную компетенцию федерации;

«Охрана побережья» — это не только право, но и общая задача согласно ст. 91а, абз. 1 В Законе об общих задачах улучшения аграрной структуры и охране побережья от 3 сентября 1969 г. речь идет о мероприятиях по повышению безопасности на побережьях Северного и Балтийского морей, а также в районе морских приливов и на реках в случае наводнения. В правовых нормах об охране побережья говорится и об охране поверхности прилегающих к побережью территорий.

«Сделки по поводу земельных участков». Статья 74, п. 18, охватывает приобретение, продажу, залог, а также сдачу в аренду земельных участков. На этой правовой основе был издан Закон о сделках, связанных с земельными участками; *«Земельное право»* включает, по мнению ФКС, «только такие предписания, которые касаются земли (земельного владения) в качестве непосредственного предмета правового регулирования, а также отношения человека к земле». На основе ст. 74 возникают также полномочия по регулированию связей между планированием градостроительства и развитием городского хозяйства. При этом речь должна идти о местном планировании, так как основу планирования крупных территорий образует ст. 75 Основного закона. Земельное право, таким образом, не включает всего законодательства, регулирующего строительство; *«Сельскохозяйственная аренда»*. Этот термин имеет четко определенное значение. Данная сфера урегулирована Законом об объявлении и рекламации договоров о сельскохозяйственной аренде от 8 ноября 1985 г.;

«Жилищное дело» затрагивает только те отношения, которые касаются зданий, предназначенных для жилья. Особое значение приобрел раздел законодательства об эксплуатации жилых помещений и их распределении. Сегодня на первом плане стоит вопрос социального жилищного права и содействия строительству квартир; *«Устройство населенных пунктов»* предполагает решение специфической задачи — сделать всех людей оседлыми. Это правовая база для издания предписаний об освобождении от налогов при устройстве населенных пунктов. *«Мероприятия против эпидемических и эпизоотических заболеваний, допуск к врачебным и другим медицинским профессиям и врачебной деятельности, обращение с лекарствами, лечебными средствами, наркотиками и ядами»*. Это часть сферы здравоохранения. Вопросы такого рода могут быть, впрочем, решены на основе другой подведомственности. Преобладает мнение, что упо-

мянутые понятия, применяемые в Основном законе и в законах регулирующих эти сферы, находятся во взаимодействии, так что любое изменение в определении какого-либо понятия должно оставаться в тех традиционных рамках, которые были определены самими законами.

«Хозяйственное обеспечение больниц и регулирование тарифов за предоставленную ими помощь». Этот пункт был включен в Основной закон как 22-е изменение Конституции (12 мая 1969 г.). Компетенция здесь распространяется как на государственные, так и на частные больницы. Хозяйственное обеспечение подразумевает в первую очередь финансовую помощь. В то же время оно не включает в себя общие проблемы организации здравоохранения.

«-Охрана снабжения продовольствием, предметами потребления, фуражом, семенным и посадочным материалом для сельского и лесного хозяйства, защита растений от болезней и вредителей, а также охрана животных». Термины, определяющие эту неоднородную компетенцию, заимствованы из законодательных норм, предшествовавших Конституции. Запись об охране животных была включена в Основной закон в 1971 г. Компетенция служит здесь целям охраны животных, исходя из ответственности человека за животное как существо, чью жизнь и существование следует охранять.

«Морское и каботажное судоходство, водные опознавательные знаки, внутреннее судоходство, метеорологическая служба, морские каналы и внутренние водные пути общего назначения». Открытое море начинается за границей территориальных вод. Под действие ст. 74 подпадает также рыболовство в открытом море и прибрежных водах. Примером регулирования может служить Федеральный закон в области морского судоходства от 30 июня 1977 г., который был изменен Законом о предупреждении загрязнения моря судами от 23 декабря 1981 г. Каботажным является судоходство, осуществляемое в немецких территориальных водах. Статья 74 Основного закона представляет основу только для правового регулирования, касающегося водных путей как магистралей для судоходства.

Правовое регулирование *«Дорожного движения»* имеет целью исключить или по крайней мере уменьшить специфические опасности, помехи и тяготы, которые связаны с использованием дорог в условиях современного транспорта. При этом следует различать конкурирующую законодательную компетенцию по урегулированию дорожного движения и компетенцию, которой обладают земли там, где речь идет о дальних маршрутах. Регулирование парка средств передвижения относится к сфере дорожного движения.

«Железные дороги, кроме федеральных, исключая фуникулеры». Федерация осуществила эту свою компетенцию путем принятия общегерманского Закона о железных дорогах от

Согласно Закону 1972 г. об изменении Конституции, перечень полномочий федерации был дополнен отдельными нормами по охране окружающей среды: «Устранение отходов». В новой редакции Закона от 27 августа 1986 г. речь идет уже не об устранении отходов и их утилизации, так как закон носит название «О недопущении отходов и их утилизации»; «Охрана воздушного бассейна» имеет целью защитить человека и окружающую среду от загрязнения. В области охраны воздушного бассейна следует в возрастающей степени учитывать общеевропейское правовое регулирование, которое наслаивается на национальное законодательство; «Борьба с шумом» является частью охраны окружающей среды от вредного воздействия.

Статья 74а Основного закона дополняет перечень ст. 74. Она относит к конкурирующему законодательству, в частности, оплату и содержание служащих государственных учреждений в землях. Конкурирующая законодательная компетенция в сфере оплаты и содержания служащих государственных учреждений была включена в Основной закон принятием 28-го Закона об изменении Конституции (18 марта 1971 г.). Имевшееся до этого законодательство не могло препятствовать тому, что система оплаты развивалась различно в разных землях. Статья 74а Основного закона имеет основополагающее, общегосударственное значение и выходит за рамки проблемы оплаты и содержания чиновников, затрагивая также коренные вопросы структуры федерального государства. Задача федерального законодателя состоит здесь в том, чтобы оплата устанавливалась справедливо в соответствии с функциями чиновников и служащих, т. е. чтобы размер оплаты соответствовал роду их деятельности и требованиям к лицам, состоящим на государственной службе. В ст. 74а Основного закона речь идет о служащих земель, общин и других лицах, состоящих в публично-правовых отношениях. Согласно ст. 74а, абз. 4, конкурирующая компетенция по оплате и содержанию действует также для судей земельных судов, т. е. судей, находящихся на службе любой из земель.

Законы по оплате и содержанию служащих, согласно ст. 74, нуждаются в одобрении Бундесрата. То же правило действует и в отношении законов об оплате и содержании федеральных государственных учреждений, которые издает федерация на основе своей исключительной законодательной компетенции. Постоянное участие Бундесрата в решении такого рода вопросов направлено на то, чтобы федерация не могла создать без участия или против воли земель более благоприятные уровни оплаты и содержания служащих федеральных государственных учреждений по сравнению с землями.

д) Основополагающие предписания

Регулируя проблему разделения компетенции между федерацией и землями, Основной закон в ст. 75 ввел понятие «осново-

полагающие предписания». Оно аналогично понятию основополагающего законодательства (или основ законодательства). Насколько далеко может идти федеральный законодатель в издании основополагающих предписаний, зависит от трактовки ст. 75 Основного закона. Законодательные предписания федерации, которые выходят за пределы основ законодательной компетенции, являются по смыслу противоречащими Конституции. «Основы» могут существовать с расчетом на то, чтобы их конкретизировал закон земли. Федерация использует основополагающую законодательную компетенцию двояким способом: она может обозначить для законодательства земель основные направления или издать правовые предписания, которые имеют непосредственное действие. Мнение о том, что основополагающее законодательство является третьим видом законодательства (наряду с исключительной и конкурирующей законодательной компетенцией), представляется спорным. Да и практическое значение этого вопроса ничтожно.

Не видно единого основания, из которого можно было бы заключить, почему перечисленные в ст. 75 Основного закона меры относятся к объектам основополагающего законодательства. Пункт 1 ст. 75 Основного закона говорит о возможности издания основополагающих предписаний о «правовом положении лиц, состоящих на государственной службе земель, общин и других корпораций публичного права, поскольку ст. 74а не предписывает иного». Содержание ст. 75 Основного закона многократно менялось. Компетенция распространяется сейчас на регулирование должностных отношений со всеми публично-правовыми работодателями, которые относятся непосредственно или опосредованно к сфере, регулируемой правом федерации, за исключением церквей. Лица, состоящие на государственной службе земель, общин и других корпораций публичного права, являются, в противоположность регулированию ст. 74а Основного закона, не только чиновниками, но также служащими и рабочими, состоящими на государственной службе.

Следует проводить различия между общим трудовым правом и правом, которое было специально выделено в интересах государственной службы. Существование этой законодательной компетенции свидетельствует о том, что нормы трудового права о персонале государственных учреждений не входят в сферу тарифной автономии и что законодатель обладает по отношению к этим тарифам дополнительными правами.

Статья 75, п. 1а Основного закона касается «Общих принципов в области высшего образования». Такая запись была включена в Основной закон в 1969 г. В ней речь идет о вузах всех видов. В отношении высших школ Бундесвера федерация располагает исключительной законодательной компетенцией (согласно ст. 73 Основного закона). Федерация использовала ст. 75 для издания Закона «Об общих принципах организации высшей школы», причем так широко, что существует сомнение, соответствует ли этот акт компетенции федерации. Эта компетенция в обла-

сти высшего образования имеет, впрочем, ряд ограничений: в виде правовых предписаний, общих принципов, а также принципов общего характера и оговорок, выделяющих ст. 72, абз. 2 Основного закона.

Пункт 2 ст. 75 затрагивает «общее правовое положение печати» Понятие «печать» идентично тому, которое употребляется в ст. 5, абз. 1 Основного закона. Оно трактуется широко и охватывает не только газеты, журналы и другие периодические издающиеся печатные произведения, но и всякую другую пригодную и предназначенную для распространения печатную продукцию. Не каждое правовое регулирование, которое тем или иным образом воздействует на печать, подпадает под ст. 75 Основного закона. Особые трудности возникают в сфере контроля за концентрацией печати. Если предпринимается контроль за публикациями, то серьезным основанием для определения компетенции может служить ст. 75. В качестве правовых отношений с участием прессы можно рассматривать такие, которые связаны с функцией печати как средства массовой коммуникации Здесь же речь идет и о правовом положении кино. Кино следует понимать и как институт распространения мнений, и как средство массовой коммуникации В раздел предметов ведения входит и общий процесс производства фильмов. Сюда же относятся и видеокассеты. Не охвачены лишь телевидение и кино сугубо частной сферы, а также такой аспект, как содействие кино.

Пункт 3 ст. 75 Основного закона обращается к охотничьему делу Это понятие включает сумму правовых норм, которые регулируют все вопросы, находящиеся в тесной взаимосвязи с охотой Далее речь идет об охране природы и поддержании ландшафтов. Эти понятия можно разделить лишь с трудом. Законодатель воспользовался своей компетенцией для издания Федерального закона об охране природы. Земли тем не менее издали свои законы об охране природы и поддержании ландшафтов. Федеральный законодатель предпринял также правовое регулирование охраны памятников природы, включив его в § 17 Федерального закона об охране природы.

Пункт 4 ст. 75 говорит об отводе земель. Вопрос о распределении земли (первоначально он включался в ст. 74 Основного закона) должен был пониматься сначала как земельная реформа. Но позже был сделан вывод, что под распределением ее следует понимать меньшее социально-революционное вмешательство в сферу земельных отношений, чем земельная реформа Затем в этом же пункте упоминается организация территорий По заключению Федерального конституционного суда от 16 июня 1954 г «организация территорий» есть совокупное упорядоченное планирование и организация территории. Следует различать федеральную организацию территории и земельную организацию территории (земельное планирование). Федерация имеет для планирования (организации) территории исключительные законодательные полномочия (полную компетенцию) в силу самой природы вещей.

Федерация на основе своих полномочий регулирует три различные сферы организации территории. Соответственно федеральный закон может содержать нормативные положения для законодательства земель, непосредственно действующее право, а также непосредственно действующее федеральное право для территории федерации, которое одновременно является нормативной базой для территории земли. Кроме того, федерация располагает конкурирующей компетенцией в сфере градостроительного планирования. К организации территорий примыкает проблема водоснабжения. Статья 75 дает федерации определенную компетенцию в области водного права; это понятие охватывает нормы, регулирующие водное хозяйство и использование водных путей. Содержащееся в ст. 75 понятие «водоснабжение» соответствует понятию «водное хозяйство» в том смысле, как оно употребляется в ст. 89, абз. 3 Основного закона. В целом же надо сказать, что ст. 75 разрешает правовое регулирование в общей сфере водного хозяйства. Впрочем, следует учитывать при регулировании отношений на основе ст. 75 право Европейского сообщества (основные направления охраны водных ресурсов). Статья 75 завершается пунктом 5 о регистрации жителей. Она затрагивает вопросы прописки и выписки с обоснованием причины или целей выбора местожительства либо обычного пребывания. Регистрация обязательна, она связана с выдачей удостоверения личности. Под удостоверением личности понимается документ, удостоверяющий ее, а не имущество, права, волеизъявления и т. д. Его следует отделять от паспортного дела. Паспорта необходимы лишь при пересечении границы ФРГ. Следует проводить отличие таких удостоверений от документов регистрации актов гражданского состояния (ст. 74).

3. Законодательство, устанавливающее принципы нормотворчества

а) Основы

Законодательство, устанавливающее принципы нормотворчества, не выделяется в ст. 70, абз. 2 Основного закона как его особый вид. Но во многих положениях Основного закона речь идет о том, что федерация может осуществлять регулирование таких принципов. К законодательству, устанавливающему их, относятся правила, предусмотренные ст. 91 а; ст. 109, абз. 3; ст. 140 Основного закона в связи со ст. 138, абз. 1 Германской конституции 1919 г. (поскольку регулирование ст. 70, абз. 2 Основного закона можно рассматривать как неполное). Разница заключается не только в терминологическом различии с «основополагающим законодательством». Оговорка о необходимости регулирования (ст. 72, абз. 2) в данном случае не имеет силы. Законодательная компетенция, определяющая принципы нормотворчества, не дает федерации полномочие на издание непосредственно действующих, т. е. адресованных гражданам, норм. Такое законода-

тельство ориентируется, согласно Основному закону, на аналогичное законодательство периода Германской конституции 1919 г. Принципы, по существу, означают нечто общее. На вопросы, связанные с этим видом законодательства, можно ответить только рассматривая каждый раздел компетенции отдельно.

б) Отдельные виды законодательной компетенции, устанавливающей общие принципы нормотворчества

Статья 91 а, абз. 2 дает федерации исключительную компетенцию на основании закона, который должен быть одобрен Бундсратом. Закон призван содержать общие принципы для выполнения общих задач. Статья 91 а была включена в Основной закон в связи с принятием в 1969 г. Закона о финансовой реформе. Таким образом, для федерации создавалась новая законодательная компетенция. Распределение компетенции, как оно предусматривалось в ст. 30, 70 и 83 Основного закона, было дополнено системой кооперации. Выполнение общих задач, согласно ст. 91 а, является проявлением кооперативного федерализма нашего государства. Эти общие принципы адресованы федерации и землям, но не связаны с отдельными гражданами.

Статья 91а содержит указания для разработки закона. Согласно абз. 3, Конституцией закрепляется совместное основополагающее планирование федерации и земель; основополагающее планирование является стержнем правовых предписаний, содержащихся в ст. 91а. Основополагающий план следует характеризовать как совместный акт государственного регулирования. Согласно ст. 91, абз. 2, закон должен определить позже организацию и процедуру общего основополагающего планирования. Осуществление планов является делом земель.

В принципе федерация и земли при реализации этих законодательных полномочий не ограничиваются положениями ст. 70 Основного закона. Тем не менее возникает вопрос, обладает ли силой запрета правовое регулирование общих задач. Для федерации запрет не вступает в силу, поскольку речь идет о федеральных задачах. В отношении земель этот вопрос вызывает спор. В любом случае их мероприятия не должны противоречить целям общего основополагающего планирования. На основе компетенционных положений были приняты следующие законы:

Закон об общих задачах расширения и строительства новых высших учебных заведений от 1 сентября 1969 г.; Закон об общих задачах улучшения региональной экономической структуры от 6 октября 1969 г.; Закон об общих задачах улучшения аграрной структуры и защиты побережья от 3 сентября 1969 г.

Понятие «высшее учебное заведение» не определяется Основным законом. Федерация не уполномочена (на основе своей компетенции по ст. 91а, абз. 2) установить это понятие в качестве обязательного для земель. К тому же государство не может быть единственным обладателем высших учебных заведений; необходи-

мо, чтобы речь шла о таких учебных заведениях, за которыми государство признает этот статус, при соблюдении их общих прав и в принципе допустимом привлечении негосударственных вузов к реализации общих задач.

Клиники при высших учебных заведениях тоже должны охватываться регулированием, причем не только с точки зрения их задач в области науки и обучения, но и в отношении оказания лечебной помощи. В целом высшие учебные заведения призваны стать взаимодействующей системой, с помощью которой может быть обеспечено достаточное и сбалансированное [предложение мест в сфере исследований и образования.

Закон об общих задачах в отношении региональной экономической структуры содержит конкретные задачи. В них речь идет о содействии промышленности ради экономического роста и в еще большей степени — сохранения рабочих мест. Содействие должно учитывать общегерманские интересы, равно как и потребности Европейского сообщества. Основной закон ориентирует на региональное содействие в целом, а не отраслевое. Региональное содействие находится в компетенции земель, поскольку она не предоставлена федерации или Европейскому сообществу. Наконец, следует указать, что улучшение региональной экономической структуры представляет только один инструмент содействия региональной экономике.

Улучшение аграрной структуры и защиты побережья охватывает не только сельское хозяйство, поскольку включает также содействие лесному и рыбному хозяйствам. Следует обратить внимание на то, что не все вытекающие из общих задач мероприятия распространяются на аграрную сферу, а только такие, которые имеют целью длительное улучшение структуры. Под улучшением защиты побережья (береговой линии) подразумевается новое строительство и расширение береговых укреплений, прежде всего дамб.

Устанавливая общие принципы нормотворчества, Основной закон указывает на общие принципы бюджетного права, бюджетного хозяйства и финансового планирования (ст. 109, абз. 3 Основного закона). Целевые установки этой статьи могут быть осуществлены в рамках законодательства, определяющего принципы нормотворчества. На основе этой компетенции были изданы Закон о принципах бюджетного права федерации и земель и Закон о содействии стабильности и росту экономики. Статья 109, абз. 3, должна предоставлять возможность осуществлять единое правовое регулирование общего бюджетного дела в ФРГ, чем прежде всего достигается сопоставимость бюджетов федерации и земель.

Статья 140 Основного закона в связи со ст. 138, абз. 1 Германской конституции 1919 г. обращается к проблемам законодательства, устанавливающего принципы нормотворчества по поводу государственной поддержки религиозных общин. Основывавшаяся на нормах старого права (до Конституции 1919 г.) госу-

дарственная поддержка церкви и религиозных общин должна быть отменена благодаря «Веймарским положениям о церкви» (согласно ст. 138, абз. 1 Германской конституции 1919 г.). Эта статья полностью инкорпорирована в Основной закон согласно его ст. 140. Так как отмена связывалась с претенциозными материальными предпосылками, которые до сих пор не выполнены, то имуществу церкви гарантируется государственная поддержка. Государственная поддержка могла быть отменена согласно ст. 138, абз. 1 Германской конституции 1919 г. путем законодательства земель. Но принципы его устанавливала империя, а ныне такое право имеет федерация как правопреемница империи. Но закон, устанавливающий принципы этого нормотворчества, так и не был разработан в течение семи десятилетий.

4. Управленческая компетенция

а) Распределение компетенции между федерациями и землями

Специальное регулирование, содержащееся в ст. 83 Основного закона, повторяет общую презумпцию компетенции (ст. 30) в пользу земель с формулировкой о том, что земли исполняют федеральные законы как свои собственные, поскольку Основной закон не устанавливает или не допускает иного. Статья 83 содержит, таким образом, тоже презумпцию компетентности земель, имея в виду реализацию ими федеральных законов. Тем самым исполнение федеральных законов как своих собственных передано, в принципе, землям в соответствии с конституционным общофедеральным устройством. Отсюда следует, что земли не только имеют право, но и обязаны, проводя в жизнь федеральные законы, осуществлять административное управление под собственную ответственность.

Такое распределение компетенции между федерацией и землями является важным аспектом формирования общофедерального принципа и одновременно дополняет принцип разделения властей. Тем самым распределяется политическая власть и устанавливаются конституционно-правовые рамки, которые должны сохранять как разделение властей, так и взаимодействие различных сил на уровне федерации и в землях, чтобы обеспечивать взаимокомпенсацию противоречивых интересов.

В Основном законе не установлена, но ст. 30 обусловлена компетенция земель по исполнению собственных законов и организации своего управления. Определяющим фактором здесь являются действующие конституции и текущее законодательство земель.

Так как в разделах VIII и VIIIA Основного закона речь идет о распределении компетенции между федерацией и землями в сфере управления, то фактически сохраняется трехступенчатое, хотя и исторически себя изжившее, но в принципе использованное в Основном законе деление администрации на федеральное,

земельное и коммунальное управление (ст. 28, абз. 2). При применении и толковании ст. 30 и 80 Основного закона все-таки необходимо коммуны (общины и союзы общин), а вместе с ними и коммунальное управление отнести к сфере действия конституционного права земель. Как следует из заключений Федерального конституционного суда, причем не только по поводу сфер законодательства, но и сфер управления, у федерации нет, согласно Конституции, непосредственного права для принятия решительных мер против общин; не существует также прав надзора федерации за законностью в коммунальной сфере.

Если принимать во внимание в целом ст. 30 и 80 Основного закона, то в ФРГ следует различать четыре вида управления, имея в виду и управление по поручению:

- исполнение землями своих законов;

- исполнение землями федеральных законов (под надзором федерации);

- исполнение землями федеральных законов по поручению федерации;

- исполнение федерацией своих законов.

Спорным остается вопрос, допустимо ли вообще или в исключительных случаях исполнение федерацией законов земли. Однако не исключено, что при наполнении одного федерального закона могут осуществляться все три вида управления, предусмотренные Конституцией, как, например, в широко дискутируемом Законе о превентивной защите от радиоактивного излучения, а именно — исполнение закона федеральными ведомствами, учреждениями земель по поручению федерации и ведомством земли как ее собственного закона.

Хотя предписания Основного закона исходят в принципе из различий между федеральной администрацией и администрацией земли, они все-таки указывают на то, что административные сферы федерации и земель жестко не разъединены. Взаимодействие федерации и земель предусмотрено в разнообразных формах. Поэтому отсутствует общий конституционный принцип, согласно которому административные задачи должны осуществляться исключительно федерацией или землями, поскольку четкие правовые нормы не допускают иного.

Нормы, определяющие распределение компетенции, относятся в соответствии со ст. 30 и разд. VIII Основного закона ко всей сфере публично-правового управления, т. е. без учета того, какое право — публично-правового или частноправового характера — будет при этом использоваться. По заключению ФКС ст. 30 пригодна как для выполнения государственных задач по поручению, так и независимо от него. Это непреложно вытекает из соотношения ст. 30 и разд. VIII Основного закона (статьи от 83 до 91), а также из того, что разд. VIII о федеральной администрации трактует управление как непосредственное, независимое от указаний федерации. Статьи 87—90 Основного закона рассматривают, кроме того, независимое федеральное управление.

б) Исполнение землями своих собственных законов

Исполнение законов земли в соответствии с ее правом является компетенцией администрации данной земли. Оно делится на:

— непосредственное управление земли через ее собственные ведомства или

— опосредованное управление земли через непосредственного субъекта права (юридические лица публичного права).

Так как исключительная законодательная компетенция земель на протяжении многих лет все больше ограничивалась в результате расширения законодательства федерации, то количество их собственных законов, подлежащих непосредственному исполнению землями, соответственно сокращалось.

По заключению ФКС земли имеют исключительную компетенцию при исполнении своих собственных законов, т. е. органы федерации не могут быть компетентными для государственного осуществления права земель. Исполнение их законов посредством федеральных учреждений, согласно Основному закону, исключено. Но этими безапелляционными констатациями ФКС не удалось, однако, обуздать разноплановые формы деятельности федеральных учреждений и ведомств земель при изобилии их полномочий. Из этого исходит в настоящее время и сам ФКС. В то время как в его первоначальном заключении в основу было положено, очевидно, представление о разделении административных сфер и количественном ограничении видов управления, теперь он не исключает и взаимодействия в сфере управления федерации и земель без особых на то полномочий, предоставляемых конституционным правом, и не настаивает на ограничении видов общегосударственного управления.

Это означает, согласно последнему заключению ФКС, что в отношениях «федерация — земли» при определенных условиях допустима помощь органов неподведомственных административных субъектов. Но принятие помощи учреждений, подведомственных земле, в целях осуществления предписанного конституционным правом государственного управления должно быть исключением.

Если федерация, как это предусмотрено целым рядом законов и административных соглашений, предоставляет земле федеральные учреждения для помощи в работе, то эти учреждения, поскольку они выполняют задачи земли под руководством ее администрации, осуществляют чисто «земельное» управление так, как если бы речь шла о собственных ведомствах земли. Федеральные учреждения в этом случае подчиняются распоряжениям земли и применяют ее действующее право. Следует отличать от исполнения органами федерации законов земель простое соблюдение федеральными учреждениями их права, предопределяемого компетенцией.

С точки зрения конституционного права проблемным является вопрос зависимости федеральных учреждений, предусмотренной законами федерации, от действующего права земель.

в) Исполнение землями федеральных законов под надзором федерации

В соответствии с презумпцией ст. 83 Основного закона земли исполняют федеральные законы как свои собственные. Эта норма дополняется положениями ст. 84 Основного закона о полномочиях федерации по оказанию воздействия на администрацию земель. Статья 84, так же как и ст. 85, затрагивает, по существу, разграничение сфер влияния федерации и земель при исполнении федеральных законов землями.

На основе заключения ФК.С под исполнением федеральных законов следует в данном случае понимать их административное выполнение. Соответственно в исполнение законов не входят судопроизводство и процессуальное законодательство, равно как нормативные постановления и другие подзаконные правовые предписания самих земель. В то же время исполнение федеральных законов охватывает, наряду с созданием ведомств и процедур управления, издание уже названных выше подзаконных правовых предписаний и административных инструкций, равно как и всю остальную административную деятельность в формах частного и публичного права (административные акты, отдельные внутриведомственные директивы, публично-правовые договоры, согласительные административные действия). Административному исполнению подлежат на основе ст. 83, 84 Основного закона не только федеральные законы, которые базируются на исключительной и конкурирующей законодательной компетенции, но частично и общие, основополагающие законы федерации. Относится ли то же самое к основополагающему законодательству и законодательству, устанавливающему принципы нормотворчества, является спорным и нуждается в дополнительном рассмотрении для каждого отдельного случая.

В качестве федеральных законов подлежат исполнению землями все правовые нормы федерации: федеральные процессуальные законы, нормативные постановления федерации и другие правовые предписания, изданные в соответствии с федеральными законами, включая законы на основе «обычного» права. Непосредственно действующие нормы права Европейского сообщества выполняются как федеральные согласно ст. 83 Основного закона.

Так как земли имеют широкую административную компетенцию, поскольку Основной закон не устанавливает и не допускает иного, они наделены также в широком объеме административной властью. Эта в значительной степени независимая от федерации власть земель не исчерпывает себя только в регулировании создания ведомств и процедуры управления, но охватывает также все остальные части собственной компетенции земель по поддержанию порядка, которые касаются исполнения федеральных законов.

В интересах единого исполнения законов ст. 84, абз. 1 Основного закона ограничивает собственную административную власть

земель тем, что предоставляет возможность федеральному законодательству самостоятельно определять создание учреждений и процедуры управления. Однако, чтобы защитить земли от вмешательства федерации в их обусловленную законом административную сферу, ст. 84, абз. 1 ставит в зависимость от одобрения Бундесратом осуществление федеральных законов, содержащих предписания о процедуре управления. Это требование должно защищать конституционный принцип в пользу федерального принципа государственного устройства и препятствовать тому, чтобы производились изменения в системе общедоделального устройства путем простого законодательства.

По заключению Федерального конституционного суда в одобрении нуждаются не только отдельные предписания о создании учреждений и процедуры управления, но и закон в целом. В настоящее время от 50 до 60% всех принимаемых федеральных законов получают одобрение Бундесрата. Большинство из них нуждаются в одобрении именно в силу положений ст. 84, абз. 1 Основного закона.

Федеральный закон упорядочивает создание ведомств не только тогда, когда они учреждаются, но и в том случае, если устанавливается более подробно круг задач существующего ведомства. К ведомствам, по смыслу ст. 84, абз. 1 Основного закона, относятся как те органы, которые принадлежат непосредственно землям, так и те, которые принадлежат общинам и союзам общин.

Впрочем, ст. 84, абз. 1 позволяет федеральному законодательству не просто определять задачи общин в целях самоуправления. Подобное привлечение общин федеральным законодателем для исполнения федеральных законов допустимо только в том случае, если речь идет о точном дополнении к материально-правовому регулированию, относящемуся к компетенции федерального законодателя, и если это регулирующее дополнение необходимо для эффективного выполнения материальной основы закона.

Федеральному правительству может быть предоставлено полномочие для выполнения федеральных законов только путем федерального закона, нуждающегося в одобрении для издания в особых случаях разового распоряжения. Их следует в принципе направлять в ведомства земель. Федеральные законы подобного действия встречаются в государственной практике очень редко. Разовые распоряжения по смыслу ст. 84, абз. 5, как и все другие внутриведомственные указания частного характера, являются обязательными предписаниями для конкретных обстоятельств. По заключению ФКС ст. 84, абз. 5, должна охватывать не только разовые распоряжения, но и такие более лояльные формы условий, как одобрение, взаимное согласие и заслушивание.

В ст. 84, абз. 2 речь идет, как и в ст. 85, абз. 2, не только о правилах распределения компетенции, но и о правовых нормах о предоставлении полномочий, без которых федерации не разрешено издавать общие административные предписания землям. Так как полномочие по изданию административных предписаний

принадлежит исполнительной власти и адресовано землям при выполнении ими федеральных законов в соответствии со ст. 84, абз. 1, то ст. 84, абз. 2 допускает вмешательство в сферу исполнения земель. Поэтому общие административные предписания Федерального правительства нуждаются, по Конституции, в одобрении Бундесрата. Оно может быть получено, в частности, в итоге согласованного решения.

Судя по имеющимся статистическим данным, в течение десяти легислационных периодов в Бундесрат было направлено и обсуждалось там 703 общих административных предписания, но только в четырех случаях было отказано в одобрении. Это вызвано не в последнюю очередь тем, что общие административные предписания, будучи средством обеспечения единообразного исполнения федеральных законов землями, как правило, разрабатываются и предварительно обсуждаются в многочисленных координирующих органах земель с привлечением федерации.

Характерным признаком обычного исполнения федеральных законов землями как своих собственных является надзор федерации, подробно урегулированный в ст. 84, абз. 3, 4. Широко освещенные в соответствующей литературе предписания о правовом институте федерального надзора так и не были применены на практике в течение сорока лет действия Основного закона. Различие мнений и спорные вопросы между федерацией и землями при исполнении федеральных законов решались и улаживались по-другому, например через обмен письмами или путем обсуждения в уже упомянутых координирующих органах либо на конференциях министров земель.

Федеральное правительство осуществляет, согласно ст. 84, абз. 3, надзор за тем, чтобы земли выполняли федеральные законы в соответствии с действующим правом. Вместе с тем для федерального надзора критерием служит исключительно соблюдение действующего права. Таким образом, федеральный надзор при выполнении землями федеральных законов — это просто юридический надзор, т. е. иной, чем при «земельном» управлении по поручению федерации.

а) Исполнение землями федеральных законов по поручению федерации

Исполнение федеральных законов землями по поручению федерации, согласно ст. 85 Основного закона, означает, что этот вид управления допустим в тех случаях, когда он прямо предписан Конституцией для определенной сферы (обязательное управление по поручению федерации) или осуществляется на основе федерального закона (факультативное управление по поручению федерации).

Длительное время шел спор о том, кто участвует в управлении по поручению федерации: действует ли государственность земли, ограниченная только федеральным правом на вмешательство,

имеет место «совместное управление» федерации и земель или «опосредственное управление федерации». Сейчас в литературе и в юстиции нашла общее признание точка зрения, что управление по поручению является истинным управлением земли, которое в отличие от ее собственного управления по ст. 83 и 84 Основного закона допускает интенсивное вмешательство, в частности широкое право федерации давать указания. Однако при управлении по поручению федерации, равно как и при ее собственном управлении, сама земля в принципе распоряжается административной властью. Именно ее ведомства выполняют федеральные законы. При этом они решают именно федеральные задачи, осуществляя эту деятельность в соответствии с природой управления по поручению, а не в силу своей собственной и самостоятельной административной компетенции. Спорным, как и прежде, остается вопрос о том, может ли быть управление по поручению федерации только вторичным или также независимым от федерального закона.

Хотя ст. 85, абз. 1, сформулирована по-другому, чем ст. 84, абз. 1 Основного закона, существует единодушие в том, что для упомянутого в ней «создания ведомств» подходит в равной мере толкование ст. 84, абз. 1. При управлении по поручению федерации также надо исходить из наличия широкой административной власти у земель.

То обстоятельство, что в ст. 85, абз. 1 в отличие от ст. 84, абз. 1 не упомянуто полномочие федерации по регулированию процедуры управления, с давних пор привлекает внимание юристов. В то время как одни авторы считают это редакционной ошибкой, другие предполагают наличие неписаной компетенции федерации или исходят из возможности дополнительной компетенции. Для ФКС полномочие федерации регулировать процедуру управления вытекает из самой ст. 85, абз. 1. «Неясно, — утверждает ФКС, — почему компетенция федерации по регулированию процедуры управления в более близком к ней случае — управления по поручению — должна иметь меньший объем, чем при выполнении федеральных законов как своих собственных».

Согласно положениям ст. 85, абз. 2, совпадающим дословно со ст. 84, абз. 2 Основного закона, Федеральное правительство может с одобрения Бундесрата издавать общие административные предписания в случае управления по поручению федерации. Соображения по поводу ст. 84, абз. 2 относятся и к этой статье. Вместе с тем нельзя недооценивать, что содержание ст. 85, абз. 2 в общем контексте статьи об управлении по поручению федерации приобретает несколько иную функцию, чем при выполнении землями собственных законов. Соответственно действуют и прежние замечания об административных предписаниях, если в сфере управления по поручению федерации признаются действующими, наряду с общими административными предписаниями федерального правительства или уполномоченного федерального министра, и общие указания согласно ст. 85, абз. 3. Эти общие указания

компетентных высших органов федерации предшествуют административным предписаниям земель.

С давнего времени оспариваемое понятие «указания» охватывает по точному определению как разовые указания, так и общие. Разовые указания не создают дополнительных проблем. Иначе обстоит дело, если признается допустимым употребление различных формулировок: по ст. 84, абз. 5 — распоряжения в «срочных случаях»; ст. 85, абз. 3 — «указания», а также общие указания в связи с желанием создателей Конституции усилить позицию федерации в сфере управления по поручению федерации. Указания, в частности разовые, могут касаться всех сфер управления по поручению федерации и вместе с тем общих вопросов административного выполнения федеральных законов. Поэтому они могут быть посвящены как решениям, принимаемым компетентными органами земли, так и действующим процедурам управления.

Полномочие компетентных высших органов федерации по изданию разовых указаний и общих распоряжений является принципиально неограниченным. Эти указания рассматривают не только правовые вопросы. Более того, разовые распоряжения и общие указания распространяются на область целесообразности административного действия. Как внутриведомственное средство руководства указание дает возможность осуществлять позиции компетентных органов федерации при разногласиях о правомерности и целесообразности действий по выполнению закона. Полномочие для издания распоряжений не охватывает, по действующей Конституции, ни права действий для себя, ни права совершения действий за счет обязанных лиц.

В принципе неограниченное право для указаний не освобождает компетентные органы федерации от соблюдения установленных Конституцией границ. Так, федеральный орган обязан в своих распоряжениях оставаться в рамках задач управления по поручению федерации и не должен вмешиваться в исполнение землями федеральных законов под надзором федерации или их собственных законов. В свою очередь органы земли обязаны выполнять указания компетентных органов федерации. Это подтверждает положение ст. 85, абз. 3, согласно которому выполнение указаний должны обеспечивать высшие органы земель. Подчиненный орган земли не может уклониться от обязанности выполнения указания со ссылкой на его неправомерность. Оно имеет силу даже тогда, когда предположение о неправомерности подтверждено конституционно-правовыми соображениями. Ходатайство фракции СДПГ Бундестага (21 апреля 1988 г.) о контроле за правовыми нормами не препятствует компетентному федеральному министру издавать распоряжения.

Если орган земли отказывается исполнять указание компетентного федерального учреждения и обеспечивать его выполнение, то у Федерального правительства остается только две возможности для выбора, так как у него отсутствует право действий

как от собственного лица, так и за счет обязанных лиц. Оно может применять средство принуждения против данной земли согласно ст. 37 Основного закона, т. е. принять с согласия Бундесрата необходимые меры, чтобы побудить землю к выполнению этих обязательств в порядке принуждения со стороны федерации. Но так как подобное принуждение никогда не применялось с момента существования ФРГ, оно и нереально, и неуместно. В таком случае Федеральному правительству остается подать обращение в ФКС в соответствии со ст. 93, абз. 1 Основного закона.

Вопрос о том, какие возможности имеет земля для правовой защиты против указаний федерации согласно ст. 85, абз. 3, является спорным.

Сравнение текстов ст. 85, абз. 4, и ст. 84, абз. 3 и 4 Основного закона показывает, что действие надзора федерации в случае управления по поручению значительно шире, чем при выполнении землями федеральных законов как своих собственных. Надзор федерации в рамках управления по поручению относится как к выполнению федеральных законов, так и к административному исполнению в целом, что вытекает из ст. 85, абз. 4. Надзор федерации остается не только правовым и в случае управления по поручению. Согласно ст. 85, абз. 4, он распространяется на законность и целесообразность исполнения. Таким образом, надзор является общим и охватывает все виды исполнения законов.

д) Исполнение федерацией собственных законов

Как при управлении по поручению федерации, так и при исполнении федерацией своих собственных законов через федеральную администрацию либо через непосредственно ей подчиненные корпорации и учреждения публичного права в основном допустим только принцип ст. 83 Конституции: они исполняются, «поскольку настоящий Основной закон не устанавливает или не допускает иного».

В то время как при обязательном управлении четкое указание компетенции приводится в Основном законе, факультативное управление федерацией зависит в целом от решения федерального законодателя.

В организационном отношении Основной закон проводит различие между непосредственным управлением федерации через ее собственную администрацию, с одной стороны, и через непосредственно подчиненные ей корпорации либо учреждения публичного права, с другой стороны, различая, таким образом, непосредственное и косвенное федеральное управление. Для непосредственного управления Основной закон предусматривает следующие преимущества: оно имеет собственную федеральную администрацию с управленческим аппаратом (административные органы среднего и низшего звеньев) либо без него. В обоих случаях во главе находятся федеральные министерства в качестве высших ведомств федерации. Создание отдельных министерств федерации и опре-

деление их сферы деятельности входит в задачу Федерального правительства. Это не означает, что федеральные министерства должны исполнять только функции общего управления. Напротив, они осуществляют административную деятельность в широком объеме. В данном случае Основной закон допускает управление через федеральные ведомства.

Положения ст. 86 Основного закона четко определяют административные полномочия федерации, предоставляя Федеральному правительству право издания общих административных предписаний и создания ведомств в сфере исполнения собственных федеральных законов. Одновременно эта статья оставляет за законодателем право принятия иных постановлений. Из первоначального законодательного полномочия по вопросам организации федерального управления (ст. 86) вытекает, что законодатель может не только определять процедуру деятельности федеральных ведомств и непосредственно подчиненных федерации корпораций или учреждений публичного права, но и принимать законы об организации федерального управления.

Государственная практика в сфере федерального управления знакома с такими формами организации, которые мало затронуты или нечетко урегулированы Основным законом. Сюда можно отнести федеральные инстанции и неправомочные ведомства, федеральное управление в частноправовых организационных формах (предприниматели, субсидируемые федерацией, и непосредственно ей подчиненные фонды публичного права). Хотя правовой институт субсидируемых предпринимателей не упоминается в ст. 86, судопроизводство и юридическая литература исходят из того, что они допустимы в сфере федерального управления.

Предоставление и изъятие полномочий для выполнения административных задач юридическими лицами частного права находится в компетенции соответствующего федерального министра; такое предоставление нуждается, кроме того, в одобрении федерального министра финансов. Субсидируемые предприниматели подлежат надзору со стороны компетентного федерального министра. Так, например, административные задачи в области космонавтики были возложены, согласно федеральному закону, на основанное в 1989 г. общество с ограниченной ответственностью — Немецкое агентство по делам космонавтики. При этом необязательно, чтобы частноправовые организации, например субсидируемые предприниматели, превращались в составную часть административного аппарата федерации.

Согласно ст. 86 Основного закона, в непосредственное федеральное управление с собственными подчиненными ему административными органами входят: внешние сношения, управление федеральными финансами, федеральные железные дороги, федеральная почта и, в соответствии со ст. 89, управление федеральными водными путями и судоходством.

В сфере внешних сношений Министерству иностранных дел как федеральному ведомству подчиняются представительства ФРГ

в других странах, а также в межгосударственных и международных организациях. К ним, в частности, относятся посольства, генеральные консульства и консульства. Внешние сношения включают в себя проведение культурной политики за рубежом, управление школьным образованием за границей, а также поддержку так называемых посреднических организаций частного права, например Института им. Гете.

Из ст. 87, абз. 1, и ст. 32, абз. 1 следует, что не может быть самостоятельных внешних сношений земель. Тем не менее считается в большинстве случаев допустимым существование довольно многочисленных представительств земель за рубежом, в том числе в странах Европейского сообщества.

Для организации управления федеральными финансами имеют силу наряду со ст. 87, абз. 1 специальные положения ст. 108, абз. 1 и 4. В соответствии с оговоркой, сделанной в ст. 108, абз. 1, система финансовых ведомств регулируется федеральным законом, в частности Законом о налоговой инспекции. Согласно § 1 Закона о федеральных железных дорогах от 13 декабря 1951 г., федерация управляет в соответствии со ст. 87, абз. 1 имуществом федеральных железных дорог как обособленным имуществом (с самостоятельным ведением хозяйства и учета). Что касается федеральной почты, то 1 июля 1989 г. вступил в силу изданный с учетом ст. 87, абз. 1 Закон об изменении структуры почтового дела и средств электросвязи. Управление федеральными водными путями через собственные ведомства федерации относится только к их функции как путей сообщения (ст. 74, п. 21). Высшим административным органом по управлению федеральными водными путями является министр транспорта. Федеральное управление судоходством в отличие от управления водными путями носит факультативный характер в соответствии со ст. 89, абз. 2. Федерация как раз в этом случае использует в широком объеме правовой институт передачи управления по поручению органам и частным лицам, подключая для реализации административных задач и корпорации публичного права.

Согласно пункту, включенному в ст. 87 Основного закона только в 1961 г., управление воздушным транспортом осуществляется непосредственно федеральными органами, однако оно может быть передано землям как управление по поручению посредством федерального закона с одобрения Бундесрата.

Ранее отмеченное обязательное гражданское управление Бундесвером теперь осуществляется непосредственно федерацией через собственный административный аппарат (ст. 87б, абз. 1). В отличие от управления Бундесвером Основной закон сложной формулировкой ст. 87б, абз. 2 не устанавливает конкретных форм управления в других сферах обороны.

Центральные ведомства могут быть учреждены путем принятия обычного федерального закона согласно ст. 87 Основного закона. Выполнение задач, предусмотренных ст. 87, абз. 1, возлагается на федеральное ведомство уголовной полиции и федеральное

ведомство по охране Конституции. В то время как Управление уголовной полиции было создано как центральное ведомство на основе § 1 и 2 абз. 1 Закона об учреждении федерального ведомства уголовной полиции от 8 марта 1951 г., учреждение Ведомства по охране Конституции как высшего федерального ведомства было осуществлено согласно § 2, абз. 1 Закона о сотрудничестве федерации и земель в делах охраны Конституции от 27 сентября 1950 г.

Что касается деятельности федерального ведомства по охране Конституции, Службы военной контрразведки и Федеральной разведывательной службы, то Правительство ФРГ подлежит контролю, осуществляемому Контрольной комиссией парламента со- ; гласно Закону о парламентском контроле деятельности разведки и контрразведки федерации от 11 апреля 1978 г.

Согласно положениям ст. 87, абз. 3 Основного закона, имеющим характер обобщающей оговорки, по делам, где федерации принадлежит право законодательствовать, могут быть учреждены самостоятельные высшие федеральные ведомства, а для сферы косвенного управления — новые, непосредственно подчиненные федерации корпорации и учреждения публичного права на основе обычного федерального закона, не нуждающегося в одобрении.

Таким образом, федерация имеет, согласно ст. 87, абз. 3, возможность большого радиуса действия для расширения системы федерального управления. При этом самостоятельные высшие федеральные ведомства, которые не следует путать с рядовыми федеральными ведомствами для непосредственного управления федерации через собственные подчиненные им административные органы, обладают организационной самостоятельностью по отношению к соответствующему федеральному министру как высшему органу федерации. Несмотря на такое обособление по отношению к министерствам, самостоятельные высшие федеральные ведомства остаются тем не менее подотчетными, они подчиняются в принципе одному из федеральных министров и обязаны, как правило, выполнять его распоряжения.

По-прежнему ведется дискуссия о том, как следует толковать понятие «непосредственно подчиненные федерации корпорации публичного права» (ст. 87, абз. 2), хотя аналогичное понятие, согласно ст. 86 и ст. 87, абз. 3, охватывает все непосредственно подчиненные федерации юридического лица.

Непосредственно подчиненные федерации юридические лица публичного права подлежат надзору федерации в лице соответствующего компетентного ее ведомства. Эта правовая норма, изложенная в ст. 100, абз. 3 Основного закона, имеет всеобщее действие. Вместе с тем исключается положение, при котором непосредственно подчиненные федерации юридические лица публичного права могут подлежать надзору ведомства земли.

Конституционные предпосылки для создания самостоятельных высших федеральных ведомств действуют согласно ст. 87, абз. 3 и в отношении новых, непосредственно подчиненных федерации

корпораций и учреждений публичного права, посредством федерального закона, не нуждающегося в одобрении Бундесрата. Федерация активно использовала эту возможность для расширения сферы федерального управления и создания целого ряда непосредственно ей подчиненных корпораций и учреждений. Пример тому — Федеральное ведомство для транспортировки грузов, Федеральное ведомство по регулированию сельскохозяйственного рынка. Немецкая библиотека, Федеральный институт профессионального образования и т. д.; такие профессионально-сословные корпорации, как Палата адвокатов при Федеральной судебной палате, Федеральная нотариальная палата и пр.; некоторые кредитные учреждения вроде Немецкого кооперативного банка.

Что касается Немецкого федерального банка, то он, согласно § 2 Закона о федеральном банке, является непосредственно подчиненным федерации юридическим лицом публичного права и в соответствующей литературе рассматривается как независимое от государства учреждение, которое не подвластно распоряжениям центральных административных органов. Более того, согласно § 29, абз. 1 Закона о Федеральном банке, Центральный совет и Дирекция Немецкого федерального банка играют роль высшего федерального ведомства, а центральные банки в землях и их отделения занимают позиции обычных федеральных ведомств.

Как и в случае законодательных полномочий, в судопроизводстве и в сфере управления признаются также неписанные полномочия федерации «в силу природы вещей» и «ввиду обстоятельств дела». Так как по заключению Федерального конституционного суда сама законодательная компетенция федерации устанавливает внешние рамки для ее административных полномочий, то и неписанные административные полномочия принимаются во внимание только с этими ограничениями.

е) Совместное управление федерации и земель

Несмотря на принципиальное решение ФКС от 12 января 1983 г., в новейших публикациях и в юстиции по-прежнему преобладает мнение о так называемом недопустимом совместном управлении, якобы запрещенном Основным законом.

Первоначально общее мнение, а затем и ФКС считали недопустимым относить к совместному управлению такую его организацию, при которой федеральное ведомство является вышестоящим по отношению к ведомству земли или при которой взаимодействие ведомств федерации и земель нуждается в одобрении законодательных органов; это относилось и к сфере косвенного государственного управления через корпорации публичного права.

Именно от этого якобы запретного совместного управления отказался ФКС в своем решении от 12 января 1983 г., отметив:

«Применение понятия «совместное управление» имеет смысл только для характеристики классификации определенных форм административно-организационной деятельности. Оно ничего не дает

для контроля правовой допустимости взаимодействия ведомств федерации и земель при осуществлении управления в каждом отдельном случае... Та или иная административно-организационная форма является противоречащей Конституции не потому, что классифицируется как «совместное управление», а в силу того, что ей противостоит обязательная правовая норма о компетенции или организации либо иные предписания конституционного права».

В случаях обязательного взаимодействия ведомств федерации и земель при параллельных административных полномочиях не действует больше положение, при котором федерации — со ссылкой на не разрешенное Основным законом совместное управление — отводится лишь незначительная роль, но при этом одновременно принимается без возражений оговорка «за счет федерации». На фоне существующих форм кооперации в современном федеральном государстве становятся необходимыми взаимное и внутриведомственное участие в принятии решений в форме, регулируемой формулой «с одобрения или взаимного согласия».

ж) Общие задачи и совместные учреждения земель

Раздел VIIA, включенный в Основной закон 21-м Законом об изменении Конституции (от 12 мая 1969 г.), определяет в ст. 91 а и 91б две формы взаимодействия федерации и земель. В то время как, согласно ст. 91 а, федерация участвует в выполнении землями их задач в каждой отдельно указанной области (расширение и строительство новых высших учебных заведений, включая клиники при них; улучшение региональной экономической структуры; совершенствование аграрной структуры и защита береговой линии), если эти задачи имеют значение для всего общества и участие федерации необходимо для улучшения жизненных условий, то, согласно ст. 91б, федерация и земли могут действовать сообща на основе соглашений о планировании образования, а также поддерживать учреждения и проекты в сфере научных исследований, значение которых выходит за региональные рамки.

Практика сотрудничества, которая начала развиваться задолго до проведения финансовой реформы 1969 г., нашла свое конституционно-правовое признание после включения в Основной закон положений об общих задачах и одновременном определении полномочий федерации о предоставлении помощи землям для инвестиций в ст. 104а, абз. 4. Изменение Конституции, в частности добавление в нее ст. 91 а, подверглось ожесточенной критике. К тому же до сих пор ведется дискуссия о том, оправдали ли себя статьи об общих задачах.

Тем не менее институт общих задач стал составной частью федеративного устройства Германии и может быть устранен только путем нового изменения Конституции. Что касается ст. 91б, содержание которой меньше критикуется в конституционно-политическом плане, то партийно-политические изменения в начале

80-х годов привели на практике в значительной мере к отказу от совместного планирования образования.

Включение в Основной закон ст. 91 а, 916 оказало различное воздействие на распределение компетенции между федерацией и землями в сферах законодательства (ст. 70), управления (ст. 30, 83) и финансирования (ст. 104а). Если ст. 91 а вмешивается в распределение законодательной компетенции постольку, поскольку она предоставляет федерации дополнительные законодательные права согласно абз. 2, 3 и 4 данной статьи. В частности, с одобрения Бундесрата были приняты законы об исполнении положений ст. 916. Что касается ст. 30 и 83, то следует отметить, что ст. 91а содержит специальные нормы об общем основополагающем планировании. Полномочия федерации сводятся к участию в этом планировании, которое следует классифицировать как планирование, осуществляемое Правительством, и которое необходимо отличать от конкретного планирования. Осуществление отдельных основополагающих планов является делом земель. Это следует также из ст. 91а, абз. 5, в соответствии с которым надлежит информировать Федеральное правительство и Бундесрат (по их требованию) о выполнении общих задач.

Как общее основополагающее планирование, так и планирование образования рассматриваются как осуществляемое Правительством, т. е. как деятельность центра без участия административного аппарата. В противоположность этому ст. 916 предоставляет федерации и землям, по точному смыслу, права не только для совместного финансирования, но и для общего управления; более того, поддержка учреждений и проектов в сфере научных исследований включает и их планирование.

Как ст. 91а, так и ст. 916 содержат исключения из общего правила о распределении расходов, предусмотренного ст. 104а, абз. 1 Основного закона, по которой федерация и земли раздельно несут расходы по решению своих задач. Более того, на основании ст. 104, абз. 4 финансовая помощь федерации может быть в принципе использована в сферах, обозначенных в ст. 91а и 916.

На первый взгляд, из текста ст. 916 вытекает, что речь идет лишь о сотрудничестве на основе соглашения, т. е. что эта статья открывает только возможность кооперации. Но из формулировки этой статьи, использующей понятие «участвуют», можно сделать вывод, что она содержит и конституционное поручение для сотрудничества федерации и земель. Одновременно статье придается характер, определяющий одну из целей государства. Кое-кто считает, что ст. 91а содержит не конституционное поручение, а обязанность федерации участвовать в выполнении землями этих задач.

Участие федерации, согласно ст. 91а, абз. 1, ограничено двумя обстоятельствами: задачи земель имеют значение для всего общества, а участие федерации необходимо для улучшения жизненных условий. Эти обстоятельства в правовом отношении настоль-

ко неопределенны, что они могут иметь правовую значимость лишь в ограниченном объеме.

Наряду с конкретным определением общих задач федеральный закон содержит общие принципы их выполнения. Федерация использовала свою компетенцию, устанавливающую принципы законодательства, различным способом в трех законах об исполнении («О расширении и строительстве новых высших учебных заведений»; «Об улучшении региональной экономической структуры»; «Об улучшении аграрной структуры и защите побережья»). В соответствии с конституционно-законодательными прерогативами эти законы конкретно предписывают процедуру и организацию общего основополагающего планирования. Финансирование общих задач, осуществляемое федерацией и землями, регулируется отдельным законом.

С конца 80-х и начала 90-х годов больше не оспаривается необходимость согласованного основополагающего планирования в сфере образования между федерацией и землями. Речь идет в первую очередь о строительстве новых высших учебных заведений и о порядке поддержки учреждений и проектов в сфере научных исследований. Основой для взаимодействия федерации и земель в этой сфере является прежде всего основополагающее Соглашение о поддержке научных исследований от 1975 г. Согласно ст. 2 этого Соглашения, совместная поддержка научных учреждений и проектов распространяется на Немецкое исследовательское общество и его отраслевые филиалы, на исследовательские учреждения широкого профиля, на Общество им. Макса Планка, Общество им. И. Фраунгофера и другие самостоятельные научно-исследовательские учреждения, деятельность которых выходит за региональные рамки и представляет общегосударственный интерес.

Наряду с такими представленными выше формами взаимодействия федерации и земель, как «общие задачи», «совместное финансирование», конституционная действительность ФРГ знает также совместные учреждения земель, обладающие административными полномочиями. Они относятся к области кооперативного федерализма, обозначенного понятием «самокоординация (сотрудничество) земель», или связаны так называемыми представлениями о «третьем уровне». В специальной литературе пока нет убедительной систематизации интересующих нас форм кооперации между землями, а также форм кооперации между землями, заслуживающих особого внимания. В общую картину совместных учреждений земель вписываются и самостоятельные субъекты частного права (например, Немецкое исследовательское общество), в котором участвуют федерация и земли. К ним относится также учрежденный в форме фонда гражданского права в 1987г. Культурный фонд земель (с местом пребывания в Берлине), в котором, согласно подписанному Соглашению, принимает участие и федерация.

К совместным учреждениям земель принадлежит также Конференция премьер-министров земель, конференция министров отраслевых министерств (как постоянно действующие органы), включая Постоянную конференцию министерств по делам культуры земель, а также существующие на этом уровне другие учреждения (комитеты, рабочие группы, конференции и т. д.). Эти органы кооперации привели к институционализированной координации политики и управления.

5. Компетенция по отправлению правосудия

а) Распределение компетенции между федерацией и землями

Основные положения, посвященные распределению государственной власти между федерацией и землями в сфере судопроизводства, изложены в разд. IX Основного закона под заголовком «Правосудие», включающем ст. 92—104. Равно как для законодательства (ст. 70), исполнения федеральных законов (ст. 83), так и для сферы правосудия (ст. 92) повторена презумпция регулирования компетенции (ст. 30) в пользу земель. Согласно этому, юрисдикционная власть осуществляется Федеральным конституционным судом, а также федеральными судами, предусмотренными в Основном законе, и судами земель. Правовые положения ст. 92 отличаются от ст. 70 и 83 тем, что благодаря им происходит в организационном отношении общегосударственное распределение компетенции.

б) Федеральный конституционный суд

Федеральный конституционный суд (ФКС) является самостоятельной и независимой судебной инстанцией федерации по отношению ко всем другим конституционным органам (§ 1 Закона о Федеральном конституционном суде). Однако он является не только судебной инстанцией, но и в первую очередь одним из конституционных органов (§ 1, абз. 1 Закона о ФКС).

Учитывая общегосударственное распределение компетенции в сфере юрисдикции, следует выделить прежде всего ст. 99 и ст. 100, абз. 3 из общих положений Основного закона о компетенции ФКС. Согласно ст. 99, закон земли может предоставить ФКС право рассмотрения конституционных споров в пределах этой земли. Статья 100, абз. 3 обязывает конституционный суд земли обратиться за решением в ФКС, если он расходится в толковании Основного закона с ним или с конституционным судом другой земли.

Решения конституционных судов земель как носителей государственной власти могут быть опротестованы путем подачи жалобы в ФКС (ст. 3, абз. 1). Это частичное, не обусловленное институциональным порядком подчинение конституционных судов земель ФКС не ставит в принципе под сомнение их особый статус.

в) Федеральные суды

В качестве федеральных судов Основным законом предусмотрены (ст. 92) высшие судебные инстанции федерации (ст. 95;

ст. 96, абз. 3) с обязательной юрисдикцией либо иные федеральные суды (ст. 96) с факультативной юрисдикцией.

Высшими судебными инстанциями в области общей, административной, финансовой, трудовой и социальной юрисдикции являются, согласно ст. 95, абз. 1, следующие суды:

— Федеральная судебная палата с местом пребывания в Карлсруэ;

— Федеральный административный суд с местом пребывания в Берлине;

— Федеральный финансовый суд с местом пребывания в Мюнхене;

— Федеральный трудовой суд с местом пребывания в Касселе;

— Федеральный социальный суд с местом пребывания в Касселе.

Основной закон не содержит четких положений об объеме компетенции высших судебных инстанций федерации, кроме ФКС. В отличие от ФКС они не считаются особыми конституционными органами.

Из предусмотренной в ст. 95, абз. 1 институционализации и характеристики высших судебных инстанций для различных, но равнозначных по отношению друг к другу судебных ветвей следует, что высшие федеральные суды находятся на одном инстанционном уровне и в принципе задуманы как высшие кассационные суды в пределах одной судебной ветви. Из названия «высшие федеральные суды» не следует делать заключение, что они могут быть только кассационными. Делом федерального законодателя, обладающего компетенцией в вопросах судопроизводства и судоустройства по ст. 74, является, в частности, принятие необходимых постановлений о разграничении сфер деятельности федеральных судов, с одной стороны, и судов земель — с другой.

При толковании ст. 95, абз. 1 о возможности высшим федеральным судам в исключительных случаях действовать в качестве и последней инстанции, необходимо учитывать ст. 96, абз. 5. Эта статья, включенная в Основной закон в 1969 г., исходит из традиционной компетенции Федеральной судебной палаты как первой и последней инстанции при решении дел о защите государства. В то время как суды земель применяют правовые нормы одной земли либо федерации, для высших судебных инстанций федерации как кассационных судов критерием являются в принципе нормы федерального права.

Характеристика высших судебных инстанций федерации как высших кассационных судов в рамках одной судебной ветви не исключает завершения дела в суде отдельной земли. Единство правосудия, отправляемого этими пятью упомянутыми судами

(ст. 93, абз. 3), обеспечивается Единым сенатом высших федеральных судов как юрисдикционным органом федерации. Поскольку в ФРГ дело не дошло до создания Верховного федерального суда, первоначально предусмотренного этой же статьей, она входит в Основной закон в редакции 1968 г., предусматривающей создание сената. Компетенция, состав и судопроизводство Единого сената регулируются Законом об обеспечении единства правосудия высшими федеральными судами. Единый сенат (с местом пребывания в Карлсруэ) принимает решения в случаях, когда один из высших федеральных судов расходится в своем решении по правовым вопросам с другой высшей судебной инстанцией Федерации или Единым сенатом. Заключение Единого сената по делу суда, выносящего решение, является обязательным. Хотя задача Единого сената состоит в том, чтобы обеспечивать единство правосудия в рамках высших судебных инстанций федерации, т. е. на федеральном уровне, его решения оказывают также воздействие на суды земель как нижестоящие в инстанционном порядке по отношению к высшим федеральным судам.

Согласно ст. 95, абз. 2, решение о назначении судей высших федеральных судов принимается отраслевым федеральным министром совместно с комитетом по выборам судей, состоящим из отраслевых министров земель и равного числа членов, избираемых Бундстагом. Принятый во исполнение ст. 95, абз. 2 Закон о выборе судей устанавливает состав и процедуру их избрания комитетом по выборам судей.

В соответствии с отраслевым принципом федеральный министр юстиции участвует в назначении судей Федеральной судебной палаты, Федерального административного суда и Федерального финансового суда, а федеральный министр труда и социального обеспечения — соответственно в назначении судей Федерального трудового суда и Федерального социального суда.

Для отношений «федерация — земли» имеют особое значение одинаковые полномочия при принятии решения федеральным министром и комитетом по выборам судей, в который входит наряду с членами, избранными парламентом, одинаковое число министров земель (представителей исполнительной власти). В основе нормативных положений ст. 95, абз. 2 и Закона о выборах судей лежат, очевидно, представления о том, что министры земель как оппоненты членов комитета по выборам судей, избранных Бундстагом, должны представлять федералистские и профессиональные интересы. Но уже давно стало очевидным, что благодаря комитету по выборам судей произошла политизация выборов федеральных судей, никак не связанная с отношениями «федерация—земли».

Статья 96 в настоящей ее редакции в отличие от ст. 95, абз. 1 и 3 содержит правовые нормы, относящиеся только к учреждению других федеральных судов (факультативная юрисдикция федерации). Согласно ее положениям, федерация может учредить: федеральный суд для правовой защиты коммерческой деятельности;

военно-уголовные суды для Вооруженных сил в качестве федеральных судов; для лиц, состоящих в публично-правовых служебных отношениях, федеральные суды по разбору дел в дисциплинарном порядке и рассмотрению жалоб.

Высшей судебной инстанцией для названных в ст. 96 федеральных судов является Федеральная судебная палата. Федеральный законодатель использовал полномочия, предоставленные ст. 96, абз. 1, для издания Закона от 23 марта 1961 г. о преобразовании Федерального патентного ведомства в Федеральный патентный суд с местом пребывания в Мюнхене. Для принятия решения по дисциплинарным делам и рассмотрению жалоб федеральный законодатель учредил дисциплинарные и военные суды федерации. Для федеральных чиновников таковыми являются дисциплинарные суды и Федеральный дисциплинарный суд с местом пребывания во Франкфурте-на-Майне, а в качестве кассационного суда — Федеральный административный суд (сенат по дисциплинарным делам). По дисциплинарным делам и рассмотрению жалоб военнослужащих действуют военные суды первой и второй инстанции, а в качестве кассационной инстанции — военная судебная коллегия Федерального административного суда.

Для судей, находящихся на службе федерации, за исключением судей ФКС, был образован в качестве дисциплинарного суда федерации (первая и последняя инстанции) особый сенат Федеральной судебной палаты, который одновременно является ревизионным судом по отношению к дисциплинарным судам земель.

г) Суды земель

К судам земель относятся, в частности, упомянутые в ст. 93 и ст. 100, абз. 1 и 3 конституционные суды. Существующие в землях собственные конституционные суды (конституционный судебный сенат, государственная судебная коллегия) занимают особое положение среди судов земель. Каждый конституционный суд земли в рамках ее правового строя является высшим конституционным органом подобно тому, как Федеральный конституционный суд — в масштабе ФРГ.

Земли могут в пределах ст. 28, абз. 1 Основного закона создавать по своему собственному усмотрению конституционное право и вместе с тем свою конституционную юрисдикцию. Право учреждения и организации конституционной юрисдикции относится к исключительной компетенции земель. Их конституции и законы о конституционных судах определяют общий статус, полномочия и судопроизводство в этих судах. Конкурирующая законодательная компетенция федерации в сфере судостроительства и судопроизводства не распространяется на конституционную юрисдикцию земель.

В соответствии с презумпцией компетентности земель (ст. 92) основная часть судопроизводства приходится на долю их судов. Основываясь на общефедеральной традиции, это суды низшей и средней инстанций. Развитие федеральной юрисдикции по отрас-

левому принципу, закрепленное в ст. 95, абз. 1, имеет своим продолжением суды земель, которые также разделены соответственно пяти вышеназванным судебным ветвям.

Высшим судебным инстанциям федерации подчинены следующие органы:

- в общей юрисдикции — высшие суды земель;
- в административной юрисдикции — высшие административные суды земель;
- в финансовой юрисдикции — финансовые суды земель;
- в трудовой юрисдикции — трудовые суды земель;
- в социальной юрисдикции — социальные суды земель.

Оплата и обеспечение судей земель осуществляются на основании федеральных законов об оплате и снабжении чиновников (ст. 74а, абз. 4).

Для сферы юрисдикционной власти характерно верховенство федерального права. Нормы судоустройства и судопроизводства содержатся в основном в федеральных законах. То же самое относится к статусу судей. Применяемое судами материальное право является преимущественно федеральным. Толкование конституционного права и норм обычного федерального законодательства и их дальнейшего правового развития осуществляется главным образом в судопроизводстве ФКС и высших судебных инстанций федерации. Все это ведет к «единству правосудия в федеральном государстве».

В федеративном государстве на базе Основного закона усилилась взаимосвязь компетенции федерации и земель в сфере юрисдикционной власти, и не в последнюю очередь из-за верховенства федерального права и судопроизводства и практики Федерального конституционного суда. Основной закон не проводит в этой области строгого разделения компетенции между федерацией и землями. Переплетения здесь многочисленны. Следует прежде всего указать на единую инстанционную систему, а также на то, что суды земель применяют как федеральное право, так и право земель; более того, наряду с федеральным правом критерием для высших судебных инстанций федерации как кассационных судов может стать право отдельной земли. Решения судов действуют на территории всей федерации. Взаимная правовая помощь должна оказываться всеми судами.

6. Финансовые полномочия

Осуществление компетенции «стоит денег». Это особенно справедливо по отношению к современному социальному, ведущему активную деятельность, государству. Поэтому Основной закон не только производит распределение задач, но и, как всякая базирующаяся на принципе федерации конституция, тщательно регулирует распределение доходов, особенно поступлений от налогов. Распределение доходов от налогов в государстве, где существует общая система налогов, является коренным вопросом политики. От его решения зависит, станут ли реальностью суверенитет фе-

дерации и независимость земель. Это своего рода «клятва на верность» федеративному государственному строю, поскольку именно в этой связи решается, насколько сильны в действительности государства — члены федерации по отношению к федеративному государству в целом.

Распределение поступлений от налогов в федеративном государстве должно зависеть от распределения задач и тем самым от расходов. Поскольку существует внутренняя взаимосвязь между распределением полномочий в Основном законе, с одной стороны, и распределением доходов от налогов — с другой, федерация и земли могут в равной мере претендовать на получение денег, необходимых им для выполнения стоящих перед ними задач и покрытия требующихся в связи с этим расходов. Без такого финансово-экономического подкрепления распределение полномочий носило бы формальный характер и было бы эфемерным. Интенсивность осуществления компетенции в значительной степени зависит от финансирования мероприятий. Однако взаимосвязь доходов и полномочий должна препятствовать тому, чтобы по финансовым соображениям можно было бы пренебрегать компетенцией, установленной Основным законом; таким образом, эта взаимосвязь служит и усилению эффективности, и стабилизации распределения полномочий в федерации.

Наряду с общим указанием Основного закона о распределении компетенции между федерацией и землями выкристаллизуются два конституционно-правовых принципа их взаимоотношений в области финансов: принцип связанности полномочий и расходов и принцип соответствия расходов и доходов. Принцип связанности означает, что каждый государственный уровень несет те расходы, которые вытекают из необходимости решения его задач (ст. 104а, абз. 1 Основного закона). Принцип соответствия обеспечивает федерации и землям соответствующую долю в общем доходе и таким образом способствует реализации их задач. Принципы связанности и соответствия выполняют функцию экономического обеспечения распределения полномочий в федеративном государстве.

Внутренняя взаимосвязь и взаимозависимость этих принципов несколько не пострадали от того, что принцип связанности положен теперь в основу финансовой системы. Если финансирование задачи не относится к компетенции финансирующего властного образования, то возникает вопрос, насколько данный уровень механизма федерации позволяет осуществлять финансирование выполнения задач другого уровня. Ведь предоставление денежных средств связано с оказанием значительного влияния, так как известно: «кто платит, тот заказывает музыку». Таким образом возникает опасность нарушения порядка распределения полномочий путем политики финансирования. Компетенция в области финансирования не только бремя, но и возможность оказывать влияние. С одной стороны, всякий орган государственной власти заинтересован в том, чтобы переложить на кого-то свои расходы

и по возможности сократить свою долю участия в бремени финансирования. С другой стороны, никакое властное образование не откажется от перспектив влияния, открывающихся в связи с возможностью финансирования, тем более если возникает возможность рефинансирования в результате регулирования распределения налогов. Однако возможность такого рефинансирования не автоматична.

С точки зрения права такие исходные данные, как необходимые расходы, текущие расходы и т.д., имеют для распределения налогов настолько жесткий характер, что даже путем соглашений между федерацией и землями их категорически нельзя изменить. Вот почему связь принципов связанности и соответствия практически не так органична, как это могло сначала показаться с точки зрения абстрактной теории. Поэтому особую важность имеет тот факт, что Конституцией бесспорно устанавливаются как сам принцип связанности, так и его конкретное содержание.

В ст. 104а, абз. 1 Основного закона зафиксирован принцип соразмерности: федерация и земли раздельно несут расходы на решение своих задач, поскольку Основной закон не предусматривает иного. Расходы принципиально несет тот, кто отвечает за их решение. Согласно принципу соразмерности, органам любого государственного уровня запрещено перекладывать расходы по финансированию своих задач на другой уровень. Так, к примеру, федерация не может привлечь к участию в финансировании своих проектов земли (включая общины).

Центральный вопрос здесь, по всей очевидности, заключается в том, чья компетенция имеет решающее значение для определения ответственности за расходы: законодательная, административная или судебная. В известном смысле ответ не вызывает сомнений. Законодательная и судебная власти являются преобладающими в сфере ответственности за выполнение задач. Ответ не представляет трудности и тогда, когда речь идет о расходах на не имеющее законодательной базы управление, которое в силу компетенции осуществляется данными органами определенно государственного уровня. В этом случае, очевидно, только административная компетенция является определяющей в вопросах ответственности за финансирование.

Сложнее обстоит дело при управлении по поручению. Здесь определение прав на расходы зависит от того разграничения, которое положено в основу всей ст. 104 Основного закона в целом относительно разграничения расходов на управление и целевых расходов.

Административные расходы представляют собой расходы на содержание органов государственного управления и их аппарата. Целевые — это все расходы, которые должны непосредственно обеспечить решение задач, включая все их аспекты. Разграничение между целевыми и административными расходами в каждом конкретном случае — дело трудное. Закон, который должен вне-

сти ясность в этот вопрос, пока еще не опубликован (ст. 104 абз. 5 Основного закона).

В соответствии со ст. 104а, абз. 1 Основного закона «Федерация и земли несут административные расходы своих ведомств...». В данном случае полномочия в сфере финансирования выводятся из полномочий управления. Такое регулирование имеет смысл, так как направлено на сокращение административных расходов и устанавливает парламентский контроль за расходами.

По тем же причинам, по которым административные расходы возложены на органы государственного управления (ст. 104а, абз. 5 Основного закона), между федерацией и землями делится и материальная ответственность за надлежащее управление. Имеет смысл возложить материальную ответственность на того, кто отвечает за управление, а тем самым и за надлежащее выполнение предписанных задач. Практически материальная ответственность федерации может быть сохранена прежде всего в таких случаях, когда земли действуют по поручению федерации (ст. 104а, абз. 2) или при осуществлении землями федеральных законов, на основе которых предоставляются денежные средства (ст. 104а, абз. 3 Основного закона). Принцип распределения полномочий по целевым расходам между федерацией и землями изложен в ст. 104а Основного закона. Но в ней нет точного указания, из какой компетенции вытекает обязанность финансирования: из законодательной или административной.

Не составляет сложности решить этот вопрос, когда законодательство и управление относятся к одному государственному уровню, например при выполнении землями своих законов, а органами федерации — федеральных законов. В первом случае ими могут быть только земли, во втором — только федерация, т. е. исполнители задач и должны соответственно нести связанные с этим расходы.

Сомнения могли бы возникнуть в том случае, когда федеральные законы реализуются земельными органами власти как свои собственные (ст. 83 Основного закона) или когда земли выполняют законы по поручению федерации (ст. 85 того же закона). Здесь законодательная компетенция и административная переплетаются и вытекают друг из друга, в связи с чем было бы уместно остановиться на содержании ст. 104а.

Статья 104а, абз. 2 Основного закона содержит в отношении исполнения землями федеральных законов по поручению федерации категорическое предписание, согласно которому федерация несет целевые расходы. Внутренняя логика такого решения видится скорее в том, что ведомства земель подчиняются указаниям компетентных высших органов федерации (ст. 85, абз. 3 и 4 Основного закона). В случае, когда земли исполняют федеральные законы как свои собственные, федерация без особых на то полномочий закона, требующего одобрения, может в принципе осуществлять только надзор (ст. 84 Основного закона), а когда земли выполняют федеральные законы и действуют по поручению феде-

рации, она осуществляет и контроль за целесообразностью их действий, причем тоже без специальных на то полномочий. В связи с возможностью оказывать при этом влияние из центра на действия исполнительных органов земель представляется справедливым отнести на счет федерации и целевые расходы.

Если федеральные законы исполняются землями как свои собственные, то целевые расходы несут они. Здесь сохраняется принцип ст. 104а, абз. 1 Основного закона, который необходимо толковать так, чтобы полномочия в области финансирования были привязаны к компетенции управления. Выработка ясной, удобной в практике применения правовой нормы — независимо от ее содержания — отвечает потребности провести грань между компетенцией федерации и компетенцией земель в вопросах финансирования.

Особое регулирование существует в отношении федеральных законов (ст. 104, абз. 3 Основного закона), которые исполняются землями и на основе которых им предоставляются денежные средства (как особая форма целевых расходов). В отношении законов о предоставлении денежных средств Конституция не содержит императивного регулирования; вопрос в том, кому надлежит нести расходы, определяет в большинстве случаев текущее законодательство. Законы, на основе которых предоставляются денежные средства, могут сами предусматривать, поступают ли необходимые средства от федерации целиком или частично.

Если в законе говорится, что земли несут по меньшей мере четверть расходов, то, согласно ст. 104а, абз. 3 Основного закона, для его принятия требуется одобрение Бундесрата. Это правило защищает земли от чрезмерного обременения, гарантируя, что превышение квоты сверх 24,99% может осуществляться только с их согласия. Из упомянутого текста следует, что требование о согласии действительно только в том случае, если в законе содержится точное определение квоты финансирования.

Если же в законе устанавливается, что федерация несет половину или более расходов, то он исполняется по поручению федерации (ст. 104а, абз. 3 Основного закона). Когда финансирование осуществляет федерация, то соответственно расширяется ее влияние, что вытекает из управления по поручению (ст. 85 Основного закона).

Весьма спорен вопрос о том, какая совокупность требований соответствует понятию закона, предоставляющего денежные средства. Закону, на основе которого они предоставляются, достаточно предъявить минимум таких требований. Правда, наличие правопритязания не является необходимым, но выплата средств должна быть предписана законом. Он призван предоставлять землям по меньшей мере программу ассигнований, т. е. наметить достаточно четкие ориентиры, с которыми будут сверять свои действия земли.

В плане конституционной политики содержание ст. 104а, абз.3 Основного закона остается уязвимым, поскольку в случае наличия закона, на базе которого предоставляются средства (когда федерация несет не более трех четвертей расходов), распределение средств производится путем переговоров между федерацией и землями, что не соответствует требованию точного разграничения бремени финансирования, которому должно служить в качестве эталона конституционно-правовое урегулирование.

Если при рассмотрении проблем управления, вытекающего из установок закона, мы говорим преимущественно о том, кому надлежит нести расходы, то при управлении, не имеющем в основе своей правовых норм, на первый план выступает вопрос самого существа полномочий по финансированию. Конкретно речь идет в большинстве случаев о том, должна ли федерация финансировать определенные задачи. Прежде всего это касается фонда управления, отличающегося в понятийном аспекте как раз своей независимостью от законов. Предписания Конституции обычно точно определяют, кто несет ответственность за исполнение тех или иных законов. Если отсутствуют точно установленные федерацией полномочия, то исполнение законов берут на себя земли и ст. 83 Основного закона констатирует это. Здесь возникает только вопрос: кто должен нести расходы по административному управлению. На него отвечают ст. 104а, абз. 5 Основного закона, говорящая о «надлежащем управлении», и ст. 104а, абз. 1—3 Основного закона, определяющая, как покрываются целевые расходы.

Иначе ставится вопрос при управлении Фондом материальных средств. Здесь речь идет не о том, получают ли земли возмещение от федерации, поскольку она сама несет бремя финансирования, а о том, может ли федерация осуществлять платежи. Так как управление Фондом заключается в предоставлении средств, решающим здесь является вопрос о том, может ли федерация вообще управлять в данной сфере, т. е. обладает ли она компетенцией управления. Ответ содержится в ст. 104а, абз. 1 Основного закона, где речь идет о целевых расходах на случаи, когда Основной закон «не предусматривает иного». Этот ответ имеет два аспекта: кто должен нести целевые расходы и кто может осуществлять их. Статья 104а, абз. 1 регулирует финансовое бремя и обязанность финансирования.

Статья 104а, абз. 4 Основного закона уполномочивает федерацию предоставлять землям при соответствующих условиях финансовую помощь. Федерация принимает участие в финансировании инвестиций земель и общин (объединений общин), если ее участие диктуется определенными целями (нарушением структурного равновесия, политическими условиями, а также необходимостью особо важных инвестиций). Федерация сама осуществляет только довольно незначительную часть инвестиций, а четыре пятых приходится на долю земель (включая коммуны). Они по понятным причинам не проявляют особого интереса к расходованию

своих средств на общехозяйственные нужды. Поэтому лучше всего, если ответственность за общее экономическое развитие сохранится за федерацией. Для того чтобы она могла нести эту ответственность, ей необходимо дать сумму полномочий для оказания воздействия на земли (общины), имеющую существенное значение для общего экономического развития. На это и направлена ст. 104а, абз. 4 Основного закона, открывающая для федерации возможность с помощью финансового импульса, несмотря на принцип бюджетной самостоятельности (ст. 109, абз. 1, и ст. 28, абз. 2 Основного закона), побуждать земли, общины и объединения их к расширению инвестиций, выполняя тем самым свою общегосударственную функцию по координации, выравниванию и унифицированию в области конъюнктурной и структурной политики и политики экономического роста, предписанную самой схемой кооперативного федерализма.

Предоставление финансовой помощи неизбежно ущемляет самостоятельность земель, поскольку отклонить финансовую помощь по политическим мотивам они, как правило, не могут. Это должно быть, по меньшей мере, частично компенсировано тем, что федеральный закон, регулирующий подробности (в частности, виды инвестиций, поддерживаемых федерацией), нуждается в одобрении Бундесрата (ст. 104а, абз. 4 Основного закона).

Предоставление финансовой помощи с целью предотвращения нарушения общего экономического равновесия связано с определенной общей экономической ситуацией; финансовая помощь может требоваться, чтобы устранить или помешать случившемуся или грозящему нарушению такого равновесия. Тем самым в распоряжение федерации предоставляется средство для преодоления нарушений, которые, как правило, легко совершаются вследствие неумеренной бюджетной политики земель (включая коммуны) в периоды экономического спада, а также для стимулирования антикризисной инвестиционной политики земель.

В то время как оказание финансовой помощи, необходимой для предотвращения нарушения общего экономического равновесия, предполагает наличие определенной конъюнктурной ситуации, две другие альтернативы по своему содержанию не ставят никаких условий в случае оказания такой помощи: она может быть предоставлена для уменьшения экономических различий на территории федерации или для поддержки хозяйственного развития.

Широкая формулировка ст. 104а, абз. 4 Основного закона создает опасность нарушения федералистской структуры финансовой системы в пользу федерации в ущерб землям. Поэтому оказалось необходимым ввести ограничения. ФКС подчеркнул, что финансовая помощь, согласно ст. 104а, абз. 4 Основного закона, Должна оказываться только в порядке исключения и не может предоставляться вместо распределения поступлений от общих налогов или вместо своевременного и справедливого выравнивания

финансовых потенциалов. Правда, ФКС не развил эту попытку ввести ограничения.

Для ответа на вопрос, кто осуществляет финансирование других задач, помимо федерации, действующей на основе ст. 104а, абз. 4 Основного закона, обратимся к общим его предписаниям: Из содержания ст. 104а, абз. 5 ясно, что административные расходы должна нести федерация. Ведь они возникают в сфере федерального управления. Введением ст. 104а, абз. 1 в Конституцию законодатель, работавший над ней, определил, что полномочие на финансирование вытекает из компетенции административного управления. Федерация может лишь тогда предоставлять выплаты или субсидии, когда обладает административной компетенцией.

Распределение компетенции в данном случае строится по принципу, изложенному в ст. 30 Основного закона, и это касается не только управления на основе дополнительного законодательства, но и управления, не имеющего законодательной базы, и даже того случая, когда государство при выполнении своих задач использует частнопроводные формы. Поскольку Конституция не содержит точного определения полномочий федерации на управление, не имеющее законодательной базы, то федерация может претендовать на право осуществлять финансирование только тогда, когда может сослаться в доказательство на неписаную компетенцию в сфере управления. Но если вся система Основного закона с его гипотезой распределения власти имеет в виду пользу земель, то «молчаливая» компетенция федерации может быть принята только с оговоркой, т.е. при наличии строго определенных предпосылок. Это в первую очередь относится к самой важной форме неписаной компетенции в сфере управления: к управлению федеральными фондами. Согласно теории и практике, федерация может претендовать на такую неписаную компетенцию только исходя из сущности проблемы и ее взаимосвязи с общими задачами политического развития.

В распределении полномочий финансирования (отклонение от принципа соразмерности изложено в ст. 104а, абз. 1 Основного закона) действует особое регулирование общих задач федерации и земель, содержащееся в разд. VIII Основного закона.

В соответствии со ст. 91 а, абз. 1 федерация участвует в выполнении землями их задач, если они имеют значение для всего общества и если участие федерации необходимо для улучшения жизненных условий в следующих областях:

- 1) расширение и строительство новых высших учебных заведений (включая клиники при них);
- 2) улучшение региональной экономической структуры;
- 3) улучшение аграрной структуры и защита береговой линии;

Наряду с названными в абз. 1 предпосылками общие задачи возникают при наличии: общего основополагающего планирования федерации и земель (абз. 3); взаимной обязанности предо-

ставления информации (абз. 5); общей обязанности осуществления финансирования (абз. 4). Более точно общие задачи определяются федеральным законом, принимаемым с одобрения Бундесрата (абз. 2).

Общее планирование (абз. 3) представляет собой вполне допустимую, с точки зрения конституционного права, форму принципиально запрещенного в других случаях смешанного управления. Так, например, оказание финансовой помощи, согласно ст. 104а, абз. 4 Основного закона, не сопровождается четко выраженным разрешением на совместное управление и потому запрещено по общему принципу. Земле нельзя что-либо навязать (ст. 91а, абз. 3). Основополагающий план обязывает Федеральное правительство и правительства земель, но никак не соответствующие законодательные корпорации. Это вытекает из ст. 91а, абз. 4 Основного закона: «Предоставление необходимых средств зависит от включения их в бюджет федерации и земель».

Ответственность за осуществление финансирования регулируется ст. 91а, абз. 4 Основного закона. При выполнении общих задач по расширению и строительству новых высших учебных заведений и улучшению региональной экономической структуры федерация берет на себя половину расходов каждой земли. При осуществлении задач по улучшению аграрной структуры и защите береговой линии доля федерации может даже увеличиваться. Должен быть установлен единый порядок участия всех земель, причем федерация принимает участие только в целевых расходах, но не в расходах на административное управление.

В соответствии с содержанием ст. 91б Основного закона федерация и земли могут действовать сообща на базе соглашений о планировании образования, а также поддерживать учреждения и проекты в сфере научных исследований, значение которых выходит за региональные рамки. Планирование образования и поддержка исследовательской деятельности относятся равным образом к общим задачам федерации и земель. Распределение расходов регулируется договоренностями. Соответствующее предписание ст. 91а, абз. 4 Основного закона, имеющее широкое применение, в данном случае не учитывается.

7. Финансовая самостоятельность и субсидии

Структура финансовой системы определяет материальную сторону государственного порядка. Как раз в федерации с разделением власти между государством в целом и ее членами финансовая сфера приобретает огромное значение, а ее соразмерное и пропорциональное регулирование представляет собой общую основу государственного строя. Финансовая система (не нарушая требований федеративной лояльности, взаимного дополнения и сотрудничества, направленных на всеобщее благо) должна разграничивать двусторонние обязанности в области финансирования между федерацией и ее членами, разделить компетенцию в нало-

говом и бюджетном законодательстве, а также распределить доходы от налогов между государством в целом и его частями. При определении того, как финансовая система делит право распределения денежными средствами между федерацией и ее членами и улаживает споры относительно финансового выравнивания между структурами, обладающими полномочиями в сфере финансов, в значительной степени решается вопрос также и о соотношении влияния и сил в федерации. Для создания стабильной, дееспособной федеративной системы недостаточно пропорционально «раздать» полномочия по осуществлению законодательной, административной и судебной властей федерации и ее членам. Еще важнее распределить полномочия в сфере финансов и соответственно денежные средства. Как раз в спорах о компетенции по вопросам финансов и об участии в национальном доходе от налогов с особой силой отражается присущая федеративному государству напряженность, вызванная наличием унитаристских и федералистских тенденций.

В концепции Основного закона все большее признание получает функция финансовой системы как основы и гармонии осуществления полномочий. Как неоднократно констатировал ФКС, ст. 104а и другие Основного закона, базирующиеся на принципе соразмерности, согласно которому обязанности осуществления финансирования федерацией и землями напрямую зависят от конституционно-правового распределения их задач, предопределяют право распоряжаться финансовыми средствами и осуществлять финансовое выравнивание; именно они являются одной из несущих опор всего федеративно-государственного порядка. Они должны гарантировать такой финансовый режим, который обеспечивал бы справедливое участие государства в целом и его членов в общем доходе народного хозяйства; федерация и земли в пределах имеющихся в их распоряжении общих доходов должны быть обеспечены так, чтобы они могли нести необходимые расходы по выполнению своих задач. Углубляя и развивая свои тезисы, ФКС недавно решил, что многоступенчатая система распределения доходов, согласно федералистскому характеру финансовой системы, нацелена на то, чтобы поставить федерацию и земли в положение, которое предопределено возложенными на них конституционно-правовыми задачами. Только таким образом может стать реальностью взаимная государственная независимость федерации и земель, проявиться их инициатива и ответственность.

В демократическом правовом государстве, где масштабы финансового потенциала юридически определяются Конституцией, средства на осуществление государственных задач и обязанностей мобилизуются принципиально за счет всех граждан в соответствии с их имущественным положением. Сверхважный источник пополнения государственных бюджетов ФРГ — доходы от налогов, составляющих почти 80% государственных доходов. С помощью налогов государство привлекает каждого — в зависимости от его индивидуального потенциала — к финансированию государствен-

ных задач, осуществлению которых содействуют принципиально на равных основаниях все налогоплательщики, проявляя своим участием заботу о процветании государства. В связи с превалирующим значением налогов для финансирования государственных задач федерации и земель право устанавливать налоги становится главным звеном в системе государственного управления финансами.

Права законодательства федерации и земель в сфере налогов определены в ст. 105 Основного закона. Но компетенционная норма не касается материальных критериев и границ налогового обложения. Распределение компетенции в первую очередь относится скорее к федеративному экономическому государственному порядку. Оно окончательно устанавливает рамки права территориальных корпораций, объединенных в федеративном государстве, на получение доходов и одновременно меру идентичности налогового права и обложения. В то время как распределение полномочий устанавливает зависимость их осуществления в области налогообложения от предусмотренных нормами конституционного права положений и таким образом очерчивает объем прав по регулированию и страхует гражданина от неорганизованного посягательства конкурирующих структур власти на его деньги, оно выполняет также и важную функцию защиты прав личности.

Следуя конституционным традициям, Основной закон ФРГ при распределении законодательной компетенции между федерацией и землями с самого начала предусмотрел достаточно сильную ориентацию на центр, еще более укрепившуюся в результате финансовой реформы 1969 г. Приоритет федерации выражен здесь намного ярче, чем обычно это бывает в области законодательства, поскольку на основе исключительных законодательных полномочий (ст. 105, абз. 1 Основного закона) и конкурирующей законодательной компетенции (ст. 105, абз. 2 Основного закона) ему предоставлено в налоговой сфере обширное поле деятельности.

Такая концентрация в руках федерации законодательных полномочий была бы немыслимой, если бы создатели Основного закона не разъединили право пользования доходами от налогов и законодательную компетенцию в этой сфере. Указанное разъединение позволило, с одной стороны, обеспечить с помощью развивающейся централизации законодательной деятельности по налогам проведение единой финансовой политики, признанной необходимой для сохранения правовой и хозяйственной целостности, а с другой стороны, предоставить федерации и землям право в принципе за счет собственных средств финансировать выполнение возложенных задач путем предоставления им собственных источников дохода или доли в общих налоговых поступлениях.

Преимущество федерации в налоговом законодательстве может быть компенсировано землям только тем, что ее законы о налогах, поступления от которых полностью или частично идут землям или общинам, нуждаются в одобрении Бундесрата

(ст. 105, абз. 3 Основного закона). Тем самым землям предоставляется компенсация за вытеснение их из сферы налогового законодательства и одновременно ставится преграда усилению финансового положения земель. Лишь согласованность предписаний материального налогового законодательства и конституционно-правового регулирования по поводу распределения поступлений от налогов окончательно определяет расстановку сил между федерацией и землями в вопросах финансов. Поэтому предоставление Бундесрату возможности равноправного участия в налоговом законодательстве было необходимо для сохранения материальной заинтересованности земель; это право на участие остается необходимым условием функционирования федеративной государственности и единой финансовой системы, при которой земли не могут сами устанавливать, какие источники налогов для них важнее.

Наконец, следует учесть, что полномочия земель простираются много дальше сферы налогов, поступающих в их пользу (ст. 108 Основного закона). В целом вследствие дифференцированного распределения прав в различных сферах налоговой системы создается очень тонкий механизм разделения властей в федеративном государстве. В связи с этим вообще не принято оценивать преимущество федерации на ниве налогового законодательства изначально как нарушение баланса федеративной государственности в области финансов.

Согласно ст. 105, абз. 1 Основного закона, федерация обладает исключительной законодательной компетенцией (ст. 71 Основного закона) в области таможенного дела и финансовых монополий. В этой сфере земли не имеют права законодательствовать и тогда, когда федерация не использует свои права. Указанные в ст. 105, абз. 1 финансовые полномочия, находящиеся в зоне исключительной законодательной компетенции федерации, ныне почти отжили свой век. Под финансовой монополией понимается право государства, исключая иных лиц, производить, покупать или сбывать определенные материальные ценности с целью получения доходов. Речь не идет здесь о некой форме налогообложения. Упоминание финансовых монополий в ст. 105, абз. 1; ст. 106, абз. 1; ст. 108, абз. 1 Основного закона было оценено ФКС как подтверждение существования на момент вступления его в силу двух монополий: винной и табачной. Введение новых монополий может потерпеть неудачу из-за гарантии свободы профессии (ст. 12, абз. 1 Основного закона). Между тем табачная монополия была отменена.

Благодаря ст. 105, абз. 2 Основного закона конкурирующая законодательная компетенция федерации занимает господствующее положение. Федерация обладает конкурирующей законодательной компетенцией (ст. 72 Основного закона) по всем другим налогам, если поступления от них принадлежат ей целиком или частично, а также если имеют место условия, указанные в ст. 72, абз. 2. Исключением являются лишь местные косвенные налоги

(ст. 105, абз. 2а) и церковный налог (ст. 140 Основного закона в сочетании со ст. 137, абз. 6 Веймарской Конституции).

Принцип перечисления видов налогов (в ст. 105, абз. 2 Основного закона), подлежащих ведению федерации, позволил сосредоточить в настоящее время в ведении федерации почти полностью налоговое законодательство в области не только существующих, но и запланированных на будущее налогов; таким образом, она обладает, по сути дела, исключительным правом на введение налогов. Конкурирующая компетенция зависит теперь, поскольку не определяется отчасти уже правом федерации распоряжаться доходами, исключительно от одной из трех альтернатив, упомянутых в ст. 72, абз. 2 Основного закона и обосновывающих необходимость федерального законодательного регулирования. Законодательные полномочия федерации простираются даже на такие виды налогов, которые не присущи германской налоговой системе и уже отменены или существуют в измененном виде. Но по сложившимся представлениям тем не менее право федерации на введение новых налогов и на изменение их в пределах конкурирующей законодательной компетенции ограничивается фактически налогами или видами налогов, упомянутых в их перечне (ст. 106 Основного закона). Даже по смыслу ст. 105, абз. 2 Основного закона федерация не может вводить какие-либо новые налоги, если они не находят места среди других, указанных в ст. 106 Основного закона, и вследствие этого отсутствует указание, кому принадлежит право распоряжаться поступлениями от них.

Единственным ограничивающим законодателя условием при введении налога, которое ставит ст. 106 Основного закона, является обязанность сохранить функциональность конституционной системы распределения налоговых доходов. Поэтому признается, что федеральный законодатель непременно должен видоизменить или даже отменить земельный налог; поскольку этим нарушается федеральное финансовое равновесие и не происходит никакой компенсации вследствие предпринимаемых одновременно мер другого вида со стороны налогового права, надлежит возместить возникшие в результате этого потери бюджетных доходов земель, во всяком случае в пределах норм распределения доходов по ст. 106, абз. 3 и 4 Основного закона. Против любых значительных нарушений равновесия системы распределения в результате того или иного действия законодателя в сфере налогов предусмотрена защита в виде включенного в систему распределения механизма ревизии, который позволяет даже в условиях изменившегося соотношения доходов и расходов обеспечивать в отношениях федерации и земель необходимый баланс.

Законодательство федерации о налогах, поступления от которых принадлежат ей полностью или частично (ст. 106, абз. 1 и 3 Основного закона), не требует особой проверки полномочий в сфере федерального законодательного регулирования в большей мере, чем это предусмотрено применительно к конкурирующему законодательству ст. 72, абз. 2 Основного закона для защиты

интересов земель. Тем самым компетенция в сфере конкурирующего законодательства по таким налогам приближена к компетенции в сфере исключительного законодательства. Это понятно, поскольку принадлежность доходов федерации ведет в данном случае фактически к монопольному ее законодательству. Напротив, конституционный законодатель поставил законодательную компетенцию федерации по налогам, доходы от которых принадлежат только землям (общинам), в зависимость от ограничительной оговорки (ст. 72, абз. 2 Основного закона). Значение этого ограничения, во всяком случае в конституционной практике, в действительности невелико.

Поскольку речь идет только о конкурирующей законодательной компетенции, федерация могла бы отказаться, по крайней мере в какой-то части, от собственного регулирования и тем самым дать землям возможность законодательствовать самим (ст. 72, абз. 1 Основного закона). Фактически федерация давно уже в большом объеме реализовала свою компетенцию, используя практику налогового законодательства, существующую еще со времен Веймарской Конституции. Вследствие этого существующие в настоящее время налоги, даже те, что принадлежат землям (включая общины), в основном регулируются единообразно во всей федерации.

В области конкурирующей законодательной компетенции (в соответствии со ст. 105, абз. 2 Основного закона) землям принадлежит право законодательствовать лишь тогда и постольку, поскольку не существует необходимости в федеральном законодательном регулировании или федерация не использует свои законодательные права. Чтобы предостеречь законодателя земель при реализации права введения новых видов налогов от опасности вторжения в сферу федерального налогового законодательства, в принципе достаточно, чтобы обратившие на себя внимание объекты налогообложения считались бы в конкурирующем законодательстве окончательно и исчерпывающе урегулированными. Даже в том случае, если федерация не предпринимает в сфере конкурирующего законодательства никакого специального регулирования, по существующему мнению она уполномочена установить для земель обязательное для них приостановление полномочий и тем самым использовать право на конкурирующее законодательство в негативном плане. Но если федерация намерена эффективно помешать тому, чтобы земли или одна из них считали этот налог земельным, она должна парализовать такого рода законодательство точным и однозначным своим регулированием. Это можно было бы осуществить, если бы федерация для выравнивания отменяла один налог и увеличивала бы другой. Основной закон в ст. 72, абз. 1 ничего не говорит о том, что земли теряют законодательные права уже потому, что федеральный законодатель придерживается определенных представлений о ценностях и целях, пусть это даже и находит выражение в федеральных законах; из-за того, что нет противодействующего точного

федерального предписания, земли скорее управомочены в сфере конкурирующего законодательства на издание законов, противоречащих представлению федерального парламента по финансовым или хозяйственно-политическим вопросам. Так как в области конкурирующей компетенции права земель по налоговому законодательству, в том числе введению налогов, в значительной степени подвержены отмене ввиду законодательной активности федерации, решающим является момент, когда федерация использует свои законодательные права (ст. 72, абз. 1 Основного закона).

Статья 105, абз. 2а Основного закона предоставляет землям узкую сферу деятельности по вопросам исключительного налогового законодательства. Здесь им предоставляются исключительные полномочия в области местных косвенных налогов, поскольку они не идентичны налогам, регулируемым федеральным законодательством; в этой сфере отрицается необходимость федерального законодательства и, таким образом, единого урегулирования.

В отличие от налогов отчисления неналогового характера в пользу государства Основным законом точно не регулируются. Право устанавливать такие отчисления — пошлины, взносы, особые выплаты — вытекает поэтому из общего порядка распределения компетенции в ст. 73 Основного закона. Так, компетенция по регулированию пошлин и взносов является дополнением к законодательной компетенции, распространяющейся на соответствующие обязанности выплаты пошлины или взносов, например регулирование взносов на социальное обеспечение, включенное в законодательную компетенцию по социальному обеспечению (ст. 74 Основного закона). Особые отчисления, предназначенные для регулирования в сфере хозяйства, подпадают под такую формулировку компетенции федерации, как хозяйственное право (ст. 74, п. 11 Основного закона).

Если Конституция при распределении финансовой власти между федерацией и землями в категорической форме очерчивает только налоговую компетенцию, то это не означает, что отчисления неналогового характера вынесены за скобки в финансовой системе федеративного государства, что у федерального и земельного законодателей развязаны руки в сфере введения, разработки и расширения такого рода денежных обязанностей. Конституционный законодатель, очевидно, считал, что для сохранения финансового и политического баланса власти между партнерами в федерации достаточно разграничить налоговую законодательную компетенцию, право на получение доходов от налогов и полномочия по управлению налогами. Правильно то, что в федеративном государстве, построенном на разделении и сбалансировании финансовой и политической власти, необходимо сочетание и разграничение полномочий.

В связи с тем что земли лишь в сравнительно скромном объеме имеют возможность посредством собственного законодательства влиять на объем общегосударственных доходов от налогов, ре-

гулирование распределения поступлений из этих бесспорно важнейших государственных источников доходов между ними и федерацией приобретает для земель более важное значение. Отсюда необходимость стройной конституционно-правовой системы дележа денежных доходов в федеративном государстве, которая, несмотря на большую подвижность и гибкость, не может быть функционально изменена или обойдена в любое время.

В первом приближении система финансового распределения охватывает разграничение компетенции в сфере получения доходов от налогов и прочих государственных доходов и последующего корректирующего их перераспределения. Однако, поскольку дело касается первичного распределения доходов от государственных поступлений, предоставления изначально причитающегося федерации и землям финансового обеспечения, а не самого сбалансирования, было бы правильнее толковать понятие финансового выравнивания ограничительно.

Основной закон регулирует в ст. 106 вертикальное распределение поступлений от налогов, сочетая системы их распределения и объединения. Некоторые виды налогов соответственно системе их разделения принадлежат федерации, другие, также большей частью регулируемые федеральными законами, — землям. Только федерации, согласно ст. 106 Основного закона, принадлежат пошлины, большинство косвенных налогов (среди них налог на нефть, алкоголь, табак, соль, кофе, чай и др.), некоторые налоги с оборота ценных бумаг, выплаты в рамках Европейского сообщества и т.д. В 1989 г. они составили приблизительно 51,2 млрд. марок.

Только землям, согласно ст. 106, абз. 2 Основного закона, принадлежат доходы от налога на имущество, с наследства, на автомашины, от налогов на транспорт (поскольку они не поступают федерации или ей и землям одновременно), от налога на пиво и, наконец, отчисления от доходов игорных учреждений. В 1986 г. они составили приблизительно 21,3 млрд. марок. Общие поступления формируются за счет наиболее значительных доходов от налогов (подходный, налог с корпораций, налог с оборота); доходы от этих трех значительных, в большой мере зависящих от развития экономики, налогов принадлежат (в соответствии со ст. 106, абз.3 Основного закона) федерации и землям одновременно (система объединения). Участие земель в получении тесно связанных с региональным экономическим потенциалом доходов от подходного налога и налога на корпорации вызывает их финансовую заинтересованность в развитии собственного хозяйства; для федерации участие в получении доходов, подверженных в значительной степени сильным конъюнктурным колебаниям, означает, что она, как ответственная за проведение конъюнктурной политики, будет сопоставлять последствия своей политики с собственным бюджетом. Доходы федерации от этих налогов составили в 1986г. приблизительно 333,7 млрд. марок (подходный налог — 190,2 млрд. марок, налог с корпораций —

32,3 млрд., налог с оборота — 111,1 млрд.), что равно почти 75% общего дохода.

От налога с корпораций федерация и земли получают доход в равных долях, так же как и от подоходного налога, за вычетом 15% в пользу общин (ст. 106, абз. 3 Основного закона). Таким образом, они в одинаковой степени участвуют в доходах от этих растущих (при благоприятном развитии экономики — ускоренно) налогов. В отличие от твердого конституционно-правового предписания о разделении доли обеих сторон в поступлениях от подоходного налога и налога с корпораций Основной закон сознательно оставил открытым вопрос о налоге с оборота. Конституционный законодатель хотел отдать распределение дохода на усмотрение федерального законодателя, который должен руководствоваться развитием потребностей федерации и земель (ст. 106, абз. 3 Основного закона). Этому и должна соответствовать система распределения налогов.

Доход от налога с оборота в рамках первичного распределения доходов между федерацией и землями (в соответствии со ст. 106 Основного закона) является подвижной статьёй, причем определяемой федеральным законодательством. Поэтому доли поступлений от налога с оборота в пользу федерации и земель предписываются федеральным законом, который нуждается в одобрении Бундесрата (ст. 106, абз. 3 Основного закона); такое решение неизбежно имеет важное политическое значение и определяет эффективность финансового обеспечения федерации и земель.

При выделении доли следует ориентироваться (ст. 106, абз. 3 Основного закона) на равное право в покрытии необходимых расходов федерации и земель; потребности должны быть согласованы так, чтобы выравнивание обошлось недорого. Здесь, уже в вертикальном распределении, проявляется экономичный подход к расходам и потребностям в отношении земель в целом.

Если федерация и земли имеют равное право на покрытие своих необходимых расходов, то это само собой понятно с точки зрения принципа федеративного государства. И все же появляется искушение видеть за необходимыми расходами федерации и земель объективно заданные величины, хотя они находятся в очевидной зависимости от автономных политических решений сторон. Вероятно, не все задачи и связанные с ними расходы, которые в процессе распределения заявляются федерацией и землями, можно признать необходимыми. В то же время круг необходимых расходов, видимо, не может быть ограничен расходами на задачи, осуществление которых диктуется федеральным и земельным конституционным правом.

Для того чтобы решить, какие расходы федерации и земель являются необходимыми в смысле ст. 106, абз. 3 Основного закона, поскольку они предназначены для выполнения неотложных задач, нужен единый критерий. Его следует взять из содержания Конституции: всеохватывающим показателем могут служить

только интересы сообщества, соответственно — общее благосостояние.

В любом случае было бы заблуждением думать, что масштаб общегосударственных интересов можно точно определить относительно значение и неотложность подлежащих выполнению на различных уровнях федеративного государства задач и, таким образом, стоящих за ними политических целей. Понятие «необходимые расходы», т. е. предназначенные для осуществления необходимых задач, даже если руководствоваться интересами государства в целом, предполагает в каждом отдельном случае множество связанных с ситуацией предварительных решений. Такую формулу следует поэтому оценивать как неопределенное правовое понятие, для которого характерно, что высказывания в пользу его применения поддаются проверке в каждом отдельном случае, с точки зрения объективных критериев, лишь в ограниченном объеме. Специфика государственных интересов и круг необходимых задач и расходов, которые должны быть учтены при распределении доходов от налога с оборота, поддаются в большей мере политическому решению, а значит, обязывающей формулировке компетентных государственных органов относительно соблюдения общих интересов. Следовательно, это, по существу, задача в первую очередь партнеров по федеративному государству, а также федерального законодателя в соответствии со ст. 106, абз. 3 Основного закона. На практике это задача Бундстага и, соответственно, Бундесрата — своеобразных партнеров в федеративном государстве. Только нарушение пределов, квалифицируемых политическим решением как необходимые расходы, существенно с точки зрения конституционного права. Ограниченность конституционно-правовых принципов объясняет, почему распределение доходов от налога с оборота постоянно является источником жарких финансово-политических споров.

Трудности, возникающие при распределении налога с оборота, привели на практике к тому, что федерация и земли сначала смогли прийти к соглашению относительно своих долей только на ограниченный срок: максимум на два года. Но с точки зрения теории конституционного права, наоборот, только распределение, не ограниченное сроками, следовало бы считать конституционным принципом; невыгодно, когда соотношение между доходами и расходами федерации и земель часто существенно изменяется. Опасения в отношении правил, ограниченных сроками действия, вызваны прежде всего требованием стабильного регулирования соотношения долей участия федерации и земель в распределении поступлений от налога с оборота. В 1986 и 1987 гг. доля федерации в доходах от налога с оборота составляла 65%, а земель — 35%.

На практике модель распределения доходов от налогов, которая с самого начала была бы справедливой и имела бы более серьезные гарантии, чем сглаживание разногласий между феде-

рацией и землями по поводу их доли в налоговой массе, пока неясна.

Здесь в коренном для федеративного государства вопросе проявляется основная идея: федерализм — не готовая, окончательно урегулированная с позиций конституционного права система, а открытый, незастывший порядок, продолжающий развиваться в результате импульса, полученного первоначально от принятия Конституции.

Согласно описанному распределению доходов от налогов между федерацией и землями, ст. 107, абз. 1 Основного закона регулирует горизонтальное движение этих поступлений; речь идет об определении принадлежащих всем землям вместе доходов от земельных налогов, а также о распределении общих доходов земель между отдельными землями.

Подводя итоги, следует сказать, что первоначальное распределение доходов от налогов, которые Основной закон предоставляет землям целиком в качестве их исконного финансового обеспечения, а также в зависимости от сбора местных налогов, корректируется ранжированием потребностей. При этом упор делается всегда однозначно на зависимость их удовлетворения от сбора местных налогов; что касается самих потребностей, то принимается во внимание лишь известный их объем. Примечательно, что Конституция не просто предусматривает доходы земель от тех или иных налогов и потом предлагает им обходиться собранными их органами собственными доходами от этих местных налогов; конечно, в большей степени размерами потребностей она руководствуется при вертикальном распределении средств между федерацией и землями (ст. 106, абз. 3 Основного закона), а также при распределении доходов от налогов всех земель между отдельными землями (ст. 107, абз. 1). В этом проявляется найденный Конституцией компромисс между существующей в финансово-хозяйственной области государственностью собственно земель и государственностью, вытекающей из принципа федерализма, что предполагает участие в использовании финансового потенциала всего государства.

Регулируемое ст. 107, абз. 2 Основного закона выравнивание финансовых возможностей предполагает перераспределение доходов от налогов. С его помощью результаты первичного распределения дохода корректируются путем перераспределения денежной массы в пределах земель, а в случае необходимости — за счет дополнительных субсидий федерации, поскольку определение доли доходов земель от налога с оборота пропорционально численности их населения и выплата доли повышенных доходов отдельным землям еще не привели к выравниванию региональных финансовых потенциалов.

Средства, полученные землей в результате первичного распределения доходов от налога, частично изымаются в пользу другой земли, поскольку результаты первичного распределения, даже с учетом государственной самостоятельности земель, оказываются

несовместимыми с мыслью о солидарности частей федеративного государства. Более слабым в финансовом обеспечении землям грозит опасность попасть в зависимость от более сильных земель или от федерации.

Горизонтальный уровень выравнивания не может рассматриваться просто как продолжение другими средствами первичного распределения налоговых доходов, так как в этот процесс втянуты сами земли с их собственными финансовыми потенциалами, а в определенных случаях обеспечена и поддержка при помощи выплат федерации, направленных на выравнивание финансовых возможностей; в ходе такого мероприятия земли, более сильные в финансовом отношении, вынуждены жертвовать собственными средствами. В том случае, когда Основной закон требует гарантии выравнивания, осуществляется союзный принцип взаимной поддержки, и это наблюдается не только в отношениях между федерацией и землями, но и между самими землями. Этот принцип обязывает землю, несмотря на ее самостоятельность и финансовую независимость, оказывать помощь другой, более слабой в финансовом отношении земле.

В этом принципе одновременно заложены и пределы помощи. Выравнивание финансовых возможностей земель, таким образом, не является средством замены первичного распределения доходов, регулируемого ст. 107, абз. 1 Основного закона. Это регулирование в значительной мере направлено не на ликвидацию различных финансовых потенциалов земель, возникших в результате первичного распределения доходов, а на то, чтобы оно стало еще более очевидным; это различие выравнивается лишь в известном объеме, но не полностью.

Итак, предметом финансового выравнивания является существующие между землями различия их финансовых потенциалов. Мерилом при распределении (на основании Закона о выравнивании финансовых возможностей между федерацией и землями) служит их сравнительный финансовый потенциал. Он таким образом, становится ключевым понятием для финансового выравнивания, предусмотренного ст. 107, абз. 2 Основного закона.

ФК.С определил, что понятие финансового потенциала следует рассматривать в широком плане и не сводить его только к налоговому потенциалу (соотношению между налоговыми поступлениями и численностью населения). Правда, среди показателей финансового потенциала земель налоговым поступлениям отводится первостепенная роль, почему и необходимо при установлении финансового потенциала учитывать в принципе все налоги. Но если за основу и масштаб были бы взяты только доходы от налогов, а прочие поступления остались бы вне поля зрения, то связанное с этим выравниванием вмешательство в дела независимых земель невозможно было бы оправдать союзным принципом взаимной поддержки. Поэтому для сравнительного анализа должны быть привлечены и все платежи, которые не имеют нало-

гового характера, но значительны по объему, и которые причисляются не всем землям в одинаковой мере.

Актуальность финансового потенциала каждой отдельной земли определяется не только бюджетными доходами, но и финансовыми потребностями, поскольку достигнутый финансовый уровень сам по себе не может свидетельствовать о потенциале. Определенное законом регулирование ориентируется на численность населения. Этот подход диктуется соображением, согласно которому все земли в принципе должны выполнять одинаковые задачи по отношению к своему населению.

Помимо сказанного необходимо принять во внимание наличие особых потребностей каждой земли, не обусловленных численностью ее населения. Этот показатель может указывать только на регулярную потребность в финансовых средствах. Вот почему недопустима, а также неприемлема трактовка потребностей в качестве действительного и единственно верного критерия финансовых чужд. Расходы, которые вызывают в отдельных землях особые финансовые потребности и изначально не могут быть покрыты за счет соразмерного обременения других земель, вытекают, например, из специфики экономики, географического и социального положения той или иной земли.

Подтверждением этого положения может служить ст. 107, абз. 2 Основного закона, недвусмысленно предписывающая учитывать при выравнивании финансовых потенциалов земель возможности и потребности общин (их объединений). Нет причины, которая могла бы оправдать иное отношение к финансовым потребностям общин (с позиций конституционного права категорически причисленных к земельным) по сравнению с потребностями в деньгах самой земли.

Сущность горизонтального финансового выравнивания тоже в целом говорит в пользу необходимости учитывать особые финансовые потребности, являющиеся результатом особых расходов. Вырастающие из особых затрат какой-либо земли, особые финансовые потребности должны удовлетворяться в рамках горизонтального финансового выравнивания.

Цель горизонтального выравнивания финансовых потенциалов земель, согласно ст. 107, абз. 2 Основного закона, — обеспечить выравнивание различных финансовых потенциалов земель по возможности. Это предписание дает поручение федеральному законодателю в обязывающей форме, хотя и в плане конкретизации. Широкая свобода действий при определении возможностей, в которой остается место для процесса выработки политического решения и компромисса, очевидна. Выравнивание финансовых возможностей земель запрограммировано принципиально присущей федеральному государству задачей: найти золотую середину между независимостью, самостоятельностью и сохранением индивидуальности земель, с одной стороны, и общей солидарной ответственностью всех за существование и независимость федерации — с другой. Как из смысла выравнивания по возможности, так и

из упомянутого уже принципа федеративного государства следует, что горизонтальное финансовое выравнивание не должно вести ни к значительному ослаблению потенциалов земель, на которые возложены обязанности по выплате средств, ни к нивелированию финансового положения земель. Здесь развитие функций социального государства ограничивается. Важнее всего, чтобы в самих землях воля и расчет на собственные силы не ослабевали и чтобы не нарушалось стремление к собственной инициативе и увеличению производства.

Статья 107, абз. 2 Основного закона как бы завершает систему финансового распределения и выравнивания. Об этом регулировании говорится: «Федерация предоставит субсидии из своих средств экономически слабым землям для дополнительного покрытия их общих финансовых нужд (дополнительные субсидии)». Снова здесь проступает союзный принцип взаимопомощи. Результаты горизонтального выравнивания не ставятся принципиально под вопрос в связи с дополнительными ассигнованиями; они только еще раз подвергаются корректировке в том случае, когда федерация предоставляет возможность одному или нескольким ее членам улучшить финансовое положение. Поэтому дополнительные субсидии способны выполнять функцию максимального выравнивания и достижения эталона равновесия.

Федерация не имеет права использовать дополнительные субсидии на то, чтобы полностью уравнивать различные финансовые потенциалы земель или создать слабым в экономическом отношении землям финансовый потенциал выше среднего. Предоставление дополнительных субсидий принципиально отдано на усмотрение закона, но не безгранично. Принятие федеральным законодателем решения зависит в значительной степени от того, насколько финансовый потенциал слабей в экономическом отношении земли поднят до среднего уровня в результате горизонтального выравнивания. В государственной практике дополнительные субсидии предоставлялись в течение десятилетий одному и тому же кругу получателей. Возникла как бы «окаменелость» круга претендентов, на получение средств в результате перераспределения, что противоречило смыслу и цели института выравнивания, а также требованиям принципа равноправия участников федерации. Поэтому ФКС оценил долголетнюю практику предоставления субсидий как антиконституционную.

Вместе с предварительно осуществляемой системой первичного распределения налоговых поступлений система финансового выравнивания представляет собой многоступенчатую систему дележа средств в федеративном государстве, для которого последовательность стадий имеет очень важное значение. Поскольку выполнение задач и ведение бюджета в силу собственного обеспечения финансами таят преимущества перед возможным осуществлением задач, только с чужой помощью, поскольку отдельные стадии процесса распределения и выравнивания выстраиваются согласно их логике и поскольку им соответствуют специфические

цели, эти стадии находятся в строгой взаимной последовательности, соответствующей конституционному праву.

Финансовому выравниванию в этом смысле не способствуют целенаправленные субсидии и совместное финансирование определенных задач, которые допускаются Основным законом, с тем чтобы облегчить землям выполнение их задач и уменьшить бремя расходов. Сюда относится, помимо всего прочего: финансовая помощь федерации (ст. 104а, абз. 4 Основного закона), участие в финансировании со стороны федерации в пределах общих задач, согласно ст. 91 а, и выплаты на выравнивание особого финансового бремени в соответствии со ст. 106, абз. 8 Основного закона.

Так как земли фактически, как правило, вынуждены принимать от федерации с готовностью предоставляемые ею средства и добавлять собственные, они становятся все более ограниченными в распоряжении своими капиталами. Этот сдвиг внутри федеративной структуры ложится тяжелым грузом на парламенты земель, так как и без того довольно ограниченная масса свободных средств в их бюджет во все возрастающих размерах привязывается к инвестициям на выполнение общих задач. Соответственно постоянно сужается свобода принятия решений в бюджетном законодательстве: по современной оценке в среднем более 50% средств, находящихся в распоряжении земель, в настоящее время связаны инвестиционными целями совместного финансирования. В этом заключается серьезная опасность для самостоятельности и независимости бюджетного хозяйства земель, а тем самым и для федеративной государственности в целом.

Управление налогами (включая пошлины) издавна превратилось в вопрос разделения власти между государством в целом и его членами; свидетельство тому — не только история Германской конституции. В федеративном государстве, подобном нашему, где федерации принадлежит роль налогового законодателя, распределение компетенции налогового управления имеет большое значение для гармоничности федеральной системы. Основной закон содержит точное регулирование и этого, в широком смысле важнейшего способа распределения финансовых полномочий.

Компетенция управления неналоговыми государственными отчислениями ориентируется на общий порядок распределения компетенции: правами обладает та корпорация, на которую возложено осуществление государственной задачи, ради которой взимается данный налог.

Распределение компетенции управления налогами между федерацией и землями регулируется в ст. 108 Основного закона;

даже когда в этих предписаниях говорится о федеральных финансовых органах и финансовых ведомствах земель, на самом деле регулируется только управление налогами и финансовыми монополиями государства. Исполнение этого регулирования призван служить Закон о налоговой инспекции.

В соответствии с общим распределением компетенции в сфере управления вообще и в управлении налогами центр тяжести приходится на земли. Конституционный законодатель должен был поэтому найти пути, чтобы гарантировать единообразие и рациональность взимания больших налогов, регулируемых федеральным законом.

Статья 108 Конституции учитывает требования единообразия и целесообразности налогового обложения в разных формах. Ограничение организационной структуры и персонального состава финансовых ведомств федерации и земель в среднем звене будет специфическим образом содействовать согласованности налогового управления, унификации и эффективности исполнения закона. Большое практическое значение для одинакового применения налоговых законов, а также для гарантирования соблюдения финансовых интересов федерации имеет также то, что финансовые ведомства земель наряду с другими налогами управляют по поручению федерации и общими налогами. Это управление по поручению руководствуется принципами, изложенными в ст. 85 Основного закона. Статья 108, абз. 3 предусматривает некоторое отступление от ст. 85, когда передает право давать указания и полномочия надзора федеральному министру финансов как полномочному ведомственному министру (вместо Федерального правительства); таким образом, ему предоставлено решающее средство регулирования и в отношении финансов земли. Далее очень важно, что в соответствии со ст. 108, абз. 5 Основного закона создана (вместе с Положением о налогах и платежах) единая процедура регулирования налогов. Для обеспечения порядка налогового обложения и конкретизации процессуальных норм регулирования ст. 108, абз. 7 Основного закона разрешает Федеральному правительству издавать общие административные предписания; правда, если регулирование налогов возлагается на финансовые ведомства земель или общин (их объединений), необходимо согласие Бундесрата. На этом предписании базируются директивы по осуществлению крупных налоговых законов.

Анализ порядка распределения финансовых полномочий и финансовых средств для выравнивания уровней земель в федеративном государстве показывает в целом наличие многоступенчатой и тонко расчлененной системы распределения, уравнивания и выравнивания федеральной финансовой власти при помощи дифференцированной системы полномочий. В пределах норм конституционного финансового права остается еще значительная свобода действий для конкретного формирования финансовой системы.

Не без оснований, по меньшей мере, кажется уязвимым федеральный порядок управления финансами, установленный согласно ст. 108 Основного закона. В сфере налогового законодательства центральной проблемой являются господствующие позиции федерации. Даже если в большинстве случаев недооцениваются широкие законодательные полномочия, предоставленные в на-

стоящее время землям, было бы желательно открыть свободную дискуссию о предоставлении им и общинам еще больших и более разнообразных возможностей для собственного налогового законодательства. В связи с дискуссией о конституционности традиционного финансового выравнивания и реформе такового вновь становится актуальным растущий интерес земель к большей финансово-экономической самостоятельности. Возможно, это только вопрос времени и в свете изменившихся представлений будет заново поставлена проблема расширения условий для земель самостоятельно и ответственно использовать налоговые источники. Что касается первичного распределения доходов и выравнивания финансовых возможностей, то вполне резонно более значительное понятийное и системное разграничение между ними, чем принято обычно.

Решение ФКС о выравнивании финансовых возможностей ставило достойные внимания акценты, учитывающие перспективы. Не только горизонтальное, хотя речь должна идти прежде всего о нем, но и вертикальное финансовое выравнивание, считает ФКС, стоит сегодня перед решающим испытанием. Модификацию финансового выравнивания с целью усиления финансово-экономической самостоятельности земель в духе конкурентоспособного федерализма все же следует осуществить, учитывая, однако, что финансовое выравнивание «должно быть только помощью собственным усилиям, но ни в коем случае не премией за недостаточное финансовое обеспечение по собственной вине». При этом вполне естественно было бы изменение современной системы финансового выравнивания таким образом, чтобы прежде всего учитывались наиболее значимые особые расходы. Усиленная таким образом ориентация финансового выравнивания позволила бы сократить предоставляемую теперь инвестиционную помощь в связи с выполнением общих задач, как и некоторые другие виды переходящего финансирования земель средствами федерации, или отказаться от них вообще и предоставить землям широкую возможность вести подлинно самостоятельное финансовое хозяйство и значительно раздвинуть рамки свободы формирования своей политики.

8. Кооперация в федеративном государстве

а) Взаимоотношения между центром и государствами-членами

Каждое федеративное государство уникально. Это относится в одинаковой степени к истории его возникновения, этническому составу населения, структуре членов федерации и распределению компетенции между федерацией и ее субъектами. Компетенция может быть распределена пропорционально либо сконцентрирована в руках центральной власти в такой сильной степени, что отличия федерального от унитарного государства будут незначительными.

Общая теория федеративного государства не может гарантировать существенные правовые знания, пригодные для каждого конкретного федерального образования. Это относится к сотрудничеству федерации и ее членов, а также субъектов федерации между собой. Одновременно в каждом государстве прослеживается потребность в кооперации, по крайней мере между центром и субъектами федерации. Обнаружилось также, что в основе сплочения самостоятельных государств в одно лежит воля к тесному сотрудничеству независимых до этого членов. Превращение унитарного государства в федерацию имеет целью дальнейшее, иерархически больше не упорядоченное сотрудничество центра него составных частей, подвергшихся децентрализации.

Решающее значение для балансирования центробежных и центростремительных сил и для необходимости их кооперации имеет конституционно-правовой строй самой федерации. Чтобы установить необходимость такой кооперации, нужно решить вопрос о характере взаимоотношений между центром и государствами — членами федерации, а при осуществлении государственных функций — также об объединении их или разделении между центром и членами федерации. Ибо кооперация сил наряду с сотрудничеством, обусловленным правовыми нормами, необходима прежде всего там, где отсутствует четкое нормативное регулирование в государственном праве федерации, но где условием для функционирования государственной власти является общее взаимодействие центра государства и его составных частей.

По заключению ФКС и в соответствии с господствующей теорией ФРГ состоит из союза (федерации) как «главного государства, которое лежит в основе объединения земель в единое федеральное государство», и из самостоятельных земель, компетенция которых ограничена Основным законом настолько, чтобы за федерацией сохранилось верховенство. Земли остаются государствами, обладающими всеми элементами государственности, даже если их компетенция ограничена, поскольку они подчинены федерации. Земли отличаются от региональных административных единиц унитарного государства тем, что обладают решающими атрибутами государства, которые в соответствии со ст. 79, абз. 3 закреплены Конституцией как не подлежащие изменению.

Государственность земель подтверждается имеющимися у них реальными полномочиями. Установленная ст. 30 Основного закона презумпция компетентности земель, которая повторяется в ст. 70, 83 и 92 для государственных функций в области законодательства, управления и юрисдикции, многократно опровергнута.

В законодательной сфере преобладающий перевес имеет федерация. Он возникает прежде всего в результате экстенсивного использования федерацией конкурирующей законодательной компетенции, тем более что условие ст. 72, абз. 2 Основного закона — наличие необходимости общегосударственного регулирования — оказалось, по заключению ФКС, «оружием замедленного действия» против земель. Но несмотря на значительную утрату

прав в области законодательства, земли остались государствами, которые в сфере своей компетенции противостоят федерации как «равные по рангу».

Преимущество федерации в этой области снизило роль законодателей в землях, однако их правительства посредством участия в Бундесрате приобрели влияние на формирование федерального права. Централизация федерального государства привела к возрастанию роли Бундесрата. Бундесрат получил дополнительные полномочия на основе поправок к Конституции, принятой в 1993 г. в связи с вступлением ФРГ в систему Маастрихтского договора.

Дальнейшее совмещение компетенции федерации и земель в сфере нормотворчества предусматривает Основной закон, согласно которому федерация может через свой закон уполномочивать земли на законодательство по вопросам исключительной законодательной компетенции федерации (ст. 71 Основного закона), а правительства земель — на издание постановлений, имеющих законодательную силу (ст. 80, абз. 1). Земли должны конкретизировать общефедеральные правовые предписания, наполняя их подробным содержанием.

В области управления совмещение компетенции между федерацией и землями особенно велико. Центр тяжести здесь однозначно приходится на земли, которые исполняют не только свои законы, но и федеральные как свои собственные (ст. 83, 84 Основного закона) или по поручению федерации (ст. 85). Этот вид исполнения законов в федеративном государстве коренным образом отличается от ситуации, когда центральное государство и государства-члены исполняют свои законы порознь через свою собственную администрацию. Особенно тесно связаны федерация и земли рамками института «общих задач» (согласно ст. 91 а), введенного в Основной закон в 1969 г.; это задачи земель, но в решении их принимает участие федерация.

Регулируемое Основным законом взаимодействие федерации и земель рассчитано на их сотрудничество при осуществлении всех государственных функций как в нормотворчестве, так и в исполнении правовых норм; при этом не снимается ответственность за действия федеральных и земельных органов соответственно общефедеральному распределению компетенции.

Вопрос о том, основываются ли мероприятия, проводимые федерацией или землями, на их полномочиях, устанавливается путем толкования правовых норм; при этом наряду с относительно подробным определением компетенции федерации в Основном законе записаны ограничения для ее широкой интерпретации. То что существует компетенция федерации, в силу природы вещей и в силу обстоятельств дела признано решением ФКС и подтверждается ст. 30 Основного закона.

Учитывая сокращение легислативных прав земель, возможно толкование компетенции, вытекающей из природы вещей и обстоятельств дела, также в пользу земель, поскольку федерация

обладает не только исполнительной властью, но и должно соблюдать определенные ограничения при исполнении. Обладателем, полномочий на толкование, а следовательно, и правом принятия решения о том, имелась ли компетенция в случае, вызвавшем необходимость какого-либо действия, являются соответствующие органы федерации и земель, а в спорных случаях — Федеральный конституционный суд.

Федеративная Республика Германия является в целом однородным федеративным государством, условия жизни в котором сформировались более единообразно, чем в иных унитарных государствах. Земли в структурном отношении различаются по численности населения, размерам территории и экономической мощи. И хотя только Свободное государство Бавария и оба ганзейских города — Бремен и Гамбург обладают давней традицией государственности, все остальные земли, за исключением земли Саар, существующей 25 лет, возникли по решению оккупационных держав после 1945 г.: они консолидированы и оказались стабильными настолько, что после образования в 1952 г. земли Баден-Вюртемберг больше не проводилось нового территориального деления. Более того, стало формироваться политическое самосознание принадлежности к той или иной земле, которое можно наблюдать не только у политических и административных деятелей, но и среди широких слоев населения. То что границы слившихся экономических регионов не совпадают с границами земель, едва ли играет при этом существенную роль. Несмотря на различия, земли способны осуществлять самостоятельно большую часть принадлежащих им полномочий и решать возложенные на них задачи.

б) Федерация и кооперация

В связи с совмещением компетенции федерации и земель, предусмотренным конституционным правом, их кооперация неизбежна для функционирования государственного аппарата в целом ряде ситуаций, несмотря на установленное Основным законом разделение сфер их деятельности и полномочий. В области федерального законодательства и управления это четко регулируется конституционным правом, причем Бундсрату отводится роль органа, через который земли принимают участие в процессах законодательства и управления. Кооперация недоступна для судебной власти, которая принимает решения исходя из независимости судей. Единство правопорядка обеспечивается в землях путем судопроизводства высших судов земель, а в федерации — высшими федеральными судами и Федеральным конституционным судом.

В сфере своей собственной компетенции земли вынуждены прибегать к кооперации, если в интересах достижения и сохранения единообразных условий жизни требуется осуществлять совпадающее нормотворчество или, по крайней мере, одинаковую административную практику. Особенно велика потребность в коопера-

ции там, где одна земля не в состоянии решить в целом задачу, которая может быть выполнена только совместными усилиями ряда заинтересованных земель. Сотрудничество их необходимо и в сфере компетенции федерации, чтобы иметь возможность лучше и эффективнее выражать свои интересы по отношению к федерации.

Сотрудничество между федерацией и землями может осуществляться таким образом, что первая для сферы своей компетенции содержит координационный центр, который в состоянии принимать решения директивного характера. В случае, если создать такой координационный орган невозможно, потому что соответствующие полномочия распределены между федерацией и землями, то обе стороны должны совместно принимать решения об общих действиях.

Институтами такой директивной координации являются Бундесрат в вопросах, касающихся надзора за исполнением землями федеральных законов, и Федеральное правительство в вопросах, относящихся к управлению, осуществляемому землями по поручению федерации, причем Федеральное правительство может издавать общие административные предписания с одобрения Бундесрата и осуществлять юридический надзор. Особым случаем директивной координации является предварительное заслушивание мнений земель перед принятием решений федеральными органами. Кооперация в федеративном государстве ограничивается случаями кооперативной координации между федерацией и землями, а также земель между собой. Кооперационная координация практикуется не только там, где отсутствует координация в виде директив (в силу правовых ограничений компетенции федерации), но и в случаях, предшествующих принятию решений, когда компетенция однозначно предоставлена федерации либо одной из земель.

Основной закон содержит небольшое количество статей, регулирующих кооперационную координацию между федерацией и землями, а также земель между собой. В первую очередь следует назвать ст. 35 Основного закона о взаимной правовой и административной помощи, а также о помощи в случае катастрофы, ст. 91 об оказании помощи полицейскими силами, равно как ст. 91а и 91б об общих задачах федерации и земель и др. Совместная (кооперационная) координация предусматривается государственными договорами между землями на основе ст. 29 и 130; соглашениями между федерацией и землями на основе ст. 91б и ст. 135, а также ст. 118 и ст. 104а, причем последняя допускает соглашения местной администрации на основе Федерального закона о бюджете. К случаям совместной координации, предусмотренной конституционным правом, относится вступившая в силу с 1 июля 1987 г. процедура участия федеральных земель в принятии решений по делам Европейского сообщества на основе ст. 2 Закона от 19 декабря 1986 г., одобрявшего Единый Европейский акт, принятый в феврале 1986 г.

Статья 35 Основного закона определяет, что все ведомства федерации и земель должны оказывать взаимную правовую и административную помощь. Благодаря этому должно быть гарантировано по возможности беспрепятственное осуществление государственной деятельности не только внутри организационных структур самой федерации, но и в рамках отношений между федерацией и землями. Взаимная правовая и административная помощь необходима в силу разделения властей в государственном устройстве федерации и земель, а также в связи с самой общегосударственной организацией для функционирования государственных институтов, которое отвечает интересам граждан.

Административная помощь является дополнительной помощью одного ведомства по просьбе другого, согласно определению § 4 Закона о порядке рассмотрения административных нарушений. Условия и границы такой помощи регулируются § 5 данного закона.

Оказание помощи полицейскими силами является особым случаем административной помощи.

Если стихийное бедствие или особо тяжкая катастрофа угрожает территории более чем одной земли, то ст. 35, абз. 3 предусматриваются мероприятия директивной кооперации.

В других случаях совместной координации, регулируемой Основным законом, федеральному законодателю предоставляется право соответственно определять процедуру и вместе с этим создание необходимых форм сотрудничества.

Способы совместной координации в федеративной системе формировались по-разному. Различные формы кооперации поддаются определенной систематизации с большим трудом, поскольку поле действия кооперативного федерализма характеризуется довольно широкой сферой импровизации.

Простейшей формой внутрифедерального сотрудничества является обсуждение, включая телефонный разговор между руководителями административных органов различных земель или земель и федерации. Отдельным видом неформальной кооперации является специальное финансирование, необходимое в экстренных случаях, и финансирование фондов, которое фактически распространяется на многие общественные комплексные задачи. Обсуждение служит внутрифедеральным средством кооперации не только в административной области, но и в случаях инициативы, форсирования, модификации или же торпедирования законопроектов. Обсуждение не обладает правовой силой. Оно является средством сотрудничества в административных делах и на политическом поприще. Важнейшим инструментом внутрифедерального сотрудничества служат отраслевые конференции министров в целях согласования интересов земель. К конференциям руководящего политического уровня следует отнести в первую очередь конференции премьер-министров земель, которые ежегодно встречаются по три-четыре раза и обсуждают все политические вопросы, касающиеся земель или федерации, а затем

передают их специальной отраслевой конференции министров. И наоборот, указанные вопросы могут быть заранее подготовлены отраслевыми конференциями для дальнейшего обсуждения премьер-министрами.

Существующие в настоящее время 14 отраслевых конференций министров земель различаются по виду и объему задач и интенсивности координации, по количеству ежегодно проводимых заседаний; однако все они по своей структуре, в сущности, одинаковы. Ежегодно меняется председательствующий.

Ведущее отраслевое министерство готовит конференцию (в частности, повестку дня) и образует секретариат для ведения конференции. Только Постоянная конференция министров культуры и Объединение министров земель по вопросам строительства, жилищного хозяйства и устройства населенных пунктов имеют свой постоянный секретариат в Бонне, состоящий из назначенных чиновников.

В ходе голосования на конференциях каждая земля имеет только один голос, даже если она представлена несколькими министрами. Решения принимаются большинством голосов, что считается достаточным для организационных вопросов и рекомендаций в адрес федерации; однако это правило не действует в случае рекомендаций землям, так как не имеет перспективы стремление добиваться реализации решения в той земле, которая выразила свое несогласие с ним. Многолетний спор по поводу государственного договора о реорганизации радиовещания показал необходимость принятия единогласного решения в рамках конференции премьер-министров, имеющих полномочия по вопросам средств массовой информации.

Нижестоящими органами по отношению к конференциям министров являются большое количество учреждений для координации, созданных либо отраслевыми конференциями и соглашениями административных органов, либо иными договоренностями. Они нужны как для подготовки совещаний отраслевых министров, так и для координации текущего управления по вопросам, представляющим общий интерес. Многочисленные конференции и комиссии, сформированные в целях внутрифедерального сотрудничества, не являются субъектами права.

Классическим инструментом сотрудничества между странами служит договор. В федеративных государствах, которые возникли путем объединения ранее самостоятельных государств, право каждого заключать договоры, существовавшее до объединения, становится правом федерации соответственно той компетенции, которая переходит к федерации; в остальном продолжает существовать право земель.

Федеральное государство в Германии признало право земель заключать договоры с зарубежными государствами по тем предметам, которые находятся в сфере их законодательства, а также между собой. Равным образом допустимо посредством договора между федерацией и землями правовое регулирование по отноше-

нию к противоречивым предметам ведения, которые относятся к компетенции федерации и земель.

В рамках немецкого федерального права сформировалось три формы кооперации на основе договора: первая — государственные договоры; вторая — соглашения органов управления (административные соглашения); третья — договоренности о координации.

В противоположность государственным договорам и административным соглашениям, которые после вступления их в силу внутри государства могут применяться сразу, договоренности о координации нельзя использовать тут же. Например, договоренностями о координации являются решения конференций, которые не пригодны для применения и которые необходимо преобразовать в закон, правовое предписание или в другую конкретизирующую норму.

Внутрифедеральное правовое регулирование посредством договора ограничивает исключительное полномочие на распоряжение предметом договора. В каждом случае договоры затрагивают компетенцию субъекта права, заключающего договор, независимо от того, будет ли она реализовываться определенным образом или будет полностью утрачена.

Полномочия могут быть переданы окончательно или на срок исполнения, а также для осуществления в других случаях. Окончательная, т. е. безвозвратная, передача полномочий межгосударственным учреждениям, как это предусматривает ст. 24, абз. 1 Основного закона, предполагает в принципе изменение Конституции в рамках отношений «федерация — земли». Полномочия могут быть переданы не только учреждению, подчиненному одной из земель, но и самостоятельным субъектам права. Классическим примером являются три радиовещательные компании, заключившие государственный договор. Они являются самостоятельными субъектами права и не подчинены ни одной из земель, а как юридические лица обладают правом нанимать служащих и иметь собственный бюджет.

Статья 2 Закона от 19 декабря 1986 г. регулирует участие земель (через Бундесрат) в формировании позиции Федерального правительства по отношению к проектам, обсуждаемым в рамках Европейского сообщества и представляющим интерес для земель. Тем самым Бундесрат впервые включен в систему кооперативного федерализма. Соглашение между Федеральным правительством и правительствами земель от 17 декабря 1987 г. подробно регулирует процедуру участия земель в таких вопросах, как информирование Бундесрата, изложение его позиции, привлечение представителей земель к переговорам в совещательных органах Европейского сообщества, и в иных формах делового сотрудничества, а также возможности и участие для наблюдателей земель в органах Европейского сообщества.

Включенный позже в это соглашение разд. IVa содержит правовое регулирование новой разновидности участия, которая ха-

рактизуется прежде всего правом делегирования полномочий. Так, отбор и распределение информации о проектах ЕС, предназначенной для комиссий Бундесрата, его председатель может делегировать главе администрации этого органа, т. е. чиновнику. Совершенно новым видом участия Бундесрата в принятии решений является предусмотренная § 45 процедура опроса. В ходе его каждую землю представляет член Бундесрата или его заместитель, что обязательно в соответствии со ст. 51, абз. 1 Основного закона.

Координация в федеративном государстве характеризуется равным положением участвующих в ней субъектов права. Каждый участвующий в кооперации имеет в правовом аспекте одинаковый удельный вес. Возникшие в результате внутрифедеральной координации правовые нормы обязывают только тех, кто их установил. Более того, в силу закрепления земель в составе федерального государства речь идет о правовых актах кооперативного федерализма как об особой категории норм права, которая относится к «третьему уровню» наряду с правопорядком федерации и правовым устройством отдельных земель. В целом для внутрифедеральных соглашений о кооперации этой категории подходит название «внутрифедеральное право».

Внутрифедеральное право подчиняется не только основным принципам Конституции ФРГ, но не должно также противоречить нормам текущего федерального права. Конституционные принципы ст. 20 Основного закона действуют в полном объеме и в отношении правовых актов «третьего уровня». Однако ландтаги являются органами, понесшими ущерб от кооперативного федерализма. Проводимая правительствами кооперация между землями, а также между федерацией и землями фактически снизила политическое влияние ландтагов. Но с точки зрения конституционного права они обладают своими прежними законодательными полномочиями.

В принципе не существует правовой обязанности земель участвовать в кооперации между собой и с федерацией вне договорных обязательств. Координация не может предписываться нормативными актами ни в интересах защиты основных прав личности, ни в целях верности принципу федерализма, т. е. земли не могут принуждаться к заключению государственных договоров. Развитие кооперации по пути принудительного сотрудничества земель в федеративном государстве было бы несовместимым с принципом федеративного устройства.

Часть 5. КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ ФИНАНСОВОЙ СИСТЕМЫ ФРГ

I. КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ ФИНАНСОВОГО ПРАВА

Финансы — это реальность Конституции, сила государства, его нервы. Государственная власть и государственные финансы взаимосвязаны, и существование их порознь немыслимо. Финансы являются одновременно и базой осуществления государственной власти. Власть, распоряжающаяся денежными средствами, воспринимается как более эффективная, чем та, что действует методами правового принуждения. Но воплощенная в правовом принуждении, власть необходима для обеспечения государства финансовыми средствами, особенно для взимания налогов. Таким образом, государственные финансы — предпосылка, средство и одновременно объект деятельности государства.

Основа финансовой мощи — деньги обладают двумя качествами: обеспечивают свободу и наделяют властью. Поэтому в конституционном государстве распределение полномочий, равно как и определение масштабов и границ деятельности в области финансов, имеет особое значение и заслуживает особого внимания.

Для разделения властей в государстве и защиты прав граждан особое значение, естественно, имеют конституционные основы финансовой системы, т. е. предписания Конституции, касающиеся сферы финансов. Финансовое право в этой связи следует рассматривать как систему правовых норм, регулирующих поступление, управление и распределение государственных финансов, т. е. платежных средств государства и его структур. Конституционные основы финансового права — это те предписания финансового права, которые формально относятся к конституционному праву, или, иначе, это те предписания конституционного права, которые относятся к сфере государственных финансов. Финансово-правовое регулирование как часть конституции в целом может быть объединено в систему финансовых норм конституции. Понятно, что под этим не подразумевается наличие особой конституции наряду с общей конституцией государства; положения конституции, касающиеся финансов, объединены лишь общей тематикой, не являются они и привилегированной частью конституции. Тем не менее следует признать конституционное фи-

нансовое право самостоятельной сферой внутри конституционного права.

Основной закон является первой Германской конституцией, сконцентрировавшей все основные нормы финансового права в едином разделе (разд. X «Финансы»). С одной стороны, здесь решаются государственно-правовые вопросы федерации — разделение компетенции в области финансов (получение и распределение денежных средств — ст. 104а — 108 Основного закона); с другой стороны, — регулируется бюджет, включая контроль за финансами и открытием кредита (ст. 109—115 Основного закона). Однако не все существенные вопросы финансово-правового регулирования нашли свое отражение в разд. X Основного закона. В частности, ничего в нем не говорится о правах физического лица в государственной финансовой системе, ничего не сказано и о взимании неналоговых платежей. В этой сфере следует руководствоваться общим регулированием Основного закона по аналогии с гарантией прав и свобод, а также началами правовой государственности и законодательной компетенции. Для финансовой системы из существующего общего регулирования делаются специфические выводы, они касаются существования финансового права. Наряду с писаным выступает, таким образом, более широкое, неписаное финансовое право Основного закона.

В целом конституционное финансовое право не может зависеть от случайности, по которой одни вопросы нашли в тексте Конституции полное отражение, а другие — нет. Оно также не должно руководствоваться точкой зрения теории государства, выдвигающей на первый план другие проблемы. Аспекты парламентской демократии и правового государства так тесно переплетаются в конституционном финансовом праве, что их разделение не представляется возможным. Наконец, по практическим соображениям не рекомендуется разрабатывать нормы финансового права отдельно для федерации или отдельно для земель.

Финансовое право Основного закона в целом, писаное и неписаное, делится на:

- конституционные основы финансовой системы федеративного государства, определяющие разделение финансовых полномочий и средств между федерацией, землями и (частично) общинами;

- принципы государственной финансовой политики, касающиеся преимущественно федерации и земель (совместно), но частично, особенно в области бюджетного конституционного права, лишь федерации.

Нормы Конституции предполагают неопределенное понятие налога и вместе с ним также не закрепленную формально налоговую систему; они содержат большое число понятий отдельных видов налога, взятых из традиционного германского налогового права.

Политическое значение финансовых норм конституции проявляется уже в том, что споры вокруг раздела «Финансы» еще при обсуждении Основного закона как внутри Парламентского совета

так и между ним и оккупационными державами были особенно ожесточенными. С тех пор этот раздел дважды серьезно перерабатывался, чего не было ни с одним другим разделом Основного закона. Кроме того, положения разд. X стали предметом столкновения отчасти между федерацией и землями, отчасти между самими землями. Оккупационные державы не хотели допустить усиления федерации как центра власти, это относилось и к сфере финансов. Они настаивали на разделении финансовой системы между федерацией и землями. Парламентский совет, напротив, стоял за единую финансовую систему; он решительно выступил за то, чтобы управление финансами принадлежало федерации (а не землям). Поскольку союзники упорствовали. Парламентский совет вынужден был в конце концов уступить; стороны пришли к согласию, установив те предписания, которые и сегодня в главных чертах содержит ст. 108 Основного закона. Подобные разногласия выявились и при распределении финансов. Сюда добавилось и то, чего еще нельзя было тогда предусмотреть, — развитие в будущем финансовых потребностей федерации и земель и степень эффективности запланированных налогов. В конце концов согласились на том, чтобы в ст. 106 Основного закона только предварительно решался вопрос о распределении налоговых поступлений, а в ст. 107 регулировалось окончательное распределение — путем принятия федерального закона, нуждающегося в одобрении Бундесрата.

В то время как распределение поступлений от подоходного налога и налога на корпорации связано твердыми квотами, распределение доходов от налога с оборота определяется федеральными законами, хотя и по нормам и принципам, содержащимся в ст. 106, абз. 3 и 4 Основного закона. Это регулирование тоже стало предметом спора. Главы правительств земель смогли прийти к договоренности лишь о созыве Комиссии в составе государственных счетоводов и ученых-финансистов для выработки редакции ст. 106 Основного закона; эта Комиссия достигла согласия, но лишь в какой-то мере, единодушно признав, что сложившаяся практика во многом не соответствовала предписаниям Конституции, введенным в результате финансовой реформы. Такое решение не удовлетворяло ни одну из сторон. Авторы политического решения практически не приняли результатов экспертизы: нарушения Конституции в знак протеста были и будут.

Дважды предпринятая в начале 80-х годов новая редакция разд. X Основного закона не смогла решить политического и конституционно-правового спора по поводу распределения финансов, и ожидать иного совершенно нереально. Тем не менее нельзя не признать, что регулирующие нормы Основного закона не только рождают разногласия, но в определенной мере и «канализируют» их. На новую редакцию в обозримом будущем рассчитывать не следует.

Определения Основного закона, прямо относящиеся к проблеме финансов, содержатся в ст. 104—109. Регулирование ст. 104

состоит, однако, не только в строгом разграничении компетенции и ответственности. В большей мере оно пытается уравновесить два взаимно противоположных принципа:

— автономии федерации и земель в финансовых вопросах, возникшую из разделения их полномочий (ст. 104, 105; ст. 106, абз. 1 и 2; ст. 107, абз. 1; ст. 108, абз. 1, 2, 5—7; ст. 109, абз. 1 Основного закона);

— «союзный принцип», проявляющийся:

а) в полномочиях, предписанных федерации и землям совместно и соответственно между собой согласованных (ст. 106, абз. 3—8; ст. 108, абз. 3 и 4; ст. 109, абз. 2; ст. 91a и 91b Основного закона);

б) во взаимных обязательствах федерации и земель помогать и поддерживать друг друга (особенно согласно ст. 107, абз. 2 Основного закона).

Такая двойная целенаправленность конституционно-правовых норм должна быть принята во внимание при их толковании и дальнейшей конкретизации. Так, ФКС в своем решении о выравнивании финансовых потенциалов (ст. 107, абз. 2 Основного закона) не только убедительно доказал необходимость наличия «союзных» обязательств федерации и земель по поддержке друг друга, но и провозгласил одновременно «запрещение нивелирования», вытекающее из противостоящего ему принципа автономии.

Финансовая автономия принципиально предоставляется федерации и землям ст. 109 Основного закона: «Федерация и земли самостоятельны и независимы в ведении своего бюджетного хозяйства». Естественно, ст. 109 имеет целью констатировать, что федерация и земли только в правовом аспекте независимы друг от друга. В экономическом отношении абсолютно невозможно, чтобы внутри единой хозяйственной и финансовой системы отдельные бюджетные единицы остались за пределами влияния федерации или более крупных земель. Учитывая это, новая редакция Основного закона (1967 г.) дополнила содержание ст. 109 задачей координирования бюджетных хозяйств федерации и земель. Финансовая реформа 1969 г. ввела дальнейшие изменения. С этого времени, согласно ст. 109 абз. 2, федерация и земли должны учитывать при ведении своего бюджетного хозяйства требования единого экономического баланса страны. Далее, согласно абз. 3 и абз. 4, федеральным законом, нуждающимся в одобрении Бундесрата, могут быть установлены общие принципы бюджетного права для федерации и земель, принципы бюджетного хозяйства, обеспечивающего устойчивую конъюнктуру, долгосрочное финансовое планирование, а также предписания относительно финансово-политических мер во избежание нарушения общего экономического баланса.

Дополнение к Конституции 1967 г. имело особую направленность — предоставить федерации считавшиеся в то время необходимыми средства антициклической конъюнктурной политики. С этих позиций следует рассматривать предписание ст. 109, абз. 2

Основного закона о необходимости «учитывать требования единого экономического баланса страны».

В основе ст. 109, абз. 2 Основного закона лежит политическое решение законодателя, работавшего над изменением Конституции. Оно базировалось на понимании задач государства в области экономической политики; федерации и землям поручалось действовать в духе этого решения. Если даже в экономической науке имеются иные представления о роли государства в хозяйственном процессе, они не могут изменить содержание ст. 109, абз. 2 Основного закона. Нельзя представить себе, чтобы законодатель, вносящий изменения в Конституцию, хотел делегировать экономической науке определение характера и форм политического решения.

Так как общие принципы, согласно ст. 109 Основного закона, должны в равной степени относиться и к федерации, и к землям, федеральный законодатель не может устанавливать такие принципы бюджетного права земель, которым бы он не подчинялся сам. Федеральный закон, который хотел бы изменить существующие общие принципы односторонне в пользу федерации или хотя бы в отдельном случае только в пользу федерации, противоречил бы Конституции. Тем самым ст. 109, абз. 3 Основного закона впервые в германском конституционном праве устанавливает соотношение законов, принимаемых одним и тем же законодателем.

Финансовая автономия земель не нарушается, если федерация принимает решение, определяющее условия и задачи использования денежных средств ею или землями. Это допустимо с точки зрения конституционного права там, где федеральными законами (в рамках ст. 70 и 83 Основного закона) землям поручаются определенные задачи управления. Но достаточно часто земли обходятся и без такого законодательного регулирования, когда федерация предоставляет им деньги на определенные цели и при этом оговаривает право на участие в решении вопроса об использовании средств, а тем самым на участие в решении землями управленческих задач. Еще в период действия Веймарской Конституции было принято, что государство предоставляло в распоряжение земель денежные средства и тем самым гарантировало свое влияние на решение определенных задач; речь тогда шла о «хозяйственном фонде» или «управленческом фонде Империи». В условиях действия Основного закона этот способ также считается изначально допустимым; и Рейх прибегал к нему, и федерация прибегает, причем еще чаще. Совершенно ясно, что мы имеем дело с оказанием финансового давления со стороны властей: там, где Основной закон не уполномочивает федерацию на законодательное регулирование или отдельные указания, на сцену выступают методы финансирования.

Для сохранения финансовой автономии землям недостаточно иметь право отклонить такое предложение. С точки зрения политической психологии именно предложением об участии в финансировании осуществляется давление. В решении ФКС говорится, что федеративное государство должно гарантировать такой поря-

док, при котором оказание финансовой помощи из бюджета федерации землям оставалось бы исключением и правовая основа ее предоставления не превращалась бы в средство влияния на свободу принятия решения государствами — членами федерации при выполнении стоящих перед ними задач. Финансовые «вливания» из бюджета федерации для выполнения задач, стоящих перед землями, создают опасность их зависимости от федерации. Тем самым нарушается конституционно-правовая независимость земель.

Статья 104а, абз. 1 Основного закона гласит: «Поскольку Основной закон не предусматривает иного, федерация и земли раздельно несут расходы на решение своих задач». Право регулирования расходов вытекает соответственно из права решения задач (так называемый принцип связи); при этом полномочия по решению задач, как правило, идентичны с административной компетенцией, что вытекает из текста ст. 83. Поскольку Основной закон в неопределенной форме предусматривает исключение из правил, как федерации, так и землям запрещается финансирование проектов вне пределов их административной компетенции. Таким образом, «административный фонд» не должен выходить за определенные границы, что кладет конец дальнейшей эскалации полномочий земель.

Статья 104а Основного закона предусматривает исключения, во-первых, если земли действуют по поручению федерации, выполняя федеральные законы в смысле ст. 85; во-вторых, если земли исполняют законы федерации, на основе которых предоставляются денежные средства: в-третьих, федерация может предоставлять землям финансовую помощь для особо важных инвестиций, необходимых для предотвращения нарушения общего экономического баланса, или для выравнивания экономических различий территорий федерации, или для оказания помощи в хозяйственном развитии. Из этих исключений два первых обосновываются тем, что федерация и без того может оказывать влияние на административную деятельность земель в силу своей законодательной компетенции и в случае управления по поручению и в силу своего особого полномочия давать указания и осуществлять надзор (ст. 85, абз. 3 и 4 Основного закона).

Итак, независимость земель дополнительно не урезается. Насстоящие ограничения их финансовой автономии вытекают из разрешения федерации оказывать финансовую помощь (ст. 104а, абз. 4 Основного закона). Здесь проявляется «союзный принцип», с одной стороны, в общих интересах (во избежание нарушения общего экономического равновесия), с другой стороны, в интересах земель (для выравнивания их различных экономических потенциалов). Особенно широко формулируется третья альтернатива абз. 4, поскольку любая инвестиция в той или иной форме оказывает содействие экономическому росту. Такая формулировка легко может стать лазейкой для нового расширения федерального фонда развития. Тем важнее обратить внимание на конституцион-

ное право, ведь оказание финансовой помощи в соответствии с абз. 4 остается исключением, а при ее предоставлении учитываются конституционно-правовые процессуальные нормы.

Не изъятие из «принципа связи», а скорее его подтверждение содержит ст. 104а, абз. 5 Основного закона, согласно которой федерация и земли несут административные расходы своих ведомств. Отделить административные расходы от бюджетных руководствуясь ст. 104а, абз. 3 и 4 в каждом отдельном случае весьма затруднительно.

Важнейшей задачей Конституции федеративного государства является распределение поступлений от доходов между федерацией и ее членами. Для обозначения его употребляется вошедшее в оборот понятие «экономическое выравнивание». Задача справедливого распределения доходов решается, с одной стороны, для находящихся в иерархическом подчинении друг другу носителей власти (федерация и земли, земли и общины), а с другой — для субъектов одинакового подчинения (земли). В первом случае речь идет о «вертикальном», а во втором — о «горизонтальном» финансовом выравнивании. Здесь следует иметь в виду, что возможно предоставление (первичное) и распределение (вторичное) финансовых средств.

Статья 106; ст. 107, абз. 1 Основного закона регулируют распределение важнейших государственных доходов — налогов. Статья 106 перечисляет налоги — частично по видам, частично сгруппировано — и указывает в каждом случае, кому принадлежит право их получения; это могут быть федерация, земли, общины и их объединения.

Распределение поступлений от общих налогов (подходного и налога на корпорации) непосредственно регулирует ст. 106 Основного закона, а регулирование поступлений от налога с оборота предусматривается федеральным законом, который нуждается в одобрении Бундесрата (ст. 106, абз. 3). Критерии законного распределения средств от налога с оборота содержатся в ст. 106, абз. 3 Основного закона. Федерация и земли, как отсюда следует, «в пределах текущих доходов... имеют равное право на покрытие своих необходимых расходов; при этом «потребности федерации и земель в покрытии расходов должны быть согласованы таким образом, чтобы достичь их экономического выравнивания, избежать перегрузки налогоплательщиков и обеспечить единый уровень жизни на территории федерации».

Эти критерии, естественно, очень неопределенны и требуют толкования. В отношении процесса распределения ст. 106, абз. 3 Основного закона гласит, что размеры необходимых расходов определяются «с учетом многолетнего финансового планирования». Этим отрицается возможность такого распределения доходов от налога с оборота, когда каждый участник решал бы сам для себя, какие расходы необходимы. Таким образом, подразумевается общее планирование для федерации и земель, которое бы установи-

ло признанные необходимыми расходы и в зависимости от этого определило их размеры.

Этот метод до сих пор еще никогда не применялся, а регулирование расходов федерации и земель, требуемое Основным законом, ни разу не проводилось. Возможно, это требование оказалось не по плечу политикам и администрации; однако недопустимо, чтобы положение Конституции столь длительное время не принималось во внимание и при этом не рассматривалось его возможное изменение.

Основной закон точно устанавливает в ст. 106, абз. 4, при каких условиях распределение должно быть изменено; отсюда вытекает, что закон не оговаривает сроком предписанное распределение, которое осуществляется тогда, когда появятся условия, предусмотренные ст. 106, абз. 4 Основного закона. Кроме того, существующее регулирование было бы несовместимым с целью организации финансового выравнивания, если бы оно потеряло силу вследствие окончания срока действия и поступления от подоходного налога в течение более короткого или длительного периода вообще не смогли бы распределяться. Поэтому простое установление срока действия является антиконституционным; однажды введенные нормы распределения остаются в силе, несмотря на срок их действия, пока они не будут изменены согласно ст. 106, абз. 4.

К толкованию конституционно-правового понятия «налог» и приведенных в перечне отдельных видов налогов (ст. 106 Основного закона) мы еще вернемся. Обозначение налога в ст. 106 еще не означает, что соответствующий налог должен быть введен; так, в настоящее время не существует налога на грузовой автотранспорт, нет единовременного налога на имущество, не существует и дополнительных сборов. В остальном ст. 106 Основного закона обязывает парламент только в общих чертах определить налоговое законодательство таким образом, чтобы сохранить систему экономического выравнивания.

Спорным является вопрос, допустимы ли и другие налоги наряду с перечисленными в ст. 106. Распространенное в литературе мнение утверждает именно это. Оно основано на том, что в данной статье распределяются не поступления от перечисленных в ней конкретных налогов, а стоящие за этим источники налогов. Что следует понимать под источниками, еще никто убедительно не разъяснил. С экономической точки зрения существуют только два источника, из которых государство может черпать налоговые средства: результат хозяйственного процесса (прибыль, доход) и наличное имущество налогоплательщика. Из этих источников государство покрывает свои финансовые потребности посредством, как правило, все большего количества налогов, различающихся не по источнику, а по содержанию. Кроме того (и это решающий момент), распределение доходов от налогов, согласно ст. 106 Основного закона, построено не по правилам логики и потому исключает альтернативу. Если бы обычным законодательст-

вом могли быть введены новые налоги, доходы от которых не распределяются ст. 106, то тем самым конституционно-правовая система распределения доходов была бы обойдена, чего допустить нельзя. Поэтому новые налоги допускаются конституционным правом только в том случае, если они могут быть включены в один из видов налогов, предусмотренных в ст. 106 Основного закона. В этом смысле, с точки зрения конституционного права, в ст. 106 определена система налогов. Так как понятие налогов в ст. 106 сформулировано достаточно широко, можно довольно часто включать в статью новые налоги.

Между землями («по горизонтали») местные налоги и доля земель в доходах от общих налогов распределяются в основном в зависимости от размера местных доходов (ст. 107, абз. 1 Основного закона). Тем самым земля должна добиваться в пределах своей территории успехов в экономическом развитии, а также положительных результатов экономической и структурной политики. Доля доходов земель от налога с оборота определяется пропорционально численности их населения (ст. 107, абз. 1 Основного закона).

Распределение доходов неналогового происхождения регулируется Основным законом неопределенно. В этом проявляется принцип финансирования государства преимущественно за счет поступлений от налогов.

В связи с различными уровнями экономического развития земель предписания первичного выравнивания финансового потенциала не приводят к равному финансовому обеспечению. В какой-то мере это является следствием политической независимости земель, а в определенной степени это так и задумано, поскольку содействует повышению ответственности правительств земель за результаты проводимой ими экономической и финансовой политики. Различия финансовых потенциалов объясняются отчасти обстоятельствами, на которые могли бы повлиять законодательство и правительства земель. Вследствие заданности условий (например, географического положения, наличия полезных ископаемых и т. д.), которые не может улучшить политика правительства земли, было бы оправданным, чтобы с граждан более «бедной» земли причиталась существенно меньшая доля платежей, чем с земли «богатой».

В первом приближении цель экономического выравнивания достигается уже в результате первичного распределения доходов. Статья 107, абз. 1 Основного закона определяет долю доходов земель от налога с оборота пропорционально численности их населения. Кроме того, с одобрения Бундесрата федеральным законом может быть выделена часть доходов земель (не больше четверти) от налога с оборота тем землям, доходы которых от общего и земельного налогов оказываются в среднем ниже (дополнительная доля). Основной закон, однако, предвидит, что это выравнивание не будет регулярно выполняться. Статья 107, абз. 2 Основного закона поэтому обязывает федерального зако-

нодателя устанавливать законом дополнительные доли, учитывая финансовые возможности и потребности земель, гарантируя в определенной мере выравнивание их финансовых потенциалов.

Дополнительно к этому «горизонтальному» выравниванию закон может предусмотреть, что федерация («по вертикали») предоставит субсидии из своих средств экономически слабым землям для дополнительного покрытия их общих финансовых нужд (дополнительные субсидии). Частные случаи регулируются законом о финансовом выравнивании. Основной закон не предусматривает этого выравнивания принятием исключительно политического решения. При регулировании экономического выравнивания он принимает во внимание наличие двух исходных моментов финансовой системы федерального государства: с одной стороны, формирование автономной финансовой системы земель, а с другой — федеральное взаимодействие. В отношении федерации и земель, а также самих земель регулирование экономического выравнивания в Основном законе является исчерпывающим.

В сфере налогового законодательства совершенно определенный перевес по сравнению с финансовым и административным законодательством принадлежит федерации. Согласно ст. 105, абз. 1 Основного закона, она обладает правом исключительного законодательства по таможенному делу и финансовым монополиям. Конкурирующая законодательная компетенция предусмотрена в ст. 105, абз. 2 Основного закона «по другим налогам», т. е. по таким, которые упомянуты в ст. 106; по иным налогам это недопустимо. Федерация наделяется законодательной компетенцией, поскольку доходы от этих налогов принадлежат ей целиком или частично либо когда существует необходимость в федеральном законодательном регулировании.

Так как в области конкурирующего законодательства существующие федеральные законы, с одной стороны, исключают законодательство земель, а с другой — вытесняют их прежние законодательство, для собственно законодательства земель здесь остается незначительное пространство.

Конституционный законодатель запланировал это преимущество федерации с учетом возможных экономических и социально-политических последствий принятия налоговых законов; он хотел, чтобы такие последствия зависели от центрального законодателя. Исключением являются сегодня (по ст. 105, абз. 2 Основного закона) местные косвенные налоги, по которым земли обладают исключительной компетенцией, поскольку эти налоги не идентичны налогам, регулируемым федеральным законодательством. Далее, в ст. 106, абз. 6 Основного закона за общинами признается право устанавливать ставки некоторых прямых налогов (налог на землю и промысловый налог).

Содержание ст. 105 Основного закона способно в какой-то степени ввести в заблуждение. Знакомясь со ст. 71 и 72 Основного закона, можно предположить, что федерация в рамках ст. 105, абз. 1 вправе уполномочить земли на законодательное регулиро-

вание таможенных пошлин и финансовых монополий и что земли в области других налогов (ст. 105, абз. 2) могут законодательствовать по налогам, отнесенным к компетенции федерации (ст. 106), поскольку федерация не пользуется своими законодательными правами. Оба эти положения имели бы смысл, если бы отражали содержание ст. 105 Основного закона. По налогам, доходы от которых принадлежат федерации, законодательство земель просто нереально. В сфере исключительного законодательства федерации (таможенные тарифы и финансовые монополии) немислимо поэтому предоставление законодательных прав землям даже федеральным законом. Далее, в сфере конкурирующего законодательства землям может принадлежать право законодательства согласно ст. 105, абз. 2 Основного закона, но только в том случае, если им отходят поступления от налогов, указанных в ст. 106.

Право законодательства в сфере доходов, не являющихся налогами, вытекает из общего регулирования, содержащегося в ст. 70 Основного закона. Право законодательства в области управления налогами регулируется ст. 108, а в области бюджетного права — ст. 109.

Распределение полномочий между федерацией и землями в области управления налогами регулируется ст. 108 Основного закона; моделью служит Закон о налоговой инспекции. Система управления финансами, согласно этому акту, отличается одной деталью от обычной организации административного управления, а именно: хотя обычное деление на три инстанции и сохраняется (высшая власть, среднее звено и местное управление), однако на высшем и местном уровнях сосуществуют друг с другом федеральные и земельные ведомства, а на среднем Высшая финансовая дирекция представляет собой единый орган, находящийся в зависимости от соответствующей земли, высшим органам власти которой он в какой-то мере подотчетен. Конституционно-правовой основой этого единственного в Основном законе органа смешанного управления является содержание ст. 108, абз. 4 Основного закона. Таможенные пошлины, финансовые монополии, налоги с оборота, регулируемые федеральным законодательством, включая налоги на импорт и выплаты в рамках Европейского сообщества, находятся в компетенции, согласно ст. 108, абз. 1 Основного закона, федеральных финансовых ведомств, а все прочие налоги — финансовых ведомств земель. В Высшей финансовой дирекции соответственно этому распределению работают и федеральные, и местные чиновники. Таким образом, распределение полномочий аналогично разграничению компетенции в области доходов (ст. 106 Основного закона), но на практике полного совпадения нет. Статья 108 расходится со ст. 106, в частности, в том, что земли регулируют все общие налоги, хоть им и принадлежит только часть их; с другой стороны, федерация распоряжается всеми поступлениями от налога на потребление, тем самым и доходами от налога на пиво, при-

надлежащими землям. Процедура, применяемая федеральными финансовыми службами, определяется федеральным законом (ст. 108, абз. 5), а для финансовых ведомств земель и общин — федеральным законом с одобрения Бундесрата. Распоряжение доходами, поступающими не от налогов, определено ст. 83 Основного закона.

Этот закон (в части ст. 105—108) точно характеризует законодательство, управление и распределение доходов только в сфере налогов, а не всех доходов. В результате возникает представление, будто финансирование решения задач государства в федерации и землях происходит преимущественно за счет налогов, а Федеративная Республика должна существовать как налоговое государство. Из этой предпосылки исходит конституционно-правовое регулирование выравнивания финансовых потенциалов в целом;

если бы ответственные лица в государстве смогли по своему усмотрению прибегать к другим источникам доходов, то законченность и дифференцированное формирование этой системы были бы нарушены, а тщательно сбалансированное регулирование финансовых норм Конституции — выхолощено. Конституционно-правовая система распределения финансовой силы предполагает наличие ясности в вопросе о том, какие доходы по смыслу ст. 105 Основного закона являются налогами; это требует уточнения понятия налога с точки зрения конституционного права.

Понятие налога с точки зрения Основного закона более узко, чем с точки зрения теории государства. Для этого имеются как исторические, так и прагматические основания. Конституционный законодатель ввел для Основного закона понятие налога, твердо укоренившееся в германском государственном и административном праве, восходящее еще к О. Майеру. Но это не означает, что Основной закон включил это понятие без изменений. В определениях ФКС это выражено со всей определенностью: понятие налога в Основном законе вытекает из существующего на протяжении многих десятилетий определения, принятого в общегерманском налоговом законодательстве; оно выходит за пределы обычных законодательных норм, так как должно содействовать реализации всех функций финансового регулирования в конституционном федеративном государстве, а также реализации общественно-политических и экономических задач, стоящих перед современным налоговым законодательством. Иными словами, понятие налога, принятое в имперской и прежней налоговой системе, может оказать существенную помощь при толковании Основного закона;

в спорных случаях конституционно-правовое понятие налога следует выводить не только из обычного законодательства, но и из конституционного права.

Содержание разд. X Основного закона не вызывает сомнений, что налоги являются денежными отчислениями, которые необходимы для покрытия государственных финансовых, т. е. денежных, расходов, и что речь идет не о добровольных отчислениях, а о выплатах, устанавливаемых государственной властью. Тем самым

налоги относятся к разряду выплат в пользу государства. Из ст. 106, 140 Основного закона вытекает, что налоги могут устанавливаться только в пользу территориальных органов власти (федерации, земель, общин, их объединений), а также в пользу публично-правовых конфессиональных объединений. От прочих выплат в пользу носителей государственной власти, уполномоченных на получение доходов, налоги отличаются спецификой их обоснования. Как отягощающее вмешательство налоговое обложение — это вопрос основных прав граждан. Платежи, не являющиеся налогами, должны быть обоснованы еще и с точки зрения конституционно-правового принципа, требующего, чтобы доходы, помимо сферы, предусмотренной Конституцией, представляли собой исключение, т. е. они должны иметь особые причины. Специфика такого обоснования отличает их от налогов, а равно и от других видов выплат.

Отчисления, которые, как и налоги, устанавливаются для покрытия государственных расходов (конечно, не любых, а определенных), могут иметь целью покрытие расходов, связанных с каким-либо определенным лицом или с группой лиц, к которой принадлежит тот, кто обязан эти деньги платить. Такие отчисления называются пошлиной.

Распространена точка зрения, будто пошлина представляет собой всегда исполнение обязанности в ответ на полученную выгоду в результате услуг, оказанных человеку представителями государственной власти. Однако с давних пор пошлина назначалась и за услуги государства, из которых не вытекало никакой выгоды для обременяемого выплатой. Нельзя предположить, что конституционный законодатель не хотел допускать такой пошлины. С другой стороны, подобное утверждение не должно вести к безграничному расширению понятия пошлины, поскольку предложенное законом отграничение пошлины от налога потеряло бы смысл. Получение кем-либо выгоды — хоть и не единственно возможная, но одна из возможных причин установления пошлины. Пошлина — это платеж, устанавливаемый либо в связи с индивидуальным получением выгоды, либо с целью выравнивания расходов, финансовую ответственность за которые несет индивид. В этих пределах и устанавливаются пошлины для покрытия финансовой потребности государства. Перечисления видов пошлин в Основном законе нет.

С принадлежностью плательщика к какой-либо группе связано взимание корпорациями публичного права средств со своих членов в пользу объединения на финансирование его нужд. Часто их называют взносами; с точки зрения финансового права, они ближе всего к пошлине, устанавливаемой для выравнивания полученного преимущества, за которое финансовую ответственность несут все, поскольку оно идет на пользу всем. Выплаты, производимые участниками некорпоративных групп, ФКС относит к особым выплатам. В одном из его решений 1980 г. указаны конкретные условия, при наличии которых может быть оправданным уста-

новление особых выплат вместо налогов. Частично в силу принадлежности к организации, частично без таковой взимаются отчисления на социальное страхование, конституционно-правовое обоснование которых отражает идею солидарного выравнивания. По германской традиции они стоят отдельно от обычного налогового права и регулируются особо.

От налогов следует отличать и платежи, которые призваны сбалансировать специфические обременения или прибыль (компенсационные сборы).

На грани между налогами, цель которых — выравнивание, и специальными налогами находится группа налогов, которую ФКС именует налогами для выравнивания финансирования; они должны при помощи собранных средств регулировать бремя налогов или преимущества в рамках определенной сферы занятости либо отрасли экономики.

Налогам не являются выплаты, результатом которых вместо получения дохода может быть определенное поведение обязанного или просто хозяйствующих субъектов (регулирующий налог).

Отделить регулирующий налог, а в известном объеме и компенсационный сбор от обычных налогов не очень просто. Задача налогового законодательства состоит не только в том, чтобы поставлять средства для покрытия государственных расходов и справедливо распределять при этом платежи. Законодатель стремится достичь сразу нескольких целей: с помощью налогового законодательства получить средства и одновременно достичь конкретных целей в области экономической и социальной политики. Так, взимаются налоги, а еще чаще в законы о налогообложении вводятся разнообразные исключительные и специальные положения, при помощи которых государство стремится повлиять на экономическое или иное поведение налогоплательщика посредством воздействия на мотивы его действий. Признано, что такие отчисления с целью регулирования не могут приобретать характер налога. Отчисления, установленные с целью регулирования, не являются налогами в том случае, если доход от них не используется в целях финансирования либо если объективно признано, что отчисления ограничивают число налогоплательщиков и, следовательно, не приносят доходы, а уменьшают их. Это же относится и к отчислениям в целях выравнивания.

В большинстве случаев не налоги как таковые, а отдельные предписания в рамках налоговых законов выполняют регулирующую роль. Наиболее распространены так называемые предписания по налоговым льготам или налоговому ужесточению. Законодательную компетенцию по этим предписаниям определяет ФКС согласно ст. 15 Основного закона.

Другие виды отчислений финансирующего характера могут быть оформлены так, чтобы они наряду с денежным доходом оказывали регулирующее воздействие. Это особенно касается такого вида платежей, как пошлина. ФКС решил, что предписания

регулирующего характера в законах и положениях о пошлинах в целом допустимы.

В развитие изложенного можно дать определение конституционно-правового понятия налога. Налогами в смысле ст. 105 и последующих статей Основного закона могут быть:

- 1) разовые или текущие денежные платежи;
- 2) отчисления, возложенные государственной властью на исполнителя;
- 3) выплаты в пользу федерации, земли, общины, их объединений и публично-правовых религиозных сообществ;
- 4) отчисления для покрытия их финансовых потребностей, причем не только для выравнивания расходов или преимуществ (компенсационный сбор) или непосредственного и опосредованного регулирования действий (регулирующий сбор);
- 5) выплаты, не зависящие от того, получил ли плательщик индивидуально или как член группы: а) преимущество в результате действий государственной власти, обладающей правом взимания отчислений, или б) несет особую финансовую ответственность за расходы (отсюда разграничения: «пошлина», «сборы», «особые отчисления», «платежи в пользу объединений», «взносы на социальное страхование» и т. п.).

Описание конституционных основ финансового права было бы неполным без рассмотрения конституционно-правовой основы финансовой политики государства.

Основной закон применяет следующие термины: налоги» (ст. 105—108), «пошлина» (ст. 74, п. 22; ст. 80, абз. 2), «финансовая монополия» (ст. 105, абз. 1; ст. 106, абз. 1), поступления от «федеральных предприятий и особого имущества» (ст. 110, абз. 1). В законодательстве упоминаются помимо этих еще и другие виды доходов.

Налоговая повинность предполагает законодательную основу. Это непосредственно вытекает из ст. 2, абз. 1 Основного закона, так как представляет собой посягательство на свободу налогоплательщика. Для законодательных полномочий на введение налогов выдвигаются дополнительные требования. Администрация здесь находится в более сильной зависимости от закона и связана его определениями больше, чем в сфере управления. Это вытекает из своеобразия налога как вида платежа, который в целом идет на покрытие финансовых потребностей государства, а следовательно, вводится не для какой-то определенной потребности и не для осуществления конкретной цели.

Помимо налогового права для проведения финансовой политики, вторгающейся в сферу основных прав, особенно в сферу свободы и собственности, необходимо общее правовое основание. Однако законодателю предоставлен выбор: он может делегировать полномочия на такое вторжение в сферу основных прав человека административным органам, реализующим эти полномочия путем постановлений (ст. 80, абз. 1 Основного закона); допускается также передача полномочий на усмотрение органов власти. По-

скольку решение законодателя передать полномочия оказывает влияние на последующие действия государственных органов управления, оно определяет цели, объем и границы вторжения в сферу основных прав.

Сказанное не относится к налоговому законодательству. Его задача — изыскать денежные средства на покрытие общих расходов и справедливо распределить необходимые платежные обязанности (во всяком случае издать выравнивающие нормы, лежащие в основе налогового законодательства). Такое обеспечение финансовыми средствами является целью, но не имеет определенного адреса; оно не может определять ни мотивы налоговых законов, ни конечные цели их исполнения.

Из этого следует, что необходимо ясно очертить содержание налога, установить более строгие требования, чем обычно ставятся перед административно-правовыми полномочиями. Причем определенность требований может быть обеспечена лишь в пределах разумного. Это не означает, однако, что любая неточность правового выражения ввиду спешки или расчета на политический эффект принимается и должна исправляться судебной практикой. Налоговые законы могут вследствие неясности и недостаточной последовательности выходить за грань конституционного права Закон, если он настолько сложен, что даже специалист не в состоянии его себе уяснить, не только не может быть справедливо применен органами государственного управления, но и противоречит принципу преданности законодателя идее права; кроме того, он укрывает законодателя от ответственности за нарушение начал демократии. Из предложенной конституционным правом строгой привязки налогового регулирования к закону следует, что осуществление налоговых законов не может быть целиком отдано на усмотрение государственных органов управления. В налоговом праве ради соблюдения Конституции действует принцип законности. Право на определение содержания налога постановлением Правительства недопустимо. Налоговая повинность также не может быть обоснована обычным правом или международными договорами.

И в толковании налоговых законов действуют особые нормы. Цель такого закона не может обусловить его понимание, так как толкование, связанное с целью получения дохода, вело бы к постоянному расширению налоговых обязанностей. В заключение следует остановиться на том, что закон, определяющий содержание налога, разумеется, должен соответствовать существующим для всех законов правилам законодательной процедуры, как и особым предписаниям федерального законодательства о распределении компетенции в сфере налогов (ст. 105 и 106 Основного закона).

Законное основание требуется и для других видов денежных платежей, устанавливаемых в одностороннем порядке, т. е. платежей, не являющихся налогами, а также для штрафов. При этом

действуют те же принципы, что и для всех государственно-правовых предписаний, — обоснованность и целесообразность.

Статья 115 Основного закона особо регулирует открытие кредитов для федерации, а конституции земель включают соответствующие определения в свою компетенцию. Открытие кредитов тоже требует правового обоснования, так же как и принятие ответственности по обязательствам, гарантиям и другим видам обеспечения. Однако основой ограничения служит здесь не защита прав затронутых лиц, а гарантия одобрения парламентом (не государственно-правовой характер законодательной оговорки, а демократическое парламентское одобрение). Закон, разрешающий" открытие кредита, является законом о превентивных мерах: он уполномочивает не на открытие неопределенного количества кредитов, а лишь на одноразовое открытие кредита в каждом случае; полномочие считается исчерпанным, если кредит открыт.

Согласно ст. 115, абз. 1 Основного закона, кредитные поступления не должны превышать сумм, указанных в бюджете в качестве инвестиционных расходов. Понятие инвестиции не определено в Основном законе. По этому вопросу в литературе существует единое мнение: понятие инвестиции должно быть изложено сжато, поскольку ст. 115 Основного закона только так сможет эффективно ограничить кредитное финансирование. Уполномочивающий на открытие кредита законодатель или министр финансов при открытии кредита должны соблюдать требования единого экономического баланса страны (ст. 109, абз. 2 Основного закона). Для определения нарушений единого экономического баланса законодателю предоставлена, однако, свобода действий при оценке и вынесении решений.

Вопрос о том, насколько гарантии основных прав гражданина применимы к области налогов, обсуждается в литературе в разных аспектах, но не всегда с одинаковой обстоятельностью. Было много попыток отвергнуть применение основных прав к налоговым законам или хотя бы ослабить его. Последние исследования говорят о «стратегии иммунизации», с помощью которой экономическое законодательство избежит вмешательства конституционного права. Здесь может быть дан только обзор разнообразных мнений.

Что налоговый законодатель, так же как и органы, взимающие платежи, должен уважать конституционно-правовой принцип равенства (ст. 3, абз. 1 Основного закона), — это бесспорно. В принципе бесспорным является также и возможность применения основных свобод к налоговым законам. Предписания налогового закона, правда, не являются посягательством на свободу в такой степени, что исключают ее осуществление: они не разрешают и не запрещают, но при любых обстоятельствах связывают осуществление свободы с налоговой повинностью и в этом смысле с ущербом.

Налоговые законы должны постоянно проверяться соблюдением права на свободу в тех случаях, когда налоговое бремя более или менее значительно и нарушение права либо было преду-

смотрено законодателем, либо, по всей вероятности, его следует ожидать. Тот факт, что налоговая обязанность может быть введена в соответствии со ст. 14 Основного закона, ФК.С считал в своем давнем решении немыслимым. Вопреки этому сегодня в литературе применимость ст. 14 Основного закона к налоговым законам почти бесспорна. Налоговая повинность может быть так сформулирована, чтобы побудить налогоплательщика к использованию объектов собственности. В этом случае ст. 14 Основного закона должна быть применена как действующее право; ничто не может действовать в форме определяющих мотиваций и для посягательства на основные права, предусмотренные в ст. 6 или 12 Основного закона. Всякая налоговая повинность является посягательством на собственность в той мере, в какой она обязывает к ее отторжению. Статья 14 Основного закона не исключает этого полностью; сказанное вытекает из ст. 105 Основного закона (касательно налогов), из ст. 74, п. 22 (в отношении пошлины) и из ст. 80, абз. 2 Основного закона. Но ст. 14 разрешает, однако, устанавливать обязанности денежных выплат не безгранично. Решающий, но пока нерешенный вопрос: где начинается верхняя граница налогообложения? Если размеры налога выходят за пределы дохода, то требуется, как и в случаях нарушения других основных прав, особое конституционно-правовое обоснование.

Налоговые законы, коль скоро они соответствуют конституционным предписаниям, являются принадлежностью конституционного порядка в смысле ст. 2, абз. 1 Основного закона; они ограничивают права граждан в допустимых пределах. Являясь ограничением свободы, они должны быть, как и любое вторжение в основные права, оправданы целями общего блага. Наряду с требованием обоснования с позиций конституционно-правового принципа платежей неналогового характера выступает и требование обосновать все платежи с позиций ст. 2, абз. 1 Основного закона. Помимо этого любое отчисление должно быть аргументировано с позиций принципа равенства и конституционно-правового запрета произвола.

Как гласит теория, налоги в современном государстве обоснованы уже потому, что необходимы. Но то, что налоги необходимы, ни в коем случае не означает, что каждый конкретный налог обоснован по содержанию, пропорциональности и объему; это также мало свидетельствует о том, что оправдано в целом налоговое бремя, возложенное парламентариями, считающими его соразмерным, на свой народ. Налоговое право не должно превращаться в область последней государственно-правовой гарантии (своего рода «озоновой дыры» правового государства).

Принцип платежеспособности прикрывает пустоту, образующуюся оттого, что нельзя непосредственно, как думали раньше, вывести из теории оправданности налогов масштаб для установления размеров каждого из них. Однако распределение налоговой повинности не может быть произвольным; оно должно базироваться на существенных мотивах. Вместе с принципом платежеспособ-

ности конституционное право и задает законодателю существенные признаки налогообложения. Теоретически возможно наличие разных масштабов, которыми законодатель мог бы руководствоваться, проектируя налоговое законодательство. Принцип платежеспособности, чтобы стать практически действующим, должен быть конкретизирован законодателем.

Закон содержит четыре момента, на которых выстроен принцип платежеспособности. Первым и главным является содержание ст. 106 Основного закона. Она распределяет поступления от налогов между федерацией и землями по видам налогов, исходя при этом из понятия налога, принятого в традиционном германском праве. Исторически все виды налога, на которые ссылается ст. 106 Основного закона, покоятся на принципе платежеспособности.

Одно из основных прав гражданина — право равенства (ст. 3 Основного закона), а также запрет произвола, вытекающие из принципа правового государства, конкретизируют принцип платежеспособности за рамками ст. 106 Основного закона. Право равенства запрещает отклонение от конституционно-правового принципа определения вида налога, в его границах — законодательное дифференцирование, связанное с личными качествами и не оправданное вескими причинами. Право равенства и принцип правового государства представляют собой второй и третий моменты, на которых покоится принцип платежеспособности. Четвертый — принцип социального государства.

Установление платежей, не являющихся налоговыми, должно учитывать их специфику, т. е. определять, служит ли платеж средством выполнения ответного обязательства, или обычного сбалансирования, или достижения конкретной цели. Покажем это на примере пошлины. ФКС постоянно в своих решениях предполагает действие «принципа эквивалентности» в отношении пошлины: он понимает этот принцип в первую очередь как возможность оптимизации и только в исключительных случаях — как установление ее предела. Идея «принципа эквивалентности» не работает там, где пошлина назначается в ответ на административный акт, который не приносит прибыли плательщику пошлины. В таких случаях ФКС присоединился к позиции, согласно которой «границы пошлины в целом диктуются только наличием основных прав граждан и в более узком смысле — принципом соразмерности». Из принципа соразмерности следует, что цели, преследуемые регулированием пошлины, не должны быть независимы от взимаемых с граждан денег. Обе определяющие — прибыль и расходы — предоставляют законодателю и другим устанавливающим пошлины органам государственной власти значительную свободу действий. Эти границы считаются нарушенными, а пошлина становится недопустимой только в том случае, когда она по своим размерам и в сравнении с другими пошлинами ни с какой разумной точки зрения не может восприниматься как сбалансированная с прибылью или соответствующая расходам.

Принцип платежеспособности может быть принят во внимание только в очень ограниченной форме. Сбалансировать различные уровни платежеспособности и соответственно их изменить — задача тех отчислений, которые безусловно касаются всех граждан. Если налоги восполняют это в достаточной степени, то нет необходимости принимать во внимание платежеспособность граждан.

Ограничение налоговой ставки или общей суммы налоговых поступлений, как в конституциях некоторых других государств, Основной закон ФРГ не предусматривает. Только мимоходом наш законодатель обязывается избегать «перегрузки налогоплательщиков» (ст. 106, абз. 3 Основного закона). Взимание налогов, однако, может быть оправдано использованием поступлений от них на общее благо.

Утверждение бюджетного плана означает одобрение расходов государства. Этот неизменный порядок подтвержден в Основном законе (ст. 110, абз. 1 и соответствующие определения конституций земель). Оговорка, предусматривающая предоставление полномочий на расходы по бюджетным планам, служит распределению финансовой помощи внутри государства, т. е. между органами власти. Денежные средства используются и как средство государственного воздействия на частных лиц, причем применение денежных средств функционально заменяет различные разрешения или запреты. Для защиты индивидуальной свободы от таких разрешений и запретов Конституция содержит специфическое регулирование. В связи с этим у нас уже в течение трех десятилетий обсуждается вопрос, требуется ли для исполнения государственных обязательств специальное полномочие на основании закона помимо данного бюджетным планом. Судебная практика это в принципе отрицает.

В литературе же представлен широкий спектр мнений на этот счет. Многие придерживаются той точки зрения, что достаточно полномочий, представленных бюджетом, другие — что в условиях парламентского демократического правового государства вся государственная административная деятельность, в особенности касающаяся расходования средств, требует законодательной основы. При этом исходят из того, что сегодня государственно-правовая оговорка содержится в статьях Конституции, касающихся основных прав. Конституция требует для проведения государственных мероприятий, затрагивающих основные права граждан, законодательной основы, хотя степень необходимости ее меняется в зависимости от характера затронутого права.

Нельзя признать, что законодательные ограничения основных прав имели бы принципиально иную функцию, чем принятая общая оговорка, поскольку они обращались бы против законодателя, нарушали его право окончательного решения. Принцип законодательной оговорки с давних пор имеет двойную функцию: как норма о компетенции — обеспечивать право окончательного решения законодателя, и как основное право гражданина — предо-

ставлять свободу и гарантировать ее. Другой вопрос заключается в том, должно ли сегодня решение всех принципиальных проблем, касающихся непосредственно граждан, проходить в условиях парламентарной конституционной государственности только законодательным путем. Речь здесь идет не о гарантиях свободы, а об участии парламента в решении других, безусловно также касающихся граждан вопросов, в частности о государственно-правовой оговорке, дополняющей демократическую парламентскую норму.

В заключение следует указать, что расходы, естественно, **не** могут не соответствовать сумме, указанной в бюджетном плане, в случае же необходимости законные полномочия должны отвечать конституционно-правовым процессуальным предписаниям.

Размеры расходов устанавливаются в пределах полномочий, предусмотренных бюджетным правом. Поскольку законы уполномочивают или обязывают что-то предпринять в области расходов, они же определяют или ограничивают их размеры. В связи с тем, что финансовое конституционное право требует обоснования содержания расходов, органы административного управления не могут в этом смысле кому-то делать «подарки».

Предел государственных расходов определяет обязанность учитывать требования единого экономического баланса страны (ст. 109, абз. 2 Основного закона). Кроме того, согласно представленной здесь концепции, ограничение всех государственных расходов диктуется конституционно-правовой обязанностью тратить государственные средства рентабельно и продуктивно.

Существующий порядок технического осуществления расчета доходов и расходов, рентабельности и правильности ведения бюджета и руководства экономикой в целом подлежит контролю, осуществляемому независимой Счетной палатой (в федерации действует ст. 114 Основного закона). Счетные палаты ФРГ и земель сообщают о результатах своей проверки; на основе этих докладов проходят обсуждения в парламентах, которые принимают решения об утверждении отчетов соответственно Федерального правительства и правительств земель.

Конституционное финансовое право лежит вне сферы политических будней. Регулирование его сложно, а действие часто трудно проследить. Несмотря на его политическое значение, которое все время возрастает, конституционное финансовое право на практике является, в сущности, экспертным правом.

Своеобразие конституционного финансового права содействовало появлению концепции, согласно которой в финансовых нормах Конституции имеются определенные вопросы, в силу своей природы абсолютно недоступные судебному решению; в отношении их могли и должны были бы принимать решения соответствующие политические структуры, чиновники министерств. Тема эта имеет методологический и функционально-правовой аспекты. С точки зрения методологии применения права стоит подумать о том, что категории финансового права должны более гибко интерпретироваться по сравнению с другими понятиями Кон-

ституции. Вопрос заключается в том, насколько в конституционном финансовом праве по сравнению с другими разделами Конституции допустима большая свобода действия для определения неясных понятий. В конце концов дело свелось к толкованию отдельных конституционных положений. Для особо гибкой интерпретации финансового конституционного права нельзя назвать веских причин. Финансовая власть не слабее любой другой разновидности государственной власти, поэтому она нуждается в не меньшей конституционно-правовой зависимости и контроле.

Конституционное финансовое право принципиально отличается от иного конституционного права тем, что конкретизация его неясных понятий может быть зачастую выражена цифрами. Но единственная принципиальная особенность финансового конституционного права заключается в том, что для рациональной и одинаково справедливой конкретизации неясных положений может появиться необходимость использования метода вычисления и определенных величин.

ФКС должен, по нашему мнению, пресекать все попытки ограничить его компетенцию в решении вопросов финансового конституционного права в большем объеме, чем в других отраслях конституционного права. При этом ФКС соглашается, что финансовые нормы Конституции должны действовать при обсуждении и принятии решений, которые подлежат конституционно-правовому контролю, только в пределах, устанавливаемых законом. Сами эти пределы представляют собой границы, которые не имеет права перешагивать даже законодатель. Тем самым ФКС ставит высокие требования не только перед законодателем, но и перед правосудием.

II. ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ДОХОДЫ

В соответствии с Основным законом обеспечивается финансирование задач, стоящих перед обществом, за счет налогов, что означает получение государством доли от доходов частного хозяйствования. Налоговое обложение открывает государству такие источники финансирования, как частная собственность, личный доход и индивидуальный спрос, обеспечивает дистанцию между государством и его банкиром за счет не зависящего от государственных обязательств обложения налогами, а также гарантирует поступление доходов, не связанных целевым назначением. Такая специфика налогового обложения в отличие от практики встречных обязательств и программ финансирования ставит перед государственным правом задачу предостеречь налоговую политику от неумеренности и обязать ее придерживаться соразмерности во избежание произвола.

Основной закон делит государственное движение финансов на три этапа: сбор, определение назначения и распределение финансовых средств. Сбор происходит преимущественно в форме налогового обложения. Раздел X Основного закона посвящен почти

целиком проблемам обеспечения государства за счет налогов. Он регулирует законодательный суверенитет, право распределения, административное верховенство, в налоговой сфере. При этом перечисляются виды налогов и гарантируются внутренний суверенитет, объективность и внепартийность государственной системы финансов с помощью такого способа финансирования, как налоговое обложение, не зависящее от схемы государственных расходов.

Доходы как особая категория интересуют государственное право не с точки зрения происхождения, правовой основы или целенаправленности расходования денежных средств. В центре его внимания — степень свободы государства в области финансов. Согласно ст. 110, абз. 1 Основного закона, все доходы и расходы федерации должны включаться в бюджет. Статья 114, абз. 1 говорит об обязанности федерального министра финансов представлять в Бундестаг и Бундесрат (во исполнение обязанности Федерального правительства) отчет о всех доходах и расходах. Таким образом, государственные доходы и предварительная смета их в бюджете открывают путь к свободе действий государства на определенный период в сфере расходов. Парламент устанавливает определенную сумму, которой могут распоряжаться Правительство и администрация для выполнения задач государственного финансирования. Указанные в бюджете доходы являются, в конечном счете, расчетной основой для сравнения финансового потенциала федерации и земель и для определения вертикального (ст. 106, абз. 3, 4, 9) и горизонтального экономического выравнивания.

По тексту Основного закона государственными доходами считаются: налоги (ст. 105—108), финансовые монополии (ст. 105, абз. 1; ст. 106, абз. 1), прибыли от федеральных предприятий и особого имущества (ст. 110, абз. 1), поступления от государственного кредита (ст. 115), пошлины (ст. 74, п. 22; ст. 80, абз. 2).

Если бюджет должен быть сбалансирован по доходам и расходам (ст. 110, абз. 1), то доходами ограничивается поле, внутри которого государство может в течение бюджетного года осуществлять выплаты, финансирование, исполнение обязательств.

Выравнивание доходов от финансовых поступлений между федерацией и землями и между землями базируется на полном объеме доходов по всем разделам. Вертикальное распределение поступлений от налога с оборота между федерацией и землями должно обеспечивать их равное право на покрытие необходимых расходов за счет текущих доходов (ст. 106, абз. 3). Горизонтальное выравнивание финансовых потенциалов земель проводится по возможности. Финансовый потенциал, т. е. способность экономически осуществлять поставленные государством задачи, имеет своей основой полный объем государственных доходов.

Само собой разумеется, что учет парламентом всех государственных доходов является предпосылкой надлежащего правового и финансово-экономического контроля. Полный объем государ-

ственных доходов служит фундаментом сохранения стабильности, соблюдение которой, согласно Основному закону (ст. 109, абз. 2), необходимо и при ведении бюджетного хозяйства для единого экономического баланса страны.

Включение в проект бюджета всех доходов и расходов признается в настоящее время практикой как конституционный принцип (ст. 110, абз. 1). Доходы включаются в бюджет в полном объеме, исходя из объективной предварительной оценки; «черные кассы», выведенные из-под контроля и утверждения парламентом, запрещены конституционным правом.

Иногда поступления от доходов законодатель связывает частично или полностью с теми или иными целями, при этом происходит аккумулярование средств на определенном счете, и только при соответствующей конъюнктуре может быть разрешено законом их использование. Эта зависимость от законодателя не затрагивает, однако, принципа полного отражения доходов в проекте бюджета, поскольку поступления от доходов, находясь в распоряжении законодателя, периодически включаются в предварительную смету.

Несколько иначе обстоит дело при специальных отчислениях, поступления от которых сводятся в специальный фонд, создаваемый в интересах группы налогоплательщиков и потому обособленный от общего государственного бюджета. Подобного рода специальные налоги как необычный инструмент финансовой системы предполагают регулярную проверку законности в течение длительного срока; они — редкое исключение.

Принцип учета доходов в полном объеме страдает погрешностью «валового принципа», когда доходы отделены от расходов.

Принцип учета государственных доходов в полном объеме по идее нарушается в случае определения налоговым законодателем налоговой задолженности, которую он снижает исходя из существующей в налоговом праве льготной нормы.

Наконец, этот принцип может быть нарушен в результате таких организационных действий, когда выполнение государственных задач перекладывается на публично-правовые или частные юридические лица. Доходы и расходы таких организационно-правовых структур обособлены и обычно не учитываются в бюджете. Таким образом, при периодическом одобрении бюджета они не подпадают под контроль парламента, предусмотренный Конституцией.

Доходы государства означают с позиций государственно-правового регулирования переход платежеспособности из частных рук к государству. Всякий такой доход отнимает у частного лица долю экономической свободы и усиливает свободу действий общества в финансово-экономической сфере. С помощью доходов государство получает денежные средства для выполнения общих государственных задач, финансирования деятельности государства на пользу всем: членам общества, а не отдельным гражданам. Ответственность государства за общее благосостояние определяет

задачи государства и финансирование их за счет налогов. Налоговое законодательство в настоящее время часто применяется и как средство регулирования.

Существенные различия в степени обременения налогами вытекают из различий их правовой основы. Налог обязывает внести определенную денежную сумму, но взамен налогоплательщик не получает права претендовать на выполнение каких-либо государственных мероприятий или оказывать влияние на действия государства в будущем. Налоги и взносы на специальные цели возможны только в том случае, если государство дает обязательства какому-либо индивидууму (пошлины) или, оказывая предпочтение, предлагает услуги (сборы). Особые выплаты устанавливаются исходя из групповой обязанности и олицетворяют в доходе ответственность налогоплательщиков за финансирование. Компенсационные выплаты возвращают стоимость государственных услуг

Различающимся функциям этих платежей соответствует и неодинаковый их характер как средств регулирования. Регулирование с помощью финансовой политики реально лишь в тех сферах, где экономические преобразования и дифференцирование зависят от финансового потенциала. Общегражданские права и обязанности (например, право голоса или воинская обязанность) не подлежат модификации посредством финансового права.

В обеспечении государства финансовыми средствами интерес представляет содержание права сбора налогов и использования налоговых средств как возможность расширения сферы финансовой деятельности и ответственности за нее. Финансовое законодательство тщательно распределяет эти полномочия в системе федеральных прав и регулирует наряду с законодательными и исполнительными полномочиями власти собственное суверенное право, на котором базируется распоряжение финансовыми поступлениями. Федеральная система руководствуется тем, что государство черпает свою финансовую мощь в основном из налоговых поступлений; регулирование основных доходов в ст. 106 Конституции касается налоговых поступлений. Согласно ей, определенные доходы принадлежат исключительно федерации, а доходы от других налогов — только землям (разделительная система). Абзац 1 этой статьи отдает федерации доходы от пошлин, большинство косвенных налогов, из которых отдельные более не существуют. В соответствии с абз. 2 землям принадлежат право на доходы от налогов на имущество, с наследства, с автомашин, от транспортных налогов, если они не принадлежат землям и федерации одновременно или только федерации, доходы от налога на пиво и игорные учреждения. Три наиболее важных налога — подоходный, с корпораций и с оборота — принадлежат одновременно федерации и землям (ст. 106, абз. 3). Поступления от подоходного налога и налога с корпораций делятся поровну (ст. 106, абз. 2). Общины получают часть поступлений от подоходного налога (ст. 106, абз. 5). В пределах основного распределения поступлений между федерацией и землями направление доходов от налога с оборота

по обычному федеральному закону ради покрытия потребностей является единичным случаем. Раньше в результате более тщательного решения соответствующим законом вопросов финансового выравнивания федерации принадлежало две трети, а землям — в целом около трети доходов от налога с оборота.

Отправные моменты при дележе доходов между отдельными землями («горизонтальное» распределение) таковы: во-первых, указывается место сбора налогов финансовыми ведомствами — «местные доходы» (ст. 107, абз. 1); во-вторых, доля доходов земель от налога с оборота исчисляется пропорционально числу их жителей (ст. 107 абз. 1); в-третьих, дополнительное распределение выравнивает возможности отстающих земель, если сборы от налогов (помимо налога с оборота) на каждого жителя оказываются ниже, чем средние доходы по стране (ст. 107, абз. 1); с целью корректирующего выравнивания используется доля повышенных доходов, составляющая не более четверти доходов земель от налога с оборота.

Статья 107, абз. 2 Основного закона модифицирует финансовую независимость земель и поручает федеральному законодателю производить соответствующее горизонтальное выравнивание финансовых потенциалов земель. Экономические результаты осуществления налоговой политики местными властями и вытекающие отсюда права по использованию средств нивелируются простейшим образом, поскольку одинаковость статусов земель требует для каждой из них равных с другими финансово-экономических условий. Статья 107, абз. 2 Основного закона предусматривает выравнивание по мере возможности финансовых потенциалов земель путем установления обязанности более сильных в финансовом отношении земель помогать землям более слабым. Принцип выравнивания (сбалансированности) предполагает правовую оценку существующих различий и сокращение их при сохранении независимости земель; принцип «по возможности» ограничивает интенсивность выравнивания.

Основной закон не указывает, кому принадлежит первенствующее право сбора прочих налогов и использования этих средств, однако оно вытекает из принципа их взаимосвязи. Так как доходы находятся в зависимости от стоящих задач, то и доходы от пошлин, взносов, договорных платежей, и доходы, связанные с введением особых выплат, принадлежат тому, кто должен нести расходы. Налоговое бремя, связанное в каждом отдельном случае с выполнением определенных задач, именуется «финансированием из собственных средств».

Нарушения прав граждан под влиянием действия налоговой системы государства и государственно-правовое значение финансовых поступлений вызывают необходимость законодательного обоснования налоговой повинности. Налоговое законодательство, особо зависящее от «диктата законодателя», требует точного определения содержания обложения. Поскольку его цель вытекает в основном из необходимости доходов и не воплощается ни в ка-

ких реалиях, ценностная сущность налоговой системы — участка государства в результатах роста определенного имущественного объекта или его способности приносить доход — должна быть со всей очевидностью и бесспорностью закреплена непосредственно демократической легитимацией. Критерии необходимости и соответствия средства и цели должны в налоговом законодательстве в большей степени ориентироваться на право. Это четко закреплено в конституционно-правовых принципах налогового обложения.

Применение законодательных ограничений диктуется самим фактом вторжения налогового обложения в сферу основных прав граждан путем принятия бюджета парламентом. Федеральное правительство предлагает (пользуясь только ему предоставленным полномочием формирования бюджета) свой государственный финансовый план, а парламент принимает на себя оговоренную для него в бюджетном законодательстве роль политического руководителя финансовой системы государства, которую он усиливает и расширяет в дальнейшем правом контроля и утверждения отчета об исполнении бюджета (ст. 114, абз. 1).

Основной закон исходит из принципа финансирования государства за счет налогов. В разделе Конституции «Финансы» (разд. X) законодательные полномочия (ст. 105), право сбора налогов и использования налоговых средств (ст. 106 и 107), а также административная самостоятельность (ст. 108) отнесены почти исключительно к налогам как инструменту оснащения государства финансовыми средствами. Этот раздел представляет собой «налоговую конституцию», которая распределяет поступления от налогов исходя из существования основных видов налогов. В способе финансирования, само собой разумеется, официально признанном, заложено базовое решение обеспечения государства деньгами, опирающееся в принципе не на хозяйственно-экономическую деятельность или введение других видов платежей. Доходы от налогов в 1988 г. достигли 488 млрд. марок.

В Конституции правового государства и провозглашенном в ней равенстве заложен принцип одинаковости налогового бремени — все государственные налоги выплачиваются обязательно всем обществом, а не отдельными группами. В то же время объективный и беспристрастный характер такого государства требует определенной дистанции между государством как финансовой системой и его финансовыми органами, не допуская индивидуального или группового источника средств. Наконец, цель социального государства — приобщить гражданина к нормам жизни государства, обеспечить принадлежность к государственной общности вне зависимости от достигнутого каждым правового и экономического положения.

Основополагающее конституционно-правовое решение в области финансов — предоставить государству долю от дохода физических лиц в виде налогов, отказавшись от огосударствления самой хозяйственной базы, — находит свое отражение, с точки

зрения основных, прав, в социальной, обязанности, налагаемой частной собственностью (ст., 14, абз. 2). Растущая степень социальной обязанности при пользовании собственностью и профессиональном, обучении (ст., 12, абз. 1) дает ориентир налоговому обложению — экономический успех в области труда, пользования капиталом и, обмена. Основной закон сориентирован не на подушный налог и не на налоговое обложение всех трудоспособных граждан, а на обложение налогом благоприобретенного имущества.

Финансирование государства, за счет налогов опирается на Конституцию, которая дает государственные гарантии частным хозяйствам, и в то же время обеспечивает независимость государства от финансового прессинга с их стороны,

Налоговый источник, с точки зрения государственного права, имеет преимущество в том, что никоим образом не ставит государство, в зависимость от кого-либо и не отягощает его никакими правовыми обязанностями. Налогоплательщик по отношению к государственной финансовой системе выступает лишь как платежеспособный должник, а не как требующий платежей кредитор; он — «подвластный банкир», а не принимающий активное участие в деле акционер.

Налоги отличаются от других выплат тем, что не связаны с особыми причинами или обстоятельствами, оправдывающими их установление. Для налогов характерным является их независимость от обуславливающих обстоятельств, так сказать, отсутствие специальных предпосылок. Такое отрицание обуславливающих обстоятельств не означает, однако, что налоговое обложение может обойтись без государственно-правовой базы и не требует никакой конституционно-правовой гарантии. Более того, перед государственным правом стоит задача найти оправдание тем налогам, которые не могут быть квалифицированы как возмещение, штраф или компенсация, фундаментом полномочий на введение налогов является социальная обязанность выполнения индивидуально-полезной деятельности и социальная роль частной собственности.

Современная дискуссия о конституционно-правовом понятии налога особое внимание уделяет вопросу о том, является ли налог преимущественно или исключительно аккумулятором государственных доходов или служит также средством управления; является ли налог исключительно источником финансирования государства или законодатель вправе включить в название налога и определенные рекомендации поведения, например установить специальные налоги за действия, загрязняющие окружающую среду, причиняющие вред здоровью или нежелательные по соображениям внешнеэкономическим; можно ли в целях поощрения действий в области культуры, социальной сфере или жилищном строительстве освободить кого-либо от налогового обложения.

Основной закон предлагает традиционное правовое понятие налога. Согласно ему, налоги являются разовыми или текущими

денежными платежами. Это определение сближается с концепцией, согласно которой налоги должны устанавливаться с целью получения доходов, а не с целью принудить налогоплательщика к определенному поведению. Исходя из этого, задача, стоящая перед налоговой системой, должна быть с точки зрения конституционного права рассмотрена в трех плоскостях: сначала надо проверить, не является ли налог абсолютно недопустимым по Конституции, если он не имеет фискального характера или если такой его характер недостаточно выражен; затем обсуждается проблема оправдания нефискального налога в связи с разделением налоговой компетенции (ст. 105 и 106); наконец, должно быть определено по существу, какое влияние оказывают ограничения системы налогового обложения, вытекающие из существующих основных прав, на имущественную сферу и свободу действий адресата.

На конституционно-правовое понятие налога оказывает влияние тот факт, что в современном индустриальном обществе налог неизбежно занимает центральное место среди средств активного государственного воздействия на экономику и общество в целом, причем цель — собрать средства для выполнения конкретных общегосударственных задач — нередко полностью отступает на задний план. В соответствии с этим законодатель должен руководствоваться в осуществлении своих прав по налоговому обложению соображениями финансовой социальной народнохозяйственной политики, задачами защиты окружающей среды либо другими целями регулирования. Налог как понятие, таким образом, соединяет в себе принципы конституционного и финансового права.

При использовании своих полномочий на введение налогов законодатель не связан в выборе: он может предпочесть получение дохода обременению обязательствами, и наоборот, преследовать и осуществлять при этом задачи регулирования, но основы его компетенции остаются неизменными.

Регулируемый налог представляет собой один из видов налога. Он устанавливает отношения между налогоплательщиком и налоговым ведомством и мобилизует денежные средства опираясь на законодательную компетенцию (ст. 105 Основного закона). Если в установлении налога руководствуются этой статьей, то, как правило, законодательная компетенция федерации зависит от конкурирующей компетенции; в других случаях закон нуждается в одобрении Бундесрата (ст. 105, абз. 3).

Квалификация регулирующего налога как одного из видов налогообложения влечет за собой прежде всего и признание двойственного характера этого налога, вытекающего из признания двойственных прав граждан. Устанавливаемая федеральным законодательством зависимость существования регулирования от принадлежности налоговых поступлений — земле или федерации — вызывает сомнения с точки зрения конституционного права. Легитимная цель регулирования не оправдывает возможности альтер-

нативного действия налогового обложения и не выдерживает конституционно-правовой критики. Оправданием налогового бремени не может служить в принципе и отказ выполнять приказ подчиниться оформленной посредством налога административной программе. Налогоплательщик сохраняет, несмотря на обязанность платить, свободу действий; финансовая система государства рассчитана принципиально только на индивидуальный финансовый потенциал, а не на ограничение индивидуальной свободы.

Принцип равенства перед законом предполагает существование различий среди людей; они как индивиды отличаются друг от друга достоинствами, возможностями самореализации и материальным успехом. Поэтому принцип равноправия предусматривает для законодателя обязательную дифференциацию. Всеобщая налоговая повинность не может обязать каждого гражданина выплачивать одинаковые суммы, она лишь устанавливает для каждого в соответствии с его финансовым потенциалом равную налоговую обязанность.

Всякая налоговая система соразмерна с задачами и полномочиями государства. Если оно призвано защищать жизнь и имущество каждого, то налог представляется платой за эту защиту, а величина объекта обложения — вознаграждением за предоставленную гарантию. Отсюда вытекает система обложения подушным налогом и налогом на имущество. Если государство как общность, скрепленная обязанностями, побуждает каждого к участию его своими силами и имуществом в своих делах, то налоговое бремя устанавливается независимо от принятых государством обязательств. На таком понимании задач государства строится налоговая система, которая ориентирована на прибыльность имущества, поэтому в ней доминируют поземельный и промысловый налоги, дополняемые определенным подушным налогом, учитывающим трудоспособность каждого человека, в то время как все прочие налоги не имеют принципиального значения. Если же цель государства — главным образом содействие процветанию и наибольшему удовлетворению потребностей гражданина, то величина объекта налогового обложения служит благосостоянию потребностей каждого, а объект налогообложения — часть материального благосостояния, идущая на потребление. Такое понимание задач государства открывает путь косвенным налогам. В налогах, следовательно, находит свое отражение не конкретная, персонифицированная государственная повинность, а лишь обременение налогоплательщика в зависимости от его экономического благосостояния.

Несмотря на решающее значение налоговой системы для государственного строя, Основной закон не содержит никаких материальных норм налогового законодательства. Поэтому обременение упомянутыми в ст. 106 видами налогов должно быть оправдано с точки зрения конституционного права как допустимое и желательное. Обычный законодатель не имеет права устанавливать в случае необходимости новые налоги, доходы от которых не

определяются ст. 106 Основного закона. Принципиальные изменения основ налогового бремени возможны только путем изменения Конституции. Правда, законодателью предоставлена значительная свобода действий При обновлении и разработке отдельных видов налогов. Реформы налога с оборота и Налога на корпорации были осуществлены в рамках действующего конституционного права.

Материальное содержание провозглашенных в Основном законе видов налогов оформляет конституционное налоговое право, контуры которого очерчиваются следующими принципами: налоговое бремя касается платежеспособности, а не трудоспособности; государство финансируется не гражданами, а владельцами собственности (ст. 14); налогом облагается не трудоспособность, а заработок.

Если законодатель принципиально не ставит цель обложить налогом трудоспособность или кредитоспособность, а лишь обременяет право каждого распоряжаться личным благосостоянием, то возможны три варианта налогов. Они могут касаться прироста имущества (доход), частной собственности (наличное имущество) и пользования ею (потребление). Налоги, закрепленные в ст. 106;

направлены на частный капитал по всем трём направлениям. Доход становится предметом подоходного налога, налога на корпорации, промыслового и церковного налогов. Потребление облагается налогом с оборота, Транспортными налогами, косвенными налогами и пошлинами. В ст. 106 Основного закона предусмотрено также обложение налогом имущества: поземельным налогом, налогом на промысловый капитал- и косвенным налогом. Переход имущества в натуральном выражении к другому владельцу находится под контролем налога на наследство или дарение Каждый из этих трех вариантов имеет свои особенности. В основе подоходного налога и налога на имущество лежит финансовый потенциал каждого, поэтому дифференцируется размер налога. Назначение косвенных налогов при пользовании имуществом обязывает предпринимателя, а потребителя обременяет только в случае, если удастся включить сумму налога в цену товара. Субъект налога в этом случае — анонимный рынок; в сущности, налог не отражает здесь ни имущественного положения, ни дохода, ни спроса. Следовательно, косвенные налоги назначаются исходя из предполагаемого финансового потенциала потребителя. Каждый из трех вариантов налогового обложения по-разному влияет на свободу поведения налогоплательщика. Финансовое обеспечение государства зависит от прироста индивидуальной частной собственности, следовательно, нацелено на стремление каждого к прибыли.

Самые важные виды налогов по степени обременения и размерам поступлений — это подоходный и налог на имущество; они обращены на имущество, находящееся в обороте. Налогообложение имущества как такового — проблема конституционного права. Согласно ст. 14, абз. 2 Основного закона, сама по себе собственность в любом случае обязывает, пусть в меньшей степени, чем

пользование ею. По этой причине обложение налогом собственности не вызывает сомнений, если для данной цели используется минимальный размер имущества, приносящего доход. Государство, которое не охватывает системой хозяйствования все имущество, способное приносить доход, а, лишь участвует в доле прибыли от использования частной собственности с помощью налога, доказывает возможность использования имущества для получения дохода. Поэтому допустим налог на собственность с учетом запланированной прибыли.

Налог на собственность, так же как и прогрессивное обложение подоходных налогов или налогов на пользование собственностью, не может в настоящее время быть оправдан задачами перераспределения. Оно не может зависеть только от размеров дохода и собственности, а должно принимать во внимание причины их расхождения. Особенно должны учитываться причины, по которым индивид не участвует вовсе или недостаточно активно участвует в кругообороте капитала (безработица, болезнь, низкое образование или отсутствие стартового капитала). Налоговое обложение, берущее в расчет только прирост доходов, размеры собственности и объем потребления, не способно уже в силу своей конструкции служить базой политики перераспределения.

Общепризнанное обоснование налогового обложения предполагает, однако, тщательную проверку соответствия налоговых законов основным правам граждан. Непредсказуемое и противоречивое законодательство не позволяет достаточно точно выделить категории и размеры налогов и тем самым ослабляет действие принципа равноправия. Оно оставляет без внимания цели обложения, и исходным пунктом для него служит лишь мера социальных обязанностей, вытекающих из частной собственности. В действительности этот общий отправной момент сомнителен. Он должен быть конкретно определен законодателем при введении того или иного налога.

Налоговое законодательство отличается устойчивостью и способностью к калькулированию, а следовательно, оказывает влияние на формирование экономики, если в определении принципов обложения руководствуется правовыми основами, провозглашенными Конституцией и закрепленными в ее ст. 106. Налоговое обложение не преследует абстрактной цели — снабдить государство денежными средствами за счет граждан; перед ним категорически поставлена конкретная задача — содействовать государству в получении доли доходов или стоимости имущества физических лиц. В этом непосредственном участии кроется цель налогообложения, согласно которой определяется и способ налогового обложения. Только точно очерченная законом основа налогообложения сообщает налоговому праву надежность, которая является основным условием свободных конституций. Принцип правового государства требует от законодателя предоставления налогоплательщику заранее достоверных данных для исполнения им налоговой повинности. В настоящее время в практике ФКС и научной

юридической литературе признано, что налогообложение представляет собой «государственное посягательство» на частные средства и поэтому должно подпадать под ст. 14 Основного закона. Но ограничение налогового прессы находят слишком неопределенным, верхнюю границу обложения — в высшей степени сомнительной и неспособной прикрыть откровенное стремление к охране собственности.

Между правовой гарантией собственности и налоговым отторжением ее части существует, как кажется, непримиримое противоречие. Для решения этой мнимой дилеммы в тексте Конституции сделана попытка отделить имущество, подлежащее налоговому обложению, от собственности, гарантируемой основными правами, освобождая, таким образом, налоговую систему от гарантий, содержащихся в ст. 14 Основного закона. Тем самым ставится под сомнение положение о том, можно ли вообще совокупность всех имущественных прав считать юридическим институтом. Следствием конституционно-правовой увязки институтов частной собственности и налогового права на основе ст. 14 Основного закона явилось то, что содержание и развитие обоих правовых явлений определяется влиянием конституционных гарантий: частная собственность как принципиально регулируемая гарантируется в своей основе (ст. 14, абз. 2), а предельная допустимость ее налогового обложения лимитируется границами отчуждения, устанавливаемыми ст. 14, абз. 3 Основного закона.

Существование налогов оправдано социальными обязанностями, вытекающими из права частной собственности. Тем самым налоговая система ориентирована прежде всего на частную собственность, т. е. владелец собственности, а не гражданин вообще финансирует государство. Доходы облагаются налогами лишь после того, как получены, а товарооборот — только после юридического завершения сделки. Поэтому предмет налогообложения — всегда частная собственность, призванная таким образом служить интересам общества.

Статья 14 Основного закона допускает налоговое обложение частной собственности при пользовании, а в смягченной форме — только при владении ею. Принцип налогообложения, опирающийся на ст. 14, абз. 2, подкрепляется конституционно-правовым принципом разделения поступлений по видам налогов (ст. 106 Основного закона).

Доход, полученный в результате труда, является в равной мере личным имуществом и потому в той же степени, что и доход с капитала, ограждается ст. 14 Основного закона от чрезмерности налогового обложения. Следует упомянуть, кроме того, о гарантии свободы выбора профессии (ст. 12, абз. 1 Основного закона), смысл которой направлен на получение каждым индивидуально-го дохода.

Правовое регулирование налога не гарантирует плательщика от чрезмерности общей суммы отдельных налогов. Поэтому ст. 14 как бы требует дополнительной проверки того, не превышает ли

итог суммирования всех конституционно установленных отдельных налогов степень социальных обязанностей, накладываемых частной собственностью. Представительная демократия в настоящее время не может предложить достаточно эффективную гарантию соразмерности налогового обложения. Общеобязательный налоговый закон также не обеспечивает материального равенства налогового бремени. Тем не менее соразмерность обложения — обязанность выплачивать налоги в соответствии с финансовым потенциалом каждого — и сегодня является обязательным ориентиром для законодателя. Статья 1, абз. 3 обязывает все ветви государственной власти соблюдать основные права и, таким образом, позволяет ФКС контролировать совместимость налогового закона с требованием равенства налогообложения.

Напрямую гарантия равенства, т. е. принцип равноправия, не имеет отношения к налоговому праву; его сфера — равенство экономического положения людей, которое зависит от свободного выбора каждого и демократического конституционного права. Тем, кто платит налоги, налоговое бремя, пожалуй, видится как подушная подать. Налоговое право, не обязывающее к получению дохода, а лишь претендующее на долю заработанного, оправдывает налоговую систему различиями имущественного положения. Гражданин облагается налогом не просто как физическое лицо, а как имеющий возможность распоряжаться определенными материальными ценностями. Поэтому равенство в налоговом законодательстве базируется на сравнении размеров предельно допустимого обложения каждого.

Принцип равенства, увязанный с гарантией права собственности, становится главным принципом налогового обложения. Принцип выплаты налогов соответственно финансовому потенциалу признан в настоящее время основным критерием равенства в сфере налогообложения, исключая превышение заданных размеров, и защищается ФКС. Принцип платежей по финансовому потенциалу каждого заключает в себе юридическую конкретизацию принципа равенства и приближает его к постулату всеобщей справедливости.

С точки зрения государственного права, законодательству надлежит определить четыре основных элемента налоговой системы: субъект обложения, объект обложения, расчетный базис и налоговую ставку. Основной закон не содержит каких-либо указаний относительно отдельных налогов, но обязывает законодателя ориентироваться в развитии налогового права на осуществленное в нем частичное регулирование. Государственная налоговая система действует в принципе в отношении всех физических лиц, находящихся под государственной юрисдикцией, а по самой природе стоящей перед ней экономической задачи привязана к территориальному фактору. Налоговое право в своей основе принадлежит тому государству, в сфере которого происходит трудовой процесс, возникает спрос или имеется в наличии имущество, облагаемое налогом.

При определении подоходного налога подавляющее большинство государств в настоящее время учитывает в каждом случае доходы налогоплательщика не только внутри страны, но и вне ее. Наряду с обложением доходов, получаемых в других странах, государства облагают налогом и доходы, источники которых находятся в самой стране, даже если они связаны с налоговой системой другого государства или идут в его пользу. Коллизии, возможные в случае наложения этих двух принципов, разрешаются регулированием на основе международных договоров, результатом чего, как правило, является отказ одной из сторон от взимания налогов или одно из государств взыскивает налоги другого через свои налоговые ведомства. В принципе право взимать налоги предоставляется государству, на территории которого получен доход, причем используются слагаемые получения дохода (капитал, труд, специальные знания). Получение дохода не на внутреннем рынке какого-либо государства, а на мировом существенно ослабляет легитимную силу принципа местожительства при налоговом обложении индивидуальных доходов.

Поземельным налогом облагаются земельные участки в стране, промысловым налогом — капитал промышленных предприятий, поимущественным налогом — в целом имущество граждан данной страны. Поглощение индивидуального обложения налоговой системой какого-либо определенного государства происходит в настоящее время по правилам, вытекающим из обычного налогового законодательства и международных договоров. Основной закон оставляет германскому законодателю значительное пространство для принятия решений и лишь незначительно ограничивает возможности ФРГ в части переговоров с другими государствами.

Объекты обложения предопределены принципом участия через систему налогов в успехах частных хозяйств, которые зависят от рынка и потому имеют социальные обязанности; отдельные виды налогов охарактеризованы как предмет законодательной компетенции (ст. 105) и как право распределения поступлений от налогов (ст. 106). Конституция опирается в своем перечне налогов на общепринятый правовой порядок и виды налогов и, таким образом, сохраняет непрерывность развития налогового права.

Подоходным налогом облагаются физические лица в связи с достигнутым приростом имеющегося в их распоряжении имущества в результате участия в едином хозяйственном обмене. Налогом с корпорацией облагаются доходы объединений — юридических лиц, объединений лиц, связанных определенными отношениями, имущественная масса. Налог на корпорации ведет к двойному налогообложению прибыли: сначала корпорации, а затем и пайщика. Это удвоенное обложение сейчас смягчено. Правовая реформа налога с корпорацией 1977 г. предусмотрела полный зачет суммы налога как задолженности по подоходному налогу с распределенной прибыли. В рамках правового преимущества, вытекающего из Конституции, налог с корпораций из регулирующего пре-

вратился в основу взаимных расчетов. Объект обложения промысловым налогом определяется без учета правоотношений между предприятием и отдельными участниками. Промысловый налог — это реальный налог в смысле ст. 106 абз. 6.

С помощью налога на имущество, поземельного налога, налога на промысловый капитал и компенсационных налогов действующее налоговое право охватывает все виды имущества. Статья 106, абз. 2 придает налогу на имущество первостепенное значение как источнику поступлений и средству налогового прессинга. Исходя из этого, конституционное право требует полного и точного учета всего имущества, особенно единого подхода к его оценке, а также ограничения налогообложения номинальным доходом во избежание введения прямых реальных налогов.

Поземельным налогом облагается земельная собственность, т.е. предприятия сельского и лесного хозяйства, земельные участки, находящиеся в личной собственности и в собственности предприятий. Промысловый налог, по его определению, распространяется на доходы от промысла, а также на фактическое имущество, Компенсационные налоги возмещают пользование материальными благами и услугами. Важнейшими примерами служат коммунальные налоги на охоту и рыболовство, на доходы от зрелищных предприятий, налоги на лиц, имеющих двойное местожительство. Землям предоставлено право (ст. 105, абз. 2а) законодательствовать лишь в области местных компенсационных налогов.

Потребление облагается налогом с оборота, акцизными налогами, налогами, вытекающими из товарно-денежных и имущественных отношений, и таможенными пошлинами. Статья 106, абз. 3 обособляет налог с оборота от акциза и налогов, вытекающих из товарно-денежных и имущественных отношений, превращая его в один из характерных источников поступлений средств.

Статья 106 Основного закона относит право сбора и использования налоговых поступлений от налога с оборота капитала, доходов от страховых и обменных операций к компетенции федерации (абз. 1); прочие налоги, например налог на имущество, налог с наследства, противопожарный налог, доходы от игорных учреждений, — к компетенции земель (абз. 2). Это регулирование основывается на признании традиции прямых и косвенных налогов, но в принципе не может помешать их отмене. На традиционности этих налогов базируется признание конституционности этих видов налогового бремени, но не исключено, что в процессе экономического развития предпочтение будет отдано другим налогам, в особенности налогу с оборота. Свое влияние может оказать конституционно-правовое мышление, присущее европейскому праву, имеющему другую шкалу ценностей.

Таможенные пошлины являются налогами, устанавливаемыми в виде таможенных тарифов при движении товаров через границу.

Статья 105, абз. 1 закрепляет финансовые монополии и поступления от них за федерацией. Обложение косвенными налогами по-

требления отражает очевидные рыночные процессы, оно возлагает обязанности налогоплательщика, как правило, на предпринимателя; поэтому форма взимания не представляет сложности, а эффект от обложения (из-за включения в цену) почти не приметен.

Право сбора и использования средств от налога на наследство принадлежит, согласно ст. 106, абз. 2 Основного закона, землям. Поводом для налогообложения наследства и дарения является факт обогащения, прироста имущества без каких-либо усилий преемника, только по воле завещателя, дарителя или по причина семейных отношений совладельцев имущества. Налог на наследство в зависимости от его вида может быть связан с персональным освобождением от уплаты и с прогрессивной ставкой как обложение индивидуального платежного потенциала.

Налог на наследство или дарение не представляет собой доли индивидуальной прибыли от участия в общественном хозяйстве и поэтому не может быть оправдан обязанностями перед обществом. Они подпадают под налогообложение только благодаря тому, что в ст. 14, абз. 1 не указаны гарантии размеров наследства при передаче собственности. Определенная дифференциация обложения по степени родства с завещателем не вытекает из конституционного права.

Существующее налоговое законодательство кладет в основу оценки объекта налогообложения, как правило, его хозяйственную ценность. При этом следует всегда придерживаться объективности и в каждом конкретном случае, и в целом — в отношении общего правового порядка и множественности налогов, в остальном же законодатель может руководствоваться лишь конституционно-правовым закреплением их видов (ст. 105 и 106) и пользоваться своим преимуществом в выборе объектов обложения.

Основной закон регулирует налоги как источник финансовых средств, которые могут идти и на административные расходы, но в этих случаях они не выполняют первоочередную функцию, возложенную на них Конституцией.

Для исчисления налоговой ставки законодателю предоставляется значительная свобода. Определение размеров финансовой потребности государства относится к компетенции парламента;

за принятие таких решений он и несет ответственность. Конституционное право ставит законодателя в менее тесные рамки при определении ставки налога, чем при выборе объектов и субъектов обложения и тем более базы исчисления налогов.

Признание наряду с налогами правомерности таких видов платежей, как пошлины и сборы, традиционно для германского законодательства. Пошлины и сборы в каждом случае обусловлены расходами государства. Пошлина взимается за индивидуальное пользование государственными услугами или учреждениями; сборы — за предоставление возможностей организации, выражающей интересы определенной группы. Обе формы возмещения расходов как обязательные платежи, дающие определенные права, воплощают идею покрытия государственных расходов, которое

может быть предписано одному лицу (пошлина) или группе лиц (сборы). Сумма доходов от пошлин и сборов в 1988 г. составила в ФРГ 69 млрд. марок.

Такое возмещение расходов требует правового оформления в разделе «Финансы» Основного закона. В принципе потребность государства в деньгах покрывается за счет общего налогового бремени, а не за счет индивидуального, т. е. за счет налогов, а не «обязательных платежей, дающих определенные права». Точно так же необходимо обоснование и тому, что государство предоставляет услуги независимо от готовности и способности на ответные платежи. Принцип правового государства отвергает коммерциализацию государственного управления и ограничивает расходы, связанные с оказанием услуг государством в ответ на платежеспособный спрос.

Допустимость пошлины основана, например, на статье Основного закона о распространении федеральной законодательной компетенции на взимание и распределение налогов за пользование дорогами (ст. 74 п. 22) и о необходимости одобрения постановлений, основывающихся на федеральных законах о тарифах при пользовании федеральными дорогами и почтой (ст. 80, абз. 2). Обложение пошлинами и сборами базируется на принципе возмещения полезных затрат за счет индивидуальных взносов. Пошлины распределяются согласно обязанности каждого, а не по индивидуальной платежеспособности. В ином случае равенство всех перед законом было бы нарушено.

Основной закон не дает определения пошлины, из которого непосредственно следовали бы масштабы ее исчисления и размер. Принятое правовое понимание пошлины означает в государственно-правовом смысле денежную повинность, которая может быть предписана данному лицу и возмещает государству оказанную услугу. С точки зрения права, платежи типа пошлины, следовательно, мыслятся не как договорный обмен обязательствами, а как индивидуальная ответственность за использование государственных средств.

Пошлина, связанная с оказанием административных услуг, является вознаграждением за индивидуально направленное действие, совершаемое в порядке исполнения служебных обязанностей. Пошлина за пользование возмещает эксплуатацию государственного имущества (например, транспортных средств, бассейнов, школ) или системы государственного снабжения (например, водой, электричеством, газом).

Третий тип пошлин — плата за предоставление государством субъекту определенных услуг. Такая пошлина может быть потребована за разрешение слушать радио, пользоваться телефонной связью, а также улицами сверх обычного порядка. Такие права предоставляются вне зависимости от финансового потенциала. Если бы он стал отправным моментом, то пошлина превратилась бы в барьер доступности. В связи с необходимостью получения разрешений в области хозяйства, строительства и т. д. налого-

вый законодатель мог бы обрести широкое поле для введения платежей, которые не соответствовали бы гарантиям основных прав федеральным государством. В защите окружающей среды налоговое законодательство используется как возможность финансирования (за счет пошлины) и как инструмент регулирования без обоснования размеров обложения и поступления доходов; от пошлин.

Так как конституционное право не содержит понятия пошлины, возмещение затрат служит только одним из возможных оснований для ее назначения, не исключая регулирования с помощью пошлины, обусловленной расходами. Пошлина не является, с точки зрения конституционного права, оформленным институтом, поэтому может быть введена и как средство финансирования, и как средство воздействия. Законодатель, устанавливая пошлины в целях финансирования, использует их, по существу, как добавочную компенсацию. Регулирующие пошлины, как и подобного рода налоги, имеют весьма ограниченные рамки фактического воздействия.

Одним из важнейших оснований пошлины является расход, обременяющий государственный бюджет. Этот расход может быть связан в большинстве своем с деятельностью исполнительной власти, но может быть связан и с судопроизводством, а в исключительных случаях — с парламентскими услугами. Содержание пошлины, не основывающееся на государственных расходах, нельзя было бы объяснить исходя из принципов государства, финансируемого за счет налогов.

Для регулирования пошлин как отчислений граждан в пользу государства существуют законодательные ограничения.

Пошлину обязан платить только тот, для кого законодатель определил финансовую ответственность за государственные затраты; размер пошлины зависит от масштабов финансовой ответственности, отраженной в ее содержании.

В Основном законе нет каких-либо определенных запретов на взимание пошлин или отчислений, связанных с исполнением государственных обязанностей или осуществлением элементарных гражданских прав (например, избирательное право или право на обжалование не связывается с требованием об уплате пошлины). Установление пошлины нуждается в специальной аргументации, причем должно быть гарантировано, что обложение пошлиной не нарушает основных прав. Этот конституционно-правовой барьер требует ограничения размеров пошлины.

Определенные запреты на требование возмещения содержатся в некоторых конституциях земель, прежде всего в предписаниях, относящихся к школьному образованию. Однако, как правило, государственные услуги должны оказываться без взимания пошлины. Если она снижена по социальным причинам, то этот отказ от возмещения затрат в социальном государстве должен быть компенсирован путем увеличения бремени всего общества, т. е. за счет увеличения поступлений от налогов.

Обязанность уплаты пошлины при пользовании основными правами определяет в общем и целом степень содействия государства осуществлению этих прав, поэтому ограничивающее действие в таких случаях должно быть аргументировано. Обязанность платить пошлину за реализацию основных прав нельзя оправдать только пользованием преимуществами, поскольку они предоставлены основными правами без фискальной оговорки.

Исчисление пошлины находит дополнительный критерий в положении о всеобщем равенстве. Из ст. 3, абз. 1 Основного закона не следует, что пошлины должны устанавливаться независимо от стоимости государственных услуг, подлежащих обложению. Кроме того, принцип равенства требует равновесия принципов исчисления. Задача регулирования не может служить поводом для взимания пошлины, а определяет только ее размер.

Поступления от платежей в счет покрытия затрат стекаются в общегосударственный бюджет носителей исполнительной власти, поскольку бюджетом не предусмотрено создание фонда для использования доходов от пошлин.

Федерация может произвести регламентирование пошлин прежде всего в сфере своей исключительной компетенции, а также в сфере конкурирующей законодательной компетенции либо в пределах основ законодательства (ст. 75).

Законодательная компетенция земель относится прежде всего к регламентации пошлин в школьном образовании, в области коммунального хозяйства, деятельности полиции. Земли не могут изменять установленные органами федеральной исполнительной власти правовые нормы в отношении пошлин, поскольку федеральные учреждения не имеют в виду исполнение местных законов. Право распоряжаться доходами от пошлин принадлежит тому, кто наделен правом их взимать.

Сборы отличаются от пошлин, как правило, тем, что выплачиваются не за оказание, а за предпочтение при оказании услуг государственной структурой. Сборы допустимы только в том случае, если они как правовое возмещение преимуществ, предоставленных заинтересованным лицам, компенсируют расходы государственных учреждений. Сборы, как и пошлины, оправданы возмещением затрат; для них действуют те же основы исчисления и распределения компетенции, что и для пошлин. В конституционно-правовом отношении они являются тщательно отработанной формой извлечения прибыли или перераспределения расходов, а не самостоятельным средством платежа.

Принцип обеспечения финансовой системы государства за счет налогов абсолютно не исключает того, что законодатель в рамках предоставленных ему полномочий вводит и другие виды отчислений. На этой платформе развилась практика введения специальных платежей, которые предусматривают особую финансовую ответственность плательщика за решение задач финансирования. Такие платежи изначально улавливают все иные способы взима-

ния денег, которые нельзя квалифицировать как налог, пошлину или сбор.

Поскольку особые платежи устанавливаются исключительно для группы граждан, доход, полученный от этих выплат, не включается в государственный бюджет; они не поддаются регулированию со стороны финансового законодательства, вызывают опасение с точки зрения конституционного права и допустимы лишь как редкое исключение. Особые платежи нарушают принцип равенства налогового обложения и взваливают на плательщика наряду с общей налоговой обязанностью еще и дополнительное бремя. Такое обложение группы граждан должно быть оправдано серьезной причиной.

Приобретенные в виде особых платежей финансовые средства остаются за пределами бюджетного права, ускользают от периодического контроля парламента как внебюджетные поступления, что наносит ущерб принципу полного отражения собранных средств в бюджете. Особые платежи финансируют «черную кассу», находящуюся в распоряжении исполнительной власти, без постоянного руководства и контроля со стороны парламента. Система платежей, не имеющих налогового характера, расшатывает принятые нормы взимания налогов и отрывает налогообложение от правового регулирования, сформулированного в ст. 105—108 Основного закона.

Фонд особых платежей зависит в каждом случае от конкретной финансовой потребности и, следовательно, от финансовой дисциплины плательщика на протяжении определенного времени;

он подлежит оговорке об изменении обстоятельств, должен быть первоначально обоснован и, как правило, вводится только на время.

Основной закон не устанавливает окончательно видов допустимых налоговых отчислений, но признание принципа финансирования государства за счет налогов предусматривает необходимость обоснования всех видов отчислений. Появление новых форм налога сконцентрировано в понятии «прочие платежи». Это общее понятие предъявляет дополнительные требования к их обоснованию, но не указывает на причины введения налогов. Прочие платежи не укрепляют фундамент финансового законодательства, ориентирующегося на налоги, а мотивируют дополнительное вмешательство в частную собственность. Если доход от этих выплат целенаправлен или связан с созданием фондов, то нарушается право парламента на одобрение бюджета. Одним из примеров таких выплат служат взносы на социальное страхование и членские взносы (отчисления в пользу союза или объединения).

Самыми значительными помимо налогов, предусмотренных финансовым законодательством, являются взносы на социальное страхование; они представляют собой финансово-экономическую основу коллективной поддержки на случай старости, болезни и кризиса. Чистый доход от этих взносов достиг в 1988 г. 348 млрд. марок, превысил доход федерации от налогов и превзошел объем

федерального бюджета. Согласно ст. 74, п. 12 Основного закона, федерации предоставляется конкурирующая законодательная компетенция в области социального страхования, включая страхование по безработице. Это право регулирования специального финансово-экономического фонда для покрытия социальных нужд используется также и для финансирования социального страхования, т. е. для введения налогов по социальному страхованию. Вот почему социальное страхование как доход связано с групповым принципом, а как статья расходов — с наличием фонда. Социальная помощь и прочие виды социальных услуг, оказываемых государством, напротив, финансируются за счет налогов, т. е. всего общества, и в масштабе всего общества, за счет государственного бюджета.

Германское право знает множество видов объединений, которые включают лиц, привлекаемых к финансированию нужд этих объединений. Частично такие объединения организуют независимую помощь себе, «самопомощь», чтобы расширить индивидуальную свободу. Этот вид общественного самоуправления предписывает выполнение задач и ответственность, т. е. прежде всего определяет обязанности.

Другие виды отчислений могут появляться в комбинации или в дополнение к существующим налогам. Появляющиеся дополнительно виды разных платежей требуют принципиального обдумывания с позиций конституционного права, так как они не следуют предусмотренной основным законом процедуре обложения, чтобы таким образом уклониться от установленного порядка распределения полномочий.

Теоретически государство может получать денежные средства путем использования суверенного права на эмиссию денег. Согласно ст. 73, п. 4 Основного закона, федерация обладает исключительной законодательной компетенцией в области валюты, денежного обращения и чеканки монет. На основании своих полномочий оно гарантирует надежность денег как платежного средства и стабильность денежной единицы. Задачу регулирования денежного обращения для обеспечения валюты берет на себя федерация, создавая федеральный банк как валютный банк ценных бумаг. Компетенция государства в сфере эмиссии и регулирования денежной массы подчинена интересам валютной политики и политики стабильности, но не может быть источником доходов.

Право государства на чеканку монет и выпуск их в обращение в качестве коллекционных относится к традиционным правам государственной власти. Если с момента своего основания в 1957 г. и до 1979 г. Федеральный банк перевел в федеральный бюджет всего 1,6 млрд. марок прибыли, то в 1980 г. эта сумма составила уже 2,3 млрд., а в последующие годы, за исключением 1986—1987 гг., она превысила 10 млрд. Причина такого роста с начала 80-х годов объясняется введением, в частности, плавающего кур-

са немецкой марки в результате укрепления обменного валютного курса по Бреттон-Вудскому соглашению 1973 г.

Государственный кредит признан сегодня Конституцией в качестве источника доходов. Статья 115, абз. 1 Основного закона устанавливает условия открытия кредита и фактические границы его. Такое очерчивание правовых границ государственного кредита необходимо, поскольку чрезмерная задолженность могла бы;

подорвать стабильность конституционного государства. Упомянутая норма требует для открытия кредита санкции федерального:

закона с указанием определенных размеров. Законодательная оговорка отражает условия, существовавшие в период борьбы за парламентаризм, которая в Германии означала и борьбу против чрезмерного увеличения государственной задолженности. Материальной границей кредитных поступлений ст. 115, абз. 1 считает взаимосвязь сумм инвестиций и кредита. Кредитные поступления не должны превышать сумм, указанных в бюджете как инвестиционные расходы.

Обязанность государственного бюджетного хозяйства учитывать требования единого экономического баланса определяет ответственность государства в общенациональном масштабе за денежный курс и успехи политики стабилизации. В целях борьбы с нарушениями национального экономического баланса ст. 115, абз. 1 предусматривает отступления, которыми достигается соответствие инвестиционных сумм, указанных в бюджете, и кредитных поступлений.

III. ГОСУДАРСТВЕННЫЙ БЮДЖЕТ

Бюджету, несмотря на все различия в терминологии, присущи следующие функции: политическая, финансово-политическая, контрольная, хозяйственно-политическая.

Три первые функции уже давно признаны. Под политической функцией бюджета подразумевается роль его как инструмента финансового гаранта достижения политических целей парламентом и правительством. Главная задача — рационально спланировать выполнение этой функции, что в конечном счете сводится к увязке плановых заданий и расходов. Но поскольку для продуманного планирования заданий требуется больший отрезок времени, чем покрываемый годовым бюджетом, возникает необходимость и в долгосрочном финансовом планировании (ст. 109, абз. 3 Основного закона).

Государственный бюджет понимается в настоящее время как инструмент общественной и социальной политики. Финансирование выполнения различных задач является более накладным, чем финансирование государства, воздерживающегося от участия в общественно-политическом процессе. Измененная целевая установка направленности действий государства ведет к серьезному и даже вызывающему опасения увеличению бюджетного уровня и доли государства в экономике.

Финансово-политическая функция, или функция удовлетворения нужд государства, присуща бюджету в той степени, в какой он стремится повлиять на достижение поставленных государством целей с учетом ответственности за проводимую финансовую политику. Метод баланса между потребностями и существующими доходами, или между запланированной программой и финансовыми расходами на нее, должен быть рациональным в экономическом отношении. Необходимо подчеркнуть и тот момент, что покрытие расходов рассчитывается на длительный период и без чрезмерного привлечения кредитов. Наконец, контрольная функция принадлежит бюджету в том объеме, в каком он должен проводить проверку верности расчетов, соблюдения предписаний, конституционности, правильности ведения бюджета, а также рентабельности и бережливости.

К этим трем традиционным функциям присоединяется сегодня четвертая — хозяйственно-политическая. Ее значение выяснится, если представить себе, что уже само по себе выбрасывание государством огромных денежных средств без учета целенаправленности расходов может иметь серьезные последствия для экономики в целом, особенно при возможных колебаниях конъюнктуры. Эту функцию можно использовать как средство управления экономикой. Д. Кейнс рассматривал бюджет как источник импульса, с помощью которого непредсказуемые до этого конъюнктурные колебания поддаются прогнозированию.

Предпосылкой превращения бюджета в орудие экономической политики было прежде всего подчинение бюджетов всех земель общим экономическим интересам. Статья 109, абз. 2 Основного закона формулирует хозяйственно-политическую цель, на службу которой должны быть поставлены бюджеты федерации и земель, — «единый экономический баланс страны». Текст Конституции не расшифровывает смысл этого термина. Единый экономический баланс должен связать задачи, находящиеся часто в явном противоречии, а именно: стабильность цен, высокую занятость, рациональную внешнюю торговлю, а также постоянный хозяйственный рост. Бюджетные и финансово-политические мероприятия должны проводиться так, чтобы удерживать этот баланс в рамках рыночной экономики.

Согласно ст. 110, абз. 2 Основного закона, «бюджет утверждается бюджетным законом». О том, какие правовые последствия влечет за собой это утверждение, текст Конституции хранит молчание; здесь открывается значительная свобода для толкования и конкретизации. Правовое влияние, оказываемое проектом бюджета, конечно же, существенно отличается от влияния иных законов. Следует назвать такие его характерные особенности: проект бюджета не имеет абстрактных общих положений, зато содержит пакет (а в идеале — систему) полномочий по отдельным мероприятиям; не оказывает влияния вне бюджетной сферы; наделяет исполнительную власть полномочиями, но не возлагает на нее обязанностей.

Ни отсутствие внешнего воздействия, ни тот факт, что проект бюджета не содержит абстрактных общих норм, не мешает квалифицировать его как «федеральное право» в смысле ст. 93, абз. 1 Основного закона.

Законодатель исходит в значительной степени из того, что обязанность исполнения определенных статей бюджета не может быть выведена из сметы. Это освобождает исполнительную власть от осуществления полномочий, которыми наделяет ее проект бюджета. Положение «никаких расходов без полномочий, указанных в проекте бюджета» не имеет обратной силы.

От проекта бюджета следует отличать закон о бюджете. Такой закон содержит, наряду с уточнением понятий во вступительной части, множество предписаний, касающихся запланированных расходов и доходов в целях конкретизации и дополнения положений о порядке исполнения бюджета. Закон о нем может содержать и предписания о правовых действиях в отношении граждан. В любом случае следует обратить внимание на то, что в законе о бюджете могут содержаться только предписания, относящиеся к установленным в бюджетном плане доходам и расходам, а также к периоду, на который определен срок действия закона о бюджете.

Бюджетный процесс в своем развитии проходит четыре стадии:

становление проекта бюджетного плана и представление его в парламент; утверждение проекта бюджета парламентом; исполнение бюджетного плана исполнительной властью; контроль исполнения бюджета Счетной палатой и парламентом, представление отчета.

Так как для проверки счетов и составления отчета может потребоваться, в зависимости от обязательств, разное время, нельзя заранее точно предсказать продолжительность бюджетного цикла. Однако, как правило, он длится около трех лет. Участвуют в этом цикле Бундестаг, Федеральное правительство (в особенности министр финансов), Бундесрат и Федеральная счетная палата.

Что касается Бундесрата, то его роль здесь очень скромна. Он не участвует в разработке и представлении проекта бюджета. Предварительного прохождения проекта, представленного в парламент (ст. 76, абз. 2 Основного закона), процедура не включает. Из-за экономии времени проекты с обоснованием передаются одновременно в Бундесрат и Бундестаг (ст. 110, абз. 3). Поскольку закон о бюджете не предполагает согласия Бундесрата, но требует одобрения Бундестагом, Бундесрат, как правило, не может помешать Бундестагу отклонить возражения земель. В исполнении федерального бюджета Бундесрат (в отличие от Бундестага) не участвует, однако ему наравне с Бундестагом поручается контроль за отчетом о всех доходах и расходах, представленным федеральным министром финансов (ст. 114, абз. 1 Основного закона).

Такое скромное положение Бундесрата в отношении бюджета полностью соответствует системе. Тут необходимо считаться с

фактом: Бундесрат, будучи федеральным органом, ориентируется преимущественно на интересы земель. При интенсивном включении Бундесрата в бюджетную процедуру был бы нарушен принцип независимого ведения бюджетов (ст. 109, абз. 1 Основного закона). Понятная заинтересованность земель в том, чтобы удерживать на низком уровне «необходимые расходы» (ст. 106, абз. 2) федерации, могла бы привести к нежелательной, с точки зрения конституционной политики, коллизии интересов.

Борьба за бюджет разыгрывается прежде всего между Бундестагом и федеральной исполнительной властью (Правительством и министром финансов). В этой связи следует подчеркнуть два момента.

1. Народное представительство охраняет интересы граждан, следя за тем, чтобы денежные средства от выплаченных налогов расходовались исполнительной властью рентабельно и бережливо. Депутаты парламентов (особенно перед выборами) с не меньшей легкостью, чем правительства, расходуют средства. Задаче ограничения этих расходов должно служить право инициативы в бюджетных вопросах, закрепленное только за Федеральным правительством, а также требование одобрения Правительством предусмотренного парламентом увеличения расходов (ст. 113 Основного закона).

2. Что касается процедуры контроля со стороны парламента, то здесь имеет место растущее влияние Бундестага, точнее, его бюджетной комиссии, на исполнение бюджета и обязанность исполнительных органов следовать установленному законодателем бюджетному плану.

Федеральное правительство, Бундестаг и Бундесрат должны по мере сил содействовать тому, чтобы средства, необходимые для покрытия государственных расходов, установленных бюджетным планом, были предоставлены вовремя (до начала отчетного года). Это правило конкретизируется обязанностью Федерального правительства своевременно представлять бюджетный план. Оно требует от Федерального правительства, Бундестага и Бундесрата надлежащих темпов выработки совместного решения по внесенному проекту. Однако (и это может быть проявлением системы парламентаризма) парламент может пренебречь разумными основаниями и отказать правительству в необходимых средствах. Чтобы в таком споре не возникала непредвиденная ситуация, парализующая работу государства, предусматривается чрезвычайное бюджетное нормотворчество (ст. 111 Основного закона).

Бюджет утверждается законом. На этот счет имеются соответствующие предписания Основного закона (в особенности ст. 77 и 82), а также Регламента работы Бундестага. В стадии парламентского обсуждения проекта бюджета огромная роль принадлежит бюджетной комиссии. Как федеральный министр финансов в Правительстве, так и эта комиссия в Бундестаге должны обеспечить заслон ведомственным интересам. Поэтому представление закона не поручается отраслевым комиссиям. Мнение их сооб-

щается парламенту бюджетной комиссией. Бюджетный закон сохраняет свои особенности и на стадии обнародования: из бюджетного плана, несмотря на то что он прилагается к закону о бюджете, в «Федеральном вестнике законов» публикуется только его часть (так называемый план в общих чертах).

Смысл утверждения бюджета законодательным путем — в гарантии суверенитета парламента в бюджетной сфере. Исполнительная власть в принципе наделяется полномочиями на расходы и выполнение обязанностей лишь в той степени, в какой это установлено бюджетом. Однако данный принцип ущербен из-за важных исключений, имеющих определенное значение для баланса сил парламента и правительства в бюджетной процедуре. Здесь следует упомянуть прежде всего чрезвычайное бюджетное право (ст. 111 Основного закона), а также полномочия по сверхбюджетным и внеплановым расходам (ст. 112).

Согласно ст. 110, абз. 2 Основного закона, бюджет утверждается законом до начала отчетного года. Задержка происходит в меньшей степени из-за политических конфликтов, чем из-за недостатка времени для составления и обсуждения такого значительного по объему документа, как проект бюджета. Федеральный конституционный суд с полным основанием протестует против такой практики. Законодатель, как видно, сам учитывает возможность опоздания с принятием бюджетного плана. Чтобы предупредить этот опасный момент, в ст. 111 Основного закона определен порядок процедуры в случае, если новый бюджет, несмотря на положения ст. 110, абз. 2, вовремя не вступит в силу. По существующему мнению, ст. 111 Основного закона применима не только в случае затягивания с принятием бюджета, но в еще большей мере при бюджетном конфликте, если, например, парламент по политическим мотивам, с намерением отправить Правительство в отставку отказывает в одобрении бюджета.

В отличие от ст. 110—112 Основного закона, направленных на обеспечение самостоятельности парламента, противостоящего исполнительной власти в вопросах бюджета, ст. 113 «обуздывает» парламент. Она диктует необходимость одобрения Федеральным правительством законов, увеличивающих предложенные им бюджетные расходы или допускающих их увеличение в будущем, пытается обосновать противодействие тем, что допускает вмешательство Правительства перед принятием решения Бундестагом и к тому же наделяет его полномочиями потребовать от Бундестага принятия нового решения по уже решенному вопросу (абз. 2). До сих пор Федеральное правительство не вводило в действие даже улучшенную редакцию ст. 113.

Исполнение бюджета, другими словами, финансирование предусмотренных им расходов и мотивировка запланированных обязательств возложены на органы исполнительной власти. Она должна уважать границы полномочий, предоставленных ей в бюджетном плане. Ее не побуждают исполнять бюджет путем принятия на себя расходов и обязательств. В рамках существующих

законов ей предоставлена возможность в большей мере действовать исходя из собственной оценки; она поставлена в более свободное положение по сравнению с обычным случаем реализации. Но это, конечно, не означает, что предоставленная ей бюджетным законодателем свобода действий осуществляется вне правовых отношений. Исполнительная власть должна учитывать множество правил, часть из которых имеет ранг конституционных. Так, она обязана придерживаться ст. 109, абз. 2 Основного закона и конкретизирующих ее предписаний, чтобы распоряжаться бюджетом, учитывая конъюнктуру.

Требование ст. 110, абз. 1 Основного закона — «Все доходы и расходы федерации должны включаться в бюджет» — дополняется в законе о принципах планирования бюджета так: «Все запланированные на расчетный год предполагаемые доходы, предусмотренные к исполнению расходы и все запланированные полномочия на принятие обязательств должны быть включены в бюджет». Только соблюдая этот принцип «полного отражения в бюджете», можно понять, с помощью какого плана, на какие цели тратит общество свои средства. Это условие серьезного подхода к финансовому планированию и действенного финансового контроля.

Продуманное финансовое планирование и действенный финансовый контроль возможны только в том случае, если предусмотренный ст. 110, абз. 1 Основного закона учет всех доходов и расходов в полном объеме содержится в одном документе. Только так можно быть уверенным, что будет надлежащим образом осуществлен принцип сбалансированности, качественного и количественного выравнивания совокупности доходов и расходов общества.

Требование предварительности (ст. 110, абз. 2 Основного закона) в рамках федерации, как показывает практика, за последние годы в основном выполняется. Бюджеты 1980—1989 гг. были утверждены до начала отчетного года.

Принцип составления бюджета на каждый год обеспечивает верховенство парламента над Правительством. Необходимость год за годом просить о предоставлении финансовых средств укрепляет зависимость Правительства от представительного органа.

Составление финансового плана в федерации и землях закреплено за их правительствами. Отсюда вытекает, что роль парламентов на этой стадии бюджетного процесса весьма скромна. В то же время парламентская система исключает навязывание Правительством парламенту своих правил.

Объектом финансового контроля является вся деятельность государства. Здесь применима упоминавшаяся мера конституционно-правового требования рентабельности и надлежащего порядка ведения бюджета и руководства экономикой (ст. 114, абз. 2 Основного закона). Финансовый контроль парламента за деятельностью органов исполнительной власти определен в этой же статье Основного закона, поэтому его иногда неправильно называют «конституционным контролем». Он включает в себя пред-

ставление федеральным министром финансов отчета Бундестагу и Бундесрату. Они проверяют расчеты с помощью комиссий, которым поручена эта работа, а именно Ревизионной комиссии Бундестага (Подкомитет бюджетной комиссии) и Финансовой комиссии Бундесрата. Эти комиссии и парламент опираются на поддержку Федеральной счетной палаты, в особенности на ее контрольно-финансовый отчет.

Результатом финансового контроля Бундестага и Бундесрата является утверждение или отказ в утверждении отчета. Отказ в утверждении относится не только к представленному отчету федерального министра финансов, но и к ведению бюджета и руководству экономикой в целом со стороны органов исполнительной власти. Бундестаг и Бундесрат принимают согласованное решение, правда, самостоятельно и независимо друг от друга. Отказ или согласие на утверждение отчета не оказывают непосредственного правового, в частности превентивного, воздействия. Следовательно, эти решения не влекут впоследствии юридического оформления отношений, вызванных отказом. Значение процедуры вынесения отказа в утверждении отчета заключается в возможности напомнить Правительству о политической ответственности, т. е. в возможности политической демонстрации.

Часть 6. ПРАВА И СВОБОДЫ ГРАЖДАН

1. ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ОСНОВНЫХ ПРАВ

1. Основные права граждан в конституционном государстве

а) Основные права как признак современного государства

Переходя от естественных прав человека к правам, закрепленным конституцией, т. е. к основным правам, современное общество признает изменения, которые претерпела конституция государства в результате включения в нее этих прав. Необходимо проследить последствия, вытекающие из соединения идеи основных прав и конституционной идеи, ибо они находятся в тесном взаимодействии.

До американской и французской революций у государств тоже были конституции, но они концептуально создавались «под государя» и его властные полномочия. Хотя у людей были благоприобретенные права, а нормативные акты о свободе — исторические памятники ранних эпох — могли ограничивать власть суверена, однако права человека считались не врожденными догосударственными его правами, а договорно охраняемыми правами сословного или иного коллективного, но не индивидуального происхождения. Несмотря на некоторые гарантии, такие права могли быть отменены. Конституции с подобными ограничениями точнее всего можно охарактеризовать как «негативные конституционные хартии», поскольку они подтверждали лишь только то, чего король не мог делать.

Шаг к признанию прав, основанных на интересах личности и ее достоинстве, был сделан лишь после 1776 г. Конституционная идея и идея основных прав объединились, по словам В. фон Гумбольдта, в усилия «определить границы власти государства». Старая конституционная идея, основывавшаяся целиком на власти организации, превратилась в современную именно благодаря вовлечению в нее концепции основных прав граждан. Такой синтез — отличительная черта конституционного государства современности. Организационный порядок и система основных прав объединяются в качестве равновеликих частей в «конституционную хартию», причем такое объединение происходит сознательно и продуманно. С этого момента правомерно говорить о «позитивной конституционной хартии», ибо в ней указывается, на каких позитивных началах, ценностях и целях покоится государство, чем оно легитимировано и в каком направлении должно развиваться.

Основные права стали частью фундаментального порядка государства; государственная власть в процессе своей реализации ограничивает себя основными правами личности. Одновременно основные права становятся «базисом управления», как сформулировано в Билле о правах штата Вирджиния, и тем самым идеалом государственности вообще. Таким образом, главенствующим фактором становится не только наличие конституционно оформленное государственности, но и конституционное «уложение» с включением в него основных прав. Иными словами, конституция и основные права являются теперь признаком правового государства западного образца. Конституционное государство, обусловленное основными правами, становится идеалом государства, осуществление которого остается постоянной задачей.

*б) Связь между организационными элементами
и системой основных прав*

Основные права гражданина являются конституционной базой частью современного государства. Они воздействуют на него так же, как его организационные элементы на интерпретацию этих прав.

С тех пор как произошло объединение идей основных прав и конституции, речь идет о формировании свободного общества свободных граждан. В этом смысле основные права являются фундаментальным содержанием западной концепции государства в современную эпоху. Начиная с 80-х годов происходит их настойчивое внедрение в мир представлений людей о государстве и в Восточной Европе. В настоящее время мы наблюдаем, как основные права все более становятся великой общеевропейской идеей, которая способна стать фундаментом Европы.

Положение о том, что права человека и развитие свободной демократии взаимосвязаны, было сформулировано еще в американской Декларации независимости от 4 июля 1776 г. Оно же было положено в основу Билля о правах Вирджинии: «Мы считаем следующие истины само собой разумеющимися: все люди созданы равными; они наделены Создателем определенными неотъемлемыми правами; к этим правам относятся жизнь, свобода и стремление к счастью; для обеспечения этих прав создаются правительства, причем их власть проистекает от согласия подопечных; если она начинает разрушать эти цели, народ вправе изменить или устранить ее и поставить новое правительство, причем оно должно быть создано на таких принципах, а организация должна иметь такую форму, чтобы они точнее всего соответствовали осуществлению безопасности и счастья подданных».

Право на свободу включает, далее, требование, чтобы гражданин не мог оказаться беззащитным перед лицом государства. Это право обеспечивает ему участие в политическом процессе. Человек должен иметь возможность принимать участие в решении вопроса о своем правительстве и его формировании; к индивидуально-личностному измерению прибавляется организационно-

политическое. Свобода и равенство могут базироваться только на принципе демократического конституционного строя, а демократия, в свою очередь, предполагает наличие гражданских и политических прав.

Поскольку носителями государственной власти должны быть сообща все граждане, постольку ко всем ее участникам нужно относиться одинаково, т. е. каждый должен обладать равным избирательным правом и одинаковым с другими правом голоса. Демократический принцип равенства, т. е. равенства перед законом, равное избирательное право, а также равный доступ к публичным должностям — все это необходимое дополнение к свободе.

Связь прав человека и демократии, однако, не только обосновывает право на участие в политическом процессе, но и действует в обратном направлении: свободы как неотъемлемые права противостоят демократическому волеизъявлению большинства. Основные права, согласно современной точке зрения, должны не только защищать отдельное лицо от всемогущества государства, но и давать меньшинству защиту от большинства.

Принцип правового государства как ценностный материальный принцип, который должен предотвращать произвольное использование закона, служит гарантией и защитой личной и политической свободы, безопасности и собственности. Сфера свободы гражданина получает гарантии безопасности посредством таких правовых норм, установленных в соответствии с конституцией, которые связывают государственную власть и упорядочивают жизнь внутри данного государства. Для того чтобы правовая государственность взяла верх над властью в государстве, чтобы исполнительная власть и законодатель не нарушали границ, предписанных им конституцией и законами, необходимы к тому же независимые судьи, а суммарно — разделение властей.

Мысль о разделении властей возникала в связи с идеей прав человека не раз. Так, во французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г. говорилось (ст. 16): «Общество, где не обеспечена гарантия прав и нет разделения властей, не имеет конституции». Это аналогично выводу о том, что для осуществления основных прав личности необходим определенный государственный строй. Право гражданина требовать от государства, чтобы полиция не позволяла себе незаконного вмешательства в его жизнь, должно гарантироваться другими государственными органами; гражданину надо дать право обращаться в суд, апеллировать к законодателю и другим государственным органам. Защита свободной от вмешательства государства социальной сферы также должна гарантироваться именно государственными органами. Права человека всегда включают в себе свободу, равенство, безопасность и политические права, т. е. зависят от прямых и косвенных отношений индивида с государством.

Главная тема всех дискуссий об основных правах — отношения «индивид — общество» и «гражданин — государство» — ис-

торически менялась в рамках волнообразного процесса: позиция «человек против государства» в последовательном развитии конституционного строя и формировании правового, культурного и социального государства изменилась в сторону создания системы позитивных социальных и культурных прав. Равенство в этом контексте трактуется теперь как обязанность государства обеспечивать определенную свободу в качестве именно социального государства, по крайней мере в пределах, которые необходимы для уважения человеческого достоинства. Требование гарантии достойного социального статуса не в последнюю очередь проистекает из позиции, согласно которой гомогенность и определенная степень социальной защищенности служат не только отдельному лицу, но и функционированию демократии в целом. Как бы ни оценивались социальные права, функция основных прав в процессе формирования социального государства постоянно расширялась, хотя ее развитие по восходящей не нашло еще окончательного обоснования и оценки в теории. Возможность интерпретации предписаний об основных правах, которые, как правило, бывают лапидарными, кратко сформулированными, понятийно открытыми в качестве мотива для предъявления притязаний, находится в особой зависимости от влияния идеологии, концептуальных установок, ценностных факторов и субъективных оценок. Но при всем этом оказывается, что основные права и государственная система пронизывают друг друга. Указанным опасностям можно противостоять исходя из конституционного понимания основных прав, их трактовки в свете единства конституции. Предложенное здесь конституционно-правовое понимание основных прав ставит целью ввести определения основных прав отправляясь от смысла и функций конституции как высшего ранга нормативного выражения главных принципов господствующего в обществе порядка ценностей.

Основные права — это часть конституции. Они являются эпицентром свободного демократического строя государственной жизни. Эти права, однако, не должны быть некой сверхкодификацией, если мы не хотим породить опасность их абсолютизации и идеологизации. Тесная связь между конституционной идеей и идеей основных прав оказалась исторически оправданной; функционирует она и сегодня.

в) Понимание основных прав личности в современном мире

Во многих странах «третьего мира» в начале XX столетия произошла формальная, зачастую некритическая адаптация идеи прав человека европейско-североамериканского образца. Положенные в их основу умозрительные стандарты и схемы перенимались чисто внешне, без достаточного внимания к существующим в действительности общественным структурам. Тем не менее официальное признание этими государствами прав человека, очевидно, стало универсальным. В настоящее время вряд ли найдется

африканское, азиатское или южноамериканское государство, которое бы не признало прав человека.

Если внешнее признание этих прав стало в мире повсеместным и почти однозначным, то идея статуса человека по содержанию является теперь более дифференцированной, в соответствии с разнообразием сообществ государств, их строя и форм правления. Словесный пафос нередко затемняет реальность. Но все-таки нельзя не учитывать сложную ситуацию с идеей прав личности, сложившуюся в результате научных исследований, а также практики религиозного, общественного и культурного развития, социальных и политических конфликтов и противоречий и проявляющую себя по-разному, в зависимости от региональных группировок государств и принадлежности к той или иной военно-политической системе блоков. Такая ситуация в значительной мере затрудняет понимание проблемы прав человека.

Для того чтобы эти права действовали эффективно, представляется существенным, во-первых, органичное утверждение концепции прав личности в отдельных государствах, и прежде всего вопрос о том, является ли становление концепции прав человека результатом конкретных антропологических, политических и общественных условий или оно навязано извне, будучи чуждым культуре и ментальности данной страны. Во-вторых, очень важен уровень экономического развития. Существенно, например, какие факторы разделения труда преобладают в общественной системе — феодальные или современные, какое место занимает та или иная страна в глобальной системе, но прежде всего какого образовательного уровня достигло подавляющее большинство населения. Наконец, значительное влияние на эту концепцию оказывают политическая система данной страны, общественные силы, определяющие государственную власть, общая политическая культура (однопартийность или многопартийность). Необходимо отдавать себе отчет в том, что права человека, закрепленные в национальных конституциях развивающихся стран или в международных договорах, зачастую не разрушали прежнего режима, зато путем предоставления индивидуальной свободы просто устраняли такие традиционные социальные структуры, как большая семья, племя и род. Нередко такое развитие усиливало бюрократический государственный аппарат. В то время как провозглашение прав личности в Европе и США было инструментом новой мотивации государства или нового его конституирования, способом ограничения государственной власти посредством демократии и правовой государственности, требования свободы и равенства в «третьем мире» нередко способствуют усилению исполнительной власти за счет ущемления, например, традиционных объединений в виде семьи и деревенской общины. Государственная власть не без успеха тесно увязывает права человека с политическими целями (централизация, бюрократизация), которые приводят не к современному действительно правовому государству, а лишь к сильной

администрации, нередко обладающей признаками диктаторского или авторитарного всевластия.

Если в западном мире и в связанных с ним Японии и Австралии можно констатировать, как правило, лишь отдельные противоречия между государственным или общественным поведением, структурами и гарантируемыми конституцией правами человека, то в государствах «третьего мира» часто проявляются характерные противоречия принципиального свойства между концепцией и реальностью прав личности.

Обычно различают следующие виды противоречий: экономически обусловленные, воздействующие в первую очередь на социальные и культурные права, а также на запрет дискриминации; противоречия, проистекающие из культурных традиций, социальной и политической системы; их влияние таково, что права человека остаются чуждыми правосознанию значительной части населения. Для многих стран Азии, Южной Америки и Африки верно утверждение, что общественные и политические проблемы, на которые идеологи прав личности хотят дать исторический ответ, еще далеки от осознания или требуют дополнительных решений. Права, которые предполагают участие в политике на демократической основе, представляются, по всей видимости, принципиально чуждыми африканским сообществам, которые признают господство рода или феодальные системы. Запрет дискриминации по расовому, религиозному и половому признакам может оказаться в противоречии с религиозными представлениями, если они, как, например, в исламе, господствуют над людьми и общественными системами.

2. Права человека и основные права гражданина

а) Терминология

В понимании прав как средства защиты человека важную роль играют историческая обусловленность и традиции, так что вряд ли можно ожидать в этой сфере единой терминологии. Насколько серьезные дебаты может вызвать вопрос о терминах, показывает обсуждение проблем новой Швейцарской конституции. Здесь фигурируют права человека и гражданские права, конституционные права, индивидуальные права, основные свободы, основные права и свободы, основные права и просто права.

Если американские декларации говорили просто о правах или неотъемлемых либо естественных правах, то французская Декларация прав человека и гражданина уже формулировала отдельно права человека и права гражданина. Напротив, проект имперской Конституции Германии 1849 г. указывал на основные права (разд. 6), тогда как более ранние южногерманские конституции употребляли выражения «государственно-гражданские права», «политические права» и «всеобщие права». Образцом для Консти-

туции, принятой в Паульскирхе во Франкфурте, была, по существу, концепция прав человека западных конституционных государств. Австрийский Основной государственный закон от 21 декабря 1867 г. фиксировал всеобщие права граждан государства. Одновременно с середины XIX в. стало обычным обозначать в специальной литературе конституционные права как предоставляемые каждому гражданину основные права. В Германии такой позитивно-правовой переход произошел лишь во времена Веймарской Конституции. Основной закон ФРГ затем воспринял это понятие. Далее последовали многочисленные и более новые европейские конституции.

Какое бы обозначение ни выбиралось, речь, по существу, всегда идет о тех правах, которые являются фундаментальными для обеспечения правового статуса человека и гражданина и которые поэтому получают гарантии в основных законах государств. Их гарантированный конституцией объем выходит за пределы традиционного набора индивидуальных свобод, равенства и политических прав, а также определенных, требующих особой защиты юридических и культурных институтов; чаще всего он зависит от «возраста» того или иного основного закона. В юридическом отношении отсюда легко выводится обширный общепринятый европейский перечень основных прав, который содержится в дополнительных протоколах к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, которую на сегодня подписали 27 государств.

Человеческое достоинство и индивидуальность придают человеку качество субъекта права, который в силу самого своего бытия обладает определенными правами. Называть их правами человека или «человеческими правами» вполне логично. Это права, которые непосредственно связаны с природой человека, т. е. естественные и врожденные права. Основа прав, таким образом, не является ни позитивно-правовой, ни вытекающей из закона: она надпозитивна.

Для того чтобы уяснить природу этой основы, необходимо ее толкование с точек зрения, антропологической, теологической, философской, исторической и естественно-правовой. И христианское, и секулярное естественное право признавало эти права не иначе как разумное право. Какое бы обоснование ни выбиралось, существование прав человека покоится на догосударственных устоях. Такое догосударственное качество прав человека пронизывает историю наших основных прав. Оно находит отражение и во вступительных формулировках американского Билля о правах, во французской Декларации и Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г. Поскольку эти права происходят из природы людей, их нельзя ни устанавливать, ни ограничивать во времени и пространстве. Они вечны. В этом качестве естественных прав заключена их сила, но в то же время и слабость. Они не вошли в государственное право; им не хватает определенности и свойства быть непременно реализуемыми. Поэтому ради их определенности и эффективности была поставлена

задача прежде всего государственно-правовой и конституционной фиксации таких прав. За это велась длившаяся столетиями борьба в Европе и Америке; за их безусловное установление ведется она и сегодня во многих странах. В настоящее время мы являемся свидетелями этой борьбы в Восточной Европе. Очень многое для свободы и демократии там будет зависеть от того, какие качество и форму получают эти права в новых конституциях.

Основные права, закрепленные в конституциях государств, базируются на правах человека; они вбирают в себя содержащиеся в них личностное и естественно-правовое начало. В качестве существенно нового элемента выступает позитивно-правовая институционализация. Государственно-правовое признание и гарантированность означают большой прорыв в идее прав человека: они закрепляются в качестве субъективных конституционных прав в высших по юридической силе нормах государственного правопорядка, направленных против государства, но одновременно гарантируются им. Заимствованные из постулатов и деклараций как права естественные, они становятся правами в юридическом смысле. Таким образом, идея прав человека и конституционная идея сливаются и оказывают воздействие на конституционное государство, формируемое в соответствии с принципами основных прав. Права человека, отраженные в нормах объективного права, являются субъективными правами. Но этот шаг нельзя понимать как ослабление прав человека; закрепление их конституциями не должно вводить в заблуждение, будто бы отныне они подвластны этим законам. При такой трансформации тем не менее допускается, что конституционные и другие правотворческие органы могут оказывать влияние на формулируемые ими правовые нормы.

В случае, если набор основных прав отстает от стандарта прав человека, то такая отрицательная позиция законодателя не может оказывать влияния на права человека. Они снова возрождаются и потому представляют собой минимум основных, конституционных прав.

б) Права человека в международном праве

Вопрос о закреплении и обеспечении прав человека в масштабах мирового сообщества, а не только в национальном праве, возник сразу же после второй мировой войны, причем не впервые, хотя именно чудовищная жестокость того времени актуализировала его. Всеобъемлющие и частные стремления обеспечить права индивида прослеживаются в довольно глубокой ретроспективе истории международного права. Изложенные в нем права назывались международными правами человека. Эти права, получившие обоснование в международном праве, с самого начала были задуманы более широко, нежели национальные. С момента признания таких прав каждый индивид обретает соответствующий правовой статус; им он наделяется в соответствии с международ-

ным правом. С другой стороны, такие права подпадают не только под юрисдикцию того или иного государства, но и становятся предметом права всего сообщества государств. Таким образом, позиции основных прав и прав человека вовлекаются в область юридических связей, которые существуют между отдельным государством и сообществом государств. Международный стандарт прав человека и национальный каталог основных прав гражданина оказываются тем самым в некоем нормообразующем диалектическом процессе. Он является в настоящее время важным фактором развития основных прав, прежде всего в тех государствах, где национальный их стандарт недостаточно развит. В Европе он отражен прежде всего в Заключительном акте СБСЕ от 1 августа 1975 г. и в последующих протоколах, в том числе в Венском, принятом 15 января 1989 г.

После второй мировой войны ввиду международно-правовой незащищенности наиболее ослабленной оказалась позиция гражданина по отношению к власти его собственного государства. Тем не менее, как считают многие, прогресс международного права состоит в том, что индивид во все большей мере становится объектом защиты в процессе международного правообразования в том смысле, что ценности, заключенные в отдельной личности, признаются, защищаются и поощряются международным правом. Сегодня почти повсеместно признается формула, из которой следует, что каждое государство в международно-правовом плане обязано по отношению к своим гражданам гарантировать и соблюдать основные стандарты в области прав человека.

Какие бы формы ни принимала международная защита прав человека, она относится в настоящее время к важнейшим целям и задачам международного сообщества. Установление такой защиты сталкивается, разумеется, с фундаментальными вопросами общего международного права, в частности с проблемой ограничения запретов на вмешательство во внутренние дела, с признанием прав индивида на базе самого международного права, с содержанием и объемом международных прав человека и их осуществлением в случае недостаточного уважения со стороны того или иного государства. Эти принципы и цели международного сообщества, будучи закрепленными в Уставе ООН, получили дальнейшее развитие в принятой 10 декабря 1948 г. Всеобщей декларации прав человека.

Всеобщая декларация не имеет характера обязывающего международно-правового документа; она не является также ни разновидностью обычного права, ни видом международного договора. Тем не менее никто сегодня не сомневается в международно-правовом характере Всеобщей декларации. Если она даже не обладает силой непосредственно императивного акта, то по крайней мере имеет факультативное значение, поскольку учитывается в декларациях различных государств и ООН, в решениях международных судебных органов и других юридических актах. Поэтому все говорит о том, что главное содержание Всеобщей

декларации в качестве «минимального стандарта прав человека» стало составной частью общего международного права в смысле всеобщих правовых принципов в соответствии со ст. 38, абз. I Статута Международного суда.

Дело, начатое Всеобщей декларацией, с тех пор значительно продвинулось вперед благодаря многочисленным декларациям и пактам. Среди наиболее важных выделяются международные пакты о гражданских и политических правах, а также об экономических, социальных и культурных правах, которые были приняты Генеральной Ассамблеей ООН 19 декабря 1966 г. и после сдачи 35 ратифицированных грамот вступили в силу в начале 1976 г. С тех пор к ним присоединились более 80 государств. Очевидно, что в результате всего этого понятие международных прав человека значительно расширилось.

Американский специалист по международному праву Л. Хенкин характеризует права человека весьма широко: «Права человека являются теми свободами, иммунитетами и благами, на которые все лица в соответствии с признанными в настоящее время ценностями должны иметь возможность претендовать по праву общества, в котором они живут».

Подобное понятие приобрело широкое признание, поскольку каждый может вкладывать собственные представления в толкование современных ценностей. Вместе с тем оно теряет свои четкие очертания и разграничительную ценность. Оно утрачивает характер фундаментальности, поскольку речь идет не об изначальных или основных правах, а о правах, которые можно произвольно расширять и предоставлять. Это наглядно видно на примере идеи так называемых прав третьего поколения, включающих в себя коллективное право на развитие, мир, защиту окружающей среды, самоопределение, участие в управлении и коммуникацию, а также на участие в общем наследии человечества. При этом речь идет об идеалах и целях международного сообщества, которые не обосновывают индивидуальных прав, но применительно к индивиду выступают в качестве юридических рефлексов объективного права. Тем самым, однако, они утрачивают характер прав человека как классических индивидуальных. Наиболее очевидная слабость международных прав человека заключается, во-первых, в том, что индивид может на них ссылаться перед лицом государственной власти лишь в исключительных случаях. Во-вторых, рядом с ними, по существу, нет норм о действенных процедурах, которые мог бы использовать индивид для реализации предоставленных ему прав. Для того чтобы они могли быть эффективными как на национальном, так и на международном уровнях, предстоит еще многое сделать. В качестве примера международной эффективности этих прав могут служить некоторые региональные институты, организованные в политически однородной юридической и культурной среде. Это касается в первую очередь защиты прав человека в Европе.

в) Основные права и права человека в Европе

После образования Западноевропейского союза в марте 1948 г., в котором приняли участие Франция, Великобритания и страны Бенилюкса, и создания Организации европейского экономического сотрудничества в апреле 1948 г. требования Гаагского конгресса об образовании Европейского союза членами ЕЭС и другими привлеченными странами (Италия, Норвегия, Швеция, Дания и Исландия) увенчались 5 мая 1949 г. успехом. Эти 10 государств подписали Устав Совета Европы, в котором особый акцент был сделан на «защите и дальнейшем развитии прав человека и основных свобод» (ст. 1в). Членом Европейского совета может стать лишь тот, кто признает «принцип приоритета права и принцип... согласно которому каждый, кто подчиняется его верховной власти, обязан содействовать развитию прав человека и основных свобод» (ст. 3).

4 ноября 1950 г. этот процесс завершился подписанием в Риме Конвенции о защите прав человека и основных свобод. После сдачи 10-й ратификационной грамоты 3 сентября 1953 г. Конвенция вступила в силу. Вместе с дополнительными протоколами она действует по сей день (за исключением отдельных положений) в ФРГ и 26 других европейских государствах. Конвенция содержит, по существу, классические основные права, расширенные определенными дополнениями, как, например, запрещением пыток и бесчеловечного, унижающего достоинство человека обращения или наказания, а также запрещением рабства и принудительного труда.

Эта Конвенция является международно-правовым договором. Его трансформация в отдельных государствах осуществляется в соответствии с тем или иным национальным конституционным законодательством. Частично права человека и основные свободы действуют в ранге конституционных, частично — на уровне простого закона, как это имеет место, например, в ФРГ. Конвенция гарантирует европейский минимальный стандарт, рамки которого перечень национальных основных прав может, разумеется, превосходить.

В отличие от Европейской конвенции договоры Европейского сообщества не закрепляют основных прав в прямом смысле, тем не менее договор о ЕЭС содержит нормы, которые гарантируют определенные свободы, особенно такие, как одинаковое отношение к гражданам стран Общего рынка, свобода поселения, право свободного передвижения и повсеместного проживания, равноправие мужчин и женщин. Вот почему вполне уместно утверждать, что идея основных прав человека имманентно присуща всем упомянутым договорам в соответствии с их целеполаганием. На основании этого Европейский суд неоднократно давал понять, что основные права в самом общем виде относятся к принципам, которые играют определенную роль в праве Сообщества и применяются и конкретизируются Судом. Более того, в рамках Сооб-

щества обсуждается вопрос единого «каталога» прав, хотя единства по этому поводу не достигнуто. Статья 4 проекта Договора об образовании Европейского союза в рамках Европейского парламента от 14 февраля 1984 г. и Заявление от 12 апреля 1989 г. одновременно подтверждают свою приверженность основным правам и свободам, «которые проистекают в особенности из общих принципов конституций государств-членов и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Пока дело дойдет до принятия конституции общих прав создающегося Европейского (политического) союза, о чем было принято решение после подписания 12/28 февраля 1986 г. Единых Европейских актов, остаются в силе приоритетное основное право и его реализация через систему правосудия, которая неплохо себя зарекомендовала».

3. Система основных прав

а) Острота проблемы

При толковании основных прав следует избегать их определения как некой сверхкодификации, возвышающейся над всеми другими юридическими материями, поскольку в таком случае проблема будет рассматриваться и решаться менее всего в соответствии с нормами законов, а исходя лишь из интерпретации принципов. Не преувеличивая роли такого подхода к основным правам, нельзя тем не менее забывать, что они, по существу, являются фиксацией фундаментальных гарантий свободы и принципиальных ценностных ориентиров. В этих правах выражается определенный конституционный консенсус, который обосновывает любую конституцию и служит ее опорой.

Чисто интерпретаторскими методами до сих пор не удалось наглядно представить в единой теории смысловую взаимосвязь раздела об основных правах с остальными конституционными предписаниями. Анализ многих теорий основных прав или функций таких прав, предпринятый Н. Луманном, позволяет выявить их «ориентацию на социальную функцию» или на понимание как функционально важного института социального строя. С этой точки зрения можно говорить о «многофункциональности» основных прав.

Новейшие подходы в этой области особенно отчетливо проявлялись в 1971 г. на Съезде германских государствоведов, посвященном теме «Основные права в государстве благоденствия». Указывая, что действительность намного богаче любой теории, некоторые участники подчеркивали, что реалистическое понимание основных прав требует их новой структурализации в теории, которая бы активнее действовала на социальную жизнь сообщества. Умозрительные конструкции основных прав должны на деле оправдывать свою полезность, а не просто сохраняться в неизмен-

ном виде. Они призваны быть авангардом правовой политики. Раздавались призывы о необходимости разработать амбивалентный и комплексный инструментарий, поскольку основные права проявляются в трех ипостасях: индивидуально-правовой (персональной), институциональной, а также социально-государственной и социально-правовой, — связывая к тому же материальные и процессуальные компоненты. Отсюда настоятельная необходимость осмысления учения о статусе личности путем выдвижения на передний план ее позитивного статуса как притязания на исполнение государством социальной функции.

При рассмотрении основных прав обычно сетуют на недостаточность системного и теоретического подходов. Возрождения либеральной интерпретации этих прав, их классической функции самого по себе мало. Однако и в новаторских подходах тоже царит неясность, которая ведет к признанию роли объективных моментов в положениях об основных правах. Вот почему правомерен вопрос о конституционной теории основных прав, которая служила бы фундаментом любой их трактовки, поскольку сами они в своем словесном облике слишком фрагментарны, чтобы их можно было интерпретировать исходя лишь из классической герменевтики.

б) Теория основных прав

Экстенсивное развитие основных прав и отклик, который оно вызвало в науке, послужило поводом для активизации усилий по переосмыслению учения о них. Ренессанс дискуссии начался под новым знаком: речь шла не столько о действительности, уровне и обязательности норм об основных правах, как это имело место в свое время в Веймаре, сколько об их смысле и значении, функции и силе воздействия. Под знаком подлинных, действительных или только предполагаемых изменений в сфере основных прав прошли дебаты прежде всего относительно выработки одной или многих их теорий, в том числе о функциях этих прав.

Стремление к «истинной теории» овладело наукой в 70—80-х годах. Прежде всего пытались найти опору для понимания основных прав, их системы и применения. Крупные идеи времен Веймара (например, принадлежащие Р. Тома и К. Шмитту) были вновь восприняты и получили дальнейшее развитие.

Исходя из необходимости придания чаще всего лапидарным и фрагментарно сформулированным определениям основных прав того времени всесторонней их интерпретации, Э. В. Бёкенфёрде пришел к выводу, что применение этих прав — «сознательно или бессознательно — определяется и направляется конкретной теорией основных прав». Теория их означает для него «систематически ориентированное представление об общем характере, нормативной целенаправленности и содержательном диапазоне основных прав». Сбою исходную точку эта позиция обретает в особой концепции государства или в конституционной его теории.

В таком контексте упомянутый автор различает несколько теорий основных прав, в их числе: либеральная (буржуазная) в духе правовой государственности; институциональная; ценностная; демократически-функциональная; социально-государственная.

Теории основных прав, сформулированные Э. В. Бёкенфёрде, представляют собой широкий спектр результатов «мысленного анализа» (по Гегелю) этой материи. Однако исчерпывающим его считать нельзя. Во всяком случае сегодня нужно учитывать также теорию основных прав, важную в организационном и процессуальном отношении, которая охватывает проблемы организации и процедуры. Незаменимым казалось бы и ее дополнение положением о функции защиты основных прав в случае причинения им ущерба действиями или бездействием государственных органов и частных лиц. Растущее значение теории о защитной функции основных прав перед лицом роста технического риска невозможно переоценить. Между тем речь идет не о том, является ли предложенный Бёкенфёрде набор взглядов полным или нет. Значительно важнее определить, делает ли вообще Основной закон свой выбор в пользу одной или нескольких таких теорий и не является ли их выработка просто поиском какой-нибудь новой догмы, разумеется, с далеко идущими последствиями для содержания и толкования норм об основных правах. Ибо от исходного тезиса избранной теории зависит то или иное содержание конституции не только в частностях, но и в ее принципиальных позициях. В сущности, вопрос заключается в том, является ли та или иная отдельная теория либо все они мерилom для конституционного права.

е) Взаимосвязь основных прав

Юридическая система основных прав выявляет присущие их нормам структурные элементы, несущие принципы и смысловые взаимосвязи. Она должна представлять собой некий конгломерат важных общих положений о данном предмете и тем самым выполнить задачу по упорядочению самих прав, что необходимо для практики и безусловно важно для науки. Здесь речь идет не об аксиоматической либо логически-дедуктивной системе основных прав, из которой можно делать необходимые выводы, а о познании существенного содержания, заключающегося в определениях основных прав, и о взаимосвязи элементов, их составляющих. Такая система не является закрытой; напротив, она открыта и достаточно гибка, чтобы вбирать в себя новое содержание и научные достижения; она способна к саморазвитию. Даже тот, кто допускает, что порядок основных прав не является гомогенным ни в своих духовных основах, ни в последствиях, не станет отрицать, что для создания такой системы именно основные права, как никакие другие правовые институты, представляют самые благоприятные предпосылки; по многим причинам они являются системно-конвергентными.

Определение основных прав составляет важную часть конституции. Однако, как правило, в тексте ее эти права сформулированы кратко, а часто даже абстрактно. Большинство предписаний оперирует общими или бланкетными формулировками, что предъявляет повышенные требования к их интерпретации, которая вряд ли может иметь место без учета общих аспектов этих прав. Вот почему пользование основными правами требует дополнительных теоретических, точнее — систематизирующих усилий.

Положения об основных правах нередко чрезвычайно гибки, а из их исторического развития видно, что они готовы реагировать на изменяющиеся условия. Поэтому упомянутые положения нуждаются в постоянной конкретизации, которая позволяет выявлять их масштабы в общей системе основных прав. Предписания о них — это необычные нормы; в конституционном строе они приобретают особое значение для индивида и государства в зависимости от их исторического происхождения и нормативной целенаправленности. Не случайно они, как правило, открывают текст конституций. В них как бы говорится: государство берет свое начало в человеке и находит свое оправдание в той мере, в какой оно удовлетворяет насущные потребности людей.

Положения об основных правах обнаруживают в своей идейно-исторической основе высокую степень телеологической общности. Они внутренне связаны, даже если источник происхождения у них разный. Их нужно рассматривать если не как единство, то как базирующуюся на единстве фундаментальную идею. ФК.С достаточно рано ввел в свою практику принятия решений доктрину системы основных прав, хотя и без конкретного определения этого понятия. Поначалу речь шла о некоей системе ценностей без четкой ссылки на сами права. Более или менее точная ориентация этой системы на основные права проявилась лишь в решении ФК.С от 15 января 1958 г., в котором было употреблено даже такое выражение, как «система ценностей основных прав». Позднее отмечалось, что эта система исходит из достоинства и свободы индивида как естественной личности, а также подчеркивалось, что основные права утверждают систему ценностей и в качестве позитивных норм. Позднее такая трактовка продолжала использоваться в виде приложения к системе правил, объективно-правовых ценностных решений или ценностных ориентиров.

При этом нельзя, конечно, отрицать, что в последнее время системная точка зрения значительно отступила на задний план. Следует отметить, что с приходом в 1975 г. в Первый сенат ФКС судьи К. Гессе была отклонена гипотеза о том, что основные права образуют собственную систему внутри или наряду с Конституцией. Обоснованием для такого отрицания наряду с объективными причинами послужило распространение основных прав за пределы первого раздела Основного закона ФРГ. Особенно явственно такое изменение проявилось в решении по поводу Закона о праве на участие в управлении предприятием от 11 марта 1979 г., которое представлял суду К. Гессе. Здесь были сформулированы

понятия отдельных основных прав и отвергнута институциональная взаимосвязь, зависимость основных прав от системы, защиты и структуры объективных прав.

а) Юридический характер системы основных прав

Можно задаться вопросом, совершил ли ФКС в своей более поздней практике «разрыв системы». Такая постановка проблемы должна вызывать сомнение до тех пор, пока признается объективный характер ценностей и принципов основных прав, который не опровергается в решении суда об участии в управлении предприятием. После принятия решения о переписи населения можно даже говорить об уже сложившейся системе основных прав, поскольку на основе ст. 2, абз. 1 Основного закона, взятой в связи со ст. 1, абз. 1, формулируется еще одно основное право — на «информационное самоопределение». Здесь важно то, что понятие системы заменяется другим, отличным от того, которое ранее считалось базовым. Развернутая здесь юридическая система позволяет дать новую трактовку взаимосвязи и принципов системы правовых норм, а не создает новые основные права, т. е. не определяет «политику в сфере основных прав». К. Гессе тоже не отрицает того, что между правами существует определенная системная взаимозависимость. Юридическая система основных прав в приведенной концепции требует разработки воззрений, принципиальных точек зрения, принципов и смысловых взаимосвязей, определяющих суть основных прав. Получится ли в результате целостная их система, которая закреплена к тому же в конституционном законе, это другой вопрос. Но если мы хотим признать основные права в историческом аспекте как развивающиеся гарантии, чего нельзя сказать о классическом наборе основных прав даже в процессе их позитивного развития, то это не препятствие для того, чтобы исследовать, какие именно системные элементы, структуры и действия внутренне присущи юридически взаимосвязанному комплексу норм под названием «основные права». Исследуемая юридическая система является научным подспорьем для толкования и объяснения основных прав. Она призвана установить принципы интерпретации и конкретизации прав, что служит ключом к их пониманию.

В современном учении об основных правах отсутствует удовлетворяющая системность в традиционном юридическом смысле. Вследствие этого возникают большие сомнения относительно аргументации и обоснованности решений в спорах об основных правах. Однако не следует воспринимать существующую систему на фоне многочисленных, хорошо обоснованных общих теорий права. Тем не менее справедливо мнение, что обоснование с таким трудом завоеванных прав нуждается в более четкой разработке, юридической интерпретации и систематизации. При этом большую помощь должны оказать социологические исследования и выработка точных терминологических понятий.

Поскольку основные права зафиксированы в правовых нормах, они в процессе исследования нуждаются в первую очередь в научной правовой методологии. Фундаментом юридической системы должны быть нормы конституционного права, особенно посвященные основным правам.

д) Основные права как права субъективные

Квалификация основных прав в качестве субъективных, которая сегодня столь очевидна, в ходе исторического развития неоднократно оспаривалась. Лишь в начале XX в., в результате долгих споров о понятии субъективного права вообще и основных прав в особенности, выкристаллизовалось новое понимание основных прав, которое затем вошло в Веймарскую Конституцию. После вступления в силу Основного закона ФРГ было бесспорно признано, что гражданин может ссылаться на них перед лицом властных структур как на свои основные права.

е) Личные, социальные и процессуальные основные права

Если попытаться упорядочить субъективно-правовые качества основных прав по типовому признаку, то в первую очередь следует выделить личные права и в более узких пределах — социальные; остальные отодвигаются на задний план.

Итак, согласно Конституции ФРГ, личные права четко выносятся вперед. Защита индивидуума является главной функцией субъективного права. В более поздних исследованиях особое значение вновь придается реконструкции классической функции основного права как свободе (благодаря защите от вмешательства в личную сферу). ФКС в своей трактовке основных прав также придает большое значение их защищенности. В одном из его решений отмечается, что основные права без сомнения предназначены в первую очередь для защиты сферы свободы человека; они являются защитными правами гражданина от государства. Такая точка зрения до сих пор сохраняет устойчивость, хотя более полного определения понятия личных прав не существует. Она, очевидно, считается само собой разумеющейся по причине исторического и теоретического правового опыта. Исходя из этого, понятие защитной функции основных прав можно сформулировать следующим образом: личные права являются субъективными правовыми позициями, гарантируемыми положениями об основных правах, ущемление которых государственной властью запрещено. Они обеспечиваются также соответствующими притязаниями субъекта права и в этом смысле ограничивают сферу действия государства, являются негативными нормами по отношению к его компетенции и защищают сферу свободы индивида.

Защитные свойства личных прав индивидов (а также их объединений) — это определенные правовые позиции, которые являются фундаментальными для человека и гражданина. Чаше их

называют сферой свободы или основными свободами. Это верно лишь тогда, когда свобода берется во всеобъемлющем смысле и соответственно определяется. По сути дела это многие свободы (и другие правовые позиции), которые призваны защищать основные права от государственного вмешательства. Речь идет главным образом о свободном формировании жизни, о свободе поведения, самоопределении индивида, о неприкосновенности определенных его качеств, которые формируют человеческую личность.

Умаление этих защитных свойств государственной властью пресекается в соответствии со структурой личных прав индивида. Это в первую очередь притязания об устранении ущерба или бездействия власти. Спорным является, однако, вопрос о том, следует ли наряду с ними учитывать и другие притязания.

В сравнении с личными социальными права считаются, пожалуй, второстепенными. Во всяком случае основной закон рассматривает их в качестве исключения, хотя наряду с негативным статусом еще во времена Г. Еллинека за этой категорией прав признавался и позитивный статус. Если первый был направлен на свободу от противоправного вмешательства, то для второго, по его основному содержанию, характерно наличие притязаний на обеспечение и осуществление интересов индивида с помощью государственных действий. В значительной степени такой позитивный статус был определен законом. Это положение существует и сегодня, хотя уже перед второй мировой войной и особенно в 70-е годы вопрос о конституционном характере социальных прав приобрел особое значение. К тому же позитивный статус человека в современном государстве заметно возрос.

Следует тем не менее подчеркнуть, что в отличие от некоторых конституций земель Основной закон ФРГ не располагает четко выраженными определениями основных прав, которые являлись бы доказательствами позитивного их характера. Исключение составляют только ст. 6, абз. 4 и 5; ст. 7, абз. 4, п. 3; ст. 107, абз. 4 Основного закона. Дискуссия о социальных правах, выходящих за рамки основных, является главным образом спором о методе и интерпретации. Особенно наглядно об этом свидетельствуют результаты Регенсбургского съезда преподавателей государственного права (1971 г.) и разногласия по поводу решения ФК.С о политических правах, принятого в 1972 г. Сегодня можно констатировать, что преобладающее значение приобрела следующая точка зрения: вместо субъективных социальных основных прав, таких, как право на труд, на образование, на жилище и т. д., которые причисляются к основным, Конституция ввела прежде всего объективно-правовые понятия «социальное федеративное государство» (ст. 20, абз. 1) и «социальное правовое государство» (ст. 28, абз. 1, п. 1). Совершенно дистанцировался ФК.С и от основных прав «третьего поколения», т. е. новейших прав на развитие и мир, которые в последнее время обсуждаются в международном масштабе.

Тем не менее возникают большие трудности по поводу непосредственного закрепления основных социальных прав на высшем уровне, и, по существу, такие права ориентируют на позитивные действия государства. Но несмотря на принципиальную сдержанность конституционного законодателя и принципиальные оговорки, элементы социальных прав тем не менее остаются не чуждыми системе основных прав. В этом контексте ФКС развил такие аргументы: наряду с первоначальным постулатом о гарантиях защиты основных прав и свобод от государства по отношению к нему выдвигается дополнительное требование государственной социальной политики. Такие права получают подтверждение в осторожной форме, как правило, в спорах с исполнительной и редко с законодательной властью.

При этом в центре внимания находятся вытекающие из основных прав требования относительно деятельности публичных учреждений. Сюда относится, например, допуск к учебе (ст. 12, абз. 1 Основного закона), использование улиц для демонстраций (ст. 8, абз. 1), а также прием на государственную службу (ст. 33, абз. 2 Основного закона) и др. В настоящее время обсуждается вопрос о разрешении создания частных радио- и телевизионных компаний. По-прежнему остается спорным вопрос о том, в какой степени можно обосновывать положением о равенстве (содержащемся в ст. 3, абз. 1 Основного закона) притязания на социальные блага. Сильнее всего мысль о социальных правах представлена в обязанностях по их защите.

Среди субъективно-правовых основных прав личные и социальные выдвигаются на первый план настолько, что иные требования зачастую лишь упоминаются, будучи подчиненными этим двум группам. Недавно для них появилось обозначение: «права, используемые по усмотрению». Их своеобразие заключается в том, что полномочный субъект может внести изменение в свой правовой статус. На это направлены, например, ст. 16, абз. 2, п. 2; ст. 17; ст. 7, абз. 2 и 3; ст. 104, абз. 3 и 4; ст. 116, абз. 2, и при определенных обстоятельствах ст. 3, абз. 1, согласно которым правовой статус, противоречащий равенству и равноправию, должен быть определен заново.

Среди основных прав особое значение приобретают политические права, прежде всего избирательное (ст. 38 Основного закона) и право на доступ к государственной должности (ст. 33, абз. 1—3 Основного закона). Они относятся к старейшей категории прав и обозначаются как гражданские или политические и в качестве прав политической свободы противопоставляются свободе гражданина. Эти права олицетворяют активный статус гражданина, открывают ему возможность принимать участие в государственных делах, опосредуют его важные демократические позиции. В настоящее время они распространяются помимо государственной сферы на другие жизненные области, такие, как вузы, радио, политические партии, церковь, палаты или союзы по интересам, в особенности на коалиции в области трудовой и хо-

жизни. Иногда с ними связывают комплекс, охватываемый понятием «участие». Тема участия в политической жизни лишь частично имеет правовое оформление в рамках Основного закона. Основная ее часть зафиксирована в демократическом основополагающем принципе формирования государственного строя. Характерным для такого рода прав является то, что свобода ставится на службу государству. Однако это не должно отрывать их от личных прав и свобод. Ведь и те, и другие вместе конституируют единый статус свободы. По этой причине права на участие в политике находятся в тесной взаимосвязи с так называемыми коммуникативными правами и свободами, такими как свобода мнения, информации, объединения, собраний, которые считаются конститутивными для свободной демократии.

С перечисленными правами тесно связаны так называемые процессуальные права, немислимые без существования государственной судебной системы, в которой они себя преимущественно и проявляют. Поэтому в разделе Конституции об основных правах они помещены там, где речь идет об обращении в суд (ст. 19, абз. 4), в основном же они упоминаются в разделе о правосудии (ст. 101, 103, 104 Основного закона). В них также заключено устойчивое объективно-правовое содержание. Так, со ссылкой на ст. 103, абз. 1 Основного закона ФКС подтвердил, что для судебного разбирательства по смыслу Основного закона конституционным и принципиально неотъемлемым является не только первичное процессуальное право человека, но и объективно-правовой принцип судопроизводства. Их субъективно-правовое качество бесспорно, поэтому они могут быть реализованы в порядке рассмотрения конституционной жалобы. Они являются характерными составными частями судебной системы в правовом государстве и процессуальными дополнениями материальных основных прав. Эти права включают в себя: право на обращение в суд в случае нарушения субъективных прав (ст. 19, абз. 4, п. 1 и 2 Основного закона), право на законного судью (ст. 101, абз. 1, п. 2), гарантию быть заслушанным в суде по вопросам права (ст. 103, абз. 1), притязание на процессуальные гарантии в случае лишения свободы (ст. 104).

4. Объективное содержание основных прав

В то время как субъективно-правовое качество основных прав коренится в традиции становления прав человека, их объективное содержание относится к более современным характеристикам. В историческом аспекте оно развилось, очевидно, из более раннего положения принципиального характера, заключавшего в себе многие смысловые компоненты. Сегодня оно в принципе признано, однако не только терминологически, но и в определенных конкретных аспектах подвергается сомнению. Не выяснен даже вопрос о том, действительно ли нужно делать существенные выводы из объективно-правового характера основных прав.

Самой старой формой объективно-правового содержания основных прав являются их организационные и институциональные гарантии, которые по сути своей обусловлены субъективно-правовыми качествами этих прав и теснейшим образом срослись с ними. Подобно тому как личные и политические права гарантируют известный персональный и политический статус, неоднократно находившийся под угрозой в ходе истории, так и организационные гарантии призваны защищать определенные институты, относящиеся к основным правам и свободам, с тем чтобы и они имели надежную конституционную защиту. Однако организационные гарантии касались не только положений, фиксирующих основные права, но и других конституционных норм. Тем не менее здесь невозможно провести четкую разграничительную линию. Поэтому возникла необходимость дифференциации институциональных гарантий как организационных гарантий частных институтов, с одной стороны, и институциональных гарантий в качестве защиты общественно-правовых учреждений — с другой; к последним сегодня наряду с коммунальным самоуправлением (ст. 22, абз. 2 Основного закона) и отдельными религиозными общинами, имеющими статус корпораций (ст. 140), относятся также профессиональное чиновничество (ст. 33, абз. 4 и 5 Основного закона) и независимые судьи (ст. 92, 9).

Организационные гарантии, независимо от того, содержатся они в нормах об основных правах или в других конституционных положениях, представляют собой специфический модус гарантий высшего уровня. Поэтому их защитные свойства распространяются на все три ветви власти, хотя особую значимость имеет защита перед лицом законодательной власти. Она вправе разрабатывать эти гарантии, но не может отменить их или нарушить их суть. В той степени, в какой гарантии содержатся в нормах об основных правах, такое положение регламентируется ст. 19, абз. 2 Основного закона; в остальном оно вытекает из самого включения его в Конституцию. Конечно, трудно определить их существенное содержание, т. е. конституционно-правовой слой. В целом можно лишь утверждать, что нужно выявлять сущностные элементы и отграничивать их от несущественных положений. Разработке подлежат те составные части, которые определяют структуру и тип, придают специфику соответствующей организации, представляют характерную картину явления.

Организационные гарантии, содержащиеся в нормах об основных правах, бесспорно предоставляют собой субъективное защитное право на сохранение проистекающих из этих гарантий требований. Ибо цель гарантийной нормы не ослабление, а усиление субъективного содержания основного права. Исходным пунктом такого развития норм были прежде всего два первых крупных решения об основных правах, принятых ФКС 17 января 1957 г. и 15 января 1958 г. В них объективно-правовое содержание основных прав рассматривалось как предпосылка включения их интерпретации в общий правовой порядок, как принципиальная

норма, т. е. обязывающее ценностное решение, а также как основное конституционно-правовое решение для всех отраслей права.

Законодательная, исполнительная и судебная власти получили таким образом новые импульсы. Текущее законодательство должно истолковываться в духе именно этого содержания основных прав. Суд постоянно держался такого подхода в своей практике, хотя его формулировки не всегда были одинаковыми.

5. Воздействие на общий правопорядок

Понятие воздействия на общий правопорядок применялось в решениях ФКС до сих пор лишь в связи с влиянием основных прав на частное право. Представляется, что оно в данном случае лучше проясняет существо дела, чем понятие ценностного порядка, когда речь идет о воздействии этих прав на государственный и общественный строй. В таком смысле понятие воздействия на общий правопорядок не является чем-то специфическим, годный лишь для частного права, оно скорее присуще публичному праву и способствовало появлению известной формулы, согласно которой административное право является конкретизированным конституционным правом.

Особенно отчетливо сила влияния основных прав проявилась в недавних решениях ФКС по вопросам мирного использования атомной энергии, демонстраций, статуса иностранцев и права на политическое убежище, а также права на информационное самоопределение. Однако наиболее устойчивое воздействие прослеживается в частном праве. Поскольку в этой связи речь идет о применении действующего законодательства, то прежде всего имеется в виду конституционное толкование или определение импульсов и директив с целью заполнения пробелов в праве, например по вопросу о развитии общего статуса личности и его защиты.

Воздействие системы основных прав на частное право послужило в науке поводом к обстоятельным дискуссиям на тему так называемого действия права в отношении третьих лиц или горизонтального действия основных прав. С установлением особых обязанностей защиты, вытекающих из положений об основных правах, акцент переносится на активные действия государства по защите правовых ценностей, объединяемых основными правами. С точки зрения истории этой идеи под действием подразумевается старая проблема обоснования активности государства, которая оправдывается его целями и задачами, прежде всего его обязанностями обеспечивать безопасность. Наиболее важным отправным пунктом для определения обязанности защиты является ст. 1, абз. 1 Основного закона.

Идею активизации защитных обязанностей государства в области основных прав принято приписывать решению ФКС об абортах. На самом деле эта идея была высказана в его более ранних актах. Тем не менее решение об абортах считается базо-

вым. Согласно ст. 2, абз. 2 Основного закона, суд указал на обязанность государства по охране любой человеческой жизни, в том числе даже зарождающейся. Обязанность защиты признается независимо от того, является ли носителем этих прав еще неродившийся ребенок. Базой в любом случае служит объективный ценностный порядок, олицетворяемый основными правами. Вопрос о том, обязано ли государство вообще заниматься правовой защитой даже только еще возникающей жизни, а если да, то в каком случае и в каком объеме, решается с учетом объективного содержания норм об основных правах. ФКС тем серьезнее и шире трактует защитную обязанность государства, чем выше уровень рассматриваемого правового комплекса в системе конституционных ценностей. Обязанность защиты, разумеется, не только запрещает непосредственное вмешательство государства в зарождающуюся жизнь, но и предписывает ему проявлять заботу о ней, т. е. прежде всего сохранять ее от противоправных вмешательств извне. Понимаемая подобным образом защитная обязанность относится ко всей государственной власти и может быть использована против любого носителя основных прав, в данном случае даже против будущей матери. При этом действует правило: характер выполнения государством своих обязанностей зависит в решающей степени от законодательной власти. В крайнем случае, если предписываемая Конституцией защита не может быть достигнута, законодательство вменяется в обязанность прибегнуть к средствам уголовного права.

Суд настойчиво отклоняет возражение, согласно которому из нормы основного права, гарантирующей свободу вообще, якобы нельзя вывести государственную обязанность в аспекте уголовного наказания. Если в соответствии с той или иной принципиальной нормой государство обязано действительно защищать наиболее важные устои правопорядка от вмешательства со стороны третьих лиц, то часто становятся неизбежными такие меры, которые затрагивают сферу свободы других обладателей основного права. В таких случаях ситуация при использовании социально-правовых и гражданско-правовых средств принципиально не отличается от той, при которой применяется норма уголовного права. Разница заключается лишь в интенсивности необходимого вмешательства. Конечно, закон должен разрешать возникающий при этом конфликт с учетом противостоящих основных ценностей в соответствии с их системой, установленной в Основном законе, и руководствуясь принципом соразмерности, присущим правовому государству. Такие рассуждения относительно защиты жизни подтверждены и усилены в последующих решениях ФКС.

Наряду со ст. 2, абз. 2 Основного закона идея обязанности защиты распространена и на другие основные права, особенно упомянутые в ст. 5, 6 и 7, а также на притязание на защиту всех немцев. Несмотря на укрепление идеи обязанности защиты в юрисдикции ФКС, которой в основном соответствует и литература по данной проблематике, приходится, однако, констатировать

в системе основных прав заметный дефицит обоснованности указаний на юридические последствия этих обязанностей.

Организационные и процессуальные гарантии долгое время находились вне проблематики основных прав. Унаследованному пониманию этих прав была чужда мысль о взаимосвязи между ними. Однако положение изменилось в 70-х годах благодаря появившемуся большому числу исследований взаимосвязи между основными правами, с одной стороны, и организационными структурами и процессом — с другой. Сегодня признано, что практически все основные права в той или иной степени обнаруживают интенсивное взаимодействие с организационной структурой государства и процессуальными нормами. Для очень многих прав граждан требуется оформление в соответствии с процессуальным и организационно-правовым регулированием (ст. 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 12, 14; ст. 16, абз. 1 Основного закона). Тем самым такое регулирование вносит вклад в осуществление прав. При таком понимании организация и процесс являются в определенной форме необходимым элементом действительности многих основных прав. Нередко они становятся даже условием их реализации.

В юрисдикции ФКС связь между основными правами, организацией и процессуальным производством (за исключением, разумеется, собственно процессуальных основных прав, для которых значение процедур очевидно) стала играть определяющую роль сравнительно недавно.

Некоторые выводы ФКС содержат ясную мысль о том, что процессуальные гарантии основных прав (т. е. активный процессуальный статус гражданина) имеют важное значение для материальных основных прав в том смысле, что способны предотвратить возникновение опасности обесценивания их материальной сущности. Дискуссиям об осуществлении основных прав и их гарантиях посредством организационных мер и соблюдения процедурных правил пока не хватает исчерпывающего понятийного аппарата, точных дефиниций.

Предлагается следующая типология процедур применительно к основным правам. В ней пять позиций: основные права зависят от наличия определенной организации или соблюдения определенной процедуры; они оказывают воздействие на процессуальное право; организация и процесс служат инструментами непосредственного осуществления основных прав; организационное регулирование и процессуальное являются средством, устраняющим противоречия в нормах конституционного права; из положений об основных правах вытекают особые требования к процессуальному оформлению дел и участию граждан в процессе.

Наиболее спорным в оценке объективно-правового содержания основных прав является вопрос о легитимности и пределах выведения из него субъективных прав. В научной литературе имеются утвердительные выводы по этому вопросу, как компромиссные, так и отрицательные. ФКС в своих решениях до сих пор ясно не высказался по данной проблеме, во всяком случае не дал необхо-

димой аргументации. Он чаще всего избегает понятия субъективного права и говорит лишь об уважении к объективно-правовому содержанию. Решительно отрицается, за особыми исключениями, и субъективное право на определенные действия законодателя.

6. Защита основных прав и их ограничения

Если смыслом основных прав является защита и гарантированность фундамента правовых позиций людей и их объединений, то правовую и жизненную сферу, определяемую нормами об основных правах, или сферу самовыражения личности, можно обозначить как область основных прав или их защиты. ФКС говорит о «материальной субстанции» основных прав, которую всегда следует предварительно выявить. В широком смысле она обозначена в ст. 2 и 3, в узком — в ст. 16, абз. 1, или в ст. 17 Основного закона; более подробно она определяется в ст. 8. Для того чтобы стать эффективной, она нуждается в более точном законодательном оформлении, например в отношении институтов брака, семьи, собственности. В рамках защиты можно действительно применять основные права и совершенствовать их юридическое действие.

Однако реализация основных прав в общественной жизни сталкивается с индивидуальными и публичными интересами. Отсюда необходимость разграничения этой правовой сферы со статусом других обладателей основных прав (ст. 2, абз. 1) и сферой прав и интересов общества в целом (ст. 2, абз. 1 Основного закона). Ориентиром здесь служит не образ изолированного индивида, а образ человека, находящегося в сообществе людей (ст. 1, абз. 2 Основного закона). Границы основных прав поэтому неизбежны. Они с разных точек зрения являются наиболее чувствительным нервом всей системы этих прав, о чем наглядно свидетельствует давнее учение об их имманентных пределах, сформулированное ФКС. Сегодня действует максима: ограничения основных прав могут быть обоснованы только самой Конституцией.

Установление пределов основных прав относится к наиболее трудным и спорным аспектам юридической системы. С учетом положения человека в государственном сообществе возникает главный вопрос относительно признания прав, которыми обладает человек, и компетенции, которая присуща государству. Речь идет об индивидуальных правах и их ограничениях, обусловленных природой как человека, так и общества.

При напряженных отношениях между ними нельзя забывать, что все основные права, даже если они исходят из естественных прав человека, имеют предпосылкой своего существования, с одной стороны, наличие государства, которое их гарантирует и защищает, с другой — противостояние именно этого государства основным правам. Из этой дилеммы может быть только один выход: провести тонкое, дифференцированное разграничение между сферой защиты основных прав и их ограничениями.

Общество воплощается в государстве. Поэтому соблюдаемые им интересы общественного блага должны учитываться в процессе осуществления основных прав. Государство должно защищать свободу индивида с условием, что гарантируется достаточная защита публичных интересов.

Между тем в общественной жизни не только государство обязано осуществлять цели, которые могут войти в противоречие с основными правами. В еще большей степени подлежат разграничению сферы самых индивидов, наделенных такими правами. Именно потому, что основные права дают индивидам поле деятельности самого различного характера, необходимо в ходе осуществления основных прав препятствовать возникновению конфликтов.

Разграничению государственной сферы и области индивидуального использования основных прав служат зафиксированные в самой Конституции пределы и установленные законодателем (в соответствии с конституционно-правовыми полномочиями) ограничения основных прав.

Такие ограничения основных прав, в свою очередь, тоже могут быть ограничены. Существуют три уровня системообразующих факторов: а) сфера защиты основных прав или их состав;

б) прямые конституционные или допускаемые законом ограничения; в) пределы таких ограничений. Эта система, изложенная в довольно общих чертах, в настоящее время недостаточна с точки зрения имеющихся подходов.

Трения особенно отчетливо проявляются при установлении прямых конституционных ограничений для таких основных прав, которые по своему словесному содержанию гарантированы без каких-либо сужающих их оговорок (ст. 4; ст. 5, абз. 3, п. 1; ст. 16, абз. 2, п. 2 Основного закона). Ясно, что в отношении таких прав Конституция в принципе сама должна содержать ограничения. Лишь противоречащие основные права конституционного уровня способны в исключительных случаях с учетом единства Конституции и охраняемого ею общего порядка ограничивать в отдельных случаях даже не подлежащие сужению основные права. Имеются в виду установления о государственных структурах и другие конституционно-правовые положения, в том числе и прежде всего сами нормы об основных правах. В действительности подлежащие защите права практически просто немыслимы без конституционно-правовых гарантий. В любом случае основное право и конституционные нормы, ограничивающие основные права, должны находиться в тщательно выверенном взаимоотношении. Такую выверку нужно предпринять по принципу сходящего выравнивания или установления практического согласия при соблюдении запрета чрезмерных ограничений.

В большинстве положений об основных правах имеются оговорки общего или конкретного характера относительно законов, регулирования и ограничений, хотя они терминологически и неединообразны. На базе этих оговорок Конституция допускает

возможность различных формулировок и ограничений со стороны законодательной власти. Здесь речь идет об ограничениях, введение которых допускается Конституцией.

Реализация оговорок, имманентных Конституции или допускаемых ею, связана с дополнительными предпосылками, выводимыми из принципов правового государства и демократии. С учетом запрета чрезмерных ограничений вмешательство закона даже в сферу защиты основного права должно быть обоснованным, необходимым и соразмерным. Теория о так называемом существенном содержании требует, кроме того, чтобы парламентский законотворческий орган в любом случае сам решал существенные вопросы из области основных прав, кроме тех, которые представляют собой вмешательство в эти права.

Понятие оговорки о законе трансформировалось со временем в парламентскую оговорку, согласно которой «существенное» не может определяться на основе законного полномочия правотворческого органа, а регулируется только самим законом. В широком смысле слова это означает при всех существенных ограничениях основных прав необходимость принятия формального и адекватного закона.

Изложенное выше позволяет проследить общие конституционно-правовые пределы ограничений основных прав. По сравнению с прежними конституциями действующий Основной закон еще более усиливает их дополнительными требованиями, например запрещением регулирования какого-нибудь отдельного случая или проблемы конкретной личности.

Еще более важное значение приобрел материальный аспект ограничения основных прав согласно ст. 19, абз. 2 Конституции о существе содержания этого права. Конечно, неприкосновенность такого содержания придумана не законодателем. Она была сформулирована как общее положение, относящееся к самой сути Конституции и институциональных гарантий, еще К. Шмидтом. По его мнению, следовало поставить заслон опасности «опустошения» основных прав из-за многочисленных отсылок к закону (в Веймарских положениях). Все подлинные основные права, говорил он, являются абсолютными, т. е. они предоставляются не нормами законов, их содержание проистекает не из закона. Напротив, вмешательство посредством закона является исключением, причем принципиально ограниченным, соразмерным и к тому же урегулированным в общей форме. Еще дальше пошли А. Хензель и Э. Кауфман, которые подчеркнули ценностную идею, присущую основным правам, и материальное понятие ценностей, которые для законодателя означают нормирующий предел. Лишь некоторые конституции земель послевоенного времени и ст. 19, абз. 2 Основного закона дали четкое регулирование такого предела ограничений.

В ст. 79, абз. 3 устанавливается материальный предел[^] возможности изменения Конституции. Его называют гарантией неприкосновенности или вечности норм, которая берет свое идей-

ное начало в Веймарской Республике и была введена в Конституцию ФРГ с учетом опыта 30-х годов. Статья 79, абз. 3 Основного закона важна также тем, что в нее вошли принципы из ст. 1 и 20, являющиеся защитными для конституционных законов, изменяющих основные права. Эта статья относится к системообразующим элементам основных прав по Конституции ФРГ, хотя на практике была применена лишь однажды. Она призвана гарантировать идентичность и преемственность несущих опор конституционного порядка, и не только в отношении принципов государственной структуры, но и применительно к системе основных прав. Каковы такого рода принципы — это, так же как и в случае трактовки ст. 20 Основного закона, ключевая проблема интерпретации данной нормы, учитывающей исторический опыт. Статья 79, абз. 3 Конституции не должна истолковываться ни минималистски (к чему склоняется ФКС), ни экспансионистски (за что зачастую выступают авторы научных трактатов). То что защищено, не всегда достаточно выверено; это относится, например, к праву на политическое убежище по ст. 16, абз. 2, п. 2 Основного закона.

7. Основное право как право самообороны и государственная обязанность защиты

а) Право защиты и обязанность защиты, в системе основных прав

Право на защиту и государственная обязанность защищать — это противоречивые, разновекторные функции основных прав, обеспечивающих свободу. Они гарантируют идентичное конституционное благо от посягательств, которые грозят с разных сторон, как от публичной власти, так и от частных лиц. В одном случае речь идет о свободе граждан в их отношениях с государственными структурами, в другом — о безопасности в межличностных отношениях. В первом случае государство должно оберегать основные права от своих структур, во втором — от третьих лиц. Так, право на жизнь и телесную неприкосновенность в качестве защитной функции требует от государства воздерживаться от каких-либо мер, которые могут повредить этим благам.

Функция защиты, осуществляемая государством, предполагает позитивные усилия против посягательств со стороны частных лиц на жизнь и здоровье, против актов насилия, причиняющих смерть и телесные повреждения, а также меры по устранению из правовой жизни косвенного вреда как следствия ущерба, наносимого окружающей среде. Право защиты личности направлено против опасности, которая исходит от государственных действий, в частности от эксцессов и безразличия полиции при явной угрозе жизни и здоровью гражданина.

Право на защиту — это предпосылка свободы граждан, утвержденная государством и направленная на то, чтобы уберечь их от неправомерных посягательств со стороны государства. Свободная от государства сфера отделена от сферы государственно-

го господства. Право на защиту оберегает область самоопределения личности и ограждает ее от вторжения публичной власти. Посвяительство поставлено в зависимость от правового обоснования, а его дозволенность должна опираться на материальные и формальные условия. Активность государства сдерживается правовыми барьерами, с тем чтобы гражданин действовал в возможно большей степени беспрепятственно. Право на защиту гарантирует эти свободы от давления со стороны государства. Это так называемый негативный статус гражданина, теория которого была подробно разработана еще Г. Еллинеком. Свобода в этом смысле означает отсутствие государственного принуждения. Государство здесь появляется как противник гражданина, противостоящая ему сторона. Его поведение релевантно праву личной защиты в тех пределах, в каких оно уменьшает потенциал свободы, предусмотренный основными правами. Закон в этом контексте действует как граница конституционных прав, но не как их предпосылка.

Государственная (или конституционная) обязанность защиты, напротив, опосредует «позитивный статус гражданина», теория которого также разрабатывалась Г. Еллинеком. Государство гарантирует ненарушаемость конституционных благ в сфере отношений частных лиц, включая безопасность в личных отношениях, т. е. основное право на безопасность. Государственная власть здесь не отнесается, как в ситуации с правом на защиту, но требуется соответственно в законодательстве, управлении и правосудии. Обязанность защиты, таким образом, адресована не частным лицам, от которых исходит угроза защищаемым Конституцией благам, а государству. Против нарушителей направляются меры, принимаемые государством во исполнение своей обязанности по защите. Области защиты основных прав личности государство в основном определяет негативно, как сферу, не доступную автономии личности. В контексте же обязанности защиты эти области выступают в основном как позитивно определяемые, подлежащие защите блага, целостность которых обеспечивается государством против опасности, исходящей от третьих лиц.

Право защиты, как и обязанность защиты, направлено одному и тому же адресату — государству как началу, противостоящему гражданину. Одно право уполномочивает, другое обязывает. Но и при защите государство может быть источником возможной опасности. Противоречие между двумя ролями государства — как гаранта и как потенциального нарушителя основных прав — институционально воспринято и выровнено системой разделения властей. В ней наряду с государственными органами, могущими причинить своей деятельностью опасность для основных прав, задействованы независимые государственные органы, наделенные функциями контроля, гарантирующего основные права.

В сфере защиты только государству дана роль конституционного гаранта, между тем как участь потенциального нарушителя выпадает на долю индивидов, которые создают опасность правам

и вызывают потребность в их защите. Там, где индивиды уполномочены, наличествуют два носителя конституционных прав с противоположными интересами по отношению к государственной власти: тот, против кого направлено посягательство (жертва), и тот, от кого оно исходит (нарушитель). Государство обязано защищать жертву от нарушителя. Однако, осуществляя этот конституционно обоснованный долг, оно наталкивается на лежащие в сфере основных прав границы. Ведь защита прав жертвы может находиться в коллизии с правом на защиту нарушителя (или неучаствующего третьего). Поскольку защита основных прав может быть связана с посягательством на конституционно регулируемые интересы, она должна быть соизмерима с оговорками, определяющими права самого нарушителя на защиту. Защита от частных злоупотреблений, осуществляемая государством, оказывается амбивалентной: одному она идет на пользу, для другого становится обременением. В конституционном треугольнике «государство—жертва—правонарушитель» жертва обладает позитивным статусом, т. е. правом на защиту, нарушитель—негативным статусом, т. е. правом на защиту от излишнего вмешательства. Третий аспект треугольника — отношения с противоположными интересами сторон — определяется только опосредованно и негативно, а именно: путем запрета наносить вред жизни, имуществу, самоопределению и другим защищаемым благам личности. Этому корреспондирует обязанность государства устанавливать в законе необходимые запреты и эффективно защищать жертву.

Конституционная обязанность защиты опосредована простыми (неконституционными) законами. Тот, кто вредит здоровью другого, нарушает нормы обычных законов, которые издает опять-таки государство, исполняя свой долг защищать конституционное право на телесную неприкосновенность, т. е. нормы гражданского, уголовного и полицейского права. Если же государство не принимает соответствующих законов или не обеспечивает необходимую защиту в соответствующих случаях, то именно оно оказывается нарушителем основного права вследствие неудовлетворительного осуществления обязанности его защиты. Основные права при таком понимании принципиально освобождают отношения между гражданами от опеки, оставляя их пространство открытым для частного права.

Право на защиту обеспечить проще, чем обязанность защиты. Возникают здесь только дуалистические отношения между гражданами, обладающими основными правами, и государственной властью, наделенной обязанностями, которые вытекают из опасности для основных прав и должны ее устранить. Конфликт между гарантом и нарушителем, который в рамках обязанности защиты интенсивно разыгрывается между различными носителями прав, в сфере защиты перемещается во внутрь государственной организации. Противостояние ролей разрешается системой разделения властей.

В основе двойственной схемы пределов свободы лежит характерный для правового государства принцип разграничения: по замечанию К. Шмитта, «свобода индивида принципиально не ограничена, тогда как право на вмешательство государства принципиально ограничено». Здесь изначально не требующая правового обоснования, сформулированная как принцип свобода индивида, там — необходимо связанная законом, ограниченная, нуждающаяся в правовом обосновании государственная власть.

В противоположность этому право защиты предоставляется индивиду как непосредственно действующее. Ограничение же государственного вмешательства устанавливается лапидарными конституционными нормами и, как правило, не требует опосредования и конкретизации. Основное право в этой сфере действует в качестве субъективного, позволяющего обращаться в суд. Иначе проявляется обязанность защиты. С одной стороны, закон легитимирует конституционно и демократически вмешательство в права нарушителя или третьего лица. С другой стороны, требуется придать закону практическую форму для исполнения конституционных обязанностей, чтобы таким образом решить оставленный Конституцией принципиально открытым вопрос о средствах защиты. Отсюда следует, что обязанность защиты — это объективно-правовая государственная задача, из которой выводятся субъективные права индивидов; право на защиту, напротив, изначально строится как субъективное право.

б) Закон как средство защиты

Обязанность защиты, хотя и основана на конституции, регулируется законом. Конституцией предполагается состав противоправного посягательства на основные права со стороны частных лиц. Однако соответствующие этому составу обязанности не действуют сами по себе. Они не нарушают принципа конституции правового государства, согласно которому гражданин обладает непосредственно действующими правами, но на него не возлагаются те обязанности, регулирование которых передается законодателю. При этом последний призван определить правовые последствия, вытекающие из обязанности защиты.

Оговорка закона действует в своей классической функции как оговорка о вмешательстве, поскольку обязанность защиты выполняется именно вмешательством в круг прав нарушителя или не несущего ответственности третьего лица. Эта конституционно-правовая компонента дополняется тем, что закон должен содержать все существенные правила, необходимые для осуществления основных прав.

Сущностный критерий заставляет законодателя установить, какими средствами будет выполняться обязанность защиты. Вмешательство, которое нарушает право личности на защиту, конституционно запрещено, а значит, не каждая мера, которая реализует обязанность защиты, является конституционно разрешенной.

Тем самым обязанность защиты в отличие от права на защиту опосредована законом. Право на защиту содержит в себе отрицание государственного вмешательства; его цель однозначна. Обязанность защиты, напротив, связана с позитивной деятельностью, содержание которой установлено не изначально. Если государство даже нарушает свою обязанность защиты, то остаются, как правило, открытыми способы ее возможного конституционного осуществления.

Обязанность защиты содержит в себе поручение законодателю создать нормы, которые специфичны и достаточны для защиты основных прав от частных злоупотреблений. Такое поручение актуализируется, если возникает опасность их нового вида. Привычные опасности, как правило, уже предусмотрены нормами частного уголовного и полицейского права, а также правилами общественного порядка. Обязанность защиты создает критерии толкования законов соответствующего тематического профиля. На сколько позволяет их формулировка, законы должны при сомнении толковаться так, как того требует эффективная защита основных прав.

Поручение защиты, которое Конституция адресует законодателю, надлежит понимать динамически. Правовые меры защиты должны строго соответствовать меняющимся требованиям. Чем шире и эластичнее сформулированы законы о защите, тем легче может быть учтено изменившееся положение вещей. Так, например федеральный закон о защите среды обитания регулирует недавно возникшую проблему безопасности генетических воздействий. Жесткие нормы могут оказаться в некоторых случаях неприменимыми, выявятся пробелы в законе, будет отсутствовать надежная защита основных прав или требуемая защита будет нарушена применением незаконных средств. Законодатель заботится поэтому о формулировании генеральной оговорки, которая должна обеспечить необходимую гибкость регулирования. Генеральные оговорки полицейского права и правил общественного порядка соответствуют требованиям динамичной защиты правовых ценностей, получая юридическое обеспечение на основании конституционной обязанности защиты. Последняя направляет правовую политику ко все более жесткому и четкому регулированию. Сверх того оговорка создает конституционно-правовой противовес принципу незыблемости права. Толкование в соответствии с правом на защиту ведет не только к расширению возможностей применения данного принципа в аспекте планового и предсказуемого развития государственности, но также обеспечивает ее стабильность.

Начало динамичной защиты таково, что законодатель, если отсутствуют меры защиты, должен их ввести, а если уже существующие не удовлетворяют соответствующим требованиям, то усовершенствовать их или создать новые. Регулирование, достаточное в момент его возникновения, может оказаться недостаточным при изменившихся обстоятельствах, при опасностях, до поры не-

известных, которые приносит с собой техническая эволюция, при получении новых знаний о вредных последствиях ранее социально адекватного поведения, при новых возможностях защиты от опасностей, при изменении общественного восприятия социальной адаптации.

Законодатель, по мнению ФКС, уполномочен проверять, может ли он сохранить первоначально соответствовавший Конституции закон, если его основания изменены новыми, ранее неизвестными обстоятельствами. Эта обязанность проверки должна быть принята во внимание прежде всего в том случае, если государство определяет разрешительные условия, как в Законе об атомной энергии, или, давая разрешения, принимает на себя ответственность за возможное нарушение основных прав.

До того как будет установлено, что соответствующие конституционным началам нормы отсутствуют либо недостаточны, т. е. что законодатель может нарушить своим бездействием конституционное право, должны быть исчерпаны возможности толкования относящейся к делу правовой материи и преодоления пробелов путем интерпретации. Применительно к уголовному закону вторая возможность уяснения основных прав исключена ввиду запрета на аналогию ст. 103, абз. 2 Конституции. Установление того, что законодатель своим бездействием нарушает основные права, принадлежит единственно ФКС.

Если общий суд считает установленным конституционное нарушение, он не может самостоятельно определять его правовые последствия и квалифицировать нарушение. ФКС, напротив, обнаружив нарушение конституционной обязанности, как правило, устанавливает обязанность законодателя в определенное время восполнить пробел или улучшить неудовлетворительное регулирование. Но при этом Конституционный суд должен уважать прерогативы законодателя. Только в пограничных случаях, где грозит непреодолимый ущерб, ФКС может предписывать временные меры.

Обязанность защиты основных прав придает законам, которые ее реализуют, материальную легитимацию. В особенности это относится к нормам о вмешательстве, принимаемым в целях обеспечения основных прав. В свете обязанности государственной защиты личности полицейское право, которое иногда кажется враждебным свободе, также оказывается весьма существенным звеном, опосредующим ее конституционную защиту. Гражданско-правовые притязания на возмещение причиненного вреда выглядят в этом свете и как форма защиты основных прав. Уголовное право, острейшее орудие вмешательства государства, хотя и представляет наибольшее ограничение права на защиту, служит — поскольку оно применяется при нарушении конституционно охраняемых благ — защите основных прав. Цель уголовного закона — стабилизация правового порядка, генеральной превенции путем практики исполнения норм. Поэтому уголовный закон приобретает легитимацию в соответствии с обязанностью защиты. На-

пример, конституционно обоснована уголовная ответственность за блокаду путей сообщения как за принуждение, поскольку здесь против участников движения применяется психическое насилие в надежде, что они из моральных соображений не используют право необходимой обороны.

Зависимость конституционной обязанности защиты от простых законов не ведет к возведению законов о защите в конституционный ранг. Различие между Конституцией и законом, невзирая на взаимосвязь различных нормативных уровней, не затрагивается обязанностью защиты. Это значит, что законодатель остается хозяином норм, на основе которых осуществляется обязанность защиты. Он может отменять и изменять их, но не пренебрегая обязанностью защиты и не снижая предписанного Конституцией ее минимального уровня. Возможен ли такой эффект, законодатель устанавливает на основе прогноза.

Чтобы обеспечить защиту основных прав, исполнительная и судебная власти должны и могут не обращаться непосредственно к Конституции, если существует закон о предоставлении им соответствующих полномочий. Таковой, как правило, должен иметься, хотя бы в форме генеральной оговорки. При наличии пробела в предписанной законом охране основных прав он восполняется законодателем. Однако возможна ситуация, когда соответствующие законодательные основания отсутствуют, конституционным правам и свободам грозит реальная опасность и государственные органы стоят перед дилеммой: либо действовать легально и нарушать обязанность защиты основных прав, либо действовать применительно к основным правам легитимно, но без законных полномочий. Необходимая оборона и крайняя необходимость по гражданскому и уголовному праву не дают здесь выхода. Они действуют лишь в отношении частных лиц, будучи исключением из государственной монополии на власть, однако не исключая правомочий государственных органов на вмешательство. Поэтому в пограничных случаях действует последний аргумент: обращение к собственно конституционной обязанности защиты.

ФКС, во всяком случае гипотетически, признал такое обращение возможным. Это относится, однако, только к оговорке об основанном на законе полномочии, в то же время остаются неизменными материальные требования учета конституционных ценностей в области основных прав и наличия компетенции действующего органа как в федеральной системе, так и в системе разделения властей. Вмешательство с целью защиты без законных на то оснований допустимо в пограничных случаях, если оно может быть в принципе предусмотрено законом, который соответствовал бы Конституции, если бы реально существовал. Исключения лишь подтверждают правило, согласно которому обязанность защиты должна быть опосредована более конкретным законом.

в) Усмотрение

Обязанность защиты отягощает политические инстанции необходимостью определить, как они должны противостоять опасности. ФКС отводит законодателю широкую область суждений, выбора ценностей и форм, оставляя простор для учета конкурирующих публичных и частных интересов. В первую очередь законодательная власть должна оценить опасность, взвесить оспариваемые интересы и решить вопрос о мерах защиты. ФКС считает осуществление обязанности защиты только частично относящимся к судебной власти. Судебный контроль в принципе подключается в том случае, если другие государственные органы остаются бездейственными или если очевидно, что соответствующие меры неудовлетворительны либо недостаточны. Основными правами могут злоупотребить, если, например, используя обязанность защиты, пытаются снять конкретные ограничения скорости дорожного движения (лимит в 30 км в жилых кварталах и т. д.). Обязанность защиты, с одной стороны, — эталон действия для государственных законодательных и исполнительных органов, а с другой — ориентир для судебной власти. Но контрольные нормы, как известно, вторичны по отношению к нормам прямого действия* Практическая интерпретация этих норм в системе демократического разделения властей остается у законодательной власти.

Если парламент осуществил свое усмотрение определенным образом и конкретизировал конституционную обязанность защиты в законе, это должно быть сделано так, что нарушение закона исполнительной либо судебной властью означало бы и нарушение основных прав. Это в практике юстиции как раз тот случай, когда при игнорировании закона недооценивается значение и вес самих основных прав.

Государство может использовать и административные средства, исходя из фактических оснований, таких, как разрешительные системы и надзорные производства, полицейское принуждение, уголовная и административная ответственность. Рассматривая угрозу эпидемии СПИДа, например, оно может, — во всяком случае в виде эксперимента — сосредоточиться на том, чтобы разъяснить общественности существующую опасность и рекомендовать соответствующие меры. В настоящее время государством осуществляется конституционная обязанность защиты в отношении лиц, от которых исходит угроза инфекции, и предупреждения посягательств на инфицированных лиц, защита их человеческого достоинства. В определенной ситуации, когда усмотрение опасно, задача сводится к выбору единственно целесообразного средства.

Цель усмотрения — эффективное выполнение обязанности защиты. В результате должен быть гарантирован конституционно установленный минимальный стандарт безопасности основных прав. Обязанность защиты определяет структуру усмотрения, запрещая снижение необходимого уровня защиты, чему соответствует запрещение превышать и уровень права на защиту. При ам-

бивалентном воздействии государства на нарушителя и жертву оно должно уравнивать взаимозависимые требования. Правовое государство понуждается здесь обеими сторонами к правовому обоснованию своих действий: нарушителем, если он может быть ущемлен в своих основных правах, или нуждающимся в защите, если он ее лишен.

Государство реализует требование эффективности прав не только изданием норм о защите. Оно должно заботиться о практическом внедрении, о реальном восприятии этих норм. Речь идет прежде всего не просто о праве декларируемом, а о праве действующем.

Обязанность защиты содержит в себе не только поручение законодателю, но и задание исполнителю этих правовых норм. Действительная защита конституционных прав обеспечивается не абстрактным существованием конституционных полицейских законов, но их эффективным использованием. Принцип целесообразности, действующий в полицейском праве, как и в ином, где речь идет о защите от опасности, не находится в противоречии с конституционной обязанностью защиты. Он не уменьшает шансов административной мудрости и административной экономии, которые остаются здесь свободными в юридическом аспекте. Полиция должна осуществлять свое законное усмотрение, лояльно относясь к обязанности защиты. Эта обязанность направляет практику усмотрения при выборе и принятии решений, переводит защищаемые блага (основные права) в полицейские задачи общественной безопасности и взвешивает их, предваряя тем самым полицейское вмешательство.

Обязанность защиты обозначает границы вреда, по ту сторону которого бездействие полиции превращает опасность в отношении основных прав жертвы в непереносимую. Обязанность защиты вынуждает полицию искать правовое оправдание, если она не помогает гражданам в опасности.

8. Государственное содействие осуществлению конституционных прав

а) Свобода «от государства» или «через государство»

Ключевые идеи интерпретации основных прав, сориентированной на процедуры или на то, что их толкование при соблюдении правил процедуры является существенным признаком самих этих прав, относятся к довольно старой традиции. Было бы ошибкой считать, что обеспечение основных прав путем соблюдения процедур — это лишь плод современного значения основных прав или смены их функций.

Такой вывод особенно верен, поскольку конституционные суды, решая вопросы эффективного осуществления права, по большей части принимают во внимание действенность защиты прав судьями. Об этом свидетельствует традиция, отразившаяся, например,

в решении гамбургского суда по Закону о плотинах от 18 декабря 1968 г., по которому легальное изъятие вследствие уменьшения возможностей правовой защиты правомерно только в исключительных случаях. Обычным в судопроизводстве с 1979 г. стало требование обеспечения основных прав также через соблюдение досудебных процедур в административных органах.

Следовательно, возможная зависимость материального основного права от какой-либо процедуры и связанное с этим требование соблюдения процедурного и организационного регулирования не являются особенностью только современной исполняющей, планирующей и управляющей администрации. Подлинная защита основных прав требует в качестве процедурных дополнений материально-правовых позиций не только права на справедливый процесс, но и права на эффективную судебную защиту индивида. Однако это представляет собой не обычное воздержание от вмешательства в защищаемые конституционные свободы, но и позитивное действие государства. Оно порождается притязаниями к нему. Важнейшее из них — притязание на правовую защиту, которое вообще может быть обозначено как существенный признак статуса личности. Источником такого публично-правового притязания выступает сама личность. Комплексность, продолжительность и последствия применения процедур в области планирующего управления (например, при определении мест атомных электростанций), равно как и множество затронутых и участвующих лиц, предполагают защиту прав как обусловленную установленными управленческими процедурами, т. е. как процедурную обусловленность осуществления этих прав.

б) Связь основных прав с процедурным и организационным регулированием

С давних пор правовое государство признавали свою обязанность защищать индивидов и их свободы путем принятия процедурных и организационных правил, и не в последнюю очередь при формировании институтов частного права. Уже беглое наблюдение свидетельствует о том, что благам, защищаемым такими законами, как классические основные права (свобода собственности, брака, собраний и союзов и иные), соответствует множество процедурных правил, которые должны служить частично непосредственно их защите, частично — защите важнейших общественных благ, а частично — избежанию коллизий между самими основными правами.

Как основополагающие, важнейшие процедурные правила здесь прежде всего должны быть названы законодательная оговорка и принцип законности управления (ст. 20, абз. 3 Конституции), включая положения о компетенции и установление административного производства, защищающего свободу. Сюда же относится и судопроизводство. Попытаемся проанализировать с функциональной точки зрения типические связи между основными и про-

цедурными правами и соответственно организационными предписаниями. При этом оказывается, что за немногими исключениями такие группы связей не могут быть выделены по отдельным основным правам. Сказанное означает, что одно и то же основное право может подчиняться совершенно различным методам и целям процедурного регулирования, в свою очередь совершенно различным образом влияя на процедуры. И все же позволим себе указать на четыре момента, характеризующих связи основных прав с процедурными и организационными правилами. Первый — превращение специфических процедур или определенных процедурных отношений в сферу гарантий основных прав. Здесь уместно использование понятия «процедурное основное право». Показательным является право каждого на судебную защиту или хотя и не предусмотренное в разделе основных прав право на законного судью и гарантию быть заслушанным в суде по вопросам права. Сюда же относятся и принципы избирательного права, определяющие процедуру выборов. Второй — зависимость основных прав в каждом конкретном случае от результативного использования процедур. Это не означает, что основные права в иных фактических ситуациях не могут быть реализованы без таких процедур. И все же законодатель в определенных случаях (или почти всегда) устанавливает зависимость дозволенного способа осуществления основных прав от процедурного контроля или другого процедурного условия. Третий — предназначенность процедур, которые не связаны ни с реализацией определенного основного права, ни с контролем над его использованием, а служат другим целям, а именно — либо осуществлению прав и законных интересов третьих лиц, либо определенным в законе социальным интересам. При этом все же задетое основное право должно быть защищено предоставлением соответствующих процедурных возможностей его владельцу. Четвертый — возможность фактического использования основных прав только путем предоставления особых (государственных или негосударственных) услуг и учреждений. Конкуренция многих обладателей одинаковых основных прав требует распределительных и волеобразующих процедур или организационного исполнения, которые позволяют производить выравнивание интересов и преимуществ и частью коллективное, частью индивидуальное осуществление основного права каждым его обладателем, участвующим в процессе.

Названные моменты могут быть также соотносимы между собой и требовать совместного внимания. ФКС ясно высказался о соответствующих организационных предписаниях уже в первом решении о свободе радиовещания (1961 г.).

Материальная защита основных прав и государственно-правовые процедурные формы взаимно обуславливают друг друга. Если ФКС считает эффективную правовую защиту существенным элементом основного права, то требуемые судебные или ведомственные процедуры немислимы как нейтральные по отношению к основному праву. Процедурные и организационные формы

должны быть полезными для реализации основных прав. Ни процедурный момент, ни материально-правовое содержание не могут побеждать друг друга в их взаимодействии. О последствиях разрыва отмеченной взаимозависимости, нарушения содержательной согласованности материальных и процедурных норм ясно высказался ФКС: «Если созданное законодателем процедурное право не выполняет своих задач или создает такие серьезные препятствия для осуществления права, что это порождает опасность обесценения материального содержания основного права, то оно несовместимо с основным правом, защита которого осуществляется».

Намного сложнее отыскать позитивное высказывание о том, как должны выглядеть процедурные правила, чтобы достичь предписанной меры защиты основных прав через процедуры. Трудности состоят в том, чтобы развить критерии разграничения не только Основным законом разрешенных, но и требуемых им в право-защитном смысле процедурных и организационных правил. Для проверки ФКС процедурных предписаний, прежде всего в производстве по конституционным жалобам, такое разграничение имеет решающее значение для высокодифференцированного технически процедурного законодательства.

При правильном понимании решений о процедурных нормах, понимаемых в общем контексте судопроизводства по основным правам, законодатель все же не является ни сверхсильным в области основных прав, ни — с учетом судебного-конституционного опыта — вовсе недееспособным, как многие того боятся.

Проблематика о соотношении между материальными основными правами и организационно-процедурными предписаниями принципиально не отличается, например, от вопроса об отношениях между конституционно гарантированным институтом собственности, его содержанием и определенными в законе пределами.

Мнение ФКС о том, что при определении конституционного правового положения собственника действуют совместно и с однаковой юридической силой гражданское право и публично-правовые нормы, а конкретные имущественные правомочия в определенной временной точке возникают на фоне общей картины всех регулирующих положение собственника законодательных предписаний, сняло волну научно-правовой критики, чей обеспокоенный голос сконцентрировался на вопросе: следует ли защищать собственность только средствами обычных законов? Практическое значение такой судебной практики прежде всего процедурно-правовое: первичную защиту против незаконных посягательств на собственность следует искать в административном, а не в обычном суде. Учитывая все же устойчивую и последовательную ориентацию практики ФКС именно на конституционно-правовое понятие собственности, которое описывается с учетом принципиальных правомочий субъекта прав, и принимая во внимание не только частную полезность, но и социальную связанность собственности, а также спокойную реакцию Федеральной судебной

палаты на практику возмещения вреда, на отнюдь не новый теоретический подход ФК.С к собственности и ее отчуждению, следует думать, что апокалиптические мнения о крахе собственности граждан не имеют никакой почвы.

Некоторые юристы предлагают выделить наряду с уже упомянутой категорией процедурных еще три группы основных прав:

1) процедурно зависимые; 2) процедурно затронутые; 3) процедурно обусловленные. Признаком прав первой группы может служить то обстоятельство, что материальные гарантии основных прав не должны претендовать и реально использоваться без государственного признания факта конкретно-индивидуального владения основным правом в специально урегулированном производстве. Формирование процедур является существенным элементом основных прав. Можно различать по этому критерию непосредственно процедурно зависимые права — такие, как право на убежище или право отказа от военной службы, и потенциально процедурно зависимые права — такие, как свобода выбора профессии путем предоставления мест в вузах. Общим основанием процедурной зависимости может являться необходимость государственного дотирования.

Процедурная связь в конечном счете не специфична для тех или иных основных прав. Каждое основное право может стать процедурно затронутым, независимо от того, требует ли оно для своего использования, и если да, то в каком объеме, меры государственной защиты или предварительного процедурного государственного признания, если оно нарушается представителем власти или частным лицом.

Наконец, границы между процедурно зависимыми и процедурно обусловленными основными правами (пример—свобода радиовещания и свобода научной деятельности) в высшей степени подвижны. Так, неясно, почему основное право на свободный выбор места образования включается в группу процедурно зависимых, а право на свободу научной деятельности — в группу процедурно обусловленных прав. Оба они имеют нечто общее, а именно:

их использование неизбежно связано с государственными дотациями. Оба предполагают поэтому определенную меру доступа к благам или к распределению их.

Вопрос о том, каким образом и в какой мере процедурными или организационными предписаниями защищаются, упорядочиваются или тормозятся способы осуществления основного права, решается в зависимости от соответствующей правовой ситуации. При этом учитываются: вид и способ осуществления основного права; его взаимосвязь с кооперированным или конкурентным осуществлением основного права и с иными способами реализации этого или другого права; сверх того, связь с благом, защищаемым в объективно-правовом порядке.

Конституционный проект 1977 г швейцарской экспертной комиссии по подготовке общей ревизии Конституции страны — один из наиболее зрелых образцов новейшего свободного демо-

кратического законотворчества — в ст. 24 говорит: «Основные права должны действовать во всем законодательстве, а особенно в организационных и процедурных предписаниях». Такая формулировка хорошо поясняет связь между защитой основных прав и соответствующим обеспечительным регулированием: организационные и процедурные предписания должны быть обусловлены основными правами, с тем чтобы быть полезными для них. Правда, этот принцип оставляет открытым вопрос, как строго Конституция обойдется тогда с законодателем. Но и Основной закон ФРГ на такой вопрос вовсе не отвечает.

Принципиально здесь мыслятся три позиции. Первая: можно, как полагают некоторые юристы, включить в Конституцию организационно-процедурное начало оптимизации основных прав. В результате законодатель может быть удовлетворен лишь тогда, когда будут опубликованы и применяться процедурные и организационные правила оптимальной защиты обладателя основных прав. Вторая: задачи управления следует рассматривать вначале отдельно от соответствующего осуществления основных прав. Административные процедуры будут тогда по своей сути нейтральными к основным правам. Там, где индивидуальное конституционное право свободы может подвергаться угрозе, и должны возникать процедурные установления. Тогда, как считают некоторые ученые-юристы, основные права требовали бы только минимального стандарта безусловно необходимой процедурной защиты. Третья: можно, наконец, определить значение основных прав в соответствующих процедурах от случая к случаю. При этом должна господствовать ясность в двух отношениях: в легитимационном и в аспекте функций. Первые направлены на единые правовые факторы, которые связывают основные права как с процедурами, так и с организацией. Вторые нацелены на специфическое в этой области телеологическое мышление, на «конечную причину» именно соответствующих процедур и форм организации — их понимание должно определить, что является желательным, а что нет. Организация и процедуры — не самоцель, они служат оптимально направленной коммуникации в соответствии с теми или иными целями, будь то требования науки, безопасности свободного формирования мнений с помощью средств массовой информации, защиты совести или обороны страны, правовой безопасности либо другого общественного блага. Соответствующими началами основных прав могут быть лишь такие институты, которые процедурно или организационно необходимы для установления специфических коммуникаций, или такие, чье отсутствие приводит к разрыву рациональных коммуникаций.

Как определяет ФКС, в центре конституционного порядка стоят ценность и достоинство личности, которая в свободном самовыражении действует как частица свободного общества. Самостоятельность, собственная ответственность и свобода решений личности не только образуют базис институтов материального права, но и требуют последовательного осуществления в процес-

суальном праве. Они обосновывают необходимость диалога между администрацией и гражданами, препятствуют превращению людей в беззащитный объект деятельности государства, которым распоряжаются как предметом, будь то с добрыми или злыми намерениями. Конечно, отдельный человек подчинен действующему закону и обязан ему следовать, однако со своей стороны эти законы содержат ограничения и власти государства, и основных прав граждан. Для определения того, где в каждом конкретном случае пролегают границы между этими факторами, необходимы специальные процедуры или волеизъявление внутри определенной организации. Определение позиции личности в качестве субъекта права необходимо, чтобы каждый человек мог сделать свой интеллектуальный или волевой вклад в процесс или в организацию. Результат бывает для индивида полным или частичным, однако он всегда должен иметь необходимые шансы влиять на процесс принятия решения.

Связанное с ситуацией конкретное участие в процессе и в организации позволяет человеку непосредственно действовать, защищая основные права или обеспечивая их. Во многих областях может оказаться, что индивидуальная конституционная свобода сегодня мыслима только в кооперации с другими носителями основных прав, а иногда даже только при дополнительной активности обладателей власти в этой сфере. Подобное кооперативное осуществление основных прав предполагает введение личности в сложный процесс принятия решений и в конкретные организационные формы. Здесь можно сослаться на свободу радиовещания (в государственных структурах) и организованную свободу научного творчества. То же самое действует и в непрофессиональных сферах, связанных с правом корпораций, например в области акционерной собственности. В такого рода организационных структурах индивидуальное решение, а затем и конституционная свобода осуществляются посредством согласования. Тезисы типа «столько свободы, сколько можно» или «столь мало организации и процедур, сколько необходимо» и им подобные в своей абстрактности теряют реальность. В соответствии со сказанным одностороннее отнесение самоопределения к государственно-правовому принципу свободы в сфере основных прав есть далекая от сути права вредная абстракция.

Процессуальное и организационное участие в указанном здесь понимании легитимировано основными правами и поэтому в первую очередь должно трактоваться как оправданное временем выражение принципа правового государства. Осуществление основных прав — это, кроме того, элементарное функциональное условие, базирующееся на способности гражданина к деятельности и сотрудничеству в свободном демократическом сообществе. Следовательно, возникает фундаментальная связь между материальным принципом правового государства и принципом демократии. ФКС показал это на примере права на информационное самоопределение.

в) Некоторые следствия

Рассуждение о легитимности не содержит никакой информации о проблематике, обозначенной здесь как функциональная;

оно не отвечает на вопрос, как должны быть построены процедуры или организации, с тем чтобы была достигнута их цель — нахождение рационального решения, обеспечивающего коммуникации при полной гарантированности основного права. Исчерпывающий, методически обусловленный ответ может быть дан только путем единого анализа проблем коммуникации, что невозможно в пределах настоящей работы. Однако можно обозначить пять проблемных пунктов, которые заодно позволяют сформулировать пять правил элементарной процессуальной справедливости.

В каждом производстве, которое должно обосновать значение основных прав, необходимо принимать во внимание: разграничение круга участников; обеспечение их правосубъектности; обеспечение достаточных и неискаженных информационных потоков по всем направлениям среди участников; фактор времени при принятии решений; обеспечение постоянной направленности на фактическую социальную правильность каждого решения.

4 Эти постулаты в их различном выражении действительны и для процедур нормотворчества, и для исполнительного и судебного правоприменения.

В конституционно-дуалистической модели государства и общества с ясным разделением парламентского правотворчества и административного правоприменения едва ли может стать проблемой разделение участников процесса, пока нормотворчество исполнительной власти (распоряжения, указы и пр.) воспринимается в традициях правящей элиты односторонне и исключительно как дело государственных органов. Сегодня процессы нормотворчества и процессы нормоприменения нарастают и взаимодействуют; границы между ними становятся нечеткими; процедуры, относящиеся к управлению (пример тому административно-правовые отношения в разрешительных процедурах), стали многосторонними, требуя обеспечения компромиссов в сфере прав и интересов в нормотворческом процессе. Указанные процедуры, кроме того, многоступенчаты. Это означает, что норма оказывается содержательно готовой не на уровне принятия закона или распоряжения, а требует дальнейшей конкретизации вплоть до индивидуальных процедур (включая судебную защиту). Соответственно круг заинтересованных лиц становится конкретнее, дифференцированное, способнее к участию в процессе. Эта разграничительная проблематика до сих пор почти всегда дискутировалась в контексте защиты основных прав (право на жалобу, защита третьего лица); однако необходимо видеть, что здесь речь идет также о структурных изменениях, направленных от нормотворчества к применению норм.

Соблюдение статуса личности предполагает, что участвующие в процессе обладатели основных прав психически и духовно в

состоянии воспринимать свои права и интересы, пусть даже через представителя. Это запрещает производство против недееспособного или невиновно отсутствующего либо не владеющего языком, на котором ведется производство, при отсутствии переводчика.

Рационально организованные коммуникации служат предпосылкой как можно более полного, открытого, взаимного потока информации, который охватывает внесение в процесс принятия решений фактов, оценок и свидетельств волеизъявлений. Важной является взаимность информации; только она обеспечивает равенство возможностей. Заинтересованный гражданин должен иметь возможность дать свою информацию; однако он должен принять и всю необходимую информацию от государства. В частности, среди прочих следует иметь в виду такие процедурные правомочия: право быть выслушанным не только перед судом; право на информацию и знакомство с документами; право на достаточное осведомление и необходимые консультации; право на компетентное представительство или, соответственно, на юридическую помощь; право на достаточное обоснование решения, чтобы заинтересованное лицо могло осмысленно использовать данные ему правовые материалы.

Этим правам соответствуют обязанности власти; если они нарушаются, имеет место посягательство на основные права граждан.

Соотносимость с основными правами, далее, имеет фактор времени. Он играет важную роль в различных видах отношений. Так, административное производство должно предусматривать соразмерные сроки для установления фактов, прав, подачи заявлений и протестов. Сроки эти должны быть такими, чтобы заинтересованное лицо не было подавлено решением, не оказалось беспомощным перед свершившимся фактом. Если срок для реализации права на обычный иск столь короток, что существенно затрудняется подача иска, может произойти и нарушение материального основного права. Исходя из этих же соображений, законодатель предписал, что в принципе и в спешных случаях предварительные процедуры защиты права находятся в распоряжении его субъекта. При этом реальные шансы правовой защиты не должны быть — кроме особых случаев, обусловленных общественными интересами, — снижены путем установления ускоренного производства.

Коммуникационные процедуры (административные или судебные) принятия решений, как и процедуры внутриорганизационных (корпоративных, ведомственных и т. п.) волеобразований, не исчерпываются принятием формально законных актов без учета их содержания. Как подчеркивает ФКС, конформное к основным правам процессуальное право в значительной мере служит также принятию справедливых решений. Менее четко и с меньшим основанием можно говорить о требовании направленности процедур на получение фактически верных решений. Соответствующий подход действует и в отношении организационных структур. Из тре-

бования достижения фактической верности решений, которое охватывает и стремление к социальной справедливости, вытекают отдельные процессуальные предписания. К ним относится, например, соблюдение предусмотренной законом компетенции, что является условием обеспечения фактической верности решения путем концентрации специальных знаний, либо путем гарантии единообразной административной практики посредством ее сосредоточения в одном ведомстве, либо путем монополизации принятия определенных решений вследствие их высокого политического значения на уровне соответствующего конституционного органа.

Требование достижения фактической верности приобретает особое значение для принятия организационных норм, если организация предназначена служить делу реализации функций и защиты сфер жизни, особо регулируемых применительно к основным правам. Примеры тому дают, с одной стороны, организованная в высших школах свобода научной деятельности, а с другой — внутренне и внешне плюралистически организованная свобода радиовещания, а также иные формы коллективно связанного осуществления основных прав. Здесь можно обратить внимание на реализацию основных прав каждым отдельным их обладателем; сферы компетенции, в которых применимы процедуры коллективных решений, фактически ограничены. Организационные предписания, таким образом, выполняют функцию защиты от постороннего вторжения. В то же время организационные нормы решают и позитивные задачи, позволяющие включать в процесс принятия решений множество носителей основных прав, а также эвентуально принимаемые во внимание цели общественного благосостояния. Об этом неоднократно высказывался ФКС применительно к свободе радиовещания.

Организационные структуры обеспечивают при целевом их рассмотрении в сфере основных прав: плюрализм; разнообразную информацию; защиту меньшинства там, где это не достигнуто, путем отказа от голосования; нейтралитет, т. е. отказ государства, участвующего в процессе, от односторонности и преобладающего влияния (по возможности должно быть организационно обеспечено достаточное дистанцирование государства); гарантированность открытости процедур в виде дискуссий об альтернативах и возможности инноваций.

О виде, способе и мере осуществления этих принципов в конкретной организации процесса принятия сориентированных на основные права решений в Конституции нет достаточно точных положений. Законодателю здесь предоставляется значительное поле действий. Поэтому нельзя с определенностью сказать, что отсутствие той или иной организационной структуры влечет за собой в любом случае нарушение основных прав. Речь идет о конституционно-правовой оценке конкретной организационной формы, т. е. о том, в достаточной ли мере в отдельных предписаниях соблюдены упомянутые выше принципы.

9. Основные обязанности и основные права

Понятие права человека имеет двойное значение: в количественном смысле оно подразумевает, что каждый независимо от государственной принадлежности может иметь притязание на право, гарантируемое государством, а в качественном обозначает так называемые надгосударственные права, т. е. права, как бы изъятые из распоряжения государства политическим самоопределением общества. Хотя самоопределение людей истолковывается как их правомочие, оно становится исключительным основанием любого политического господства, а заодно выявляет и негосударственные элементы государственных организаций. О государственных правах говорят, напротив, в смысле сведения круга обладателей основных прав к гражданам ФРГ без рассмотрения различий между их природным и государственным состоянием.

Понятие «основные обязанности» остается сильно зависимым от традиционных политических взглядов. Оно подразумевает необходимые действия тех, кто желает защитить основные права на базе своего гражданского статуса и участвовать в публичных делах. В этом смысле основные обязанности являются обязанностями гражданина, а не человека вообще. Вопреки высказанному в литературе тезису данный вывод распространяется также на обязанность воспитания (в соответствии со ст. 9, абз. 2 Конституции). Действительно, эта обязанность родителей как моральный долг вытекает уже из природных обстоятельств, без оглядки на требования государства. Ведь, исходя из принципа свободы, не дело государства совершенствовать людей. Как сказал об этом ФКС, не может быть задачей Конституции из стремления к добродетели вывести заключение о моральном долге. То что Конституция воспрещает родителям негативную трактовку их права на воспитание, а именно возможность отстраниться от воспитания, должно иметь другое, специфически государственно-правовое основание; его можно найти в том, что государство, которое в ст. 2, абз. 1 Конституции гарантирует развитие личности, не может оставить открытым вопрос, будет ли осуществляться принцип свободы как первичный в отношении предоставленных родителям прав заботы о детях) и воспитания их.

Государство в соответствии со своей ролью гаранта должно возложить на родителей долг и сделать это, когда ему не соответствуют моральные факторы их поведения. Если это так, то законодатель может уменьшить роль естественных прав и обязанностей и даже исключить их, что он и сделал при решении вопроса о внебрачном отцовстве. Иное дело, когда речь идет о самосохранении государственного сообщества.

В отличие от обязанностей гражданина в первоначальном смысле этого понятия основные обязанности человека не связаны с гражданством, хотя с середины прошлого столетия и до Веймарских времен гражданство рассматривалось как базис всех

основных обязанностей. Но уже тогда была доказана неправильность этой широкой формулировки. Сегодня с государственно-культурных позиций совершенно ясно, что родительская обязанность воспитания и школьного обучения детей независима от гражданства. Но и иные основные обязанности, особенно послушания властям, дисциплины и уплаты налогов, относятся не только к «немцам» (по смыслу Конституции), даже если содержание этих обязанностей различается по критериям персонального и территориального суверенитета для граждан нашей страны и иностранцев. Статья 12 Основного закона допускает возможность воинской повинности не только для мужчин-немцев, хотя военная служба даже с точки зрения международных традиций рассматривается как обязанность только граждан государства. Как видно из § 1 и 2 Закона о воинской обязанности, материальное право ФРГ трактует применение норм о воинской повинности в традиционном и в то же время гарантированном ст. 25 смысле.

Основные обязанности не коренятся в надгосударственной природе человека, не вытекают из обязанности граждан быть преданными государству. Они основываются скорее на необходимости организовывать и сохранять принципы свободы в государстве, и поскольку это так, государство в состоянии дать льготы для священнослужителей в отношении воинской обязанности и ее заменяющей гражданской службы так же, как для исполнителей обязанностей почетных должностей на коммунальной службе, не затрагивая при этом каких-либо естественно-правовых принципов.

В соответствии с упомянутой необходимостью государство распределяет неизбежные тяготы в принципе на всех, кто имеет от них пользу, что происходит по принципу равенства обязанностей. Основные обязанности в сочетании с принципом равенства так сильно выросли с момента своего возникновения, что могут пониматься даже как основное право на равное распределение обязанностей по формуле ст. 134 Веймарской Конституции: «Все граждане без различия принимают участие в государственных тяготах соразмерно своим средствам и согласно закону». Пытаясь кратко сформулировать изложенные выше соображения о фундаменте основных обязанностей, чтобы прийти к их конституционно-правовому определению, можно сказать: основные обязанности базируются на принципах взаимности (ст. 2, абз. 1 Конституции) и равной свободы всех, поскольку с ней совместима защита свободы, вытекающая из массовой ответственности. Принцип взаимности и принцип равной свободы всех связаны в рамках конституционного права, а не просто с позиций гуманности. Эти принципы касаются множества людей, живущих в сфере действия конституционного права. Но связаны они не просто количественно, в гораздо большей степени они предполагают единство народа в духе ст. 20, абз. 2 Конституции. Фундаментом основных обязанностей является в конечном счете все, что создано волей населения и исполняется им для того, чтобы существовать как госу-

дарственная нация, руководствуясь универсальными принципами свободы.

Принципом любой конституции является свобода. Конституционный принцип свободы исключает любое правовое злоупотребление даже из самых лучших побуждений или целей. Вот почему в рамках права нельзя формулировать ни одной конечной цели, ни одного высшего блага, существование которых не было бы человеческим. В этом смысле ФКС высказывается о личности как высшей ценности Конституции. Развитие общества — это, соответственно, дело индивида, точнее, всех индивидов совместно: оно не является непосредственно делом права и политического общества/которое преследует только цели совместной жизни и только специфически правовым, не затрагивающим сферу мышления, образом.

Возведение правового порядка на базе конституционного принципа свободы означает и внешнее становление прав в кантовском смысле. Одной из сторон их связи является сокращение свободы и принуждения. Иметь право — значит иметь возможность принуждать, точнее привести в движение государственный аппарат. В точном правовом смысле обязанным является, следовательно, тот, кто находится под угрозой государственного принуждения. Все это сужает возможности приверженной принципам свободы Конституции очерчивать статус субъектов права посредством далеко идущих обязанностей. Ведь под углом зрения трактуемого таким образом конституционного и в целом правового понимания обязанность есть всегда явление вторичное, условное, не исходное и не конституирующее. Тем самым соотношение прав и обязанностей в контексте свободы вынуждено становиться неравновесным или асимметричным. Каталог обязанностей несовершенен. Иными словами, картина асимметрии затрагивает только соотношение основных прав и основных обязанностей, а не другие вопросы о правах и обязанностях при использовании конституционных прав.

Все же нельзя сказать, что принципиально безусловные обязанности противоречат идее гражданского правового государства. Обязанности не воровать, не убивать, вообще не применять никакого насилия — это несомненно всеобщие, в принципе безусловные правовые обязанности. В отличие от таких пассивных обязанностей возможны, однако, безусловные обязанности, которые не противоречат идее правового государства. Истинное различие лежит не во второстепенных вопросах об их определенности или ограниченности, а в первостепенных вопросах об основе и результатах их действия, о конституирующем и обусловленном нормировании поведения. Конституция свободы не регламентирует категорически всех отдельных прав и свобод, но в ее фундаменте лежит категорический принцип свободы людей. Такая конституция исключает использование человека как цель, находящуюся вне его: пусть это называют интересами общего блага, народа, расы или класса.

Конституционная вторичность основных обязанностей по сравнению с основными правами имеет не только ценностный и количественный, но и качественный характер. В отличие от основных прав основные обязанности нуждаются, как правило, в конкретизации и санкционировании простыми, т. е. не являющимися органическими, законами. Непосредственным правовым действием обладают, в порядке исключения, общий для всех долг верности демократии и обязанность соблюдения мира. В то же время неясно, имеют ли непосредственные конституционные последствия социальные обязанности собственника. Эти разногласия парадоксально превратились в вопрос, устанавливает ли ст. 14, абз. 2 Конституции основную обязанность собственника или она содержит только оговорку закона (вместе со ст. 14, абз. 1).

Если применительно к ст. 14, абз. 2 Основного закона отрицается не только непосредственное правоприменение, но и социальные обязанности собственника, то следует установить, что и суды не могут сделать из этого прямых выводов. Если упомянутый принцип обязательной законодательной актуализации реализуется, то можно сказать, что основные обязанности имеют лишь программно-конституционный характер, который первоначально восходит к Декларации Французской революции. Хотя и в этой функции они формулируют минимальные условия стремящейся к свободе государственной организации, но не просто социально-этические принципы хорошего поведения. Основные обязанности, представляя собой, таким образом, потенциальное право в широком смысле кантовской философии, поскольку речь идет об организационных потребностях политической свободы, о правовых положениях, которые могут оказаться необходимыми.

Актуализация этих положений — дело законодателя. Это не исключает, что основные обязанности, пока они выражают общие интересы в области основных прав, проявляются как начала интерпретации в сфере применения правовых норм. Действительно, именно таким образом спорная ст. 14, абз. 2 Конституции играет большую роль в правоприменении. Это справедливо как для практики ФКС относительно ситуационной связанности собственности (или ограничений земельной собственности, принятых Федеральным административным судом), так и для судебного развития нормативных предписаний, принимаемых во внимание в строительном деле.

Напротив, самим принципом законности, точнее, оговоркой о законе, запрещено административное вмешательство; это касается не только конституционно-конформной интерпретации норм, но и непосредственной конституционной конкретизации основных прав на основе принципа законности, точнее, только на базе оговорки о законе. Административные инстанции не могут сами воплощать основные права непосредственно в текстах правовых распоряжений.

Дело законодателя — увязывать свободы индивидов с общими интересами через конституционно-легитимированные обязательные

связи по принципу взаимности (ст. 2, абз. 1) и равных свобод (ст. 3, абз. 1 Конституции).

При этом прямо запрещается существование определенных, специально уполномочивающих каждый раз законодателя деклараций об обязанностях, которые подчиняют основные права социальному долгу человека, общим и в каждый данный момент актуализируемым оговоркам об общем благе. Нельзя, разумеется, отрицать элементарный взгляд, согласно которому «каждый человек имеет обязанности перед обществом, в котором только и возможно свободное и полное развитие его личности» (ст. 29, абз. 1 Всеобщей декларации прав человека 1948 г.). В остальном Основному закону неизвестны общие оговорки об обязанностях в смысле релевантной к праву правовой ответственности, вследствие которой основные права на свободу могут быть использованы только в определенном гарантированном смысле, хотя Конституция, основанная на принципах свободы, несомненно этим живет.

Первоначально под основными обязанностями понималось не что иное, как исходящее из принципа взаимного согласия (общественного договора) имманентное ограничение свободы. В ходе историко-конституционного развития это понятие сузилось и стало охватывать связанные с государством конституционные (персональные и предметные) обязанности несения определенных тягот. Следуя этому определению, можно рассматривать основные обязанности как аналогию ограничений основных прав.

Однако все виды ограничений направлены на согласование каждого конкретного использования свободы с легитимными интересами разных индивидов в их совместном существовании; основные обязанности, ориентированные интеграционно, если и не устанавливают особых властных отношений, то все же вводят большие или меньшие элементы гетерономности, разнородности. Если основные обязанности не подчинены только одному основному праву, как это имеет место в родительском праве или в сфере социальной ответственности собственника, то как самостоятельный феномен они связаны со сферами многих конституционных свобод.

Едва ли может, например, воинская и налоговая обязанность или обязанность школьного обучения пониматься только как ограничение соответствующих основных прав. Их соотношение со свободой профессии, с гарантиями собственности и родительским правом на воспитание обозначает не более чем самые значимые проблемы. Для воинской обязанности это проясняется уже в ст. 17а Конституции, а для обязанности школьного обучения вытекает из существования основных прав детей. Если налогообложение рассматривается как процедура, централизованно гарантирующая собственность, то это не значит, что собирание налогов связано с одной этой проблемой. Своими социальными функциями такая обязанность затрагивает (при неизменной связи с принципом равенства) области, ограничиваемые ст. 2 и 12 Конститу-

ции. Наконец, обязанность нести неизбежный риск технического прогресса затрагивает жизнь, здоровье и собственность.

Другим проблемным аспектам основных обязанностей соответствует множество воздействий на сферу свободы, которые могут быть поняты не столько как ограничения основных прав, сколько как институционализация свободы. Основные обязанности регулярно требуют тягот, частично в форме, отменяющей негативную конституционную свободу, как это происходит применительно к родительскому долгу или полицейскому вмешательству, связанному с социальной ответственностью собственника. Передача собственности требует в отдельных случаях отказа от иных защищаемых прав. Соразмерное соотношение основных прав и основных обязанностей состоит не в ограничении или институциональном оформлении отдельных основных прав через основные обязанности, но в перестройке функций, которые, как правило, являются только потенциальными, следовательно, требуют дальнейшей конкретизации в законе.

10. Конституционные предпосылки реализации основных прав

а) Обусловленность прав и свобод социальными факторами

В соответствии с традиционно либеральными представлениями основные права образуют сферу естественной свободы индивида, которая ему присуща и развивается, если государство тому не препятствует. Подобная трактовка обусловлена реалиями современного общества, ибо последнее, будучи цивилизованным и облечено в государственную форму, оставляет немного простора для естественной самореализации индивида. Свобода в значительной мере скована цивилизацией и правами государства, а потому становится его инструментом. Свобода зависит от установлении права, институтов, финансовой поддержки со стороны государства. На ее конституционно-правовую эффективность влияют сфера деятельности и структура государственной власти, которая является собой необходимую гарантию свободы, но одновременно скрытую угрозу для нее.

Государственные гарантии зависят от условий, которые способствуют реализации прав и свобод, а не от целей осуществления. Иными словами, нет непосредственной связи между самой свободой и фактом ее реализации. Она не создается государством, а лишь гарантируется, защищается и поддерживается им. Правозащитные механизмы обеспечивают самоопределение субъекта права, во всяком случае в своем сущностном содержании они защищают от угрозы произвола со стороны публичной власти и тем самым гарантируют гражданину так называемый негативный статус, т. е. свободу как отсутствие государственного вмешательства.

На основные права как неотъемлемую составную часть Конституции распространяется принцип ее верховенства; в силу этого

они обретают приоритет, присущий государственному праву. Однако сами права не обеспечивают собственной эффективности. Будут ли, и если да, то каким образом, осуществлены конституционные нормы, решается в государственной практике. Реализация норм об основных правах зависит от наличия соответствующих условий. К их числу относятся многочисленные позитивные и негативные факторы: качество и сфера влияния государственной власти, нравственная атмосфера в обществе, образ жизни, способ распределения жизненных благ, состояние образования, уровень, потенциал и степень общественного согласия, психическое и этическое состояние населения. Влияние этих факторов и сил на реализацию и структуру норм о правах и свободах служит предпосылкой их осуществления.

Права и свободы не образуют самодостаточной, замкнутой системы. В рамках Конституции они являются ее составной частью, подобно тому как сама Конституция есть часть общего правового строя, а право, в свою очередь, опирается на внеправовые структуры. Их абстрактные формулировки раскрываются в процессе текущего законодательства, что также служит условием их реализации. Они воплощают в себе конституционные традиции, отражают общепризнанные правовые идеи, воспринимают существующие жизненные установки и укрепляют исторически сложившиеся правовые институты. В связи с проблемой предпосылок и условий осуществления прав и свобод возникают интересные в практическом отношении вопросы: влияют ли такие условия, и если да, то каким образом, на объем и содержание норм, ведет ли изменение условий к изменению Конституции и к отмене соответствующих норм? И наоборот, влияет ли норма на условия ее реализации, способствует ли ее конституционный ранг защите ее содержания?

В теоретическом и практическом отношении большое значение имеет также вопрос о том, являются ли формирование и обеспечение системы условий и предпосылок делом государственной власти как адресата прав и свобод или делом их обладателя. Здесь сложились две противоположные позиции. Одна исходит от того, что это необходимая и основная задача государства, другая считает, что государство довольствуется существующими предпосылками, которые оно само не может гарантировать для обеспечения свободы.

б) Государство как гарант и противник прав человека

Международно-правовые гарантии прав человека делают сегодня относительными традиционное всевластие государства и его внешний суверенитет. Однако они их не просто отменяют. Международно-правовой запрет вмешательства устанавливает границы эффективности этих гарантий. Здесь возникает противоречие международного права, которое защищает стабильность прав личности. Утопическая идея универсализма прав человека

по сей день разбивается о политическую реальность плюрализма государств.

Показательно, что Международный пакт о гражданских и политических правах, равно как и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, прежде чем формулировать и закреплять права индивида, провозглашают право народов на самоопределение. Суть самоопределения — это форма существования народа, объединенного в государство. Оба пакта обращены к государствам и определяют их обязанность уважать права человека, гарантировать и путем совместных действий обеспечивать их осуществление. Таким образом, на государство возлагается ответственность по защите прав личности. Государство создает необходимое политическое единство. Оно делает индивида непосредственным субъектом права и тем самым «жизнеспособным» в обществе. От реального устройства государства зависят стандарты свободы, равенства и безопасности личности. Оно вынуждает индивидов стремиться к постоянной солидарности. В его руках власть защищать их права. Однако, как считал еще Томас Гоббс, тот, кто имеет власть всех защищать, обладает и властью всех угнетать. Поскольку государство действует в качестве центра принятия решений, центра власти, права человека зависят от него. Меры по защите прав индивида направлены прежде всего против нарушений со стороны государства. Это следствие уроков истории, которые сделали такую защиту необходимой. Таким образом, государство выступает в двух противоположных ипостасях: как неотъемлемый гарант прав человека и как их потенциально опасный противник.

Права человека превратили государство в носителя обязанностей и гаранта их осуществления. Они формировали «негативный статус» индивида как свободу от вмешательства государства. Но в этом заложен не анархический момент, а, напротив, определенное уважительное отношение к государственной власти. Ведь речь идет об охраняемом правом пространстве. В этой правозащитной установке государству отводится роль «противника» индивида. Однако сказанное не означает, что субъект права находится вне государства и его конституции. В гораздо большей мере субъект, закрепляющий права, и адресат этих прав находятся в одном и том же государственном пространстве, едином устройстве общества, объединяющего свободу граждан и организацию государства. Правозащитная функция охватывает только определенное правоотношение внутри государственного строя. Она изолирует отдельные его элементы и сужает область власти до относительно необходимых полномочий.

Разграничение понятий государства в узком и широком смысле имеет регулятивно-практическую основу. Реальное и юридическое нормирование отражается в конституционном регулировании. Если личные права вынуждают государство соблюдать дистанцию по отношению к гражданину, то тем самым оно вовсе не отказывается от своей ответственности перед ним. Присущие пра-

вам человека и основным правам гражданина элементы эмансипации и децентрализации предполагают наличие государственно организованной солидарности, ее кристаллизации и способствуют тому, что единство возникает не из верховного принуждения, а из свободного стремления людей к единению.

Права человека не только очерчивают границы государственной власти, но и определяют цели государственной политики. Тем самым они в конечном счете оправдывают существование государства, поскольку последнее видит смысл своего существования в том, чтобы гарантировать и защищать, а также в рамках своих возможностей обеспечивать правовые и реальные предпосылки прав личности. Классическую дефиницию предназначения конституционного государства дает французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г.: «Конечной целью каждого политического объединения является сохранение естественных и неотъемлемых прав человека. Этими правами являются свобода, собственность и сопротивление угнетению».

Пределами притязаний государства на всевластие становятся защищаемая правом автономия гражданина и общественные силы. Отношения защиты и послушания между государством и гражданином переводятся в режим гарантируемой правом зоны свободы индивида от государства, что позволяет ему самоутверждаться как личности. Субординация обретает здесь свою противоположность в либеральных основных правах, которые блокируют чрезмерное государственное вмешательство и подчиняют его требованию правовой обоснованности. Пассивный статус человека заменяется негативным. Права его не упраздняют монополии власти государства, напротив, они нуждаются в ней именно потому, что она, власть, гарантирует безопасность граждан. Свободы являются условием согласия в обществе. Монополия власти создает для них широкое пространство, в котором может легитимно осуществляться мирное соревнование духовных, политических и экономических сил.

С одной стороны, единство государственной власти сдерживается и направляется правами индивида; с другой — эти права нуждаются в единстве государственной власти как необходимом условии их реальности, гарантии осуществления и инструмента эффективной защиты. Только суверенная власть, которая превосходит всякую другую, способна решать вопросы социальной справедливости в интересах общего благосостояния, а также проводить преобразования в обществе, преодолевая сопротивление оппозиционных сил. Таким образом, права человека образуют в современном государстве дополнительные контрструктуры: государственную защиту против государственного вмешательства, демократическое участие в управлении наряду с юридически закрепленным требованием послушания, мирное противостояние в сочетании с запретом государственного насилия, гарантии правовых устоев против революций, проводимых сверху.

в) Различие между правами человека и основными правами гражданина

Права человека принадлежат каждому. Сначала люди выступали в качестве обладателей неотъемлемых прав. Вопрос о том, на кого они распространяются, кто должен их отстаивать, прямо не ставился, поскольку эти права считались универсальными как основа любого сообщества, мира и справедливости. Права человека имели приоритет и выступали как естественно-правовая защита человека. Он обладал ими всегда и повсюду, где бы ни находился. Они защищали его от любой власти, которая могла их нарушить. Выступая поначалу как абстрактно-расплывчатая идея, они, приспособляясь к практике, становились юридически формулируемыми. Неотъемлемые права человека находились в увязке с обязанностями в той конкретной ситуации, в которой они были нарушены. Адресат обязанностей определялся конкретно в зависимости от способности причинить вред человеку и от наличия средств их поддерживать. В результате права человека «поднялись» до государства как их гаранта.

В отличие от этого основные права гражданина исходят от государства как их изначального источника. В силу того что государственная власть связана основными правами как непосредственно действующим правом, они распространяются на каждого, кого они касаются. Обладание основными правами выводится из обязанности соблюдения их. Привязка к государству неизбежна, поскольку основные права относятся к сфере государственного права. Это не благотворительные деяния неопределенных лиц, а целенаправленные образования, созданные для защиты свободы личности государством и ее от государства. Они коренятся в определенном государстве и не претендуют на планетарное действие.

Классически-либеральные основные права, закрепленные в Основном законе ФРГ, возлагают конституционно-правовое их регулирование на государство. Такой подход соответствует конституции правового государства. Именно на нее возлагается защита гражданских свобод, она оставляет пробел для регулирования свободы. Объектом конституции правового государства является государственная власть в качестве институционных рамок свободы, они защищают свободу косвенно — тем, что связывает государство правовыми обязанностями в его амбивалентной роли как нарушителя, хранителя свободы, посредством права организуя, направляя и ограничивая его деятельность. Но конституция правового государства — это прежде всего конституция именно государства; область общественной жизни она, как правило, обходит, предоставляя субъектам основных прав возможность самим создавать конституцию путем плебисцита. Концентрация внимания Основного закона на полномочиях государства является средством защиты основных прав и свобод. Любое конституционное регулирование общественных отношений (посредством распрост-

ранения действия основных прав на третьих лиц, установления социально-правовых и государственных целей — экономических, культурных или экологических) сужает правовую автономию гражданина и расширяет возможности государства оказывать давление на личность.

г) *Основные права и Европейское сообщество*

Европейское сообщество (ЕС) находится вне сферы действия национальных основных прав. Оно образует наднациональное объединение, которое в юридическом отношении обособляется от своих государств-членов и обладает собственной верховной властью, чьи нормы претендуют на приоритет по отношению к внутригосударственному праву. Практическим следствием данного положения является то, что органы ЕС столь же мало подчинены основным правам ФРГ, как ее федеральные органы — Конституции какой-либо земли. То обстоятельство, что ФРГ являлась соучредителем ЕС и в силу этого делегировала ей некоторые свои верховные полномочия, не ведет к тому, что акты ЕС адресуются именно немецкой государственной власти, даже в том случае, если они на территории Германии обладают непосредственным действием в отношении ее граждан. То что ФРГ с самого начала участвовала в образовании ЕС и передала ей часть своих полномочий, само по себе не является для нее чем-то отличительным. Полномочия всех государств-членов переплавились и преобразовались в наднациональные. Связанность национальными основными правами, которые не одинаковы в разных странах, была бы несовместима с целями европейской интеграции, с равенством правовых условий функционирования Общего рынка, а также и с необходимой дееспособностью органов Сообщества. Их зависимость от конституционного строя государств-членов причинила бы, по мнению Европейского суда, вред материальному единству и эффективности права Европейского сообщества. Неизбежным его следствием явилось бы разрушение единства Общего рынка и монолитности Сообщества. Верховные права, которые переданы Сообществу, не являются субстанцией конституции, неразрывно связанной с основными правами. Они остаются предметом ведения государственной власти. Именно она отказывается от определенных атрибутов суверенитета в пользу наднациональных органов.

С точки зрения ФКС интеграция состоит в том, что исключительные полномочия ФРГ на ее территории возвращаются и тем открывается простор для непосредственного действия и применения права из других источников внутри государственной сферы господства. Однако действие Основного закона зависит от юрисдикции государственной власти. Государство не есть конституция (как это следует из чистой теории права Кельзена). Оно имеет конституцию, будучи объектом ее регулирования и одновременно ее предпосылкой. В той мере, в какой государство ог-

раничивает свою власть и передает некоторые свои верховные полномочия сверхнациональным инстанциям, сужается сфера действия конституции, а вместе с ней и диапазон действия национальных основных прав. Связанность государства основными правами должна соответствовать особенностям формы акта об интеграции, действие которого выходит за границы нашей государственности. Обычные функции защитного законодательства и государственной обязанности защиты прав здесь в известной мере как бы заменяются особой свойственной интеграции обязанностью защиты.

ФРГ может вступить в Сообщество, где действует принцип большинства, только с такими государствами, конституции которых аналогичны, т. е. соответствуют западному типу. Европейское сообщество должно развивать такие структуры, которые в наибольшей степени подходят его членам. При этом речь идет не о параллелизме в регулировании, а о разумном соответствии и согласованности на договорной основе.

Передача полномочий межгосударственным образованиям позволяет создать новый уровень верховенства, но только при условии, что стандарты в области основных прав не будут существенно занижены, а гражданин, соответственно, не окажется в худшем положении, чем это обеспечивает его собственное государство. ФКС требует, чтобы межгосударственные образования, наделение высокими полномочиями, когда это затрагивает суть основных прав, признанных Конституцией, обеспечивали гарантии таких прав. По содержанию и эффективности защиты они должны быть равноценны тем, которые предусмотрены Конституцией ФРГ. Если это условие не выполняется, то сохраняется правовая защита в соответствии с Основным законом.

Защита основных прав предполагает их действительность. Формальная оговорка о национальной юрисдикции включает материальную оговорку о национальных основных правах. Помимо этого она содержит коллизионно-правовую оговорку о компетенции. Эта оговорка состоит в том, что немецкая сторона определяет, применимы ли и если да, то в какой мере немецкие основные права к отношениям, которые входят в круг ведения Сообщества, равно как и коллизионное правило о том, что в случае конфликта наши гарантии основных прав имеют преимущество перед правом Сообщества, если его органы не могут устранить конфликт. Государственно-правовая логика всех аспектов немецкой оговорки об основных правах нацелена на то, чтобы ФРГ в пределах связанности ее основными правами могла содействовать процессу европейской интеграции. Соответственно Европейское сообщество должно по отношению к ФРГ также придерживаться этих рамок, в противном случае оно будет действовать с превышением своих полномочий.

Минимум материального содержания основного права, который в силу конституции должен гарантироваться в процессе европейской интеграции и практически может обеспечиваться, обозна-

чается ФКС термином «сущностное содержание». При этом речь идет не просто о закрепляемом в законе ядре отдельного основного права. Определение имеет в виду конституционно закрепляемое ядро всей системы упомянутых прав в смысле ст. 79, абз. 3 Основного закона

Все это вместе устанавливает однородность основных прав в Европейском сообществе и ФРГ. Согласие в отношении «первичного» права Сообщества сегодня более не ставится под сомнение. Однако конфликты могут возникать в практике органов Сообщества, особенно при создании и применении «вторичного» права Сообщества. Однако только в том случае, если защита основных прав на европейском уровне не отстает от минимального стандарта по Основному закону ФРГ, их защита по внутреннему праву становится излишней Такова позиция ФКС.

В 1974 г. Федеральный конституционный суд признал, что такая предпосылка еще не возникла. Однако начиная с 1986 г. и полагая, что упомянутое условие налицо, ФКС основывал свои решения так: «Поскольку Европейское сообщество, особенно решения его суда, в принципе могут обеспечить эффективную защиту основных прав от верховной власти Сообщества, по крайней мере гарантировать сущностное содержание этих прав, ФКС не будет рассматривать вопросы применения права Сообщества и проверять его соответствие основным правам по критериям Основного закона ФРГ» Право Сообщества должно соблюдаться на территории Германии в качестве правовой основы, определяющей поведение немецких судов и органов власти. Если и имеются обоснования иных притязаний ФКС, то они лежат по ту сторону конституционного права ФРГ и европейского права. Именно в той области, где еще не уточнена роль Европы, стоит вопрос о суверенитете судов. Он возникает при установлении границ действия европейских органов в области основных прав. Наш суд претендует на то, чтобы в конфликте по поводу компетенции принимать суверенное окончательное решение и тем самым действовать от имени государства-члена, органом которого он является. Это свидетельствует о том, что Европейское сообщество еще не окончательно отделилось от своих государств-учредителей и связано их конституциями. Ведь ЕС не консолидировалось политически в федеральное государство; оно является договорным объединением со взаимными обязательствами сторон, а государства-члены остались участниками договоров, несмотря на всю тягу к интеграции.

Априорная обязанность государства заботиться о своих гражданах охватывает все их права, т. е. касается как основных прав, так и типичных опасных ситуаций в международной власти Национальная обязанность их защиты не умаляется тем, что члены Совета Министров ЕС обладают компетенцией Сообщества, а не компетенцией государств-членов. Они передают в ЕС часть национальной, т. е. обусловленной их конституциями, компетенции. Однако они обременены также требованием верности Сообществ-

ву В остальном реальное влияние отдельного государства-члена ограничено прежде всего действием принципа большинства. Поведение в ходе голосования в органе Сообщества не может и не должно направляться предписаниями национальной конституции. Отдельный член коллегиального решающего органа ЕС не может в полной мере гарантировать результаты голосования в пользу основных прав своих граждан. Связанность ими полномочий государств-членов настолько выхолощена, что вряд ли имеет значение для практики

д) Территориальные и персональные пределы, действия основных прав

Нормальная сфера действия основных прав — это территория соответствующего государства. Однако значение основных прав не исчерпывается их внутренним действием. По общепризнанному мнению, они связывают государственную власть в принципе и тогда, когда последствия ее деятельности выходят за пределы территории данного государства. Однако равным образом должен учитываться и противоположный принцип. Он заключается в том, что основное право по сути своей находится в определенной связи с жизненным укладом в сфере действия конституции, а неограниченное влияние на эту сферу иностранных интересов может исказить смысл защиты основных прав. На основе этой антинормы возникают пограничные случаи, а вместе с ними и задача определения территориальных и персональных границ действия основных прав. Это тема коллизионного права. В данной области сложилась обстановка практической неопределенности и теоретической неясности

Споры в этих случаях не могут быть разрешены с помощью принципа универсализма прав человека. Приверженность Основного закона общепризнанным правам не предоставляет людям из любой страны возможности претендовать на то, что их права должны быть осуществлены на немецкой земле. Положение ст. 1, абз. 2 Основного закона содержит лишь целевую установку в области прав человека для германской внешней политики, а вовсе не гарантию предоставления наших основных прав всем людям. Возложив на себя вселенскую ответственность за соблюдение основных прав, ФРГ очень скоро столкнулась бы с невозможностью осуществить такое намерение. Одновременно она столкнулась бы с правовым сопротивлением, с границами международно-правовой юрисдикции. Основной закон, однако, следует миролюбивой международно-правовой тенденции и исходит из неизменного уважения чужих правовых систем. Уже поэтому ему чужд империалистический подход к основным правам. Международно-правовая юрисдикция обозначает внешние границы возможного пространства действия наших основных прав.

Это пространство не определяется правилами международного частного права. Более того, они должны быть соразмерны основ-

ным правам граждан ФРГ. Сфера их действия зависит от Конституции, а она точно не устанавливает соответствующих привязок. Последние должны быть выяснены путем толкования. При этом необходимо проводить дифференцированный анализ отдельных основных прав с точки зрения их применимости к нормам, действующим за пределами нашего государства. К тому же следует иметь в виду положение, согласно которому то, что действует в отношении защиты брака и семьи, не обязательно подходит к гарантиям права собственности.

11. Организация государства как условие реализации основных прав

а) Связь основных прав и организации государства

Эффективность действия основных прав во многом зависит от организации государства. Это означает прежде всего наличие и действие следующих факторов: кадров и материальных средств, власти, усердия, дисциплины и профессионализма.

Организация государства должна удовлетворять потребностям и задачам, которые порождаются основными правами; речь идет об обеспечении и защите прав индивида, их закреплении в законе и установлении гарантий через процедуры и самоконтроль государственных органов, а также о правовой защите граждан, выполнении обязанности защиты и социальных функций. Действия в высокоразвитой области основных прав, как они представлены в Основном законе ФРГ, требуют профессионально-юридической компетентности. От всех властей требуется прежде всего лояльность в отношении основных прав, воля к соблюдению и защите прав и свобод. Они должны рассматривать их как цель, меру и границу государственных действий; подчинять себя контролю по канонам основных прав; исправлять любые отклонения от прав и свобод. К предпосылкам их гарантии относятся и публичная служба, которая по главным ее параметрам — численности, качественному уровню и структуре — формировалась в соответствии с заложенными в основных правах государственными функциями.

Эти права являются достоянием не некоего абстрактного типа государства, а специфически оформленной в Основном законе индивидуальной организации ФРГ. Они не могут быть от нее отделены и перенесены на государства иного строя, вроде, например, авторитарной системы. Раздел Конституции об основных правах немислим без раздела об организации государства. Основные права нуждаются в адекватной структуре и адекватном организационном законодательстве. Они требуют разделения властей, социального правового государства, федеративного устройства. Возможность реализации основных прав зависит не только от принципов организации государственной власти, которые в развернутом виде представлены и закреплены в Основном законе, но и от таких фундаментальных структур и признаков современного

государства, ему присущих и с ним связанных, как солидарность, суверенитет, самостоятельность власти, принцип равного доступа к государственным должностям.

Зависимость эта не является односторонней. Между основными правами и организационными нормативами Конституции происходит взаимодействие. Подобно тому как демократический принцип выступает в качестве организационной предпосылки эффективности основных прав, они, в свою очередь, создают условия для свободной демократии. Воплощенная в системе представительных органов демократия свидетельствует о социально-политической активности граждан, которая, в свою очередь, питает систему открытой, неформальной, плебисцитарной демократии. Мощь и эффективность государства черпают свою энергию из успехов и достижений населения, которые, в свою очередь, возникают благодаря тому, что люди пользуются свободами. В силу этого за основными правами признаются функции формирования и интеграции общественности, активизации демократии и финансирования социального государства. Указанные функции образуют поле конституционных ожиданий применительно к осуществлению основных прав.

В этом отношении можно оставить вне поля зрения те основные права, которые возникают и осуществляются только в рамках организационных структур государства. К ним относятся избирательное право, равный доступ к государственной службе, институционные гарантии профессионального чиновничества, тайна почтовых отправлений, гарантия правовой защиты и уголовно-процессуальные гарантии. Здесь налицо их обусловленность организационной системой государства. Интерес в большей мере представляют свободы, которые, подобно свободе мнения, реализуются в общественной сфере и противостоят государству.

б) Государственное единство и солидарность граждан

Фундаментальной предпосылкой действия основных прав является государственное единство. Эти права реальны только внутри государственно-организационной общности, которая их четко дифференцирует и в рамках которой они юридически конституируют отношения государственной власти и гражданина. Однако они сами по себе не формируют политического единства и не являются носителями государственной власти, которая обладает обязанностями и благодаря которой эти права гарантируются. То что сами по себе основные права не создают государства, следует из ограниченности их регулирования. Увязывая отношения между отдельными гражданами и государственной властью, они действуют и по вертикали. Однако в системе их защиты и обеспечения еще не заложены гарантии государственного единства. Фундамент государственного единства строится по горизонтали и покоится на базе контактов граждан друг с другом.

Эта предпосылка не рождает какого-то своеобразия основных прав, а лишь создает общее условие существования конституционного права. Источником Конституции является учредительная власть народа. Народ предшествует Конституции, выступая ее творцом. При своем появлении в качестве конституирующей силы народ еще не имеет государственно-правового статуса через институт гражданства. Он заявляет себя как нация — как группа людей, которая, будучи связана существующей реальной общностью, заключает союз, стремясь к единству государственной ответственности и судьбы.

Национальное и государственное единство народа выступает как этическое проявление солидарности. Оно состоит в готовности и обязанности всех граждан в случае общей опасности приходить на помощь друг другу. Единство характерно для общества в целом и предшествует разграничению государства и общества. Конституция опирается на национальную солидарность, а некоторые ее аспекты прямо закреплены в формуле социального государства. Основные права сами по себе не создают общественную солидарность, однако они формируют ее внутреннюю структуру. Общественная солидарность образует рамки, внутри которых основные права ограничивают имущественные слои, а также исходящие от государства попытки перераспределения собственности. Тем не менее государственно организованная солидарность, создающая этические основы процесса распределения в социальном правовом государстве, не попадает в зависимость от основных прав. Они лишь связаны с ней.

Солидарность граждан юридически оформляется через гражданство. Благодаря ему народ определяется как сообщество — носитель государственной власти в демократической конституционной системе. Право на участие в государственном сообществе, в особенности избирательное право, зависит от принадлежности к государственному объединению. Таким образом, гарантируется взаимосвязь между участием в процессе принятия государственных решений и ответственностью за желаемые и нежелаемые их последствия, поскольку граждане в силу своей принципиально нерасторжимой личностно-правовой связанности не могут избежать ответственности. Интенсивность этой связи ослабляется в той мере, в какой расширяется степень притязаний в сфере основных прав. Государство, которое, с точки зрения демократии, предстает перед нами как корпорация, в контексте основных прав выступает как образование, состоящее не из своих членов, а из «потребителей». Горизонтальные структуры, которые определяют демократическую концепцию Конституции, отступают в пользу вертикальных отношений между гражданами и государственной властью. Момент солидарности утрачивает свое значение, тогда как обязанность послушания и сохранения мира остается. На этом фундаменте формируются негативный и позитивный статусы гражданина: первый складывается из личных прав и свобод; второй — из социальных основных прав. Общность, таким образом,

распадается на государственную власть, связанную основными правами, и на открытое, находящееся в постоянном движении общество носителей основных прав. Однако открытость в сфере основных прав предполагает наличие крепкого государственного фундамента и ориентирующей на личность солидарности.

в) Монополия принуждения

Монополия принуждения в качестве одного из фундаментов современного государства предшествует любому конституционному строю, и соответственно, основным правам. Формально она не гарантируется. Конституция прямо не запрещает гражданам разрешать насильственными методами их частные и политические конфликты, осуществлять права собственными силами или оказывать сопротивление беззаконию государства. Запреты такого рода не нуждаются в конституционном или обычном законодательном регулировании, поскольку они в современном государстве являются само собой разумеющимся. Государство институционально преодолело такие формы, как кулачное право, вражда, самоуправство, гражданская война. Оно уже ввело цивилизованные формы бытия, прежде всего такую, как гражданское согласие. Однако санкционированное в ст. 20, абз. 4 Основного закона право на сопротивление позволяет гражданину действовать против власти в качестве крайнего средства защиты государства и Конституции. Однако сопротивление может быть оказано только тогда, когда распалась система конституционного самоутверждения государства и подорвана государственно-правовая стабильность. Чрезвычайное положение утверждает монополию принуждения как основу государственно-правовой стабильности.

Только в обществе, где государство обеспечивает мир, становятся реальными права и свободы, благодаря чему каждый имеет равные, в соответствии с законом предоставленные и государством защищенные возможности. Там, где отсутствует монополия власти, господствует анархия, т. е. внеправовая, неравная и произвольная свобода. Господство законов, на котором зиждется конституционная государственность, может осуществляться только в том случае, если агрессивный потенциал общества ослабляется, сковывается и подавляется, а люди приносят свою политическую энергию в динамичную систему современной цивилизации, базирующейся на рыночной экономике, конкуренции, плюрализме мнений, демократии. Конституция воплощает эти принципы в гарантиях основных прав, в институтах демократии. Она защищает общественные формы конкуренции от государственных попыток подавления через посредство основных прав, выполняющих негативную функцию. С помощью активных основных прав она наделяет граждан возможностью участвовать в управлении государством. Сверх того запрет насилия она подкрепляет установлением судебного порядка разрешения правовых конфликтов между

частными лицами и гарантией правовой защиты от произвола публичной власти.

С точки зрения государства монополия принуждения представляет собой исключительное полномочие использовать определенные механизмы как средство угрозы и применения физического давления. Центр осуществления властных полномочий, которыми в принципе наделяются профессиональные чиновники, определяется через монополию государства на такое принуждение. Частные лица не могут осуществлять принуждение; его выполняют армия и полиция, юстиция и органы управления. Граждане не могут кого-либо подчинять своим указаниям, так как в соответствии с Конституцией это исключительное право государства, его органов.

Оговорке о государстве как носителе функций принуждения соответствует основная обязанность гражданина: соблюдать мир, воздерживаться от физического насилия, вести борьбу за свои интересы и решать правовые конфликты путем использования мирных правовых средств. На государство ложится забота о сохранении мира и обуздании насилия, о гарантиях внутренней безопасности как условиях обеспечения правовых интересов индивида. Однако задачи государства выходят за рамки простой монополии принуждения. Оно обеспечивает свои форпосты и путем превентивных мер, которые препятствуют тому, чтобы в обществе создавался потенциал насилия (в виде военизированных формирований, сверхнормативного накопления оружия, различных форм внесудебной расправы). Через посредство государственного воспитания гражданам должна прививаться обязанность поддержания мира, толерантности, уважения к людям и отказа от враждебности.

Соблюдение монополии принуждения вменяется государству в интересах общества. Государство выполняет такую обязанность, если поддерживает внутреннюю безопасность как предпосылку основных прав для всех граждан. Благодаря этому каждый носитель прав в качестве потенциальной жертвы насилия со стороны частных лиц оказывается защищенным только фактически. Новая концепция основных прав склоняется к тому, чтобы объективную обязанность государства в деле защиты этих прав дополнить субъективным правом каждого на государственную защиту против покушений со стороны частных лиц на гарантируемые законодательством ценности. Тем самым обязанность защиты превращается из рефлекса основного права в субъективное право как элемент позитивного статуса гражданина. Соблюдение монополии принуждения для потенциальной жертвы насилия становится благом благодаря основным правам. Если обязанность их защиты исключает субъективные права, то безопасность из предпосылки основных прав превращается в свою противоположность.

а) Внутренний суверенитет

Ориентируясь на государственную власть, основные права предполагают ее внутренний суверенитет. Он означает фактическую способность императивно проводить в жизнь концепцию общего блага, а в случае конфликта выступить и против сильнейшей из противоборствующих сил общества. Нормативная система обретает смысл, если в государстве концентрируется потенциал угрозы, но одновременно и мощная сила, способная защищать основные права от опасности, им угрожающей. В случае, если центр власти перемещается из государственной системы в руки общественных групп, то функции защиты от государства и его обязанность защиты прав становятся пустым звуком.

Проблема суверенитета приобретает актуальность в конфликте по поводу правильного толкования Конституции. Именно потому, что в условиях действия прав и свобод каждый имеет собственное представление о ней, возникает вопрос о том, кто же дает окончательное толкование Конституции, кто является ее интерпретатором. Этот вопрос со времен Г. Гоббса становится критерием определения суверенитета государства в отношениях с частными носителями власти, а также и суверенитета его органа, наделенного правом принимать окончательные решения в отношении других государственных органов. Чем неопределеннее содержание интерпретируемой нормы, тем сильнее политическое значение компетенции в сфере интерпретации. Вопрос о правильном толковании Конституции не может оставаться вечно открытым, так как Основной закон в отличие от какого-либо литературного текста имеет практическое значение, рассчитан на применение, уважение и обязательность для всех.

Вот почему Конституция нуждается в государственной интерпретации и единстве решений при разграничении компетенции. Единство решений в пределах государства является условием эффективности, всеобщности и одинаковости действия Конституции.

Необходимость такого единства ставится под сомнение субъективным характером прав человека. Граждане в их совокупности выступают как общество интерпретаторов Конституции. Субъективистский подход вытекает из признания за субъектами основных прав возможности в значительной степени свободно определять сферу защиты основных прав, на которые они претендуют. Вопрос о том, что считать признаком основного права в сфере искусства, определяется деятелем искусства, а в сфере науки — учеными, совесть же — взглядами отказника от службы в армии.

Соблюдение прав и свобод в их официальных формулировках в реальности отклоняется от обязательных дефиниций, исходящих от государства. Однако об этом не идет речь при толковании содержания основных прав. Государству отказано в том, чтобы в своих решениях делать различия между хорошими и плохими

свободами, между истинной и неистинной верой, высоким и тривиальным искусством. Напротив, ему не запрещается толкование норм об основных правах как таковых, а также определение сфер защиты прав, от которых зависит потенциальное пространство соблюдения основных прав. Это даже необходимо, поскольку то, что государство не может определить, оно не в состоянии и защитить. Основные права гарантируют каждому свободу реагировать на содержание и пределы его прав и свобод, высказывать о них свое мнение или проводить научное их исследование. По той же причине основные права открывают простор и для общественной интерпретации Конституции. Однако тем самым требование обязательного решения государства в конституционно-правовом конфликте не отменяется. Государство не обладает монополией на толкование основных прав; более того, его нельзя считать в этом деле независимым. Однако в процессе интерпретации Конституции именно ему принадлежит первенство.

д) Принцип служебного статуса

Связанность основными правами определяется, в частности, республиканским принципом служебной принадлежности, который формирует организацию государства. Служба воплощает в себе определенный круг государственных функций, которые доверяются их обладателю для точного исполнения в интересах общества. С этой целью государственная власть в отдельных аспектах детерминруется и юридически, и этически. Она превращается в постоянно действующий и всеохватывающий принцип ответственности. Благодаря службе организация государства формируется в соответствии с основными правами таким образом, чтобы выполнять в отношении граждан определенные обязанности.

Служебная этика требует исключительной ориентации на благо общества, дистанцирования от соперничающих между собой частных интересов, объективности. Без социально ориентированных этических норм невозможно установить господство права, полностью связать им власть в контексте правового государства. Пристрастная реализация государственных функций размывает всеобщность и жесткость требования соблюдения основных прав. Она нарушает принцип равенства их осуществления. Систематический отход от принципа служебного долга подрывает неизменное условие действия основных прав.

Государственная служба выполняет публичную функцию. Она должна быть закрыта для личных потребностей и склонностей ее носителя. Корыстный интерес, который в рамках прав и свобод может восприниматься как легитимный, нельзя распространять на сферу служебных действий. Должное лицо подчиняется другому закону, нежели носитель основных прав; в первом случае это объективный принцип государственно-правовой обязанности, во втором — субъективный принцип индивидуальной свободы. Их противоположность неустранима, ибо тот, кто обязан

защищать и соблюдать свободу, сам не может быть свободен. Должностное лицо как таковое не является носителем основных прав. Разумеется, и личностный статус человека в конституционно правовом смысле не распространяется на должностное лицо. Оно только тогда обладает основными правами, когда выступает в качестве частного лица и гражданина государства. Защита этих прав распространяется на его статус подчиненного, т.е. на его отношения с начальством; защите подлежат его особые служебные притязания и продвижение по службе. Конфликт между должностным лицом и обладателем основных прав заложен в их персональном единстве. В соответствии с правом публичной службы предпринимаются меры, помогающие, по возможности, избежать таких конфликтов и разрешить эти противоречия.

е) Разделение властей

Компактная организация государства без разделения властей была бы в структурном отношении не способна обеспечить юридическую связанность власти основными правами. Она не могла бы одновременно выступать ни как потенциальный противник основных прав, ни как их гарант. Эта дилемма и решается благодаря принципу разделения властей. Государственная власть дифференцируется на относительно независимые ветви власти, не отказываясь, однако, при этом от единства решений и ответственности. Противоположные роли в области основных прав предназначаются различным органам государства. Наряду с органами, от которых исходит угроза основным правам, есть независимые органы, способные осуществлять контроль за соблюдением этих прав и их защиту.

Посредством разделения властей государство подчиняется господству права. Только в том случае, если власть вообще связана правом, она может быть связана также и основными правами. Смысл этих прав и разделения властей в конечном счете идентичен: обеспечение свободы индивида путем связанности и ограничения власти правом. Основные права идут к этой цели непосредственно от государственной власти. Конфликты властей, определяемые как конфликты полномочий, юридически могут быть разрешены. Различные власти подлежат взаимному контролю и тем самым защищаются от злоупотреблений. В результате государственная власть не ослабляется, а, напротив, соразмерно лимитируется в действии благоприятным образом в пользу основных прав.

Эффект разделения властей является не только результатом классической теории Ш. Монтескье, но и следствием иных видов дифференциации государства, относительной самостоятельности его органов и сфер их ведения, демонополизации и децентрализации. Косвенную защиту свободы обеспечивает прежде всего система федерализма в своей функции разделения властей по вертикали. Нормы основных прав во многих отношениях связаны

функциями законодательной, исполнительной и судебной властей. Они используют заложенную в Конституции схему горизонтального разделения властей для того, чтобы гарантировать функционально-специфическое обеспечение свободы. Вторжения в основные права блокируются оговоркой о законе, которая одновременно покоится как на объективном принципе правового государства, так и на соответствующих оговорках, относящихся к отдельным основным правам. Форма закона служит укреплению ответственности и публичности, которые в свою очередь облегчают конституционно-правовой контроль за нормами с точки зрения запрета чрезмерных ограничений. Требование обоснованности, которому должно соответствовать ограничение основных прав **по** закону, повторяется в процессе их осуществления путем издания административных актов. На уровне управления критерии контроля являются конкретными, процессуальные гарантии — четкими, а индивидуальная правовая защита. — всесторонней. Судебный процесс связан необходимостью соблюдения основных прав. Система функционально-дифференцированных гарантий этих прав в контексте разделения властей не допускает нарушения формальных процедур.

ж) Правовое государство

Основные права соединены с государственными структурами в рамках схемы разделения властей верховенством закона и оговоркой о нем. Они дополняют друг друга и объединяются в общей цели гарантировать свободу граждан посредством дисциплины и использования государственной власти. В этом сочетании функций основные права и организационные принципы образуют фундамент правового государства. Это государство объединяет отдельные институты, интегрируя их в целях единства функций. Интегральное понимание правового государства имеет юридические последствия. Его принципы, которые, согласно ст. 28, абз. 1 Основного закона, образуют конституционное единообразие членов федерации, распространяются не на все основные права гражданина, а только на их сущность — правовую гарантированность индивидуальной свободы и равенства. Сущность этих прав, сохраняемая в системе принципов правового государства, защищена оговоркой об их неприкосновенности при изменении Конституции согласно ст. 79. абз. 3 Основного закона.

Гарантия идентичности федеративного устройства не нарушает прав единообразия государств-членов. В отношении основных прав это означает, что они располагают двойной гарантией неприкосновенности. Это нормы о государственных структурах по ст. 20 Основного закона, а также принципы прав человека и обязанности государства по отношению к основным правам согласно ст. 1 Основного закона. Правовое государство защищает основные права двояким образом: непосредственно как таковые и косвенно — через государственно-организационные формы вроде

разделения властей. Все это не означает, что основные права объявляются вообще не подлежащими конституционным изменениям. Конституционно-политическая эволюция основных прав вполне возможна.

3) *Демократия*

Демократия как конституционный принцип является формой государства и способом правления. Она обеспечивает легитимность этого правления. Ее конституционно-правовое значение выступает как антипод свободы, сосредоточенной в основных правах. Это может породить неправильное представление о том, что демократию не следует считать предпосылкой основных прав.

Формирующая основные права противоположность между индивидом и государственной властью не отменяется посредством демократической легитимации этой власти; она лишь уменьшается. Правда, и демократическая близость власти к гражданам представляет для основных прав специфическую опасность. Она состоит в том, что внеконституционная идеология демократии преобразует сущее благодаря основным правам различие между государством и обществом в пользу абсолютного интеграционного единства государства, а демократическую волю всех граждан отождествляет с волей отдельного гражданина. Эта опасность проявляется и в том, что частная свобода должна отступить перед политической, что демократическое господство большинства получает преобладающее значение в отношении меньшинства, в том числе и индивида. Деспотизм абсолютной монархии хотя и связан с насилием, однако все же ограничивается, в то время как демократический деспотизм мягок, но безграничен, он унижает человека без физических страданий.

Демократический принцип придает отношению гражданина к государству в сфере основных прав новое качество, поскольку основные права и демократия в конечном счете происходят от единого источника — свободы индивида. В основных правах это воплощается в непосредственной демократии и различных опосредованных формах: путем членства в государственном объединении, посредством принципа представительства и т. д. Разнообразны и возможности их осуществления; воплощенные в основных правах свободы позволяют гражданину самоопределяться, демократические свободы предоставляют ему право на участие в управлении, между тем как демократическое самоопределение — дело всего народа. В конституционной системе индивидуалистический принцип свободы имеет два источника легитимации: основные права в частной и общественной жизни и демократию в жизни государственной. Однако в различных правовых ролях — субъекта основных прав и участника процесса реализации государственной власти — выступают одни и те же люди, действия которых создают и поддерживают состояние полярности социума.

Между двумя конституционными элементами возникает симбиоз. Формальная представительная демократия государственной и правительственной систем дополняется неформальной плебисцитарной демократией на основе прав и свобод. Политическая активность граждан в «надгосударственном» пространстве легитимируется не только на базе демократического конституционного принципа, имеющего большое значение для функционирования демократической государственности, но прежде всего исходя из основных прав, включая и те из них, которые относятся к негативному статусу гражданина. Они выступают как предпосылки реализации демократических конституционных принципов.

В то же время демократические конституционные принципы становятся предпосылками осуществления основных прав, поскольку ориентируют государственную власть на свободу граждан и тем самым опосредуют ее приверженность основным правам. Требование демократической легитимности, которому в конечном счете должны соответствовать действия государства, распространяется и на определение основных прав, и на интерпретацию их. Это требование выступает как мера защиты основных прав, которая относится к принципам правового государства.

12. Действие основных прав в сфере частного права

Вопрос о том, действуют ли, и если да, то каким образом, основные права гражданина в сфере частного права, в теории 50-х и начала 60-х годов являлся одним из наиболее дискуссионных. Едва ли какая-либо другая юридическая проблема обсуждалась с такой страстностью, как действие основных прав в области частноправовых отношений.

В соответствии с Конституцией известный теоретик трудового права Г. Ниппердей и вслед за ним Федеральный трудовой суд высказывались за далеко идущее распространение действия основных прав граждан на область частного права. Вопрос ставился таким образом, чтобы наиболее значительные права не только выступали в роли защитных средств от действий государственной власти, но и создавали принципы социальной жизни. В определяемом основными правами объеме эти принципы должны иметь непосредственное действие в частноправовых отношениях граждан между собой. Федеральный трудовой суд использовал этот принцип применительно к свободе мнения, к принципу равенства, к защите брака и семьи, а также к ст. 1 и 2 Основного закона.

Однако такому подходу противопоставлялась иная позиция — о косвенном действии основных прав. Ее суть в том, что система ценностей, заложённая в этих правах, должна соблюдаться при интерпретации норм частного права. Соответственно такие ценности должны учитываться всякий раз или преимущественно в процессе интерпретации общих положений. Со временем Федеральный трудовой суд в значительной мере воспринял эту позицию. Сначала казалось, будто высказывавшиеся по данному вопросу точки зрения совершенно непримиримы. Однако начиная

с 60-х годов в качестве господствующего сложилось мнение, которое признает идею горизонтального действия основных прав. Противоположная точка зрения, состоящая в том, что основные права не охватывают сферу частного права, отступила. При этом необходимо подчеркнуть, что позитивный момент действия таких прав в области частного права в свою очередь выступает как следствие связанности законодателя и суда основными правами. Речь не идет только о связанности граждан в их отношениях между собой. Из общих формулировок основных прав сами по себе возникают представления об их действии и в области частного права, но, как правило, не в том смысле, что на граждан непосредственно возлагаются обязанности по отношению к другим лицам. Дело в том, что выражение «действие в отношении третьих лиц» вводит в заблуждение. Поэтому следует пояснить, что защитником основных прав и в области частного права является государственная власть — при выполнении функций как законодателя, так и суда.

Таким образом, учение о частноправовой сфере действия основных прав вводится в систему нашего законодательства и правовой защиты: обязанными соблюдать основные права являются и законодатель, издающий нормы гражданского права, и судья, который толкует и применяет их. Если он считает закон, от которого зависит решение, противоречащим Конституции из-за нарушения основного права, то он должен направить такой закон в ФКС. В остальном он обязан осуществлять толкование и применение закона в соответствии с Конституцией.

Одно лишь признание того, что адресатами основных прав в процессе их применения в сфере частноправовых отношений являются не только граждане, но и законодатель, и судья, конечно, не решает всех проблем. Иначе говоря, основные права действуют в области частного права не потому, что суд, т. е. государственный орган, обязан решать правовой спор. Суд в еще большей степени призван содействовать соблюдению основных прав. Соображение, что эти права касаются лишь отношений между государством и гражданином и не затрагивают отношений между гражданами, является, по общему признанию, поверхностным. Классические права и свободы ведь тоже реализуются не только потому, что государство воздерживается от вмешательства в сферу индивида. Основные права создают фундаментальные устои для всего правопорядка, который гарантирует им необходимый статус, если они соблюдаются во всех отраслях права, в том числе в частном праве. В силу этого законодатель связан основными правами повсюду, т. е. и при издании частноправовых предписаний. Он обязан формулировать их таким образом, чтобы конституционно защищаемые права граждан не утратили своего значения. В противном случае правопорядок придет в состояние бесконечных противоречий.

В принципе согласованность конституционного права и текущего законодательства стала у нас нормальным явлением. Госу-

дарство выполняло и выполняет свою обязанность в деле защиты правопорядка с помощью уголовного права и уголовного правосудия. Нормы этой отрасли служат в большей мере защите таких базовых правовых ценностей, как жизнь, здоровье, собственность и честь граждан. Но это обычно остается незамеченным, поскольку государство выполняет с помощью уголовного правосудия естественные функции, признанные обществом. Вопрос, однако, состоит не в том, допустима ли защита этих прав в уголовном порядке, а в том, необходима ли она вообще, и если да, то в каких пределах. Именно о таком подходе со всей очевидностью свидетельствует решение ФКС по делу об абортax.

Равным образом привычен теперь и режим соблюдения и защиты основных прав в сфере частного права. Частное право, подобно уголовному, охраняет в своей области связанные с основными правами ценности, а для разрешения конфликтов располагает необходимыми и традиционно апробированными нормами.

В результате согласованность основных прав и системы частноправовых отношений стала обычным явлением и тем самым снята с повестки дня как проблема

Подобная закономерность особенно характерна для периодов, когда результаты общественного развития значительно быстрее достигаются с помощью частного, нежели публичного права. Если конституции только подтверждают то, что уже было воспринято сравнительно прогрессивным гражданским правом, то нет повода делать проблему из действия права в отношении третьих лиц. Спорными тем не менее остаются отношения между государством и гражданином.

В такой ситуации немецкое законодательство находилось со второй половины XIX столетия. Вопрос относительно конфликта ценностей между конституционным и гражданским правом не возникал, пока второе лучше соответствовало свободолобивым устремлениям, нежели первое, а значение основных прав было тогда значительно меньшим. Угроза, казалось, исходила только от исполнительной власти.

В рамках Основного закона действие права в отношении третьих лиц превращается в проблему только тогда, когда конституционные ценности в трактовке ФКС отклоняются от утвердившихся ценностей гражданского права. Так, например, Основной закон строго предписывает равноправие мужчины и женщины, хотя действовавшее ранее гражданское право этому принципу не соответствовало, что должно было привести к трудностям и ожесточенным дискуссиям, которые, однако, не распространились на сферу действия права в отношении третьих лиц. Трения появились лишь в связи с новой оценкой демократической свободы мнений и прессы, а также прежних представлений об уголовной и гражданско-правовой защите чести. ФКС рассматривал свободу выражения мнений как составную часть демократии. В соответствии с этим принципом частное право не должно допускать, чтобы конституционно-правовые гарантии повседневно обесцени-

вались, будь то путем чрезмерного усиления защиты чести или признанием договоров, ограничивающих свободу мнений.

Влияние основных прав на область частного права затрагивает равным образом как законодательство, так и интерпретацию законов, а тем самым и договоры между гражданами. Однако это не порождает их связанности основными правами в том смысле, что они непосредственно служат платформой правопритязаний и возлагают на граждан обязанность действовать определенным образом или воздерживаться от действий. Основные права в силу их влияния на частное право могут устанавливать границы частной автономии посредством защитного законодательства или путем интерпретации частноправовых норм. Юридическим результатом действия основных прав может быть ситуация, когда частноправовая сделка не будет признана действительной.

Согласно господствующему мнению, основные права оказывают влияние на отношение государства и гражданина только односторонне, укрепляя статус гражданина и ограничивая государственно-властные полномочия. Права и свободы создают человеку пространство, свободное от государственного вторжения. Соблюдение основных прав, казалось бы, достигается в принципе весьма просто: поскольку государство не вмешивается, оно ничего и не нарушает.

Эта умозрительная схема, однако, более уже не соответствует публичному праву. Покровительство одному гражданину часто оборачивается ущемлением прав другого. Осуществляя свою политику, государство обязано учитывать различные интересы, и прежде всего такие, которые пользуются юридической защитой. Для пояснения можно напомнить случаи, когда речь идет о разрешениях на строительство, на пуск предприятий, могущих причинить вред окружающей среде, на строительство атомных электростанций, а также о распределении учебных мест.

Гражданское право постоянно имеет дело с конфликтом интересов различных граждан, которые следует привести в соответствие. Правовые притязания одного человека по отношению к другому нередко осуществляются за счет интересов последнего. А так как все частноправовые притязания могут быть сведены к основным правам, то их коллизия в области частного права является типичной, особенно в случаях, когда спор идет об их действии в данной области.

До сего времени это характеризовало прежде всего внедоговорные отношения, а в решениях ФКС получило закрепление на волне устремлений закрепить приоритетное значение свободы выражения мнений и свободы печати. ФКС прямо признает наличие коллизии между конституционно гарантируемыми правами личности и правами, закрепляемыми ст. 5 Основного закона. На практике свободы мнения и печати постепенно уступали свой приоритет личным правам. В большом объеме ФКС вынужден был заниматься также решением споров между арендаторами, квартиросъемщиками и арендодателями, а также проблемами, возникающими между родителями и детьми.

Договорные отношения и их интерпретация вызывали до сих пор меньше интереса в практике ФКС. Однако проблема коллизии основных прав и здесь возникает регулярно. Дело в том, что к основному праву личности на свободное развитие, а также к гарантиям собственности относится и свобода договора. Она постоянно должна приниматься во внимание как конституционно-правовая предпосылка заключения договоров и учитываться при их оценке. Договорные обязательства на базе частной автономии также распространяются на основные права. Именно посредством принятия договорных обязательств и происходит реализация основных прав, что ограничивает свободу действий. Свобода выбора профессии и свобода профессиональной деятельности реализуются именно в таком контексте. Свободное пользование собственностью состоит как раз в том, что она может быть использована для свободно избранных целей в соответствии с обязательствами. Свобода мнений и печати, свобода религии и искусства также не реализуемы без самоограничения граждан и соблюдения ими взятых на себя обязательств. Даже свобода совести не может осуществляться вне договорных обязательств.

Равным образом и принцип равенства затрагивает в области правовых отношений различные проблемы. Так, например, государство, предоставив гражданам определенные свободы, не может затем лишить их этих свобод, ссылаясь на принцип равноправия. К сфере свободного использования собственности и свободы личности относится и право наниматься на работу, субъективно ориентируясь в политическом или религиозном отношении, что совершенно недопустимо для государства.

В отношении сделок и договоров проблема состоит в том, следует ли значение альтернативных ценностей, относящихся к системе основных прав, поднимать столь высоко, что в результате может быть отказано в признании частной сделки. Поскольку речь идет о сближении различных позиций, то действие в отношении третьих лиц методологически должно трактоваться совершенно иначе, нежели действие основных прав по отношению к публичной власти: согражданам не может предоставляться ничем не ограниченная свобода.

Применять основные права в отношениях между гражданами, точно так же как между гражданами и государством, нельзя, и это было бы крайне недемократично. Реальная жизнь показала, что влияние основных прав на область частного права оказалось по своей структуре намного сложнее, хотя и не столь радикальным, как предполагалось в первые годы существования ФРГ.

13. Пределы основных прав

Любое юридическое оформление какой-либо субстанции основных прав должно устанавливать ее точные пределы, проистекающие из смысла и предназначения основного Права. Они мо-

гут непосредственно выводиться из Конституции применительно к каждому основному праву или определяться конкретным установлением законодателя. Возможность других форм ограничения заложена в природе конкретного права, взятого в общем контексте Конституции, а также в особенностях его коллизии с другими основными правами. Кроме того, в подобных случаях ограничения прав представляются с очевидностью вытекающими из содержания конституционных норм или из конкретной сглаживающей конфликт позиции законодателя, а иногда судьи. Среди множества видов ограничений интерес представляют наиболее общие условия, с которыми вынужден считаться законодатель, когда он действует в этом направлении. Здесь выявляются некоторые типичные случаи.

Законодательная деятельность может применять следующие формы: конкретизация основных прав (широко понимаемое, терминологически емкое понятие, имеющее в виду обязанность законодателя более четко фиксировать суть таких прав), а также «вторжение в основное право» (тоже широко толкуемое понятие, которое охватывает возможность законодателя в определенных границах оказывать влияние на уже зафиксированное содержание основного права).

Поскольку ограничения могут устанавливаться только на основании или посредством закона, в области основных прав важное значение приобретает теория «оговорки о законе». Предпосылки законодательной конкретизации основных прав или вторжения их в сферу обусловлены прежде всего специальными указаниями (оговорками) применительно к каждому конкретному основному праву. Ими могут быть и некоторые правомочия на вторжение в область этих прав, связанные с их особыми признаками.

Всякое законодательное ограничение юридической материи применительно к индивидуальной свободе предполагает, что оно обусловлено возможностью столкновения ценностей, подлежащих защите, а потому такое ограничение признается правом. Этот принцип универсален. Подобное ограничение направлено на достижение рационального, т. е. адекватного баланса сталкивающихся конституционно-правовых ценностей. Вот почему неудивительно, что формула «адекватного баланса» получила широкое признание; остается лишь надеяться, что оно будет иметь свои границы. Однако баланс в любом случае не является только эталоном, а превращается в источник легитимации. В настоящее время его значение усилилось не только в качестве всеохватывающей и господствующей предпосылки правомерности законодательных ограничений основных прав. Благодаря этому источнику легитимации в большей степени мотивируется и открывается законодательное пространство для их ограничения. Органы конституционной юрисдикции в последнее время действуют в обоих направлениях.

В общем потоке представлений, касающихся достижения баланса интересов, существуют конструктивные позиции. Прежде всего это идея, согласно которой конкретный уровень допустимого ограничения основных прав может быть определен только с учетом их значения. Другая идея состоит в достижении наиболее разумного для обеих сторон баланса при непосредственном столкновении противоречивых конституционных ценностей. Это особенно важно в случае, когда отсутствуют определения полномочий для введения ограничения основных прав. Судебная практика последнего времени прибегает чаще всего к доводу о разумном балансе, но пользуется и формулой о соразмерном балансе. Это правильно, поскольку в противном случае следует опасаться не подобающей для судебного контроля сосредоточенности только на оптимальных решениях.

Подобный принцип был дополнен в судебной практике последнего времени аналогичным и более практичным в плане толкования подходом, а именно ориентацией на согласование интересов. В соответствии с ним подлежащие конституционной защите правовые ценности должны быть для решения проблемы соподчинены таким образом, чтобы каждая из них могла быть реализована. Некоторые юристы добавляют, что принцип единства Конституции выдвигает требование оптимизации, а это значит, что столкновению ценностей должны быть поставлены границы, с тем чтобы каждая из них могла быть оптимально защищена.

Отсюда не следует, что законодатель связан определенной, подлежащей судебному контролю ориентацией на оптимальное решение. Выражения «соразмерный», «разумный» и в этом смысле пропорциональный баланс хотя и несколько более умеренны, но более точны.

Несколько иначе складываются конструктивные мнения, направленные на то, чтобы некоторые материальные опорные положения Конституции поднять до уровня более общих принципов толкования коллизионных ситуаций. Например, исходя из представления (хотя и спорного) относительно концепции человека в основном законе, следует положить ее в основу позитивных конструкций основных прав, соответствующих положениям Конституции. Тем самым достигается эффект сбалансированности путем непосредственной ограничительной интерпретации. Поскольку подобные формулировки базируются на идее о том, что ограничения прав прежде всего должны ориентироваться на материальные критерии, которые содержатся в самой Конституции или косвенно могут быть выведены из нее, они и сегодня имеют благоприятную перспективу. Это противодействует тенденции поспешного достижения баланса без предварительного учета различных оценочных решений, установленных самой Конституцией. Если этого не учитывать, возрастает опасность превратить представления о сбалансированности интере-

сов в самодостаточные и способствовать их более широкому внедрению, что ведет к злоупотреблениям.

В контексте этих представлений проступают контуры понятия баланса интересов. Многие теоретики подчеркивают, что только конституционно защищаемые правовые ценности рассматриваются с точки зрения коллизий. Это наименее уязвимая позиция, однако она мало плодотворна. Если исходить из ст. 2, абз. 1 Основного закона, то разве большинство правовых ценностей не являются конституционно защищенными? С другой стороны, разве Основной закон не умышленно отказался от более подробного формулирования ценностей, руководствуясь соображениями, которые диктуются другой шкалой измерений, а именно федерализмом?

В сфере вторжения в основные права действует принцип, согласно которому то, что разрешено Конституцией, не должно заменяться только мерами по достижению баланса интересов.

Отдельная норма об основном праве может устанавливать предпосылки или цели законодательных ограничений (оговорка о законе). Можно полагать, что вне этих рамок вмешательство в основные права недопустимо; в принципе так оно и есть. Тем не менее придерживаться этого правила без исключений нельзя, хотя бы по причине исторических и иных условий защиты основных прав. Дело в том, что эти условия могут привести к усилению конфликта между ценностями, подлежащими защите.

Прежде всего следует думать об императивных требованиях защиты, которые вытекают из противоречащих Конституции позиций третьих лиц.

Признание Конституцией возможности вторжения в сферу основного права допустимо лишь при одновременном указании на ограничительную функцию, которая заложена в идее достижения баланса интересов.

Понятие баланса интересов базируется на конституционно признанных материальных ценностях. Однако они в большинстве своем определяются абстрактно и опосредуются чаще всего только как принципиальные объективные ориентиры. Особое значение имеет то, что пониманию баланса на практике способствует в известной мере формальный принцип, который уходит корнями в концепцию правового государства и выступает как обращенное к законодателю требование. Этот принцип допускает такую степень интенсивности ограничений в области основных прав, которая необходима в силу объективных причин. Поскольку принимаются во внимание только допустимые законодательные меры и их соразмерность очевидна, эти принципы правового государства принято характеризовать как запрет чрезмерных ограничений. На практике этот принцип именно в силу своей формальности гарантирует более определенные результаты, подобно тому как понятие допустимости позволяет контролировать законодательные меры, во всяком случае с точки зрения необходимости ограничений. При всем том следует видеть, что суть

запрета чрезмерных ограничений меняется, если он используется для прояснения всеохватывающего понятия баланса интересов. В своем традиционном понимании этот ориентир воспринимался либо как цель закона, либо как цель вторгающихся в основные права административных мер. При попытке привести в равновесие конкурирующие ценности не хватает как раз такого прочного ориентира. Применение понятия чрезмерности в процессе достижения баланса не становится бессмысленным или излишним: оно должно устраивать обе стороны.

Широкое распространение принципа необходимости выступает как следствие принятия понятий соразмерности и баланса интересов. Однако он имеет и теневые стороны, позволяя полностью игнорировать имманентные ограничения. Его подлинное значение состоит в том, что он вынуждает законодателя следовать контурам конкретной ситуации по возможности осторожно, поскольку только таким образом может быть определена степень необходимости.

Значение принципа необходимости различно. Сила его воздействия в области чрезвычайного права достигает высшей материальной интенсивности и становится наиболее осязаемой в стремлении противодействовать вторжению в сферу индивидуальных прав путем издания норм, защищающих от злоупотреблений. Он не столь важен для законодателя в процессе установления параметров основных прав, особенно при определении их нормативного содержания.

Принцип соразмерного баланса интересов выдвигает принципиальный вопрос об интенсивности судебного контроля. Если закон, ограничивающий основные права, проверяется с точки зрения его необходимости, то наиболее точная оценка норм в процессе судебного контроля зачастую приобретает решающее значение. С этим связан и круг проблем как законодательного, так и судебного прогнозирования вплоть до практики конституционной юрисдикции, которая обязывает законодателя к последующему совершенствованию законов.

«Существо содержания основного права ни в коем случае не может быть затронуто», — гласит ст. 19, абз. 2 Основного закона. Если, как это часто бывает, такую гарантию распространяют на статус индивидуума, который определяется соответствующей нормой, то такой подход может удовлетворить только романтиков. Дело в том, что позитивно выраженному абсолютному запрету вносить какие-либо изменения в основное право практически нельзя следовать. Статус индивидуума нередко затрагивается в своей сути: длительное лишение свободы или лишение конкретных лиц права заниматься определенными профессиями прямо затрагивает существо содержания основных прав. В этой связи неизбежным становится вывод об отказе от абсолютных ограничений; различными способами их пытаются сделать относительными.

Принцип гарантии существования содержания основного права связывает не только конституционного, но и обычного законодателя, а также исполнительную власть и правосудие. Нарушение существования содержания основного права одновременно затрагивает принципы правового государства и уважения человеческого достоинства.

Одним из проявлений концепции равенства является также запрет того, чтобы закон действовал только в отношении отдельного случая. Механизм общих ограничений основных прав исключает равным образом как сохранение привилегий для отдельных лиц, так и дискриминацию в отношении других. В более широком значении запрет охватывает и такие способы регулирования, которые не только направлены против отдельных лиц, но и создают возможность одностороннего наступления предусмотренных законом последствий. К отдельным лицам приравнены соответствующие организации, например те или иные политические партии.

Интерес представляет понятие «особый случай», которое подразумевает законы, направленные на регулирование конкретной ситуации (административный по сути свой акт в форме закона). Дозволено ли законодателю при наличии убедительных оснований регулировать отношения путем ограничения основных прав? Ответ зависит от того, запрещено ли законодателю регулировать отдельные случаи, относящиеся к компетенции исполнительной власти, короче говоря, от трактовки принципа разделения властей. Из самого понятия закона подобное ограничение не вытекает. Решающей должна была бы стать следующая позиция: законодательный (нормативный) инструментарий нельзя использовать против конкретных лиц, подобными методами не вправе действовать и исполнительная власть.

Наиболее распространенные формы ограничения основных прав (вторжение в их сферу и конкретизация) дополняются некоторыми особыми способами, которые обладают и дополнительными чертами. Это часть более общей проблемы ограничений основных прав, имеющих особый статус. Например, Основному закону известна специальная форма защиты от злоупотреблений в форме лишения основных прав (ст. 18). Следует учесть и возможность отказа от основных прав. Эта форма относится к свободам гражданина, который по собственному желанию не намерен пользоваться основными правами. В такой ситуации устанавливаются границы возможности распоряжаться своим правом. Оув же должны быть расплывчатыми.

Если какая-либо конкретная жизненная ситуация охватывается несколькими основными правами, может возникнуть реальная их конкуренция, что, в свою очередь, приводит к столкновению норм, очерчивающих их пределы. По общему правилу коллизия разрешается, когда норма основного права полностью или частично вытесняется другой в силу ее специального характера. Но как отмечается в теории защиты основных прав, ссылка на более об-

шую норму недопустима, когда гражданин не получает ответа в сфере более специальных положений о правах. Подобная ситуация возникает, когда область защиты остается за пределами регулирования. Для более четкого обозначения границ специальных и в силу этого предпочтительных норм, включая их незафиксированные границы, могут использоваться общие конституционные максимы, равно как и генеральные нормы, влияющие на толкование основных прав.

От этой ситуации отличаются случаи, когда несколько норм ; исполняются одновременно; здесь возможен эффект вытеснения какой-либо из них. Например, обе нормы в свете конкретной ситуации могут представляться в равной мере специальными, а очевидных функциональных преимуществ одного основного права перед другим нет. В большинстве таких случаев практическое значение проблемы смещается на определение допустимых ограничений.

Но при таком подходе в результате конкуренции норм возникает конкуренция их пределов. Правда, это предполагает, что регулирование одних оговорок об ограничениях прав пересекается с другой сферой таких оговорок. Если эта сфера перекрывается другими разграничениями, то конкуренции может и не возникнуть.

Смысл Конституции не состоит в том, чтобы функционирование основных прав использовалось в ущерб их обладателю. Поэтому и не пользуются преимуществом более интенсивные способы ограничений. Предпочтение должно отдаваться минимально допустимой степени ограничений. В то же время следует понимать, что цели, которыми мотивируются и обосновываются конкретные ограничения, должны соотноситься с конкурирующими конституционными положениями. Оговорки о законных ограничениях не воздвигают непреодолимых барьеров, если императивные конституционно-правовые требования защиты создают им противовес.

14. Принцип всеобщего равенства

Между принципом равенства перед законом и обеспечением одинакового правового положения граждан существует обусловленность, вызываемая их отношением к той или иной группе лиц или цели. Эта обусловленность означает, что формирование состава противоправного деяния, оправдывающее одинаковое применение норм, зависит от юридических последствий в каждом данном случае. Как того требует принцип равенства, выделение группы признаков, в рамках которой устанавливается состав деяния, должно отвечать преследуемой при этом цели правового регулирования, причем состав деяния и его правовые последствия должны быть существенным образом взаимообусловлены.

Правовой порядок распространяется на каждого и защищает основные права всякого человека. Все люди равны перед законом, поскольку никто не может быть освобожден от обязанности

следовать его требованиям. Принуждая следовать ему, право ставит под контроль всех граждан. Тем самым оно обеспечивает равенство всех людей перед законом и запрещает допущение каких-либо привилегий в его применении. Такое равенство является условием существования правового государства. Оно есть то всеобщее, что сохраняется и при своеобразии любого закона.

Личное достоинство и основные права, обеспечивающие свободу, а также равенство перед законом являются, исходя из традиций современной конституционности, принадлежностью каждого человека. Его права — основа и условие соблюдения принципа равенства, условие свободы и демократии.

Вопрос о равенстве ставится принципиально иным образом, когда право должно адекватно отразить фактически уже сложившуюся реальность, т. е. когда его содержательная сторона определяется скорее самой действительностью, чем правовой логикой Средства, находящиеся в распоряжении полиции для обеспечения безопасности, компенсационно-правовое регулирование действий по возмещению ущерба, законодательно устанавливаемые стандарты безопасности в строительстве, правовые критерии годности лекарственных препаратов или пищевых продуктов либо профессиональная пригодность определяются более существом дела, чем соображениями правового порядка. Само собой разумеется, что законодатель решает при этом и проблему требуемой безопасности и эффективности предполагаемой защиты. Но лежащая в основе закона фактическая сторона дела всегда определяется действительностью: исчезает какое-либо регулируемое нормами права привычное явление (например, паромная переправа через приток Рейна Неккар) либо реальная жизнь дает новый фактический материал, требующий правового оформления (например, обслуживание ЭВМ). Установление норм права является откликом на практические запросы.

Нередко, однако, при неизменной действительности меняется ее правовая квалификация, поскольку ценностное отношение к явлениям не стабильно. Например, из свободного времяпрепровождения спорт становится занятием для профессионалов, когда борьба за спортивные достижения благодаря государственным установлениям приобретает значение организованного развлечения и престижа, а потому требует с его стороны соответствующего регулярного вознаграждения. В настоящее время ужесточаются правовые требования к осуществлению мероприятий по защите окружающей среды, тогда как к половым правонарушениям отношение намного более снисходительно, чем раньше. В некоторых случаях состав правонарушения не определяется его деталями, сферой распространения, реальными ситуациями и характеристиками участников. Вместо этого даются такие открытые для последующего уяснения мотивировки, как поддержание общественного порядка, важность правонарушения, распространенность его в данной местности, и все это должно устанавливаться за пределами формулировок состава правонарушения.

Даже в том случае, когда в правовом отношении положению вещей дается однозначная и неизменно сохраняющаяся в дальнейшем оценка, вытекающие из нее следствия должны опираться на дифференцированное применение действующих правовых норм. Устанавливаемая Конституцией обязанность защищать человеческую жизнь требует для своего применения на практике принятия всеобъемлющих мер, но тем не менее не может гарантировать, что в действительной жизни не будет жертв несчастного случая или преступления. Статья 2 Основного закона ФРГ, с одной стороны, и нормы о наказании за преступления против жизни или об обязанности возмещения убытков — с другой, не вступают в противоречие между собой, а являются последовательно действующими составными частями единого правового порядка, созданного для предотвращения ущерба, а следовательно, и для недопущения его. Принцип равенства обеспечивает единство правопорядка посредством логического соотнесения юридических проблем, а не тем, что каждому гаранту в каждой конкретной инстанции, применяющей право, даются идентичные поручения. Таким образом, единство правопорядка означает существование дифференцированных, но при этом согласованных содержательных элементов права.

Открытый характер принципа равенства, предполагающий, что его применение требует соответствующего эталона для сравнения, делает необходимым введение критериев, позволяющих отделять существенные с правовой точки зрения общие признаки от существенных с той же точки зрения различий. Мера для правильного вычленения общего и выявления различий не содержится в готовом виде в самом принципе равенства, а лишь предполагается им. Тем самым этот принцип содержит в себе и указание на необходимость конкретизации того, что следует иметь в виду при проведении сравнений. Кто обязательным образом устанавливает, что в правовом отношении следует рассматривать как равное или неравное, тот и определяет конкретно, что представляет собой равенство.

Будет ли выводиться (для сравнения) мера, вытекающая из «природы человека» либо из закономерностей, характеризующих существо дела, определяется в зависимости от того, как должно пониматься требование соблюдения равенства. Если под равенством понимается всего лишь недопущение произвола, как представляется на основе общего ощущения справедливости, то содержание упомянутого принципа будет устанавливаться определяющей справедливостью инстанцией. Если же понимание меры для сравнения должно вытекать из содержания Конституции, то предполагается, что законодатель предписывает следовать не только общему принципу равенства, но и обоснованно применяемым понятиям тождества и различия.

Законодатель вырабатывает лишь общие ориентиры для единообразного понимания-принципа равенства, что объясняет случаи творчества без строгого регламентирования при некоторой

неопределенности в формулировании состава правонарушения или в предоставлении права на его толкование.

Если из открытого характера принципа равенства следует необходимость дополнительной правовой его конкретизации со стороны органов государственной власти, то задачи по соответствующему уточнению понимания данного принципа распределяются на основе их функций. Так, определением принципа равенства занимается скорее законодатель; выявление отдельных его особенностей — дело профессионально специализированных органов исполнительной власти; последовательное обеспечение вытекающих из закона требований находится преимущественно в руках судебной власти.

Особые требования при оценке того, как применять принцип равенства, предъявляет налоговое законодательство, поскольку цель и мера налогообложения не выводятся из фактического положения дел, а определяются правовым регулированием. Если бы дело заключалось лишь в том, чтобы следовать абстрактной цели обеспечения государственного бюджета финансовыми поступлениями, то этого можно было бы достигнуть просто повышая налоги. Однако целью является не размер денежных поступлений сам по себе, а такое участие государства в обеспечении успеха частного предпринимательства, которое оставляет в принципе на усмотрение человека вопрос о том, как ему распоряжаться своим имуществом и, соответственно, собственностью на производственные мощности и выручкой, и ограничивает роль государства созданием условий для получения доходов за счет собственной деятельности. Вот почему мерой для прямых налогов является то, насколько поощряется эффективность индивидуальной хозяйственной деятельности, а для косвенных налогов — то, насколько используется материальный потенциал лиц, приносящих доход, который, как предполагается, кроется в их имуществе, облагаемом налогом.

Принцип равенства содержит в себе прежде всего вытекающее из природы правового государства требование объективности, гарантирующее непреложность и всеобщность закона, беспристрастность и непредвзятость его применения и соответствующее существу дела толкование правовых норм.

Равенство как основное право, широко выступающее в виде притязаний на улучшение благосостояния, первоначально представляло собой лишь равенство в исполнении долга. Законы, установленные государством, имеют обязательный характер для всех, кто находится в его пределах, без различий состояния, положения или пола: никому не позволено ослушаться закона. Кроме того, каждый человек, находящийся в пределах государства, обязан поддерживать безопасность и благосостояние общественного целого в соответствии со своим социальным и имущественным положением. Существенным условием «учредительного договора» гражданского общества является то, что каждый член общества принимает на себя обязательство способствовать до-

стяжению его целей в меру своих сил и имущественного положения, а потому лично должен выполнять обязанности, уплачивать налоги.

Равенство долга — это равенство во взаимозависимости и в ответственности перед государством. Различия в понимании природы государства проявляются не столько в закреплённом в конституциях всех стран законопослушании и долге выполнять обязанности, сколько в налоговой повинности. Если государство в основном берет на себя защиту жизни индивида и его имущества, то налоговая повинность определяется размером обеспечиваемой безопасности; объектом обложения являются защищаемые человек и имущество, что выражается в подушном и имущественном налогах. Если же государство влияет на своих граждан не столько выполняемой для них работой, сколько возлагаемыми на них через правовые акты обязанностями, то размер налогового бремени не зависит от услуг, получаемых от государства данным гражданином.

Если в процессе все более равного распределения обязанностей уменьшается, а затем и окончательно теряет свое значение разделение людей в зависимости от их состояния и занимаемого положения, принцип равенства может быть полностью распространён на предметно-правовое регулирование соответствующих областей жизни и обеспечивать функционально оправданное равенство.

По мере усиления понимания того, что основные свободы являются свободами от государственного вмешательства, всеобщее равенство перед государством отступает на задний план. Конституция Веймарской Республики учреждала для каждого немца моральный долг использовать душевные и физические силы в интересах общего блага. Конституция ФРГ, напротив, ограниченно понимает конкретные правовые обязанности, сводя их к обязанности соблюдать законы и к таким пунктуально перечисленным отдельным обязанностям, как воинская и налоговая повинности; она упоминает о долге родителей, об обязательном обучении и т.д. и ограничивает когда-то единый для всех долг «верности» обязанностями на государственной службе и мерами, требующими групповых действий для защиты демократии. Кроме того, государство рассчитывает на готовность граждан напрягать свои душевные и физические силы для его пользы и действовать на благо семьи, во имя развития науки и искусства, гласности и информации. Конституционный долг превратился в нерегламентированное четко ожидание соблюдения Конституции, в предпосылку ее существования.

Конституция ФРГ не определяет основных обязанностей, но в принципе закрепляет равенство в соблюдении закона как основную обязанность граждан.

В человеческом равенстве есть общее, относящееся ко всем содержание. Эта его всеобщность и позволяет распространяться

идее равенства с содержащимся в ней представлением о человеке, невзирая на национальные или социальные границы.

Равенство нужно именно человеку, а не гражданину или представителю какого-либо социального слоя. Эта общезначимость сообщает принципу равенства такую силу, которая преодолевает разделение людей в пространстве и времени, но именно из-за этой общезначимости ослабляется его применимость в правовой практике. Принцип равенства проявляет свои формирующие качества во всех случаях, когда он применяется к индивидуальным и конкретным обстоятельствам жизни. Чем обобщеннее формируется принцип равенства, тем в большей степени он становится положением, способным к гибкой приспособляемости и учету различных ценностных ориентаций.

В требовании равенства содержится указание на правовое расхождение с реальной действительностью. Кто собирается изменить право, тот будет ставить под вопрос правомерность существования реальных условий; кто хочет закрепить фактическое состояние, тот будет оправдывать существующие различия в качестве естественных и необходимых. Идея равенства вначале опирается на констатацию неравенства, отсюда выводится требование равноправия, которое становится мерой обеспечения равного положения, пока не установлено равноправие.

Принцип равенства должен толковаться таким образом, чтобы воспринимать изменяющиеся запросы и оценки, но тем не менее при принятии решений обеспечивать справедливость. Сведение принципа равенства к запрету произвола приводит к опасности отождествления неравенства с произволом, т.е. с несправедливостью.

Равенство и свобода дополняют и подкрепляют друг друга, но их можно понимать, смотря по обстоятельствам, и как выражение одной и той же базовой ценностной ориентации. Принцип, гласящий «каждый в равной степени может требовать свободы и уважения к своему человеческому достоинству», непременно становится принципом права, противостоящим принципу власти, осуществляемой с позиций партийности. Условия, при которых люди наилучшим образом могут проявлять свои потенциальные возможности и, взаимно дополняя друг друга, создавать социальную общность, выражаются положением «каждый может в равной мере притязать на обладание свободой». Постоянный поиск равновесия между свободой и равенством становится своего рода бесконечной борьбой, в ходе которой демократическое общество устанавливает равную свободу через принятие общих для всех законов.

Все люди равны по правовому статусу как люди и граждане государства, но различны по своим способностям и ожиданиям. Отрицание этих различий означало бы игнорирование реальных возможностей, а тем самым и свободы. Поскольку социальное неравенство остается одним из определяющих элементов существования государства, сохранение его оправдывается тем, что оно

представляет собой составную часть надежды, а потому и свободы. Свобода дает равенство, позволяющее людям быть разными» -Я не отрицаю и не устрояю различий.

Равенство — это прежде всего равенство возможностей, включая возможность неравного выбора, возможность неравных успехов в области образования, а тем самым и в профессиональной деятельности, возможность брака, семьи, религии, объединений и политических партий как неравных по сравнению с другими общностей. Неизменное равенство, которым обладает каждый, гарантирует сохранение его положения как человека, гражданина и личности, а тем самым гарантирует его существование, участие в правовых отношениях и свободное раскрытие возможностей.

II. ОТДЕЛЬНЫЕ ПРАВА И СВОБОДЫ

1. Право на жизнь и личную неприкосновенность

Права, закрепленные в ст. 2, абз. 2 Основного закона, находятся в тесной связи с конституционными гарантиями человеческого достоинства. Эта связь вытекает прежде всего из признанного понимания гарантии именно как защиты против унижения человека.

Право на жизнь в отличие от прочих прав представляет собой не простую конкретизацию, а существенную предпосылку, жизненную базу человеческого достоинства. Это право гарантирует предваряющую и предшествующую правопорядку неприкосновенность физического существования человека. Соответственно жизнь рассматривается как единое и неделимое благо, абсолютно не подлежащее каким-либо ограничительным оценкам.

Объектом охраны в данном случае является прежде всего человеческая жизнь. В юридическом смысле она возникает еще до рождения. После решения Федерального конституционного суда от 25 февраля 1975 г. считается общепризнанным, что человеческий зародыш также подлежит конституционной защите как субъект права, обладающий частичной правоспособностью. Практически важным является и установление конца жизни. Эта проблема стала узловой в конфликте целей, обусловленных трансплантацией органов и поддержанием жизни.

Право на личную неприкосновенность охраняет целостность тела как материальную форму существования человека. В общем плане нарушение сферы защиты основных прав имеет место уже тогда, когда осуществляется непосредственное или опосредованное воздействие на субстанцию тела и его свойства. При этом не имеют значения последствия такого воздействия, будь то вред здоровью, бесплодие, боль и т. д. Воздействие на тело имеет место в результате не только его повреждения (удары, уколы, порезы и т.п.), но и лишения тела составных частей (взятие крови, отрезание волос) или введения в организм веществ (пример тому инъекции, вакцинации, наркотизация, принудительное питание).

Право на жизнь и личную неприкосновенность порождает в первую очередь негативное право на защиту от вмешательства государства. Этому корреспондирует субъективное право отдельного его носителя выступать против уже произведенных или угрожающих нарушений. Метод нарушения не ограничен противозаконным применением уголовно-правовых санкций или инструментарием исполнения управленческих решений, особенно непосредственным употреблением физической силы, но может выступать и в форме иного правового вреда, например отказа зачислить в вуз при уклонении от требуемого в данном случае рентгеновского обследования. Однако ожидаемое нарушение должно быть адекватным результатом государственной деятельности и относиться к ней, но не проистекать из деятельности третьих лиц, несущих самостоятельную ответственность. Особые проблемы возникают при нарушении рассматриваемых основных прав в результате допуска государством к использованию техники, сопряженной с риском. Они встают прежде всего в связи с применением атомной энергии, но в более широком контексте охраны окружающей среды приобретают общее значение.

Статья 2, абз. 2 Конституции допускает ограничения основных прав лишь на основании закона. Согласно признанному пониманию данной статьи, речь при этом должна идти о законе в формальном смысле слова. Здесь недостаточно ссылки на цель служебного или ведомственного отношения, даже если она и закреплена в законе. В равной мере полностью исключается допустимость ограничения основных прав нормами текущего законодательства.

В соответствии с общей природой основных прав право на жизнь и личную неприкосновенность наряду с ролью средства защиты обладает свойством общественной ценности. Этот факт не только является определяющим для сущностного формирования правопорядка, но и должен приниматься во внимание при толковании и осуществлении правовых норм в конкретных случаях. Так, при высылке иностранцев в регионы, охваченные кризисом, нужно принимать в расчет опасность, угрожающую там их телу и жизни.

Кроме того, ст. 2, абз. 2 Конституции служит также, согласно решению ФКС, позитивным основанием обязанности государственных органов защищать и поддерживать названные в ней правовые блага и особо охранять их от противоправного вмешательства со стороны третьих лиц. Здесь лежит настоящий центр тяжести гарантий, который обеспечивает их трансформацию в социальный порядок и тем самым всеобъемлющую охрану именно тех благ, которыми может что-либо угрожать.

Следует учитывать, что охрана жизни не обладает абсолютным приоритетом, поскольку необходима продуманная соподчиненность всех затрагиваемых ею правовых благ и законных интересов. Это приводит к сложным ценностным коллизиям в пограничных ситуациях, которые принято именовать эвтаназией. Разу-

меется, ссылку на естественный ход вещей с учетом функций и возможностей, которые отводятся медицине в жизни современного человека, нельзя рассматривать как достаточный критерий. Однако пациент не должен стать просто объектом и самоцелью врачебного искусства; в равной мере человеческое достоинство может явиться искусственным препятствием к достойной смерти или средством принуждения вести заранее обусловленную реальным физическим состоянием ущербную жизнь.

Такие конфликты ценностей требуют нормативного разрешения. Законодатель не может ни перевести их в неправовую плоскость частного усмотрения, ни передать профессиональным организациям или объединениям, сформированным по интересам. Правда, требования профессиональной этики дают государству опору для оценки общественных ценностных представлений, и они, как таковые, формируют содержание юридических обязанностей.

С материальной точки зрения решение авторов Конституции детерминировано недопустимостью распоряжаться извне человеческой жизнью. Отсюда следует, что защита должна при всех условиях предоставиться против явного убийства, с которым нельзя мириться ни в случаях «смерти из милосердия», ни в целях спасения третьих лиц, ни в целях изъятия у человека для трансплантации жизненно важных органов.

В отличие от этого конституционно-правовая защита жизни умирающего не обязательно считается нарушенной в результате неприменения или прекращения мер, искусственно продлевающих ее; при всех условиях защита не нарушается в случаях, если в результате наступления необратимой потери сознания полностью утрачена всякая возможность дальнейшего самосознания и самоуправления.

Диаметрально противоположной выглядит естественная потребность в защите и проблема интересов новорожденных. В этих случаях медицинское вмешательство означает не искусственное воспрепятствование смерти, а необходимую помощь для утверждения жизни. С юридической точки зрения здесь следует исходить из принципиальной обязанности оказания помощи. Выполнение этой обязанности часто только и обеспечивает способность к жизни.

Содержательной неопределенности и потребности в конкретизации обязанности государства по осуществлению защиты корреспондирует многообразие применяемых в этой связи способов. Их можно в наиболее крупном плане систематизировать в зависимости от того, представляется ли защита в результате собственно государственных мер либо опосредованно, через формирование социального порядка с помощью предписаний гражданского административного или уголовного права. По своей направленности предупреждающие меры, например уголовные санкции, могут быть сориентированы только на предотвращение нарушений. Но в ряде случаев они могут быть также нацелены как опосредованная защита основных прав — на возмещение послед-

ствий нарушений. Такая взаимосвязь присуща, например, мерам по компенсации ущерба жертвам преступлений, а также регламентации возмещения вреда при лишении жизни и телесных повреждениях. Такого же рода значение имеют государственные меры в области профилактики здоровья и реабилитации в рамках государственной системы социального страхования.

Право защиты взаимодействует с проблемой автономии личности при формировании «права на собственное тело». Здесь со всей остротой встает вопрос о противоборстве свобод личности и охраняющих свободу государственных ограничений. Во исполнение своей обязанности по защите государство прежде всего связано обязанностью предотвращать умышленное самоуничтожение, используя при этом полицейские и уголовно-правовые меры. Еще в меньшей степени желание либо согласие лица, которого это касается, может послужить основанием для исключения из общего запрета убийства третьих лиц. Вместе с тем Основной закон не запрещает самоубийство; праву на жизнь не корреспондирует конституционная обязанность жить, в том числе и как следствие обязанности по защите со стороны государства. Этому соответствует базирующийся на законе вывод о ненаказуемости покушения на самоубийство.

Не отличается принципиально от сказанного и право на личную неприкосновенность, которое также не служит основанием ни для полномочий субъекта права по распоряжению ею, ни для его обязанности сохранять ее. Индивидуальное самоопределение является исходным также для оценки лечебных мер, оно находится в точке пересечения индивидуальной автономии, врачебной профессиональной этики и государственной обязанности защиты. При всех условиях требование согласия на лечебные процедуры и неразрывно связанная с этим обязанность по разъяснению их сути имеют конституционный ранг.

Автономное начало права на личную неприкосновенность в конечном счете является основой свободы смерти, под чем понимается право на достойную человека смерть. В отличие от того, что имеет место при целенаправленной ликвидации жизни, будь то при помощи своей или чужой руки (самоубийство, или эвтаназия), государство принципиально не правомочно препятствовать непосредственно или опосредованно решительному желанию субъекта права положиться на естественное течение вещей. Это относится и к мерам, следующим за попытками самоубийства. Оно может быть как таковое предотвращено, но цель сохранения жизни не оправдывает никаких специальных вмешательств в осуществление основных прав.

2. Защита сферы частной жизни

Сфера частной жизни и человеческая личность в качестве ее носителя и объекта защиты — подобно понятиям «совесть», «вера», «искусство», «наука» — в той же мере юридически важны,

как и трудно определимы. Их содержание легче понять исходя из системы антропологических или социологических наблюдений. Юридическое понятие проистекает из правопорядка, который, в свою очередь, базируется на нравственном и культурном сознании народа. В Конституции, правда, отсутствуют понятия «сфера частной жизни», «интимная сфера», «частная жизнь». Однако там имеется достаточное число четких указаний о защите этой сферы; прежде всего следует отметить охрану тайны переписки в соответствии со ст. 10 Конституции и гарантию неприкосновенности жилища согласно ст. 13. Не подлежит никакому сомнению, что защита сферы частной жизни есть защита основного права. Конституционный суд ФРГ признал ст. 10 и 13 Конституции в качестве специальных гарантий защиты сферы частной жизни. Во всех отдельных гарантиях речь идет (во всяком случае прежде всего) о сборе сведений, касающихся личности; при этом могут существовать различные пути получения информации (подслушивание, наблюдение, истребование справок и т.д.). Сказанное относится и к ст. 13 Конституции. Специфика ее предписания состоит только в том, что защита от государственного ознакомления ограничена жилищем и в этом смысле пространственно формализована. С такой точки зрения защита частной жизни может быть охарактеризована как защита информации.

Защита свободы в целом, в том числе защита сферы частной жизни, мыслима лишь как беспробельная защита. Но как раз здесь в результате возрастания утонченности и интенсификации технических средств, связанных с функциональным превращением информации в товар, а также с громадной потребностью в ней со стороны управления, ориентированного на оптимально полный охват всех сторон существования, возможности и устремления к сбору сведений о сфере частной жизни возросли; к тому же автоматическая обработка данных существенно повысила возможность распоряжаться человеком в информационном поле.

Постулат о беспробельной защите сферы частной жизни базируется на ст. 2 (во взаимосвязи со ст. 1, абз. 1) Конституции, откуда вытекает, что и не поименованные в ней права и свободы должны учитываться и защищаться от нарушений. В целом сферу частной жизни следует рассматривать как юридическое понятие, подверженное развитию и зависящее от него. Сложности возникают прежде всего потому, что используемые для описания сферы частной жизни термины хотя и позволяют приоткрыть некоторые более или менее важные перспективы, но не оказываются приспособленными к тому, чтобы обозначить все пространство частной жизни.

В принципе ст. 2, абз. 1 Основного закона может применяться лишь тогда, когда исключается использование прямо регламентированных специальных прав и свобод. Эта субсидиарность нормативного предписания не умаляет, однако, его собственного значения. Сказанное относится и к ст. 1, абз. 1 Конституции, на которую в связи со ст. 2, абз. 1 ссылаются всегда, когда речь

идет обобщенно о праве личности или сфере частной жизни. Существенным представляется всеобщее признание, что ст. 2, абз. 1 Конституции охватывает всю личность, т. е. все человеческое существование во всех сферах его проявления, и что защита свободного развития целостной личности распространяется как на динамичные, так и на статичные элементы ее самореализации, обеспечивая в равной мере свободный образ действий человека и его фактическое и правовое бытие, причем последнее опосредованно гарантирует и свободу действий.

Наиболее существенным для человека является его достоинство. Вот почему ст. 2, абз. 1 должна всегда рассматриваться и интерпретироваться во взаимосвязи со ст. 1, абз. 1 Конституции, т. е. человеку должно быть во имя его достоинства обеспечено возможно более широкое развитие его личности. Достоинство и свобода — это корреспондирующие друг другу феномены. ФКС категорически подчеркивает, что любые имевшие место в ходе судопроизводства определения не описывают ограничительно содержание права личности и, следует добавить, этого не смогут сделать никакие последующие решения. Так, право на организацию личной жизни охраняет непосредственность контактов, доверительность бесед и их защищенность от вторжения извне.

В том же направлении действует защита от ознакомления с историями болезней посторонних лиц или публичной власти, право сопротивляться воздействию третьих лиц в сфере сексуальных отношений, право отказываться от предоставления определенной информации о самом себе. В случае сбора сведений, относящихся к частной жизни, против воли лица, о котором идет речь, мы сталкиваемся с типичным нарушением основных прав, защищать которые призваны гарантии ст. 2, абз. 1 в увязке со ст. 1, абз. 1 Конституции. Что касается права на собственный образ, то во главе угла его гарантий стоит использование относящейся к личности информации, особенно ее обработка в форме хранения, передачи, изменения и погашения (см. Федеральный закон об охране информации).

Статья 13 Основного закона о неприкосновенности жилища гарантирует «негативное» основное право, которое обращено исключительно к государству (в качестве адресата основных прав в соответствии со ст. 1, абз. 3 Конституции). Это предписание не имеет, как в принципе все основные права, непосредственного воздействия на третьих лиц, иными словами, не защищает жилище от нарушений со стороны частных лиц. В последнем случае действуют исключительно обычные (т. е. неконституционные) предписания законов, в первую очередь уголовного права (§ 123 и след. УК) и гражданского права (§ 854 и след.; § 823 ГК). Под жилищем в смысле ст. 13 Основного закона следует понимать любое помещение, которое человек избрал как место своего пребывания и существования, исключив его из сферы неограниченной всеобщей доступности. При этом не имеет значения внешний вид помещения; под защиту ст. 13 Основного закона подпа-

дают и богатая вилла, и избушка или палатка, и передвижной домик для путешествий, и катер с каютой. Важно только, чтобы это помещение использовалось (хотя бы время от времени) для проживания и чтобы посторонние были оповещены при помощи внешних знаков (в частности, ограждения) о недопустимости проникновения в него. Защищаются не только жилые, но и вспомогательные помещения (лестницы, чердаки, погреба, коридоры, веранды, гаражи), так же как и сопутствующее имущество, если оно непосредственно примыкает к жилищу и попадает в частную сферу (сад, двор).

Носителем основного права в соответствии со ст. 13 Конституции могут быть не только граждане, но и национальные юридические лица частного права, поскольку данная статья по своей сущности (ст. 19, абз. 3) может быть реализована так же корпоративно; то же относится и к не обладающим правами юридического лица объединениям (коммандитным товариществам, открытым торговым товариществам), и к не имеющим прав юридического лица союзам. Юридические лица публичного права, наоборот, исключаются из числа носителей данного основного права, поскольку государство не может быть одновременно адресатом предписания и уполномоченным на его исполнение.

Постулат неприкосновенности жилища, разумеется, не означает, что она вообще не может быть нарушена. Требуется лишь, чтобы это не происходило противозаконно. Как всякое основное право, свобода жилища не гарантируется абсолютно. Жилище не является экстерриториальным помещением. Конституция различает ограничения основного права в форме обысков и прочих вмешательств властей (ст. 13). В принципе обыски допускаются только на основании распоряжении судьи в соответствии с законом

Статья 10 Конституции содержит гарантии неприкосновенности таких основных прав, как тайна переписки, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Речь идет о субъективных публичных правах в смысле права на защиту, которое может быть обращено только против государства, а не против третьих лиц непосредственно. Что касается объективно-правовой стороны основных прав, то она, согласно ст. 10 Конституции, такая же, как и по ст. 13.

Вопросы возможного осуществления основных прав четко увязаны в ст. 18 Основного закона с соображениями политического характера. Хотя в ст. 10 и не закреплено право участия в политике, все же предписания ее имеет смысл соотносить со ст. 18, поскольку лица, злоупотребляющие другими основными правами (особенно закрепленными в ст. 5, абз. 1) и выступающие как противники Конституции, могут быть поставлены под необходимый контроль, в том числе путем лишения их основного права, вытекающего из ст. 10.

Особым видом права на собственный образ является защита сведений о личности, т. е. информация о человеке. Федеральный

закон о защите информации хотя и понимает под этим любое единичное сведение, однако сфера охраняемых законом отношений ограничивается личной информацией, которая собирается в банки данных, изменяется, гасится или передается из банков данных, иными словами, как-то обрабатывается. Право на собственный образ и особенно защита информации принадлежат любому физическому лицу. На юридических лиц публичного или частного права эта защита информации, являющаяся правом человека, не распространяется.

И в данном случае адресатом основного права выступает государство. Необходимо, однако, чтобы защите информации (в соответствии со ст. 2, абз. 1 во взаимосвязи со ст. 1, абз. 1 Конституции) в отношении средств массовых коммуникаций было придано такое же значение, как и в отношении официальных учреждений, обрабатывающих сведения о личности. Принципиальное значение имеет не столько факт сбора и обработки данных, сколько их передача третьим лицам, т.е. распространение.

Преодолевая абсолютный запрет ущемления права на собственный образ, ФКС исходит из принципа допустимости ограничения основных прав во имя превалирующего общественного интереса. Речь может идти о двух принципиальных благах, которые должны быть уравновешены возможно щадящим для каждого из них образом. Так, личностные данные, обработанные для статистических целей, имеют четкую ориентацию на выполнение определенных задач и, как правило, анонимны. Поэтому можно заранее рассчитывать, что опасность, исходящая от результатов такой обработки для права на собственный образ, будет минимальной. Однако особо велик всеобщий интерес в существовании разветвленной служебной статистики и ее функциональной пригодности, поскольку только она создает базу для государственной политики, неотъемлемой от ориентации на принципы социального государства. Специфика обработки информации для статистических целей состоит в принципиально необходимом разделении статистики и управления и вытекающих отсюда ограничениях в передаче или распространении сведений.

3. Свобода личности

Свобода личности защищена ст. 2, абз. 2 Конституции. Объектом гарантии основного права здесь является свобода перемещений в пространстве. Систематический анализ взаимосвязи ст. 2, абз. 2, и ст. 104 Конституции показывает, что право личной свободы считается нарушенным лишь в тех случаях, когда свобода перемещений ограничена физически, т.е. в результате непосредственного принуждения. Такое толкование подкрепляется историей возникновения этой нормы, которая в историческом плане привязана к праву, регламентирующему свободу от неправомерного ареста. Типичными ограничениями личной свободы считаются: арест, предварительное заключение под стражу, задержание

полицией, принудительная эвакуация, принудительное обследование, принудительное помещение в больницу, приют или в семью.

Основное право на защиту от физических ограничений свободы перемещений необходимо отличать от свободы передвижений под которой понимается право выбора постоянного места пребывания и жительства в пределах ФРГ (ст. 11), а также от свободы собраний и демонстраций (ст. 8 Основного закона). Ограничение свободы пространственных перемещений в результате физического принуждения означает одновременное ограничение свободы перемещений и свободы собраний. В этих случаях применяется только ст. 2, абз. 2 Основного закона; напротив, ст. 11 и 8 Конституции неприменимы.

Согласно ст. 2, абз. 2 Конституции, основные права на жизнь, личную неприкосновенность и свободу личности могут быть ограничены только законом. Статья 104, абз. 1 кроме того, четко предписывает, что для ограничений свободы личности необходим закон в формальном смысле; установление таких ограничений — исключительная компетенция законодателя. Согласно ст. 104, абз. 2 Конституции, лишение свободы как интенсивное вмешательство в свободу личного перемещения осуществляется по решению судьи в соответствии с установленным законом порядком судопроизводства. Предмет судебного решения при этом определен вопросом о допустимости и продолжительности лишения свободы; в отличие от этого вопросы о форме исполнения такого решения не входят в сферу судебного рассмотрения. В случае, если право о необходимости предварительного судебного решения не было или не могло быть соблюдено, следует руководствоваться нормой, согласно которой судебное решение должно последовать незамедлительно. Это указание закона одновременно свидетельствует о том, что принятие судебного решения по уже имевшему место лишению свободы является исключением. Что касается временного масштаба лишения свободы, осуществляемого полицией, то задержанные не могут находиться в полицейском участке дольше, чем до конца дня, следующего за тем, когда они были задержаны.

Статья 104, абз. 4 Конституции преследует цель не допустить бесследного исчезновения людей в результате действий публичной власти. Поэтому о каждом судебном решении по вопросу о лишении свободы и его сроке должен быть немедленно уведомлен кто-либо из родственников задержанного или пользующееся его доверием лицо. Обязанность уведомления возложена Конституцией на судью. Ее выполнение носит безусловный характер и, следовательно, не зависит от наличия соответствующего ходатайства арестованного и не может быть проигнорировано со ссылкой на возможные помехи проведения расследования.

Носителями основного права свободы личности, согласно ст. 2, абз. 2 Конституции, являются все физические лица, независимо от того, обладают ли они дееспособностью и естественной способностью и самостоятельной волевой деятельностью. Как общее

право человека рассматриваемое право принадлежит и иностранцам.

4. Свобода передвижения

С международно-правовой точки зрения следует различать две функции свободы передвижения: свободу нахождения, выбора места пребывания и жительства внутри страны и выходящую за границы государства свободу выезда за его пределы, переезда на жительство в другую страну и в случае необходимости — беспрепятственного возвращения на родину.

Статья 48 и другие Договора о ЕЭС от 25 марта 1957 г. уполномочивают органы ЕС издавать директивы и распоряжения, направленные на ускоренное обеспечение свободы перемещения рабочей силы и свободы поселения. На основе права Сообщества во взаимосвязи с решением его Суда возникло особое право граждан стран ЕС, которое отделилось от общего права иностранцев. Наиболее существенные положения права ЕС о проживании федеральный законодатель урегулировал в Законе о въезде и пребывании граждан стран — членов ЕЭС от 22 июня 1969 г. Согласно этому закону, на граждан стран — членов ЕС положения Закона об иностранцах распространяются только с теми изменениями, которые вытекают из положений Договора об образовании ЕЭС 1957 г., касающихся свободы передвижения, свободы выбора места пребывания (жительства) и недискриминации.

В отличие от международно-правовых гарантий свободы передвижения эта свобода распространяется у нас с самого начала по Основному закону ФРГ лишь на немцев. Гражданам других государств право на иммиграцию предоставляется только в соответствии со ст. 16а, принятой в мае 1993 г., в тех случаях, когда они, как политически преследуемые, ищут убежища в ФРГ.

Свобода передвижения существенно дополняет личную и духовную свободу. Основной закон учитывает тот факт, что даже в свободном обществе в силу отношений социального характера или исходя из личных причин перемена места жительства может оказаться условием личного или духовного развития.

Конституция не дает в ст. 11 определения понятия свободы передвижения. В первоначальной редакции этой статьи была предпринята попытка описания данного понятия за счет добавления права на свободу нахождения и выбора места жительства, что в дальнейшем было признано излишним. Свобода передвижения в смысле ст. 11 содержит и статичный, и динамичный элементы. Она охватывает как пребывание на одном месте, так и его перемену. Понятие местожительства расшифровывается в §7 Гражданского кодекса. В смысле ст. 11 Конституции это понятие должно трактоваться расширительно. Сюда относится также частное бюро или место врачебной практики. Поэтому возможно наличие у гражданина не одного, а нескольких мест жительства.

ва, будь то в форме второй квартиры или места профессионального поселения. Свобода места пребывания охватывает свободу находиться в определенном пункте в течение краткого или продолжительного срока, не создавая там места жительства. Длительная перемена места, например продолжительные поездки с профессиональными или личными целями, подпадает под действие ст. 11 Основного закона. Однако действие этой статьи не распространяется на ежедневные поездки на работу и домой либо за покупками.

Свобода иметь место пребывания и жительства на территории ФРГ обычно рассматривается как свобода передвижения внутри федерации в целом, т.е. без учета границ между землями, что вообще характерно для федерации, между отдельными общинами и внутри них. Свобода передвижения может в принципе осуществляться и в негативной форме, т.е. в форме свободы сохранения своего нынешнего жилища или свободы оставаться на нынешнем месте. Следовательно, ст. 11 защищает от принудительных переселений и тем самым гарантирует право на родину. Статья 11 охватывает также свободу въезда в ФРГ.

Статья 11 защищает от фискальных обременений, которые могут быть связаны с переменой места. Сказанное относится и к свободе взять с собой при перемене места свою собственность; Без этого само передвижение во многом потеряло бы смысл, поскольку носитель основного права в случае перемены места **мог** бы быть лишен средств к существованию. Так как ст. 11 распространяется и на юридических лиц, свобода передвижения которых во многом зависит от возможности перевода имущественных ценностей, свобода передвижения приобретает в свете этого существенное хозяйственно-конституционное значение.

Ограничения свободы передвижения могут иметь место только в соответствии с законом или на основе указанных в ст. 11, абз. 2 Конституции законных предпосылок. Закон по смыслу ст. 11 Конституции может быть и законом земли. При этом необходим закон в формальном смысле слова в отличие от предписаний или нормативных распоряжений исполнительных органов.

Согласно ст. 73, п. 3, регламентация свободы передвижения::, составляет исключительную компетенцию федерации. Это не означает, что ограничения свободы передвижения могут устанавливаться только федеральным законом. Во-первых, даже в пределах; исключительной нормотворческой компетенции федерации имеется возможность делегирования полномочий законодателю земель, (ст. 71 Основного закона). Во-вторых, такие ограничения в виде исключения могут иметь место традиционно в рамках общей нормотворческой компетенции земель, особенно в вопросах полицейского права. Примером служат ограничения свободы передвижения при катастрофах и несчастных случаях, которые не регламентируются федеральным законодателем. Иногда ограничения свободы передвижения связаны с необходимостью отражения опасности, грозящей целостности или сво-

бодному демократическому строю федерации либо одной из земель; с угрозой эпидемии или необходимостью преодоления последствий природных катастроф либо особо тяжелых несчастных случаев; с потребностью защиты подростков от безнадзорности или предотвращения уголовно-наказуемых действий, а также с задачами обороны и защиты гражданского населения. Ограничения свободы передвижения в названных случаях могут базироваться наряду с положениями ст. 11, абз. 2 Конституции на нормах ст. 17а, абз. 2 Основного закона, касающихся вопросов обороны, включая защиту гражданского населения. Особо разветвленные ограничения права на выбор места пребывания и жительства связаны с военной и альтернативной ей службой.

Конституция ФРГ не упоминает прямо о свободе выезда из страны и свободе эмиграции. Тем не менее существует единое мнение, что свобода выезда также обладает конституционной защитой. Историческое толкование конституционных норм свидетельствует о том, что законодатель сознательно исключил свободу выезда и свободу эмиграции из круга отношений, подпадающих под защиту в качестве элемента свободы передвижения. Однако развитие личности в смысле ст. 2, абз. 1 Конституции охватывает в принципе также право поиска своей судьбы вне пределов ФРГ.

Подобно свободе передвижения свобода выезда и эмиграции в принципе включает также право взять с собой имущество, поскольку это необходимо для эффективного осуществления права на свободу передвижения. К имуществу причисляются притязания на пенсию. Для иностранцев существуют, однако, пока известные ограничения в части возмещения взносов на пенсионное страхование.

Для выезда с территории ФРГ в принципе необходим паспорт. Поэтому ограничения в выдаче паспорта затрагивают свободу выезда и свободу эмиграции. Параграф 7 Закона о паспортах обязывает власти в ряде случаев отказать в выдаче паспорта. К ним относятся, помимо прочего, попытки уйти от уголовного преследования или исполнения уголовного наказания, уклонение от обязанностей по уплате налогов и законных платежей по содержанию других лиц, нарушения таможенных и валютных предписаний и неправомерное вступление на военную службу иностранного государства. Если фактический состав этих ограничений соотнести с границами действия ст. 2, абз. 1 Конституции, то не возникает каких-либо существенных конституционно-правовых сомнений. Помимо названных случаев пункт «а» части первой § 7 Закона о паспортах предусматривает отказ в выдаче паспорта, если заявитель, обладая паспортом, ставит под угрозу внутреннюю либо внешнюю безопасность или иные существенные интересы ФРГ либо одной из земель.

5. Право убежища

Статья 16 Конституции наделяет политически преследуемых лиц индивидуальным притязанием в отношении права убежища в ФРГ. Оно принадлежит исключительно иностранцам и лицам без гражданства. Это право включает как нахождение на территории Германии, так и отказ в выдаче упомянутых лиц. Конституция не раскрывает понятия «лицо, политически преследуемое». Право убежища приобрело четкие контуры в результате деятельности Федерального административного суда и Федерального конституционного суда. В соответствии с установившейся практикой, особенно Федерального административного суда, понятие «политический» в смысле ст. 16 Основного закона стыкуется с понятием «беженец» согласно ст. 1«а» Женевской конвенции о беженцах. Эта статья Конвенции предусматривает, что защитой в форме права на убежище пользуется тот, кто по мотивам расы» религии, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или на основе политических убеждений подвергается преследованиям, сопряженным с угрозой здоровью и жизни либо с ограничением личной свободы, или обоснованно опасается таких преследований.

В одном из своих решений ФКС четко высказался по вопросу о принципиальном различии между отказом в выдаче лица, совершившего деяние, квалифицируемое как политическое преступление, и предоставлением убежища политически преследуемому лицу. Если предпринимаемые властями меры имеют целью только защиту государства и его институтов, речь не может идти о политическом преследовании. Если же совершивший караемое в уголовном порядке деяние преследуется именно из-за его личных, особенно принадлежащих ему от природы, свойств, то в силу этого мотива преследование становится политическим в смысле ст. 16, абз. 2 Основного закона. Иными словами, названная статья защищает не всех людей от любых эксцессов со стороны государства, а также не от любого нарушения человеческого достоинства или принципов правового государства. Тот, кто покидает родину, чтобы избежать царящих там неблагоприятных политических, экономических или социальных условий жизни, не может считаться преследуемым. Особые трудности и опасности, которым подвергается все население в ходе восстаний, гражданских или межгосударственных войн, тоже не считается преследованием. Нарушение прав и тем самым преследование в смысле права на убежище определяются применительно не к правопорядку ФРГ и тем более не к нашей Конституции, а только к режиму, царящему в иностранном государстве.

Согласно решению Федерального административного суда, имеются следующие имманентно присущие Основному закону ограничения права убежища: угроза безопасности ФРГ, угроза общественной безопасности и исчерпание возможности предоставления убежища в связи с большим числом ходатайствующих о

том. Право на убежище включает обязанность ФРГ предоставить лицу, обладающему таким правом, основу для достойного человеческого существования; это значит, что ему должны быть предоставлены благоприятные материальные условия как минимум на первое время после предоставления убежища.

6. Охрана брака и семьи

Статья 6, абз. 1 Конституции гласит: «Брак и семья находятся под особой защитой государства». Однако ни Конституция, ни обычные законы не определяют, что следует понимать под браком и семьей. ФКС понимает под браком союз мужчины и женщины в целях создания при содействии государства нерасторжимо го сожительства. Тем самым из понятия семьи исключаются гомосексуальные связи.

В результате создания правовой формы семейные отношения, брак и семья приобретают три неразделимых, соединенных в одно целое образа: естественный, нравственный и правовой. При этом юридическая сторона здесь самая незначительная. Брак заключается не для общих целей государства, общества или народной общности, а для супругов и их будущих детей. Только в условиях этой нравственной автономии, следовательно, опосредованно, но с потенциальной возможностью воздействия, брак имеет значение как для общества, так и для государства. Это дает основание говорить о семье как ячейке общества.

При определении понятия «семья» ФКС старается умышленно обходить наиболее существенный вопрос, должна ли семья обязательно базироваться на браке. Чаще Суд высказывается по вопросу о том, каков круг лиц, подпадающих под понятие семьи с точки зрения Основного закона. Его суждения об этом таковы:

семья должна пониматься не как сообщество, охватывающее несколько поколений людей, а лишь как ведущая совместное хозяйство семья в узком смысле этого слова, т. е. родители и их дети;

по достижении совершеннолетия дети не обязательно выходят из семейного союза; детьми в семье считаются также падчерицы и пасынки, приемные дети, дети, принятые на воспитание, а также внебрачные дети.

Согласно юридической теории, из ст. 6, абз. 1 Конституции для государства вытекает позитивная задача не только оберегать брак и семью от нанесения ей вреда со стороны какой-либо иной силы, но и содействовать им путем принятия соответствующих мер; в негативном плане ст. 6, абз. 1 Основного закона запрещает наносить вред браку и семье или ущемлять их как-либо иначе. Статья 6, абз. 1 представляет собой непосредственное действующее конституционное право, а не просто программное положение. Это ныне признается всеми, хотя отсюда до сих пор не было сделано надлежащих выводов для определения сферы, охраняемой названным предписанием.

Охрана брака и охрана семьи взаимосвязаны. Растущее стремление замужних женщин к профессиональной работе вне семьи и возможность контроля над рождаемостью отнюдь не означают обязательного разрыва этих связей. Задача государства в изменившейся социальной действительности состоит не в том, чтобы обращаться к гражданам с моральными призывами или стараться вернуть замужних женщин с помощью прямых или косвенных мер обратно к плите; государство должно стремиться, чтобы принимаемые им в интересах брака меры не вредили интересам семьи, не влекли за собой ослабления связей между обоими общественными институтами.

Важное значение семьи проявляется в ее воспитательной роли, которую она может играть только пока она свободна и автономна. Вот почему подлинно конституционным является не толкование ст. 6, абз. 1 Основного закона во взаимосвязи с принципом социального государства, а охрана семейной сферы от ее стандартизации в результате социально-правового вмешательства, не гармония, а взаимодействие между этими обоими конституционными предписаниями. Только в той мере, в какой государственная власть выдерживает такое напряжение, она действует так, как надлежит культурному государству; культура не может возникнуть вне свободного общественного пространства. Как бы ни оценивалась роль государственной школы, без свободной семьи, без ее естественного противовеса государству обедняется культура народа.

Свободная семья является в принципе сообществом, реализующим права по отношению к государству. Исходя из Конституции, супруги должны быть свободны в детальной регламентации внутрисемейных отношений по своему усмотрению. В принципе свободно должны формироваться и отношения родителей к детям. Одна из важнейших задач родителей — воспитание дееспособности в сфере основных прав. Желание создавать антагонизм прав детей и родителей заведомо не соответствует характеру семьи как общественного института.

Без финансовой подстраховки многие семьи быстро оказались бы финансово ущербными. Убедительным свидетельством того, что в этой сфере делается слишком мало, служит тенденция к бездетной или статистически «полуторадетной» семье, хотя на первый взгляд баланс государственных действий в данном вопросе выглядит позитивнее, чем в сфере охраны свобод вообще.

На первом плане индивидуальной защиты основных прав, согласно ст. 6, абз. 1 Конституции, находится право каждого человека на беспрепятственное заключение брака. Это право охватывает не только правомочие вступить в союз с выбранным по своему усмотрению партнером, но и правовые средства, позволяющие противостоять неправомерным преградам со стороны государства, прежде всего в форме препятствий при заключении брака. Суть гарантии свободы, предусмотренной ст. 6, абз. 1 Основного закона, состоит в том, что государство, устанавливая пре-

пятствия при заключении брака, должно проявлять большую сдержанность: оно вправе противиться желанию обладающего брачной правоспособностью мужчины и обладающей брачной правоспособностью женщины лишь тогда, когда имеются убедительные причины, вытекающие из самой сути брака.

Иначе обстоит дело, когда речь идет об имеющем под собой достаточное основание взгляде о наличии препятствий для брака между близкими родственниками. Правда, ныне такое препятствие не рассматривается больше как существенное по мотивам генетического и биологического характера, однако в литературе убедительно показано, что этические соображения, как и прежде, оправдывают этот запрет.

В организации совместной жизни супруги свободны. С принятием новой редакции § 1356 Гражданского кодекса, согласно которой супруги по взаимному согласию решают вопрос о ведении домашнего хозяйства, государство отказалось от регламентации данной сферы жизни. Поэтому в соответствии с ст. 6, абз. 1 Основного закона сегодня считается само собой разумеющимся, что законодатель не вправе, например, ссылаясь на естественную роль матери в вопросах ведения дома и воспитания детей, чинить ей препятствия в самостоятельном выборе рода занятий. Наоборот, перед законодателем стоит скорее задача создавать и поддерживать для обоих супругов в соответствии с их собственным решением равный доступ к рынку труда.

Во внешних отношениях семейное сообщество также построено на принципе формального равноправия; в качестве семейной фамилии супруги могут выбрать при заключении брака добрачную фамилию мужа или жены. Тот супруг, фамилия которого не становится семейной, вправе иметь двойную фамилию. Тем самым действующий Гражданский кодекс сохраняет единство семейной фамилии, которое не является обязательным согласно ст. 6 Конституции, однако имеет в немецком правовом пространстве давние традиции.

Случаи заключения браков гражданами разных государств встречаются все чаще. Вот почему соблюдение принципа единства семейной фамилии не удается осуществить полностью. После вступления в силу Закона об учете новых норм международного частного права 1986 г. действует коллизионное правило: в вопросе об избираемой супругами фамилии определяющим является национальное право носителя соответствующей фамилии. Это приводит к различию фамилий супругов в случаях, когда национальное право одного из них не признает изменения фамилии в результате заключения брака.

Реформа 1976 г. в области развода, с одной стороны, облегчила путь к нему, сведя основания его к фактам разрушения семьи, т. е. развод может состояться, если брак распался (§ 1564

Гражданского кодекса); с другой стороны, закон усугубил последствия развода тем, что предусмотрел распределение притяза-

ний и благ в принципе без учета платежей и убытков, имевших место во время брака, а также не принимая во внимание причины развода. Интересы несовершеннолетних детей, родившихся в браке, в сохранении такого брака принимаются во внимание лишь в виде исключения (§ 1568 части первой Гражданского кодекса).

Право на получение содержания (алиментов) разведенного супруга связано исключительно с работоспособностью супругов. Особой критике был подвергнут институт выравнивания обеспеченности существования, при помощи которого законодатель стремился компенсировать введенное им облегчение развода. Экономически более слабый партнер, лишившись права противодействовать стремлению другого супруга развестись, приобрел взамен этого при разводе обеспечение на случай наступления старости и инвалидности.

Выравнивание обеспеченности существования производится в принципе исходя из сопоставления видов и перспектив на получение обеспечения в связи со старостью или общей либо профессиональной нетрудоспособностью, которые каждый из супругов приобрел во время брака. Супругу с более низким доходом причитается в качестве компенсации половина разности суммы, образовавшейся при сравнении доходов обоих супругов. Правило о выравнивании обеспеченности могло, однако, приводить к таким трудно предсказуемым обременениям, которые сделали бы расторжение брака в силу финансовых оснований невозможным. Законодатель прореагировал на это рядом актов, возложив практически задачу выравнивания обеспеченности существования разводящихся супругов на суды.

Статье 6, абз. 1 Основного закона соответствует правило § 1582 Гражданского кодекса о том, что при исчислении размера содержания разведенного супруга он имеет преимущество перед новым супругом. Поэтому нельзя считать, что эта норма Конституции защищает второй и последующие браки в той же мере, что и первый. Так как имущественные возможности, как правило, не позволяют выполнять многократно обязанности по содержанию, неизбежна их градация. В этом смысле полностью соответствует ст. 6 Основного закона оказание предпочтения разведенному супругу от прежнего брака по сравнению с новым супругом, который в конечном счете знал, что его связь обременена своего рода имущественной ипотекой. Тот же ранжир установлен § 1609 Гражданского кодекса для притязаний на содержание детей от первого и второго браков.

Исходным пунктом при подходе к вопросу о фактическом браке служит следующее: в результате осознанного решения оба партнера решают организовать сожительство иного плана, чем брак. При этом они стремятся избежать тех обязанностей, которые влечет за собой вступление в брак. Вот почему непосредственное применение правил, относящихся к браку, к такого рода сожительствам либо даже применение этих норм по аналогии

противоречит воле сторон и четко выраженному в Конституции намерению гарантировать браку и семье, и только им, особую защиту. Этот принцип не должен, однако, приводить к тому, что общественный феномен, имеющий достойные внимания масштабы, вообще окажется вне поля зрения права.

Хотя принципиальное уравнивание такого сожительства с браком и семьей исключается, все же, исходя из смысла Основного закона, "в отдельных обоснованных случаях нельзя исключать к ним одинаковый подход. Как обычно, трудности содержатся в деталях. Так, признание притязаний по выравниванию доходов, наследование по закону в качестве фактических супругов или выравнивание обеспеченности существования, разумеется, не могут иметь место, поскольку они составляют суть правовой связи. Также в принципе не возникают никакие притязания по содержанию; однако возможны притязания на вознаграждение сотрудничества, ведения домашнего хозяйства и аналогичных услуг. Таким образом, внебрачное сожительство теряет ряд благ, которые закон сознательно предоставляет семье, и только ей, исходя из интересов семейного мира. Многое, однако, свидетельствует о том, что судебная практика находит правильную линию в обращении с такими явлениями, поскольку она лучше, чем законодатель, видит то, что наиболее существенно в заключенном надолго браке и в каких случаях поэтому аналогия недопустима.

При подходе к проблеме защиты семьи как элементу правопорядка вопросы правового регулирования налогообложения и социальной помощи должны рассматриваться вместе, поскольку и та правовая материя, и другая имеют в виду один и той же фактический состав: финансирование брачного и семейного союза из собственных или одновременно из общественных средств. И в том, и в другом случае необходимо сопоставление расходов, которые в силу необходимости производятся самой публичной властью, и расходов, которые она учитывает при обложении налогами находящейся на самофинансировании семьи.

Сфера защиты, предоставляемой согласно ст. 6 Основного закона, не ограничена немецкими браками и семьями; она охватывает все брачные и семейные сообщества, независимо от того, где и по нормам какого правопорядка они созданы и должны ли последствия брачного или семейного союза определяться по немецкому праву или по праву иностранного государства.

7. Права родителей

Права родителей представляют собой конституционную проблему большой сложности. Она проявляется прежде всего в социальных ролях тех, кого непосредственно затрагивает: родителей и детей. Основной закон рассматривает складывающиеся между ними отношения сквозь призму брака и семьи (ст. 6, абз 1). Исходя из предпосылки единства здорового брака и семьи, право

родителей предстает прежде всего в виде защиты личностного характера сообщества родителей и детей и свободы родителей создавать такое сообщество и организовывать его функционирование. Однако даже с учетом этой предпосылки необходимо помнить о возможности существования конфликтов между родителями, между родителями и детьми, а также других осложняющих обстоятельств (неполные семьи после смерти одного из родителей). Да и ребенок — младенец или подросток — не одно и то же. Все это заведомо требует правового регулирования.

Право родителей не может исходить только из предпосылки здорового брака и семьи. Оно должно учитывать сложности, которые возникают, если родители не состоят в браке или состоят в браке, но не между собой; когда естественное родство и юридическое не совпадают или не совпадает социальное и юридическое родство; когда не совпадает даже естественное, социальное и юридическое родство.

Право родителей не только само является основным правом; оно служит также средством осуществления других основных прав, которые, в свою очередь, придают ему дополнительный смысл. Право родителей есть средство решения общественной проблемы, которая так очевидна, что на ней обычно не акцентируют внимание: дети с первого мгновения жизни нуждаются в помощи и заботе. Право связывает эту помощь и заботу с родителями. Следовательно, их право изначально является и возлагаемой на них обязанностью.

В аспекте основных прав изложенное выше означает, что главная цель прав родителей и детей состоит в защите и содействии развитию человеческого достоинства (ст. 1, абз. 1 Основного закона). Эта цель оправдывает защиту автономных образований, пока и поскольку они служат защите и содействуют развитию человеческого достоинства тех, кто в них входит. Порядок, обусловленный существованием основных прав, исходит из того, что автономные образования решают эту задачу. Однако он не может допустить простой видимости осуществления данной задачи. Вот почему он должен защищать тех, кто в автономных образованиях является слабейшим, кто подвергается большей опасности.

Право родителей есть именно их право. Оно предоставляет им возможность свободы действий в отношении детей. Но право родителей учитывает также интересы детей, поскольку их человеческое достоинство лучше защищено и полнее может развиваться в тех случаях, когда они доверены родителям, чем когда они находятся в чужих руках. Дети всегда слабейшие — в любом смысле и при любом стечении обстоятельств: в физическом, духовном, экономическом, правовом отношении. Поэтому правопорядок предусматривает особую ответственность за детей. Он не может ограничиться только предоставлением правомочий родителям. Правопорядок должен также обязывать родителей (ст. 6

Основного закона). Это уникальный случай, когда основное право и основополагающая обязанность непосредственно соответствуют друг другу и сливаются в ответственности родителей. Обязанность последних не есть рамки, ограничивающие их права, это существенная составная часть права родителей.

Правопорядок должен, однако, считаться с тем фактом, что обязанности могут не признаваться и не выполняться. Отсюда законодательное закрепление обязанности и установление санкции за ее нарушение, поэтому, когда обязанность не может быть выполнена или не выполняется, нужна ее замена. Исходя из этого, Основной закон учреждает контроль государственных органов и предусматривает правомочие по изъятию детей у их родителей (ст. 6, абз. 3).

С самого начала родители не предоставлены сами себе в вопросе ухода за детьми и их воспитания. Основной закон вуалирует эту реальность, но не полностью. Он говорит о том, что уход за детьми и их воспитание являются естественным правом родителей. Это значит, что наряду с родителями имеются и другие управомоченные и обязанные субъекты. Один из них указан самой Конституцией: это школа (ст. 7 Основного закона). Ясно, что она находится в сфере ответственности государства. Кроме того, государство и коммуны имеют собственные институты по уходу и воспитанию (детские сады, образовательные учреждения, приюты, учреждения по оказанию помощи молодежи и т.д.) либо содействуют общественным силам (благотворительным союзам, союзам молодежи и др.), чтобы поддержать и дополнить усилия по уходу и воспитанию, предпринимаемые родителями.

Все это делает ясной многообразную роль общества: гарантия выполнения родительских обязанностей (контрольная служба, субституции); участие в воспитании детей, частично с равными полномочиями (школа), частично субсидиарное (поддерживающее и дополнительное); создание и поддержание всеохватывающего порядка, регламентирующего отношения между родителями, детьми, другими частными лицами и обществом.

Право родителей существует и функционирует в широком переплетении различных правовых полномочий. Отсюда вопрос: каков плюрализм такой системы, который является возможным, необходимым и допустимым? Это вопрос законодателю. Однако из формулировки Основного закона можно сделать вывод, что его составителям представлялся само собой разумеющимся общественный консенсус по вопросу о правильных отношениях родителей и детей. Но если законодатель был вправе исходить в свое время из наличия такого консенсуса, то с тех пор многое подверглось сомнению. Например, где лежит ныне граница, за которой можно считать, что родители не справляются со своими обязанностями (ст. 6, абз. 3 Конституции)? Где проходит граница культуры, которую одобряет Основной закон, и субкультуры, которая отвергается?

Упомянутое напряжение между закрепленным в ст. 6 Конституции относительно замкнутым кругом жизни и ее фактическим многообразием особенно заметно в международных масштабах. Это особенно важно учитывать, поскольку многообразие общественных ценностей и моделей возросло ныне до многообразия конкурирующих правопорядков. В связи с этим актуален вопрос о том, в какой мере допустима терпимость права родителей, закрепленного в Основном законе, к иностранному праву в случаях, когда последнее в вопросах отношений между родителями и детьми существенно отклоняется от немецкого права по своему содержанию. Особую остроту этой дилемме придает тот факт, что право родителей — это право человека, принадлежащего любому, а не только немцам. Не менее драматичным может быть напряжение, возникающее между правами человека, включающими право родителей жить в семейной общности со своими детьми, и препятствиями, которые право иностранцев ставит на пути создания такой общности. В конечном счете это превращается в межкультурную и межрелигиозную проблему.

Вызов конституционным нормам права родителей возникает и в других аспектах. Существует ли право иметь детей? Ведь меры по государственному контролю за рождаемостью могут поставить этот закон под сомнение. И наоборот, существует ли право не иметь детей как некий вид негативного права родителей? Основной закон не дает на эти вопросы ответа. А как обстоит дело с репродуктивной техникой, которая создает новые пути, идя навстречу желанию иметь детей? По данному поводу ст. 6 Основного закона также ничего не говорит. В итоге этические, общественные и технологические изменения в мире толкают права родителей в новый водоворот.

Несмотря на то что право родителей сливается с их обязанностью в институт ответственности, между ними имеются различия. Право родителей как основное право действует непосредственно (ст. 1, абз. 3 Конституции). В отличие от него обязанность родителей, как и всякая основная обязанность, нуждается в конкретизации текущим законодательством. Право и обязанность родителей одновременно являются объективным конституционным правом: они образуют институционную гарантию и в качестве таковой тесно связаны в предметном и текстуальном плане с гарантией семьи.

Нормы ст. 6 Конституции адресованы как федерации, так и землям (прежде всего их законодателям). Естественно, что у федерации есть своя компетенция, позволяющая формировать право родителей и сопутствующие ему институты; прежде всего это гражданское право (ст. 74, п. 1 Основного закона) и право поддержки молодежи как часть общественного попечения. Сюда относится и широкий набор других вопросов, которые так или иначе затрагивают право родителей. Однако многое, что служит реализации ст. 6 Основного закона или может рассматриваться как имеющее к этому отношение, осталось в ведении земель (ст. 30,

70): в первую очередь речь идет о школьном и внешкольном воспитании. Такое переплетение компетенции федерации и земель в вопросах прав родителей углубляется еще в той мере, в какой решение отдельных дел и юридическая реальность зависят от управления и правосудия, т. е. от функций, регламентация которых в значительной мере есть дело земель (ст. 30 и след.; ст. 92 Основного закона).

Родителями и детьми являются по смыслу ст. 6 Конституции не все лица, находящиеся в прямом родстве. Круг управомоченных лиц уже. Функциональное назначение понятий вытекает из задачи ухода за детьми и их воспитания. При этом существенно взаимосвязь ухода и воспитания, хотя последнее доминирует. Границу между детьми и взрослыми право конкретизирует с помощью института совершеннолетия. Перенесенное в плоскость основных прав, сказанное может трактоваться следующим образом. Несовершеннолетие означает в принципе воздержание (по мере увеличения возраста все более слабеющее) от личного использования прав. Совершеннолетие означает передачу личного их использования самому ребенку.

Снижение возраста совершеннолетия до 18 лет, с одной стороны, и все более позднее вступление молодых людей в трудовую жизнь — с другой, во многих случаях расширили период жизни, когда родители должны нести расходы по обучению и содержанию своих детей (§ 1610 Гражданского кодекса), хотя им уже не принадлежат право и обязанность заботиться о них. В то время как родительские права сокращаются еще до наступления совершеннолетия детей, а с этого момента вообще прекращаются, обязанность родителей остается по объему неизменной до совершеннолетия, а в зависимости от обстоятельств может оказаться действующей и после данного срока.

Статья 6 расширяет круг родителей до круга лиц, управомоченных на воспитание. Сюда входят приемные родители, опекуны и попечители. Нельзя заранее сказать, что представляет собой в каждом конкретном случае их ответственность. Было бы ошибочным отождествлять ее с благом детей. Последнее может быть лишь масштабом при разрешении конфликтов. Ответственность родителей определяется прежде всего тем, что родители могут и чего они хотят. Право и обязанность по уходу и воспитанию детей широко, хотя и не исчерпывающим образом раскрывается в таких институтах гражданского права, как забота о детях, содержание их и представление их интересов.

Внебрачный ребенок имеет двух родителей, обладающих равными правами: мать, с которой он, по общему правилу, живет одной семьей, и отца, который, также в виде общего правила, не живет в данной семье. Возможно, что отец находится в сожительстве с матерью, не основанном на браке. Вместе с тем ст. 6, абз. 5 Основного закона провозглашает требование создавать внебрачным детям те же условия для их физического и духовного развития и то же место в обществе, что и детям, рожденным в

браке. Законодатель приложил усилия для реализации этой нормы (см., в частности, § 1600«а» и § 1615«а», § 1705 и § 1934«а» Гражданского кодекса). Однако полностью уравнивать детей, рожденных в браке, и внебрачных детей можно лишь ликвидировав институт брака. Отсюда вытекает потребность в более широком вмешательстве со стороны опекуна суда, в назначении опекуна (§ 1706 и след. ГК) и в широкой компетенции службы по делам молодежи (§ 40 и след.; §48«а», 49, 51, 51«б» Закона о поддержке молодежи). Вообще уравнивание детей, рожденных в браке и вне брака, допускает различные толкования. Так, остается открытым вопрос о том, имеет ли внебрачный ребенок право знать настоящего отца и может ли мать, отказавшаяся назвать имя отца или содействовать иным путем его идентификации, быть лишена по этому основанию права заботиться о ребенке. В целом ст. 6, абз. 5 Конституции хотя и является обязывающим правом, но все же выступает как стимулирующая, легитимирующая и незакрытая программа.

Если брак родителей прекращается в связи со смертью одного из них, нет нужды в каких-либо изменениях, кроме тех, что все родительские права и обязанности отныне принадлежат одному, пережившему супругу. Иначе обстоит дело, когда расторгается брак между живыми людьми. Возникает потребность в соответствующем регулировании и вмешательствах, если брак родителей юридически распался в связи с разводом, отменой либо признанием недействительным (§ 1634, 1671 ГК; § 37 Закона о браке). Это относится и к случаям, когда правом заботы о ребенке наделяются совместно оба родителя.

Если же оба родителя умерли или пропали без вести, они должны быть замещены (§ 1773 и след. ГК). Для этой цели закон предусматривает опеку. Опекуну не принадлежит естественное право родителей. К нему не относится и одна из важнейших их обязанностей — содержать ребенка. Аналогичные правила действуют, если оба родителя недееспособны (§ 1673 части первой ГК) либо лишены права заботиться о ребенке и представлять его (§1666, 1680 ГК). Статья 6, абз. 4 Конституции предоставляет матери право требовать от общества защиты и попечения. Понятие матери более ограничено, чем понятие родителей, уже потому, что под него подходят лишь женщины. Оно распространяется на период беременности, родов и кормления ребенка. Право защиты и попечения матери включает также необходимое медицинское и социальное обслуживание. Сюда же относится защита трудовых прав матери в период до и после родов, включая компенсацию из общественных средств неполученной зарплаты. В заключение стоит добавить, что защита матери и попечение о ней охватывают также противодействие попыткам влиять на женщину, с тем чтобы склонить ее к прерыванию беременности и тем самым не дать возможности стать матерью.

8. Школа и профессиональное обучение

Основной закон в принципе относит сферу обучения к компетенции земель (ст. 30, 70 и след.; ст. 83 и след.). Однако отдельные важные положения тем не менее закреплены непосредственно или опосредованно в Конституции. Она не отдает четкого предпочтения публичным либо частным школам, однако в соответствии с немецкими традициями публичные школы являются правилом. Свобода частного обучения, закрепленная в ст. 7 Конституции, должна рассматриваться как некое исключение. Главное понятие, характеризующее позицию государства в вопросах школьной жизни, — это закрепленный в ст. 7 Основного закона государственный контроль за всей системой школьного образования. Из ст. 7 выводятся следующие государственные правомочия: утверждение типов школ и условий приема в них, перевод внутри той или иной ступени и связанное с этим определение того, достигнуты ли конкретным учеником заданные цели обучения. Что касается содержания обучения, то оно раскрывается путем анализа основных направлений обучения, учебных планов и сетки часов, а также допуска учебников к применению в ходе преподавания. Наконец, важны правомочия в сфере внешних условий жизни школ — в определении начала учебного года, каникул, географическом распределении школ.

Частные школы могут по ст. 7 заменять публичные (частные основные, реальные школы и гимназии) либо дополнять их (например, языковые школы). Для создания первых нужно получить разрешение государства, которое дается только в случае их равноценности с публичными школами. Это означает, что обучение в частных заведениях должно как минимум соответствовать требованиям, предъявляемым к публичным школам. При этом, однако, не предполагается обязательная равноценность учебных программ или требований к квалификации учителей. Это противоречило бы исходной идее, согласно которой частные школы представляют собой педагогическую альтернативу системе публичных учебных заведений. Еще одной предпосылкой для получения разрешения на создание частной школы должны быть недопущение сегрегации учеников в зависимости от материального положения их родителей и наличие гарантий социально-правового статуса учителей. Особо строгие требования выдвигает Основной закон исходя из соображений демократии и принципов социального государства при выдаче разрешения на создание частных народных (начальных) школ (ст. 7, абз. 5). Такая частная начальная школа может быть учреждена исходя из мировоззренческих, включая конфессиональные, соображений.

Закрепленное в ст. 3 Конституции равноправие граждан получает в вопросах образования свое особое выражение в качестве права на равенство шансов. Это означает, что каждый ученик имеет принципиально равную, не зависящую от его социального происхождения возможность на развитие своей личности в соответствии с основным правом свободы, провозглашенным в

ст. 2, абз. 2 Конституции. Свобода развития, предусмотренная ст. 12 Конституции, должна пониматься также в свете ст. 3. В вопросах образования равенство шансов хотя и включает обязательно равный доступ в существующие государственные учебные заведения, но не охватывает индивидуального притязания на материальную реализацию этого доступа в интересах отдельных лиц. Равенство шансов не есть уравниловка, это многоплановое основное право, реализуемое в соответствии с личными способностями и успехами.

Школы делятся на дающие общее и профессиональное обучение. В рамках такого различия имеется дальнейшая дифференциация, особенно применительно к типам (видам) школ: начальная школа, средняя и реальная школа, гимназия и профессиональная школа. Наряду с этим имеются школы разных ступеней, в основном применительно к определенным возрастным группам. По этому признаку выделяют элементарный уровень (все виды дошкольного обучения, особенно детские сады), школы первой ступени (первые 4—6 лет обучения), школы второй ступени первого уровня (до 9—10-го года обучения) и школы второй ступени второго уровня (до 13-го года обучения).

Базу системы школ образуют начальные школы, которые в виде общего правила охватывают 4 года (в виде исключения 6 лет) публичной школы. Обязанность всех детей обучаться в публичной начальной школе является важным демократическим элементом организации школьного дела в ФРГ.

К начальной школе примыкает средняя, которая представляет собой вторую ступень, продолжающую получение знаний в системе народного образования. Реальная школа, которую также называют средней, занимает применительно к уровню требований промежуточное место между обычной средней школой и гимназией. Цель обучения в этой школе состоит в получении общего образования плюс знания, сориентированные на профессию. Окончание реальной школы, дающей среднее образование, открывает путь к службам среднего уровня в публичном управлении, а в общей системе образования — возможность поступления в такие школы более высокого уровня, как хозяйственные и технические гимназии.

Среди школ более высокого уровня важнейшее место занимает гимназия. Формальной целью обучения в заведениях этого типа является получение аттестатов зрелости, позволяющих переходить от школьного обучения к учебе в высшем учебном заведении и тем самым из области просвещения в сферу науки. Как правило, в гимназиях после начальной школы учатся семь, а в землях, где имеются так называемые продвинутые классы, — девять лет. Применительно к многообразию предоставляемого гимназиями обучения традиционно выделяются три основных типа — классическая (с обучением древним языкам), гимназия с ориентацией на обучение современным языкам и с математическим и естественнонаучным уклоном.

Конституционный принцип отделения церкви от государства, закрепленный в ст. 4 и 140 Основного закона, является выражением идеи о неидентичности установок государства с мировоззренческими взглядами своих граждан и не исключает создания публичных школ той или иной конфессии, если их существование достоверно оправдано особым волеизъявлением родителей и детей, базирующимся на нормах ст. 6, п. 2 Конституции.

Доступ церкви к общему обучению в публичных школах основан на Соглашении о сотрудничестве между государством и церковью. Он закреплен в качестве гарантии свободы совести (в ст. 7, абз. 2, п. 2 и в ст. 3 Конституции) и предоставляет решение вопроса о религиозном воспитании ребенка на усмотрение лиц, правомочных воспитывать детей (а с 14 лет — самому ребенку). Однако в принципе этот предмет признается обычным предметом публичной школы.

Для профессионального обучения характерно разнообразие школ. Профессиональное обучение возможно в различных сферах практической жизни — в торговле, ремеслах, промышленности, сельском хозяйстве, горном деле, домоводстве, судоходстве, а также в области свободных профессий (например, зубные врачи, эксперты в хозяйственной сфере, адвокаты, архитекторы). Давно оправдала себя координация теоретического обучения в школах с профессиональным обучением на предприятиях.

Учитель в публичных школах имеет статус государственного чиновника (лишь немногие учителя являются служащими государственных учреждений). Педагогическая свобода учителя, защищаемая ст. 5 Основного закона, — это вид естественного пространства действий учителя в границах его духовной деятельности в сфере обучения. Надлежащая организация обучения требует также регулярной оценки успехов ученика. Здесь неоспорима свобода усмотрения учителя. Границы такой естественной педагогической свободы обусловлены общей задачей обучения, закрепленной в законодательных и иных изданных в пределах контроля за деятельностью школ предписаниях. Центральное звено контроля за деятельностью школ — учебные планы, в которых закрепляются вытекающие из законодательных предписаний наиболее общие моменты, конкретизирующиеся органами по контролю за работой школ.

В условиях возросшего значения школьных отметок для поступления в учебные заведения более высокой ступени, так же как и при поиске места ученику на предприятиях, обязанность учителя выставлять справедливые оценки и справедливо выдавать свидетельства приобретает особое значение. Судебная практика прореагировала на этот факт тем, что рассматривает не только свидетельства в целом, но и отдельные существенные отметки как управленческий акт, подлежащий в принципе перепроверке.

Функции учителя и его положение чиновника требуют от него сдержанности в идеологических вопросах. Это означает, например, что учитель хотя и может иметь в политических и рели-

гиозных вопросах собственное мнение, но не вправе давать им такую оценку, которая исключала бы возможность ученика формировать собственное мнение, отличное от учительского.

Особого упоминания заслуживают обязанности учителя по отношению к родителям. В центре внимания находится обязанность информировать родителей о состоянии и успехах ученика, а также о содержании и методах обучения. Кроме того, у учителя имеется обязанность оказывать содействие родителям при принятии ими решений по вопросам, связанным с обучением ребенка.

Правовой статус учителя в публичной школе закреплен в основных положениях о государственной службе, сформулированных в ст. 33 Конституции. Они содержат общий масштаб, применимый ко всем чиновникам, который должен использоваться и при выборе учителя, а именно — необходимость ориентироваться на его пригодность, способности и деловые успехи. При этом понятие пригодности охватывает также умение достоверно передавать в ходе обучения суть основных ценностей и важнейших положений Конституции (требование верности Конституции).

9. Свобода вероисповедания

а) Общие принципы

Свобода вероисповедания — это, согласно современным представлениям, индивидуальное и коллективное право. Гарантии свободы вероисповедания разрешают каждому относиться к религии так, как он того хочет. Суть свободы вероисповедания имеет во всех государственных системах твердый стандарт. Однако контуры его реализации определяются конкретным соотношением государства и церкви.

Конечно, свобода совести — прежде всего дело индивида. Однако известные аспекты этой свободы проявляются в полной мере лишь в том случае, если иметь в виду отношения групп и религиозных союзов друг с другом и с государством. В историческом плане начало идеи свободы вероисповедания лежит в Германии не в представлении об индивидуальной свободе, а в терпимости, в предоставлении свободного религиозного выбора. Свобода веры, выбора конфессии и свобода отправления культа не исчерпываются предоставлением субъективных прав, их цель состоит не только в том, чтобы обороняться от вмешательства и превышения власти со стороны государства. В качестве основных элементов объективного демократического и присущего правовому государству порядка они предопределяют религиозный и мировоззренческий нейтралитет государства, требование паритетности и терпимости. Статья 4 Конституции гарантирует свободу вероисповедания, означающую, что представления об основополагающих ценностях должны формироваться независимо от государственного влияния.

Свобода вероисповедания в ее сегодняшнем понимании была чужда средневековому порядку. Общая ответственность государства и церкви за сохранение христианских ценностей и не подвергавшаяся сомнению компетенция государства поддерживать единство вероисповедания и подавлять любую ересь не оставляли места для мысли, что и в этой сфере возможна какая-либо свобода.

Христианская религия в течение длительного времени занимала по отношению к идее прав личности двойственную позицию. Важные импульсы для позитивного восприятия прав человека со стороны христианских церквей были даны экуменическим движением и конфессиональным объединением во всемирном масштабе (например, Лютеранский всемирный союз). Так, экуменический совет церквей с самого начала в своей программной концепции «ответственного» общества высказался в пользу прав человека и основных прав, а также участвовал в создании первой Всеобщей декларации прав человека ООН (1948 г.).

Свобода вероисповедания закреплена в ст. 4 Конституции как обобщающее право, охватывающее такие понятия, как свобода веры, совести, религиозных убеждений и отправления культа. Однако ныне все они скорее рассматриваются как синонимы. Названные в ст. 4 религиозные свободы могут быть сгруппированы следующим образом. Свобода веры, совести и религиозных убеждений — нижняя ступень свободы вероисповедания. Она расширяется за счет индивидуальной и коллективной свободы отправления религиозных культов. Замыкает эту пирамиду свобода религиозных объединений.

Статья 4 Конституции не только защищает от вмешательства со стороны государства, но и предоставляет одновременно право реализовывать свое мировоззрение или принадлежность к религии в социальном и политическом процессах. Соответственно государство может быть обязано при установлении порядка работы тех или иных государственных учреждений проявлять заботу о том, чтобы связанные с их деятельностью лица могли выполнять свои религиозные потребности. Из этого обстоятельства вытекает существование организованных государством соответствующих духовных служб в больницах, тюрьмах и в армии.

Свобода веры образует ядро свободы вероисповедания. Она охватывает свободу иметь религиозную веру или не иметь ее. Запрещается государственное воздействие, направленное на формирование религиозного убеждения и любое другое государственное принуждение в сфере веры, косвенное или непосредственное. Свобода выбора религии охватывает также право менять религию или вообще отказаться от нее. Эта свобода действует без каких-либо ограничений.

Статья 4 Конституции расширила свободу веры и убеждений за счет мировоззренческих представлений. Тем самым она поставила под свою защиту и такие системы идей, которые не являются в традиционном смысле религиозными, как, например, марк-

сизм, который вообще не знает понятия бога и пытается в земных критериях найти ценностное отношение ко всему происходящему в мире и роли в нем людей без обращения к трансцендентальным понятиям и дать ответ на все конечные вопросы о возникновении, смысле и цели бытия.

Недопустимость любого религиозного принуждения применительно к отдельным отношениям конкретизирована дальнейшими предписаниями. Так, ст. 140 Основного закона (во взаимосвязи со ст. 136 Веймарской Конституции) предусматривает, что никто не может быть принужден к участию в религиозных действиях или празднованиях, к участию в использовании религии или религиозной формы принятия присяги. Ныне это само собой разумеется — как для государственных служащих, так и для частных лиц. Статья 3 Конституции провозглашает, что никому не может быть причинен ущерб либо оказано предпочтение по мотивам его веры или религиозных взглядов. О том же говорит и ст. 33

Свобода выражения приверженности к определенной конфессии выходит за границы внутренней сути основного права, сформулированного как свобода вероисповедания. Она охватывает возможность высказываться по вопросу о том, во что человек верит либо не верит, а также право умолчания по данному вопросу. Речь идет не только о защите словесного выражения. Вера не была бы свободной, если бы Конституция не гарантировала образ жизни в соответствии с религиозными или мировоззренческими представлениями. Так, безработный, отказавшийся от предложенного ему места, требующего работы в дни религиозных праздников, не может быть лишен на этом основании пособия по безработице. Правда, данный принцип действует лишь в отношении публично возлагаемых юридических обязанностей, а не применительно к принятым человеком на себя обязательствам по договору. В сфере частного права каждый должен сам следить за тем, соизмеримы ли принятые им по договору обязательства с его религиозными убеждениями.

Необходимо, однако, различать вопрос о характере верований опрашиваемого и об объективной его связи с той или иной конфессией. По первому вопросу государство никогда и ни при каких обстоятельствах неправомочно опрашивать граждан. Напротив, по второму вопросу — ввиду необходимости установления принадлежности к той или иной конфессии в связи с удержанием церковного подоходного налога либо в ходе переписи населения — государство вправе требовать информации, соответствующей истине. То же относится и к добровольному соблюдению принадлежности к той или иной конфессии при поступлении в больницу.

Право ориентировать свою жизнь на религиозные каноны не означает «индальгенции» на все случаи столкновения с правопорядком и не освобождает от уголовно-правовых последствий криминального поведения.

В трудовом праве церкви как работодатели с учетом принадлежащего им права на свободу отправления культа могут сами решать, какие виды работ существуют в их организациях и в каких правовых формах они должны осуществляться. При этом в рамках действующих для всех законов церкви сами могут определять порядок отправления богослужений и конкретизировать специфические обязанности своих служителей. Поскольку для церкви проявление веры зависит и от того, уважают ли занятые в ее деятельности лица требования религии в своей частной жизни, церкви могут возлагать на своих работников обязанность соблюдения основных правил религиозного учения и религиозной морали, требуя, чтобы их действия не противоречили основополагающим догматам, связанным с принадлежностью к церкви и обязательным для каждого верующего. Если трудовое отношение расторгается из-за нарушения правил лояльности в отношении церкви, то это обстоятельство должно оцениваться при применении норм о защите при увольнении. Конституция запрещает игнорировать обязанности служителей церкви по соблюдению основных догматов церковной жизни.

Особые права церковь имеет и в сфере коллективных трудовых отношений. Ей самой предоставлено право определять, в каких случаях и в какой мере служители и представляющие их интересы организации могут участвовать в решении вопросов, касающихся деятельности предприятия. Это право реализуется церквями на практике.

В соответствии с правом определять порядок своей внутренней деятельности и особым характером коллектива работников церкви ввели собственный порядок в вопросе о коллективной регламентации трудовых отношений своих служащих. При этом место тарифного соглашения заменяют правила, установленные образованной на паритетных началах комиссией по трудовому праву и касающиеся содержания трудового договора. Поскольку ст. 9 Конституции не рассматривает тарифную систему как единственную форму вознаграждения в трудовых и хозяйственных отношениях, выдвигая на первый план согласие и взаимодействие, такой порядок соответствует требованиям, вытекающим из провозглашенной в Конституции свободы объединений. Этот путь представляет собой модифицированную в соответствии с особенностями церковного права форму конкретизации ст. 9 Основного закона.

Одной из составных частей свободы вероисповедания является свобода религиозных объединений. Она гарантирует неограниченное право объединяться в религиозные общества в целях совместного участия в религиозных отправлениях. Религиозные общества (в отличие от религиозных объединений, товариществ или орденов, для которых забота о религиозной жизни их членов составляет лишь часть деятельности) представляют собой такие союзы приверженцев одной и той же конфессии, единственной целью которых является осуществление задач, вытекающих из их совместного верования.

Основными правами в смысле ст. 4 Конституции обладают все физические и, с некоторыми ограничениями, также юридические лица. Права, предоставляемые ст. 4, абз. 1 и 2, есть права человека. Они могут быть реализованы по отношению к государственной власти всяким человеком, в том числе иностранцем и лицом без гражданства.

Дети также обладают свободой вероисповедания. При ее реализации их, как и в любой другой области, представляют родители. Последние наряду с этим обладают также собственным, базирующимся на ст. 4, абз. 1 Основного закона правом религиозного воспитания. Они могут крестить своего ребенка и приобщить его к какой-либо церкви со всеми обусловленными принадлежностью к церкви церковно-правовыми и государственно-правовыми последствиями. Вмешательство государства в свободу вероисповедания ребенка может нарушать одновременно и его основные права, и права родителей. По достижении полных 14 лет ребенку предоставлено право самому решать, к какой конфессии он намерен принадлежать. Из этого религиозного совершеннолетия не вытекает, однако, право ребенка без согласия родителей вступать в совместно проживающие религиозные общины, или, например, поехать в Индию, или перестать посещать школу. Правосубъектность церквей и религиозных обществ как носителей основного права, важная не только с точки зрения возможности предъявления конституционной жалобы, сегодня не вызывает сомнений. Это относится и к тем из них, которые в соответствии со ст. 140 Основного закона имеет во взаимосвязи со ст. 137 Веймарской Конституции статус товарищества публичного права. Правда, при заключении церковных договоров они выступают по отношению к государству как равноправные партнеры, а римско-католическая церковь — даже как субъект международного права. В то же время они не являются частью механизма государственной власти и в результате признания их публично-правового статуса не уравниваются с другими публично-правовыми объединениями. Их статус должен только подкреплять независимость и самостоятельность церкви по отношению к государству и ее особую, церковную власть. Приобретая статус объединений, церкви не присоединяются органически к государству и не подчиняются какой-либо вышестоящей государственной инстанции.

Конституция не закрепляет каких-либо ограничений в реализации основного права свободы вероисповеданий. Однако эта свобода не должна переступать границ других основных прав: права на свободу выражения мнения (ст. 5), свободу собраний (ст. 8) или свободу объединений (ст. 9 Конституции). Границы свободы религиозных объединений установлены ст. 9, абз. 2 Конституции, где говорится, что запрещаются объединения, цель или деятельность которых противоречит уголовным законам либо направлена против конституционного строя или против идеи взаимопонимания народов. Этот запрет применим к религиозным объединениям не-

зависимо от того, подпадают ли они под действие ст. 9, абз. 1 Конституции и Закона о союзах или нет.

Основное право свободы вероисповедания может быть ограничено в школах, армии, больницах, тюрьмах, однако только в той мере, в какой того требуют условия жизни в этих учреждениях. В отношении служащих ограничение свободы вероисповедания может быть актуальным, если реализация соответствующего основного права нарушает служебные интересы и тем самым может повредить общему благу. Практически речь идет о серьезных нарушениях обязанности государства быть нейтральным в религиозных вопросах. Поэтому недопустима религиозная вербовка, проводимая лицами в униформе. То же относится к учителям, которые во время занятий носят одежду, свидетельствующую об их приверженности к определенной религии. У религиозной прессы нет никаких преимуществ по сравнению с обычной.

Свобода вероисповеданий имеет негативную сторону и позитивную. Она защищает личность от государственных воздействий в области религии и в этом отношении носит оборонительный характер. Одновременно свобода вероисповеданий предоставляет каждому право жить в соответствии со своими религиозными убеждениями без каких-либо помех со стороны государства. Исторически эта, позитивная сторона данного права возникла позже. Первоначально речь шла прежде всего об обороне от притязаний со стороны церковных или государственных властей. Свобода вероисповедания предоставляла право дистанцироваться от требуемых религиозного поведения и действий. Правда, до конца XVIII в. эта свобода состояла лишь в выборе между признанными государством религиозными направлениями (католичеством и лютеранством). Только позднее свобода вероисповедания стала трактоваться и как возможность отказа вообще от какой-либо религии.

Нейтральное в религиозном отношении государство регламентирует одинаково для всех ту сферу общественной жизни, от которой нельзя уклониться (школа, брак присяга), предоставляя, однако, возможность каждому самому решать, считает ли он целесообразным дополнить эти действия в соответствии со своими религиозными представлениями (религиозное обучение, религиозная форма клятвы, церковное венчание).

Решая вопрос о выходе из противоречий между закрепленными в Конституции основными правами, в том числе между не знающей каких-либо ограничений ст. 4 и иными статьями, закрепляющими другие права, юристы и все граждане не должны исходить из того, что в Конституции якобы могут содержаться неконституционные предписания, а должны добиваться практического согласия. Другими словами, надо стремиться к оптимизации всех, даже не очень согласующихся между собой предписаний Основного закона, устанавливая границы, при которых каждое из них могло бы быть реализовано.

*б) Основы государственного права, регулирующего
отношения с церковью*

Понятие «церковное право» трактуется как система норм, установленных самими церквями (внутреннее церковное право). Государственное регулирование отношений с церковью в ФРГ (а также в Австрии и Швейцарии) представляет собой издавна укоренившееся и общепринятое обозначение права, в соответствии с которым регламентируются отношения между государством и религиозными объединениями в целом, а не только церквями.

Действующее в этой сфере право проистекает из двух источников: из односторонне установленного государством права (Конституция, закон, распоряжение) и из права, возникшего в договорном порядке. Оба комплекса норм переплетаются, для каждого из них существенно федеративное устройство ФРГ, а также тот факт, что право, регулирующее отношения с церковью, частично является федеральным, а частично правом земель.

Правовой порядок в этой сфере закреплён Парламентским советом в ст. 4, абз. 1 и 2, и ст. 140 Конституции. Их надо рассматривать во взаимосвязи. Названные нормы, помимо всего прочего, имеют своим предметом основное право свободы вероисповеданий. Статья 140 содержит присущие основным правам институциональные гарантии. Однако Парламентский совет в данном вопросе отказался от нового собственного регулирования. Он пошёл скорее по пути инкорпорирования без какого-либо изменения старого набора норм из уже действующей Веймарской Конституции в новый Основной закон. Его ст. 140 гласит: положения ст. 136, 137, 138, 139 и 141 Германской конституции от 11 августа 1919 г. являются составной частью настоящего Основного закона.

В общую систему немецкого государственного права, регулирующего отношения с церковью, входит наряду с конституционными нормами как нечто специфическое сравнительно густая сеть государственно-церковных договоров. Термин «государственно-церковный договор» получил в ФРГ гражданство как обобщающее понятие конкордатов и евангелических церковных договоров, а в дальнейшем и всех иных форм государственно-церковных соглашений, включая договоренности государства с самыми маленькими религиозными объединениями. Тот факт, что государство и церковь на базе конкретной договоренности координируют свою деятельность, даёт основание для создания находящегося в рамках и под защитой Конституции координационно-правового порядка. Отсюда, однако, не вытекает обязанность государства и церкви достигать согласия обязательно на договорной основе. Конституция допускает такую взаимную координацию, но не делает ее универсальной, хотя договор больше отвечает требованиям четкой ответственности сторон взаимоотношений. Поскольку церкви являются важным фактором реальной жизни политического сообщества, возникает необходимость во всеобъемлющем регулировании. Нужно, чтобы в вопросах упорядочения отноше-

ний между государством и церковью оба партнера несли свою часть ответственности как друг перед другом, так и перед гражданами.

Что касается правового характера государственно-церковных договоров, то применительно к конкордатам и евангелическим церковным договорам можно сегодня считать, что они являются настоящими договорами, связывающими обе стороны в полном соответствии с требованиями теории права. Более детальное рассмотрение позволяет выявить различия между ними. Первые квалифицируются как квазимеждународные, к которым соответственно применяются нормы международного права. Вторые носят характер настоящих координационных соглашений, не относимых ни к внутреннему национальному, ни к международному праву. Соответственно они выполняют функции разграничения либо соподчинения государственной и церковной сфер публичного права. Таким образом, евангелические церковные договоры отличаются от конкордатов только тем, что не касаются области международных отношений. Иных различий в сущности и ранге таких договоров нет.

Государственно-церковный договор, как и всякий иной, прежде всего создает права и обязанности сторон. Общегражданскую обязательность он приобретает в результате того, что его (обычно в форме закона) формально включают в систему государственных источников права. В результате для компетентных государственных органов возникает обязанность применения этого договора

Положения Основного закона ФРГ, закрепляющие принципы государственного регулирования отношений с церковью, подпадают под действие ст. 79, абз. 3, не допускающей конституционных изменений, иными словами, обладают так называемой абсолютной гарантией. Правда, названная статья Конституции упоминает только принципы, изложенные в ст. 1—12. Однако они составляют материальное ядро Конституции, дающее возможность определять устанавливаемый ею правовой порядок. Сюда относится право на свободу вероисповеданий при всех условиях и в своих существенных проявлениях; признание этой свободы является важным условием всей государственности, обязанной в соответствии со ст. 4, абз. 2 Конституции уважать неотчуждаемые и нерушимые права и свободы человека. Сюда попадают также запрет государственной церкви и предоставление религиозным объединениям права на самоопределение. Они служат основой секулярности, нейтралитета и паритетности светского государственного строя, без которых с учетом немецкой истории и конкретных общественных условий свободный демократический правовой порядок в ФРГ был бы невозможен.

Конституция исходит из того, что религиозные и мировоззренческие институты являются важными факторами формирования ценностных категорий и убеждений. Эти институты образуют сферы духа, воздействие которых важно для самого государства.

Ведь оно, при всей секулярности и нейтралитете, нуждается в социально-этическом фундаменте. Не в последнюю очередь по этой причине становится очевидным, что в церквях, других религиозных и мировоззренческих объединениях справедливо видеть нечто большее, чем просто организованное представительство интересов либо союзы, существующие во имя общественного плюрализма.

Конституция ничего не предписывает церквям, религиозным и мировоззренческим организациям по поводу их внутренней деятельности. Модель демократии уважает их легитимацию и вытекающую отсюда форму организации. Современная демократия эмансипировалась от церкви; теперь настала очередь демократии оставить церковь в покое. Государство с точки зрения демократических принципов (и под контролем, обусловленным сущностью правового государства) может предъявлять легитимные притязания только в тех вопросах, которые включены в сферу осуществления публичной власти, например в вопросах церковного налогообложения.

Запрет существования государственной церкви есть, помимо всего прочего, особое конституционно-правовое выражение паритета, а именно уравнивание статуса всех религиозных объединений и равного отношения к ним со стороны государства. Кроме того, хотя ст. 137 Веймарской Конституции, включенная в состав ныне действующего Основного закона ФРГ его статьей 140, и говорит о запрете «государственной церкви», понимать под этим надо также запреты государственной религии и государственной идеологии.

Наряду со свободой вероисповеданий и запретом существования государственной церкви еще одним основополагающим положением немецкого государственного права является предоставление церковным и религиозным объединениям права самоопределения (ст. 137 Веймарской Конституции). Оно охватывает в соответствии с решениями ФКС правомочия определения их организации, внутреннего нормотворчества и управления. Все это находится в границах содержания ст. 4 Основного закона, которая гарантирует институционную свободу церквей в широком смысле, включая как организационные, так и функциональные аспекты. При этом религиозные объединения должны действовать в рамках общей схемы конституционного правопорядка. Это значит, что церковно-религиозное право и право, создаваемое государством, должны в разумных пределах сосуществовать, и не просто сосуществовать, а быть способными к коммуникации, поскольку лишь таким путем может быть создана основа для кооперации норм.

Что касается гражданской правоспособности церквей и религиозных объединений, то в соответствии с Конституцией она носит характер двухзвенной системы: в одних случаях это частно-правовая форма организации в виде союза или фонда, в других — публично-правовая организационная форма в качестве корпорации публичного права. Обе эти формы, однако, друг другу не противостоят. Религиозные объединения частного права имеют в

необходимых случаях реализуемое в административно-правовом порядке субъективное притязание на предоставление им статуса корпорации. Это осуществляется путем закона, распоряжения или правительственного акта, что при всех условиях конституционно. Однако подобное предоставление может быть также отозвано, если отпали предпосылки. В соответствии со старой терминологией церкви являются корпорациями, а не ассоциациями, т. е. представляют собой союзы людей, а не союзы, создаваемые для достижения определенной цели.

Наделение религиозных объединений правами корпораций публичного права означает в юридико-нормативном и законодательно-техническом плане следующее. Во-первых, принадлежность к корпорациям обособливает правоспособность в рамках всего государственного правопорядка; во-вторых, тем самым признается организационная власть, а это значит, что религиозные объединения публичного права в свою очередь могут создавать публично-правовые подразделения или иные публично-правовые субъекты; в-третьих, важным элементом статуса является исторически возникшее право — вошедший в общину не должен как-то оформлять такое вхождение, а принадлежит к ней автоматически; в-четвертых, с этим связано право иметь служащих, следовательно, формировать трудовые отношения публично-правовой природы, не подпадающие под действие норм трудового права и права социального обеспечения; это является основанием того, что служба в церкви в принципе признается службой публичной, чему соответствует признание дисциплинарного права и в его рамках также права приведения к присяге; в-пятых, еще одно следствие факта корпоративного статуса религиозных объединений состоит в том, что принадлежащее церковным корпорациям имущество подпадает под режим публичного вещного права; предметы культа являются поэтому сакральными вещами.

Помимо названных моментов квалификация религиозных объединений в качестве корпорации означает для них основание присоединения к органам, осуществляющим специфические правовые функции согласно действующему законодательству. Конкретно это касается церковного права по взиманию налогов. Согласно ст. 137 Веймарской Конституции, лишь те религиозные объединения, которые являются корпорациями публичного права, уполномочены взимать в соответствии с предписанием законов земель налоги по спискам плательщиков, установленным гражданскими властями. Со статусом корпорации связано также многое при нормировании освобождения от налогов, платежей и сборов.

Наконец, в принципе лишь религиозные формирования со статусом корпорации обладают правом представительства в государственных органах либо участвуют в работе организаций, в которых представлены общественно значимые силы.

Церковные организации, выступая в качестве особых корпораций публичного права, уполномочены предъявлять в отношении

органов государства конституционную жалобу в случае нарушения ст. 4, абз. 2 Конституции.

Что касается церковных споров, то они входят в сферу государственного правосудия в том случае, если под сомнение поставлено соблюдение обязательного для всех закона. На практике спорам заинтересованных лиц с церковными организациями в государственных судах должна обычно предшествовать попытка их разрешения в рамках церковного права.

в) Конституционно-правовая защита церковных организаций

Действие государственного права, регулирующего отношения с церковью, распространяется на большое число церквей и религиозных объединений разных организационных форм и величины, среди которых обе христианские главенствующие церкви, как и ранее, удерживают доминирующее положение. К ним добавляется множество религиозных организаций и союзов, а также прочие институты религиозного профиля. Это способствует включению церкви в общественно-политическое пространство. Церкви и подчиненные им союзы образуют иерархические системы, которые можно называть католицизмом и протестантизмом. В целом о принадлежности к христианским церквям и религиозным объединениям разных конфессий в ходе переписи 1970 г. заявили 94,7% опрошенных. Претендентами особого рода являются так называемые новые, или молодые, религии; их деятельность затронула и ФРГ. О них много говорят, хотя они ни в коей мере не могут рассматриваться как конструктивный фактор в общественно-политической и культурной жизни.

Однако конфессионная структура ФРГ не может рассматриваться как неизменная. Явно увеличивается число мусульман. Есть основания считать, что возрос процент католиков, которые потеснили протестантов, правда, в условиях, когда сократилось общее число приверженцев обеих церквей. Однако как бы ни рассматривались эти цифры, они ничего не говорят о реальной приверженности к христианству или религиозности вообще. Если взять такой показатель, как число посещающих воскресные церковные службы, то таких лиц среди католиков 30%, а среди протестантов—20%. Кроме того, заметно относительно сильное движение за вступление в лоно церквей и выход из них. Церквям приходится считаться и с феноменом внецерковной религиозности.

Церкви полностью свободны в определении своей организационной структуры (ст. 140 Основного закона и ст. 137 Веймарской Конституции). Тесное переплетение государственных и церковных организаций, имеющее исторические корни, получило свое характерное выражение в совпадении государственных и церковных границ. Это относится как к зарубежным государствам, так и к землям внутри ФРГ и проявляется даже на коммунальном уровне (совпадение границ приходов и общин). Однако гарантии права самоопределения в связи с запретом существования госу-

дарственной церкви не позволяют рассматривать это положение в качестве правового принципа. Скорее речь идет, как и прежде, о прагматической основополагающей норме поведения в интересах и государства, и церкви. Епископаты являются корпорациями публичного права. Создание новых епископатов или изменение границ приходов в пределах данной земли требует соглашения с ее правительством.

Статус служителя церкви отличается специфическими правами и обязанностями. Главное значение имеют право и обязанность сохранения тайны исповеди, подкрепляемые рядом предписаний материального и процессуального права. Так, § 139 У К освобождает духовников от обязанности информировать о планируемых преступлениях. В соответствии с § 383 Гражданского процессуального кодекса лица духовного звания имеют право уклониться от свидетельских показаний о том, что им было доверено как духовным наставникам. Правда, в § 385 ГПК содержится двусмысленное положение о том, что названные лица обязаны давать свидетельские показания, если с них будет снят запрет делать это. Параграф 53 УПК позволяет духовным лицам уклоняться от свидетельских показаний о том, что им было доверено или стало известно как духовным наставникам. Право духовных лиц отказаться от дачи свидетельских показаний полностью признается и в административном процессе (§ 65 Закона об административном процессе).

Под защитой полицейского права находится осуществление религиозных отправлений как элемент публичной безопасности и порядка. Церковнослужители и члены религиозных объединений, обязанные, согласно их уставу, к жизни в одном месте, не могут быть присяжными, они вправе уклоняться от участия в выборных должностях. У них есть определенные привилегии в вопросах воинской обязанности. Согласно Кодексу канонического права 1983 г., для католических духовных лиц существует категорический запрет занимать публичные должности, сопряженные с осуществлением мирской власти. Кроме того, они не вправе активно участвовать в политических партиях и в руководстве профсоюзами. Это не затрагивает простого участия в них. Кроме того, упомянутым лицам категорически запрещено, за немногими исключениями, иметь парламентский мандат или занимать пост министра.

Евангелическая церковь не знает таких строгих запретов. Однако в правовых нормах, определяющих статус церковных служащих и лиц, отправляющих богослужение, все же записана несовместимость церковной службы и парламентского мандата, что обязывает священников и церковных служащих уходить в отставку или в отпуск на время, пока действует этот мандат.

Что касается актов гражданского состояния, то здесь имеются лишь немногие конкретные церковно-правовые предписания. При всех условиях в свидетельства о рождении и браке, в посемейную и налоговую книгу вносится указание о принадлежности либо

непринадлежности к церкви, к религиозному или мировоззренческому объединению (пример тому масоны), однако лишь в случае согласия испрашиваемого. При ведении посемейной книги в нее вносятся в необходимых случаях также сведения о смене принадлежности к церкви, к религиозному или мировоззренческому объединению. В этом случае, а также в случае вступления в религиозную организацию соответствующее исправление будет внесено лишь при наличии формальных доказательств такого факта.

Согласно Закону о правовых основах регистрации граждан от 16 августа 1980г., вопрос о правовой принадлежности к религиозному объединению принадлежит к числу данных, которые могут быть внесены в банк (регистр) соответствующей информации. Кроме того, названный закон предусматривает, что публично-правовым религиозным объединениям в целях осуществления их задач ² могут быть переданы наиболее существенные сведения об их членах. Наряду с этим допустимо передавать данные и не о членах этих религиозных организаций, однако лишь о родственниках, не принадлежащих к той же либо вообще ни к какой публично-правовой религиозной организации. И католическая церковь, и евангелическая регламентируют защиту данных, касающихся их деятельности, во многом отклоняясь в данном вопросе от государственных стандартов.

В основе финансовой деятельности церквей лежит система церковных налогов. Ее смысл в момент введения (вторая половина XIX в.) состоял не столько в том, чтобы избежать финансирования из государственного бюджета, сколько в том, чтобы вести собственное финансирование за счет своих членов, хотя и с помощью государства. Церковный налог взимается сверх идущих в пользу государства подоходного налога и налога на заработную плату. Допустимы также надбавки к налогу на имущество и к суммам, которыми облагаются земельные участки. Долг в выплате церковного налога может быть вычтен при определении суммы, подлежащей обложению подоходным налогом, у лица, являющегося членом религиозного объединения. В добавление к системе надбавок церковные налоги могут взиматься как подушный ³, налог и по налоговому тарифу, устанавливаемому самими церквями. Однако на первом плане всегда остается церковный подоходный налог (налог на заработную плату). Его ставки устанавливаются по согласованию с государством соответствующими корпорациями. Они колеблются в разных землях от 7 до 9%. Для многих членов религиозных организаций ныне существует фактически или в соответствии с нормами права освобождение от налогов. Обложение юридических лиц церковными налогами недопустимо. Взимание таких налогов производится почти повсеместно государственной налоговой службой за соответствующую плату. Церковные налоги составляют в церковном бюджете от 75 до 90%. Вторым его столпом являются государственные дотации.

а) Свобода религиозных действий

Суть церковных действий может быть определена следующими словами: проповедование и соблюдение культа, наставничество и отправление церковной службы. Церкви и религиозные объединения вправе полностью осуществлять свои свободы, имеющие характер основных и институционно защищаемых; в этих вопросах государство юридически некомпетентно. Границы в этих вопросах создают только нормы уголовного права. Важным элементом свободы церквей и религиозных объединений служит охрана воскресных и праздничных дней. Церковь сопровождает людей своими напутствиями и наставничеством в наиболее важные моменты их земной жизни. Среди них издавна вступление в брак, рождение ребенка, с одной стороны, смерть и погребение — с другой; они представляют собой область особой церковной заботы, хотя в ходе истории и они все больше включаются в сферу ответственности государства.

Законодательство охватывает не брак вообще, а лишь гражданский брак, как гласит Гражданский кодекс. Параграф 1588 ГК четко определяет, что религиозные обязанности в вопросах брака не регламентируются нормами гражданского права. Вместе с тем существует система обязательного гражданского брака. Согласно § 11 Закона о браке, таковой считается заключенным, если бракосочетание имело место в органах ЗАГС. Этому соответствует категорический запрет производить церковное венчание или религиозные празднества по случаю заключения брака до регистрации его в соответствующих государственных органах.

Церквам и объединениям церквей, а также религиозным и мировоззренческим объединениям (например, масонам), корпорациям публичного права предоставлено право открывать собственные кладбища, поддерживать их и расширять. Церкви как владельцы кладбищ связаны нормами права, издаваемого государством, особенно в вопросах здравоохранения, градостроительного планирования и охраны ландшафта. Не в последнюю очередь церкви связаны предписаниями о погребении лиц, не принадлежащих к данной церковной общине, для которых в этом населенном пункте нет другого подходящего кладбища. Как владельцы кладбищ церкви взимают платежи. Споры разрешаются государственной юрисдикционной властью.

Духовное наставничество имеет в виду в первую очередь действия, совершаемые лицами духовного звания в больницах, приютах, армии, пограничной и полицейской службах, а также в исправительных заведениях. Институционализация и финансирование церковного наставничества со стороны государства в армии представляет собой характерный элемент взаимодействия между государством и церковью, несмотря на принципиальное отделение. Системообразующие основы армейского духовного наставничества следующие: эта служба представляет собой часть церковной деятельности; она осуществляется по требованию и под контро-

лем церкви. При выполнении своих духовных задач военные священники независимы от указаний органов государства. У них нет и воинских званий. Тем не менее государство заботится об организационной стороне духовного наставничества в армии. Военные духовники выступают в качестве служащих, принимаемых на определенный срок. Лишь те, кто длительное время находится на руководящей работе, могут оставаться на этой службе пожизненно.

Образование и культура — тоже в значительной мере сфера церковной деятельности. Возможности церковью традиционно велики в дошкольном воспитании. Общинам верующих часто принадлежат детские сады и другие подобные учреждения. В вопросах школьного образования роль церковью имеет свою законодательную опору в ст. 7 Конституции, допускающей свободу создания и существования частных школ. Сфера высшей школы тоже открыта церквям, поскольку они в силу принадлежащего им права самоопределения могут создавать учебные заведения, готовящие духовных лиц, в том числе свои высшие школы. Недавно появились церковные профессиональные высшие учебные заведения и университеты. Важным сектором, в котором представлены церкви, является обучение взрослых, включая академии.

Религия и церковь выступают также в качестве факторов, влияющих на систему государственных школ и высших учебных заведений. Классические примеры — обучение закону Божьему и теологические факультеты в государственных университетах.

Согласно ст. 7 Конституции, закон Божий представляет собой в публичных школах, за немногими исключениями, обычный учебный предмет. Конституция предписывает, однако, что ни один учитель против его воли не может быть принужден вести такие уроки и что лица, уполномоченные воспитывать ребенка, вправе решать, принимать ли ему участие в таком обучении. Уроки закона Божьего должны происходить в полном согласии с принципами религиозного объединения, иными словами, в духе позитивной конфессиональности. Для того чтобы не посещать уроки закона Божьего, необходимо соответствующее заявление лиц, уполномоченных на воспитание ребенка, а с 14 лет — его самого. В некоторых землях для этих учеников такие занятия замещаются другим предметом (этикой, основами нравственности). В противном случае ученик обязан принимать участие в занятиях по религии в соответствии со своей конфессией; при этом действует принцип однородности ученического коллектива применительно к религиозной принадлежности учеников. В законах земель имеются указания о том, какое минимальное число учеников определенной конфессии является предпосылкой обязательной организации для них религиозного обучения. (В некоторых землях речь идет о 8 учениках.)

Весьма жаркие дискуссии возникают в связи с вопросами религиозного обучения школьников, родители которых мусульмане. Возможность введения официального обучения этой религии за-

труднена тем, что в рамках ФРГ для государства в связи с особенностями ислама отсутствует четко определенный центр, который мог бы говорить и действовать с обязывающей мусульман силой. Кроме того, имеются сомнения относительно совместимости взглядов учителей, обучающихся исламу, с основополагающими принципами конституционно-правовой системы Германии. Вместе с тем в обязанности государства входит, как минимум, создание возможностей религиозного просвещения и для детей-мусульман.

Нельзя не упомянуть, что основное право свободы слова распространяется на церкви и религиозные объединения. У них имеется развитая сеть средств массовой информации. В системе организованного в соответствии с публично-правовыми требованиями радиовещания есть три проблемы: наличие собственной церковной трансляции, участие церквей в органах, руководящих радиовещанием, и защита слушателей от нарушения их религиозных и церковных чувств. В этих вопросах действуют в основном совпадающие по своему характеру предписания, обязательные для соответствующих публично-правовых учреждений радиовещания. Вопросы регулирования отношений в этой сфере явились также предметом церковно-государственных договоров. В остальном церкви с учетом технического развития и совершенствования законодательства о средствах массовой информации подпадают под действие соответствующих законов.

Государственная защита воскресных и праздничных дней с гражданской точки зрения означает освобождение в эти дни от обязанности работать. Сказанное бесспорно для мирских праздничных дней, но относится и к церковным праздникам, точнее, к праздникам, которые в церковном праве закреплены как таковые либо являются ими в соответствии с религиозными традициями. Точный перечень праздничных дней конституционно не определен. В соответствии с государственным и церковным правом законодательная конкретизация права на выходные и праздничные дни относится к компетенции земель, тогда как нормативные предпосылки в рамках трудового права и профессиональных отношений (согласно ст. 74 и 12 Основного закона) составляют компетенцию федерации. В соответствии со своей компетенцией федерация может также устанавливать светские праздничные дни.

К классическому составу государственного права, регулирующего отношения с церковью и понимаемого в широком смысле, относятся религиозные деликты. Особо значимой долго была наказуемость богохульства, однако уголовно-правовая защита в этой сфере все время сокращалась (ст. 166—168 УК). Анализ этих статей показывает, что в сфере уголовного права государство не идентифицирует себя с церковью и религией. Оно не защищает религиозную истину от неверия или критики. Религиозно значимые нормы уголовного права представляют собой общий закон в смысле ст. 5 Конституции и, следовательно, устанавливают законные рамки свободы мнений, печати, радио и телевидения.

Уголовная ответственность (§ 167 УК) существует за нарушение свободы осуществления религиозных или мировоззренческих взглядов. Она охватывает, в частности, умышленное либо грубое нарушение церковной службы или иных связанных с отправлением культа действий, нарушение покоя мертвых (§ 168) и др. Последнее относится к тем, кто, не будучи управомоченным на то, изымает трупы, их части или пепел похороненных, а также к тем, кто устраивает грубые бесчинства на могилах либо разрушает и повреждает их.

10. Свобода совести

Свобода совести завершает и венчает идею прав свобод человека. Статья 4 Конституции объявляет свободу совести нерушимой; она не подлежит каким-либо установленным законом ограничениям; человек не может быть лишен ее (ст. 18 Основного закона). Еще в XIX в. свобода совести тесно переплеталась со свободой вероисповедания и рассматривалась как ее низшая ступень. С тех пор развитие свободы совести характеризуется безостановочным процессом эмансипации, в конечном пункте которой находится формирование нового принадлежащего к основным правам института, имеющего собственную сферу правового регулирования.

Носителями основного права свободы совести являются только физические лица. Управомочены в данной сфере не только немцы, но и иностранцы, поскольку речь идет о всеобщем праве человека.

Понятие совести трудно определить в виде правовых категорий. ФК.С охарактеризовал совесть как реально выявляемый феномен, требования, предостережения и предупреждения которого являются для человека непосредственно очевидными указаниями о непременном долженствовании. Федеральный конституционный суд толкует решение, обусловленное соображениями совести, как серьезное нравственное, т. е. ориентированное на понятие «хорошо» или «плохо», решение, которое каждый в определенной ситуации рассматривает как связывающее его и внутренне обязательное в такой мере, что он не может преступить через него без крайней необходимости.

Гарантия целостности внутреннего мира человека запрещает государству вмешательство в психику индивида, которой могут угрожать психологическая обработка, гипноз, наркологический анализ или лекарства. Необходимо помнить, что основные права представляют собой реакцию не только на исторически сложившиеся опасности, но и на те, которые могут возникнуть в сегодняшней ситуации.

Основное право свободы совести защищает не только внутренний, но и внешний мир человека, свободу исполнения и осуществления намерений. Гарантия нерушимости свободы совести включает возможность действовать в соответствии с ее велениями и

внутренне осознаваемыми требованиями. Свобода совести как конституционно-правовая привилегированная особая форма свободы действий не может быть (из соображений практически удобного установления границ) сведена лишь к свободе формирования убеждений. Только гарантии свободы действовать в соответствии с совестью соответствуют требованиям нерушимости этого права, вытекающим из ст. 4 Основного закона.

Главным адресатом обязанностей, вытекающих из этих основных прав, является государство, отдельные функции которого — законодательство, управление и правосудие, — согласно ст. 1 Основного закона, реализуются во взаимосвязи с основными правами. Осуществлению этой обязанности служит право конституционной жалобы в соответствии со ст. 93 Конституции, защитное действие которой охватывает предусмотренные в ст. 4, абз. 1 Конституции права. Из свободы совести вытекает «негативное» притязание к государству о недопущении препятствий в ее осуществлении. Позитивные притязания о совершении государством определенных действий из свободы совести не вытекают. Негативное притязание само предоставляет носителю основного права в первую очередь возможность не быть понуждаемым со стороны государства к противоречащим его совести действиям. В отдельных случаях из него проистекает также право на позитивные действия.

Традиционные трудности создает вопрос о реализации свободы совести в сфере частного права. Непосредственного действия в отношении третьих лиц из него не возникает. Тот, кто добровольно вступил в договорные отношения, в принципе должен нести и бремя последствий своих действий, поскольку нерушимость договоров — важная правовая ценность.

Конституция не устанавливает каких-либо специальных границ именно свободы совести. Поэтому при ее отделении от других основных прав следует руководствоваться такими параметрами, как принцип практического согласия, оптимизации сфер применения обоих основных прав, идея о щадящем обе стороны уравнивании взглядов, принцип гармонизации и возможно больший максимум удовлетворения интересов.

Вместе с тем в Конституции имеются пределы, которые принципиально действуют и в отношении свободы совести. Такими непреодолимыми границами наряду с жизнью и свободой людей являются внутригосударственный мир, прочность государства и его внешняя безопасность. Основные права не только создают идеальные предпосылки для демократии; их реализация должна также уважать прочность и безопасность свободного государства. Законопослушность граждан априорно присуща современному государству, в том числе и в части выполнения основных обязанностей.

Нормальная ситуация, охватываемая ст. 4 Конституции, имеет в виду ситуации, в которые может попасть личность, поставленная перед дилеммой нравственного выбора. Однако в современных условиях ссылка на свободу совести принимается неохотно, чем ставится под сомнение неоспоримый характер абз. 1 упомянутой ста-

тии. Свободе совести грозит опасность быть вовлеченной в банальную, обусловленную каждодневными политическими потребностями суету. Она все чаще используется как вседозволяющая свобода в противоречивых природоохранительных и внешнеполитических отношениях, нередко целыми коллективами, с тем чтобы воспрепятствовать принятым демократическим большинством решениям парламента либо базирующимся на них актам исполнительных органов. Проводимые в связи с этим акции отказа от исполнения и акции протеста нередко сопровождаются притязаниями на монопольное обладание истиной и правильное либо лучшее понимание Конституции. Этому соответствует в теоретическом плане провозглашение гражданского неповиновения в качестве элемента развитой политической культуры и как следствие — уклонение от обязанности следовать законам. Тем самым формируется выходящая за рамки права на сопротивление (ст. 20, абз. 4 Конституции) противоборствующая сила, которая ставит под сомнение обязанность граждан вести себя мирно и монополию государства на применение силы.

Если смотреть правде в глаза, открывается особая проблематика, касающаяся ст. 4. абз. 1 Основного закона, а именно вопрос о месте и значении свободы совести в политической борьбе мнений в условиях парламентской демократии правового государства. Тому, кто по своим убеждениям считает неприемлемым для себя пребывание в государстве — общей «обители» всех граждан, остается при всех условиях возможность выхода из гражданства и выезда из страны согласно ст. 2, абз. 1 Основного закона. Свобода выезда в реальности представляет собой пассивную форму противодействия, сопоставимую с правом на сопротивление.

Свобода совести может войти в противоречие со всеобщей воинской обязанностью: согласно ст. 4 Конституции, никто не может быть принужден вопреки его совести нести военную службу с оружием. Процессуальные гарантии этого права содержатся в ст. 19. Порядок его реализации устанавливается государством, однако оно не вправе сузить его рамки, а может лишь конкретизировать понятия, содержащиеся в самой конституционной норме. Статья 4, абз. 3 представляет собой особую норму по отношению к абз. 1 той же статьи. Правовые последствия этого состоят в том, что предоставление определенно допустимой (согласно ст. 12 а, абз. 2 Конституции) альтернативной службы не может быть отклонено со ссылкой на ст. 4, абз. 1. Группы и объединения людей, пропагандирующие уклонение от воинской обязанности, подлежат защите согласно ст. 5, 8 и 9 Конституции.

Суть основного права, согласно ст. 4, абз. 3 Конституции, состоит в том, чтобы уберечь уклоняющегося от воинской обязанности от необходимости быть вынужденным убивать других людей во время военных действий, если это принципиально противоречит его совести. И в мирное время человек не должен быть принужден к обучению обращения с оружием, единственная цель которого состоит в том, чтобы подготовить его к действиям, непри-

емлемым для него по моральным соображениям. Об этом прямо говорит ст. 12 а, абз. 2 Конституции. Но можно отказаться только от несения военной службы с оружием. Статья 4, абз. 3 Основного закона не дает права уклоняться от участия в войне вообще. Так, названная статья не обеспечивает защиты в случаях, когда человек избегает несения расходов на войну или уклоняется от мобилизации для работы в военной промышленности. Статья 4, абз. 2 имеет в виду принципиальный отказ от военной службы с оружием по мотивам нравственного порядка. Эта норма не распространяется на ситуационный отказ от военной службы, когда некто отказывается участвовать в данной войне, в определенных видах войн либо с использованием того или иного вида оружия.

Лицо, отказывающееся от несения воинской обязанности с оружием, должно обосновать свое решение. Недостаточно только объявить о своем намерении либо заявить о готовности нести альтернативную службу. В отличие от этого не вызывает сомнений такая законодательная конструкция, при которой в условиях более длительной, чем военная, гражданской службы согласие на ее прохождение могло бы рассматриваться как существенное доказательство обоснованности нравственного выбора. Порядок несения альтернативной военной службы регламентируется текущим законодательством. Конституция же определяет лишь некоторые параметры ее осуществления. В частности, согласно ст. 12 а, продолжительность альтернативной военной службы не может быть больше обычной.

11. Свобода слова, мнений и информации

Возможность беспрепятственного выражения своих мнений является неперенным условием существования человека. Как думающее, эмоциональное и общественное существо, он вынужден вступать в связь с себе подобными, будь то в условиях согласия или в спорах. Высказывание своих мыслей, взглядов и желаний означает для человека элементарную потребность бытия. Вот почему основное право на свободное выражение мнений представляет собой непосредственное выражение человеческой личности в обществе и одно из благороднейших прав человека вообще. Естественной предпосылкой всего этого является возможность беседовать по интересующим вопросам, вообще возможность формировать, проверять или изменять собственное мнение при помощи информации. Свобода коммуникаций охватывает свободу выражения мнений, свободу распространения мнений и свободу информации. Свобода коммуникаций имеет сущностное значение для устройства и движения политических процессов в государстве.

Согласно Конституции, основу демократии составляет возможность формировать свое мнение об общественных делах и сообщать или обсуждать свои взгляды в форме критикующих, одобряющих или противостоящих суждений. Это связано с тем, что государственная власть исходит от народа (ст. 20 Основного зако-

на). Только так политическое волеизъявление народа может сформироваться, быть выявлено, упрочено и, наконец, оформлено в виде государственной воли через компетентные специальные органы (ст. 20, п. 2). Поэтому свобода каждого на формирование своего мнения с помощью информации и свобода распространения мнения, по словам ФКС, «необходимы для свободного демократического государственного строя».

С точки зрения формирования политической воли народа ст. 5 Основного закона выполняет одновременно и субъективную функцию, и объективную. Для того чтобы обеспечивать постоянное демократическое развитие государства, эта норма охраняет не только свободу мнения отдельно взятого лица, т. е. субъективное начало, но одновременно и всеохватывающий процесс коммуникаций, тем самым она закрепляет свободу мнений как объективный принцип всеобщего правопорядка. Правда, это объективное содержание данного основного права не следует абсолютизировать. Статья 5 Конституции гарантирует в первую очередь субъективное право и свободу.

Объективно-правовое подкрепление свободы мнений может проявляться в трех следующих направлениях. Во-первых, отсюда может вытекать обязанность государства заботиться о некоторых фактических условиях осуществления данного права. Это может выразиться либо в том, что группам лиц, которые в противном случае получают слабый доступ к свободе слова, будет предоставлена особая возможность высказаться, либо в том, что отдельные малозаметные потребности получают соответствующее освещение. Во-вторых, расширение свободы мнений за счет ее объективного проявления существенно и для других правоотношений. Оно должно рассматриваться как руководство к действию, как импульс в правотворчестве, управлении и правосудии. Наконец, в-третьих, объективно-правовое существо свободы мнений придает ей дополнительный вес в случае конкуренции с другими конституционными положениями, например со вступающими в противоречие с нею основными правами третьих лиц или с иными охраняемыми благами.

Свобода коммуникаций включена в общую систему конституционных прав. Согласно ст. 5, она сформулирована не как право немцев, а как право человека вообще. Эта свобода получает международно-правовое подкрепление в ст. 10 Европейской конвенции о правах человека (1950 г.). Кроме того, ст. 79 Основного закона делает невозможным изменение упомянутой выше статьи.

Свобода коммуникаций не знает возрастных ограничений. Дети тоже, разумеется, даже больше, чем взрослые, нуждаются в том, чтобы иметь возможность высказывать свои суждения, быть выслушанными и тем самым накапливать духовный опыт. Статья 5, по своей сути, применима и к национальным частным организациям. Даже не имеющие правоспособности объединения, а тем более союзы, в том числе профсоюзы и политические партии, мо-

гут предъявлять претензии, базирующиеся на данном основном праве.

Сказанное неприменимо к носителям властных полномочий. Государственным органам или депутатам в случае ограничения их возможностей высказываться нельзя опираться на эту норму, они могут ссылаться лишь на принадлежащие им полномочия. Юридические лица публичного права также исключены из круга субъектов, осуществляющих эти основные права. Иное действует лишь в случае, если юридическое лицо было специально создано образующими его людьми для реализации определенного основного права, что имеет место, например, в отношении университетов или факультетов, религиозных объединений или органов радиовещания.

Выражение мнения означает простое его высказывание без учета того, есть ли кто-либо, кто может принять его к сведению. Напротив, его распространение касается информации, предназначенной для третьих лиц; только здесь возникает социальный контакт, а с ним и настоящая коммуникация. Поэтому вторая форма коммуникации охватывает первую и является, собственно, основанием для защиты в соответствии со ст. 5 Конституции. Едва ли нужно разъяснять, что из сказанного не вытекает право оказывать давление либо требовать быть выслушанным, допустить к определенным средствам массовой информации и т. п. В вопросах высказывания мнения речь идет лишь о социальном, рациональном или эмоциональном сообщении точек зрения.

Высказывание мнения должно происходить без помех. Недопустимо заглушать выступления, срывать плакаты и вывески, задерживать письма, исключать возможность собирать слушателей или разгонять их, изымать печатные средства, мешать возможности говорить и т. д. Требование о проверке фактов под углом зрения нарушения основного права должно удовлетворяться, когда возникают другие препятствия, затрагивающие комплексность высказывания мнения, его непосредственность, исключительность или достоверность. Это относится, в частности, к неправомерным прослушиваниям и записыванию частных разговоров осведомителями или лицами, ведущими слежку. Статья 5 Конституции запрещает также понуждать кого-либо к высказыванию собственной оценки по определенному вопросу.

В решении ФКС, касающемся Лейпцигской народной газеты, указывается, что для свободы информации характерен демократический принцип, закрепленный в ст. 20 Конституции: демократическое государство не существует без свободного и, по возможности, хорошо информированного общественного мнения. Наряду с этим свобода информации имеет и индивидуально-правовой компонент, вытекающий из ст. 1 и 2 Основного закона. Он признает первейшими потребностями человека возможность быть хорошо осведомленным из возможно большего числа источников, а также расширять собственные знания и тем самым развиваться как личность. Источники информации могут быть любыми, после оз-

накопления с которыми у реципиента остается след в уме и сердце. Сюда относятся документы, книги или заметки, доклады, сообщения по радио, магнитофонные кассеты, рисунки, картины, фильмы и т. д.

Решающим критерием гарантии свободы информации является всеобщая доступность охраняемого источника знаний. Согласно господствующему мнению, это требование налицо, если источник информации технически способен предоставлять информацию всем, т. е. индивидуально не ограниченному кругу лиц. Соответствующие властные структуры могут запретить (ограничить) распространение информации лишь в случае, когда они сами являются ее авторами либо владеют на законных основаниях источником данной информации. Сказанное относится к служебным регистрам и книгам, управленческим актам или сведениям, передаваемым соответствующими службами информации. Получение этой информации должно происходить в соответствии со специальными предписаниями.

Основное право свободы информации получает конституционную защиту лишь в случае попыток ее ограничений, имеющих властную природу. Следует учитывать и возможную конкуренцию основных прав. Так, свобода религиозной или мировоззренческой принадлежности (ст. 4), а также свобода искусства и науки (ст. 5) как специальные права не имеют в виду применение свободы коммуникации. Это относится также к высказываниям мнений в связи с различиями в тарифах или при подчеркивании профессиональных желаний и решений, иными словами, в соответствии со ст. 9 или ст. 12 Основного закона. Особого упоминания заслуживает соотношение свободы коммуникации и свободы собраний (ст. 8 Конституции). Последняя есть специальное право по отношению к ст. 5, поскольку собрание представляет собой встречу, направленную на развитие общей коммуникативности, и следовательно, здесь есть коллективный вариант выражения мнения.

Фундамент конституционной конструкции составляет положение о том, что ограничения основных прав могут действовать обобщенно только на базе норм закона, а применительно к конкретным случаям — лишь в результате отдельного акта, базирующегося на предписаниях закона. Устанавливаемые таким образом границы действия основных прав подразделяются по содержанию на вмешательства и ограничения. Вмешательства имеют место применительно к оформленной основным правом сфере защиты с последующим на нее действием, как бы корректированием ее. В виде общего правила такие вмешательства допускаются нормой более низкого уровня. Ограничения, напротив, означают суживание сферы защиты уже в момент формулирования самой конституционной нормы. Применительно к свободе коммуникаций Основной закон допустил лишь второй вариант очерчивания границ. Правомочие на вмешательство выпадало бы из концепции (ст. 17 а, абз. 1 была внесена в Конституцию позднее и представляет собой исключение).

Согласно ст. 5 Конституции, свобода выражения мнения, свобода распространения мнения и свобода информации осуществляются в рамках предписаний общих законов. Общность нормативного регулирования касается его предметной стороны, отсутствия подчеркнутого внимания к особенностям. Вместе с тем Конституция сама устанавливает абсолютные границы таких ограничений, запрещая введение цензуры. При этом имеется в виду предварительная цензура, в то время как меры последующего контроля и вытекающие из него репрессивные последствия данным понятием не охватываются. В интересах третьих лиц введены ограничения, вытекающие из установленных законом предписаний по защите молодежи и требований уважения к личности. Особые случаи ограничения свободы коммуникаций могут вытекать из правоотношений, связанных с особым статусом отдельных категорий лиц: государственных чиновников, судей, военнослужащих и лиц, находящихся на альтернативной военной службе, учителей школ и вузов, работников исправительных учреждений.

12. Свобода прессы, радио, кино

Наряду с общей свободой слова и мнений ст. 5 Конституции особо гарантирует свободу прессы и свободу информации посредством радио и кино. При этом под прессой понимаются как периодические печатные издания, например газеты, так и непериодические издания, например книги, брошюры, листовки. Помимо всего прочего сюда относятся и индивидуальные средства массовой информации (магнитофонные и видеокассеты, звуковые и видеодиски), поскольку они физически удерживают информацию в целях ее дальнейшего распространения. Телевидение по смыслу этой конституционной нормы относится не к кино, хотя и представляет собой новую форму движущихся изображений, а к радио, поскольку, как и там, распространение информации идет при помощи электромагнитных волн.

Свобода прессы защищает непосредственный процесс фактического распространения информации. Он охватывает печатание или создание, доставку и распространение носителей информации при помощи профессиональных или действующих на добровольных началах помощников и сбытовых организаций. Защите подлежат и подготовительные действия, в том числе сбор информации. Если при этом речь идет о доведении до адресатов информации, полученной из общедоступных источников, к свободе прессы добавляется особо гарантируемая Конституцией свобода информации. Журналисты и авторы критической информации при этом имеют не большую, но и не меньшую защиту, чем обычные граждане.

Свобода прессы защищает издателя или журналиста либо автора от запретов со стороны государства и других ограничений, но не журналиста или автора против установок, которые ему дает издатель. Статья 5 Конституции особо предусматривает запрет цензуры. Соответственно и предоставление разрешений на

создание печатного органа должно носить в виде общего правила лишь формальный характер, не затрагивая содержания будущей печатной продукции.

Важным элементом свободы прессы и ее вклада в формирование общественного мнения является ее независимость от государства. Поэтому ФКС, несмотря на явления концентрации частной печати, исходит из того, что свобода прессы в принципе есть свобода частной и коммерческой прессы. Соответственно появление одной или многих государственных газет допустимо лишь тогда и постольку, когда и поскольку они не могут в условиях наличия большого числа аналогичных частных изданий оказать решающее воздействие на формирование общественного мнения.

Государственные дотации прессе допустимы лишь в том случае, если они предоставляются на основе установленных законом общих и нейтральных по отношению к содержанию критериев и не ведут ни к установлению зависимости от государства, ни к нарушению механизма хозяйственного выравнивания.

Институциональная гарантия свободы прессы распространяется на возникновение ее свободной частной формы, но не на продолжение существования конкретных видов периодической печати и тем более не на состояние отдельных газет и журналов. Важнейший принцип функционирования этой прессы есть способное к инновациям свободное соревнование, чему должны соответствовать и новейшие формы периодической прессы.

Практически удобным и соответствующим Конституции, наименее сомнительным и в определенном смысле рекомендуемым путем сохранения множества самостоятельных периодических изданий является ограничение концентрации прессы, учитывающее экономические реалии периодической печати. Они были введены в 1976г третьей новеллой к Закону о картелях и по крайней мере замедлили дальнейшее сокращение числа независимых газет. В этом случае конкуренция не устраняется, а поддерживается, хотя и в результате государственного вмешательства в нормальное течение хозяйственного процесса.

Поскольку периодическая печать подлежит институциональной защите, так как она в условиях парламентской демократии вносит существенный вклад в формирование общественного мнения, встает вопрос обусловленности ее конституционного статуса выполнением ею публичных задач. Тем самым пресса, конечно, не включается, подобно обладателю служебных полномочий, в число государственных организаций и не снабжается, подобно политическим партиям, правами и обязанностями конституционного института, но обязывается иметь демократическую внутреннюю структуру. Однако осуществление публичных задач в рамках профессиональной этики может стать для свободы прессы обременением, поскольку из нее выводятся не только особые права, но и особые обязанности.

Все законы земель о прессе наделяют представителей издаваемых там периодических изданий правом требования по отноше-

нию к властям о снабжении их необходимыми для выполнения публичных задач сведениями. Обязанными являются власти федераций и земель. Право уклоняться от дачи свидетельских показаний и ограничения на проведение обысков и арест материалов, установленные в интересах тех, кто профессионально участвует в подготовке, создании и распространении периодического печатного издания, призваны не гарантировать их публичную задачу, а скорее предотвращать государственное вмешательство, мешающее периодической прессе свободно воздействовать на общественное мнение. Не публичные задачи, а объективное общественное значение периодической прессы в обеспечении разнообразия мнений в ходе демократического формирования воли легитимирует в этих случаях отказ от мер уголовного преследования.

В судебных решениях и в науке вновь и вновь фигурируют высказывания о том, что периодическая пресса должна, так же как и радио, давать объективную и ответственную информацию, поскольку она выполняет публичные задачи и ответственна за реализацию базирующегося на Конституции демократического строя. Однако от периодической прессы нельзя требовать, чтобы она, подобно государственным учреждениям, давала объективную информацию. Пресса должна проверять со всей необходимой по обстоятельствам тщательностью истинность и происхождение сообщений.

Исторически радиовещание, а с 1952 г. и телевидение находились первоначально в руках публично-правовых радиовещательных учреждений. Внутренняя плюралистичность программ должна была гарантироваться в каждом радиовещательном учреждении как минимум одним советом, образованным из представителей особо весомых общественных образований, подобных партиям, церквям и профсоюзам. Отдельные партии, группы и иные обладатели значимых мнений не имеют, однако, права через суд получить место и голос в таких советах либо добиться выделения определенного времени вещания. Советы правомочны контролировать программы и участвовать в назначении руководящего персонала. Но советы на радио и телевидении, состоящие из работающих на общественных началах лиц и созываемые с интервалами, могли и могут лишь в ограниченных масштабах противопоставлять себя профессиональным ведущим программы.

Финансовая зависимость публично-правовых учреждений радиовещания, обусловленная тем фактом, что размеры взимаемых с владельцев радио и телеаппаратуры платежей устанавливаются государством, уменьшается вследствие того, что они вправе укреплять свои финансы за счет коммерческой рекламы. Однако в той же мере уменьшается значение принципа программной и организационной плюралистичности, олицетворяемого в советах, существующих на радио. Именно поэтому другие страны (например, Япония и Великобритания) не допускают в передачах своего публичного радиовещания никакой рекламы.

Частное радиовещание после ряда неудавшихся попыток стало вводиться сначала в виде пробы, а потом окончательно почти во всех землях ФРГ с 1980 г. наряду с публичным радиовещанием. Согласно межгосударственному договору о радиовещании 1987 г., всеми было санкционировано параллельное существование публичного и частного, прежде всего коммерческого, радиовещания. Тем самым Германия пошла по пути общеевропейского развития. Это связано, помимо прочего, с тем, что спутники и кабельное вещание создают средне- или долгосрочные предпосылки для соревнования в сфере радиоинформации и телепоказа в масштабах всей Европы, в ответ на что каждое государство стремится мобилизовать свои национальные хозяйственно динамичные предприятия.

Поскольку радиовещание и в особенности телевидение ввиду своего всеохватывающего влияния еще в большей степени, чем периодическая пресса, способны воздействовать позитивно или негативно на общественное мнение и нарушать с далеко идущими последствиями права человека, ФКС предъявляет повышенные требования к объективности передач и учету возможных нарушений личных интересов. В отличие от свободы прессы, охватывающей индивидуальное право каждого на распространение с помощью прессы своего мнения, свобода радиовещания такого индивидуального притязания не знает.

13. Свобода собраний

Свобода собраний подлежит защите на уровнях как федерации, так и земель. Статья 8 Основного закона предоставляет всем немцам право собираться мирно и без оружия, не получая на то разрешения и даже без уведомления. История и актуальное значение данного основного права свидетельствуют о его явной политической направленности. В этом одновременно причина и важного значения, и его угрозы. Из-за его политической значимости реализация рассматриваемого права во многом определяется более или менее сильным акцентом общественно-демократических и индивидуально-правовых аспектов. Сомнительно, чтобы данное основное право реально признавалось всеми, особенно консервативными группами, поскольку его использование часто нацелено против властей, особенно в такой форме его проявления, как свобода демонстраций, позволяющая видеть в свободе собраний классическое право для недовольных, неугодных и даже строптивых. Именно поэтому едва ли можно добиться заметного положительного эффекта в обществе в отношении этих групп населения.

Решающую роль в актуальном понимании свободы собраний играет так называемый компенсационный тезис, развитый, в частности, ФКС. Исходя из традиций англо-американского права о политических петициях, суд особо подчеркивает выходящее за границы юридических притязаний на защиту свободы собраний право граждан на участие в политическом формировании общей

воли. При этом суд подчеркивает компенсационное значение свободы собраний, особенно в форме свободы демонстраций. Исходным является тезис о том, что формирование общей воли идет от народа к государственным органам, а не наоборот. В парламентской представительной системе со слабо развитым правом плебисцита ограниченным в период между выборами является даже влияние большинства избирателей. Отдельному лицу для оказания влияния остается наряду с организованным участием в партиях и союзах только возможность коллективного воздействия путем реализации права собраний в форме демонстраций.

Свобода собраний, таким образом, помогает восполнить дефицит средств политического влияния со стороны граждан по сравнению с ресурсами, обладающими спонсорами, большими финансовыми ресурсами и средствами массовой информации. Путем такой интерпретации основного права ФКС трактует собрания как элемент демократической открытости, создающий возможности влияния на политический процесс, критики и протеста, содержащий поэтому часть первоначально неограниченной непосредственной демократии. Свободе собраний принадлежит стабилизирующая функция в представительной системе и потому, что она позволяет публично заявить о недовольстве и критике и дать им ход. В этом качестве свобода собраний выступает как система раннего политического предупреждения, которая делает видимыми для представительных органов потенциалы беспокойства, дефицита единства и тем самым облегчает корректировку политического курса.

Трактовка ФКС свободы собраний как компенсационной корректировки системы представительных органов, партий и союзов вызывает сомнения. Творцы Основного закона совершенно сознательно ограничили плебисцитные формы непосредственной демократии только немногими, исключительными случаями. Непосредственное участие народа в формировании государственной воли по сути дела ограничено выборами.

Для определения сферы действия ст. 8 Конституции необходимо отграничивать защищаемые основным правом собрания от прочих сборищ. Конституция защищает собрания как сходку многих людей с целью коллективного, опосредованного коммуникацией выражения мнений. Более узкие цели собрания могли бы нарушить индивидуально-правовое значение свободы собраний. Напротив, более широкая характеристика привела бы к непреодолимым на практике трудностям отграничения. С помощью предложенного определения из понятия собрания исключаются регулярные театральные представления, кинопоказы, проповеди, научные доклады и т. д., так как в ходе этих мероприятий формирование мнения хотя и имеет место, однако в виде общего правила, а не межличностного обмена информацией. Коммуникация в рамках собрания не ограничена словесными формами, а охватывает разнообразные формы общего поведения, вплоть до маршей молчания, вахт памяти, сидячих демонстраций и др.

Статья 8 Конституции защищает также спонтанные собрания, которые по актуальным причинам должны быть немедленно проведены, в связи с чем соблюдение обязанности уведомления о собраниях под открытым небом, предписанной § 14 Закона о собраниях, вошло бы в противоречие, если бы не сорвало сами цели его проведения. Применительно к собраниям такого рода предоставляемая ст. 8 Конституции защита оказывается сильнее, чем предписания Закона о собраниях, в связи с чем обязанность уведомления отпадает. Отсутствие уведомления само по себе автоматически не оправдывает запрет или отмену собрания.

Ограничение Конституцией круга обладателей соответствующего основного права лишь немцами было расширено § 1 Закона о собраниях до понятия «каждый», охватывая тем самым иностранцев и лиц без гражданства. В результате было снято расхождение ст. 8 Конституции ФРГ со ст. 11 Европейской конвенции о правах человека. Широкие ограничения возможностей политических собраний иностранцев, установленные § 6 Закона о собраниях, перекрываются аналогичными ограничениями, предусмотренными ст. 11 и 16 Европейской конвенции. Юридические лица могут реализовать свободу собраний разве только как их организаторы.

Статья Основного закона предоставляет право собираться мирно и без оружия. Помимо оружия в техническом смысле этого слова понятие «оружие», используемое в данной статье, охватывает все предметы, которые по своей природе объективно годятся для нанесения ран людям или для повреждения вещей и предназначены для этих целей их обладателями. Согласно § 5 и 13 Закона о собраниях, последние считаются немирными, если их течение приобретает насильственный или мятежный характер либо угрожает этим или стремится к этому. Собрание считается немирным, если из прогноза с высокой вероятностью вытекает, что организатор и его сторонники планируют насилие или, по крайней мере, одобряют подобное поведение со стороны других лиц. Понятие «насилие» раскрывается в его уголовно-правовой трактовке как произошедшее в результате активных действий непосредственное нападение на людей или вещи путем применения физической силы. Чисто психический пресс (без применения физической силы) или так называемое давление улицы путем проведения демонстраций не делает каждую из них немирной. Ее участники не должны прибегать к насильственным действиям или к угрозе таких действий. Границу насильственных проявлений преступают также действия по блокаде или захвату, которые хотя и не подпадают под приведенное выше понятие насильственных действий, однако покрываются широким уголовно-правовым понятием насилия. Косвенной формой предотвращения нарушения правопорядка в ходе демонстраций служит введенный § 17 «а» Закона о собраниях запрет ношения защитных средств и маскировки участников.

Статья 8 Конституции допускает для собраний под открытым небом ограничения согласно формальному или материальному закону либо в порядке, предусмотренном нормой, изданной на его основе. Федеральные законы и законы земель о запретных зонах основываются на § 16 Закона о собраниях. Они запрещают проведение собраний в пределах этих зон. Коллизии между свободой собраний и общим уголовным правом возникают чаще всего при наказуемости демонстрантов по § 240 УК в связи с их участием в сидячих блокадах. Необходимость таковых не может быть оправдана ни ссылкой на ст. 8 Конституции, ни правом на сопротивление.

14. Свобода объединений

Свобода объединений, подобно свободе собраний, может быть осуществлена лишь в коллективных формах. Тем не менее ст. 9, абз. 1 Конституции гарантирует эту свободу каждому индивидуально, а не как коллективное основное право. Наличие свободных политических объединений неотделимо от представительной демократии. Поэтому ст. 21 Конституции рассматривает свободу партий и участия в них как особый вид свободы объединений. Однако поскольку каталог основных прав не знает какой-либо иерархии между политическими и неполитическими правами и не дает никаких привилегий по политическим мотивам, ст. 3, абз. 1 Конституции защищает в равной мере как частное, так и публичное их использование.

Статья 9 Основного закона действует независимо от права союзов, регулируемого гражданским законодательством. Хотя конституционная норма по традиции употребляет термины «союзы» и «общества» как возможные формы объединений, отсюда не следует, что она гарантирует тем самым существование определенных видов союзов и обществ. Вопросы вступления в объединение или выхода из него решаются в первую очередь в гражданско-правовом, а не в конституционно-правовом порядке.

Подобно тому как ст. 21 Основного закона защищает не только свободное создание партий, но и сами партии, ст. 9, абз. 1 должна охватывать процесс объединения и сами ассоциации. Иначе повисли бы в пустоте вопросы существования и деятельности объединений. Ведь из абз. 1 и 3 этой статьи вытекает право объединений на слияние с другими, право образовывать верхушечные организации. Таким образом, ст. 9, абз. 1 гарантирует, с одной стороны, свободу индивидов создавать союзы и товарищества и участвовать в их работе, а с другой — предоставляет защиту возникновения, существования и деятельности самих объединений.

Свобода коллективов не может иметь более широких границ, чем индивидуальная свобода. Так как ст. 9, абз. 1 Конституции распространяет свое действие лишь на немцев, речь может идти о производном праве только немецких объединений либо таких,

деятельность которых в основном определяется и контролируется немцами.

К вопросам организации объединений и подчинения их деятельности целям формирования воли не должны предъявляться слишком строгие требования, с тем чтобы предоставляемой основным правом защитой могли пользоваться и либерально структурированные объединения, например «гражданские инициативы» и «сообщества по интересам».

Статья 9 Конституции предъявляет для создания объединений требование ясности их цели. В качестве таковой может служить почти любой защищаемый отдельными основными правами или вытекающий из общей свободы действий образ поведения. Таким образом, эта норма выступает в качестве дополнительной гарантии ст. 5, абз. 3 Конституции применительно к объединениям в области науки и искусства, ст. 4, абз. 1 в отношении мировоззренческих сообществ, ст. 12, абз. 1 в отношении профессиональных союзов и ст. 2, абз. 1 Основного закона применительно к разнообразным объединениям, начиная от спортивных обществ и кончая братствами любителей вина. В связи с неограниченным кругом возможных целей объединений действие ст. 9, абз. 1 Конституции не ограничивается объединениями с идеальными целями (ср. с § 21 ГК), а охватывает и объединения, имеющие цели хозяйственные (ср. с § 22 ГК).

Подобно тому как каждое отдельное лицо защищено от неограниченного сбора, хранения, использования или дальнейшей передачи касающейся его информации, объединение обладает таким правом непосредственно в силу ст. 9, абз. 1 Конституции, а не косвенным путем — через ст. 2, абз. 1 во взаимосвязи с ст. 1, абз. 1, и ст. 19, абз. 3 Основного закона.

Создание и деятельность политических объединений, которые должны рассматриваться как партии, регламентированы специальным предписанием ст. 21 Конституции, в связи с чем партии не рассматриваются в качестве союзов в § 2 Закона о союзах. Ограничением свободы объединений служит конституционный запрет объединений, «цель или деятельность которых противоречат уголовным законам или направлены против конституционного строя или против идеи взаимопонимания народов» (ст. 9, абз. 2).

Часть 7. НОРМАТИВНАЯ ПРИРОДА ОСНОВНОГО ЗАКОНА

I. ВЛАСТЬ, УЧРЕЖДАЮЩАЯ КОНСТИТУЦИЮ

Понятие власти, учреждающей конституцию, неоднозначно. Оно может употребляться в социолого-эмпирическом, политико-полемиическом и нормативно-правовом смысле. Если власть, учреждающая конституцию, трактуется социолого-эмпирически, то речь в этом случае идет о фактической власти или авторитете, способном создать определенную конституцию и ввести ее в действие. Если же трактуя проблему власти, учреждающей конституцию, необходимо ответить на вопрос, кто в данной политической системе имеет право ее создавать, т. е. кто обладает полномочием принять конституцию, тогда в центр внимания ставится политико-полемиическое значение этого понятия. В таком смысле можно говорить о принадлежности власти, учреждающей конституцию, непосредственно народу (демократический принцип) и противопоставлять ее власти государя (монархический принцип) или народного представительства (парламентский принцип). Представляется, что вовсе необязательно, чтобы в условиях демократии власть, учреждающая конституцию, всегда принадлежала народу. Установление этой власти всегда является в значительной мере проблемой политической культуры и традиции. Раскрытие понятия власти, учреждающей конституцию, в аспекте политической борьбы должно дать ответ на вопрос о внутреннем суверенитете в конституционном государстве.

От социологического и политического значения понятия власти, учреждающей конституцию, следует отличать его нормативно-правовой смысл. Он касается конкретных форм и способов учреждения конституции, их позитивно-правового регулирования в предконституционный период, с тем чтобы конституции вообще могли создаваться и вступать в силу. Суть понятия власти, учреждающей конституцию, в таком аспекте составляет, следовательно, не вопрос о фактической власти, способной ввести конституцию в действие, и не общая проблема истоков государства и конституции, а правовая организация процесса учреждения ее. В данном случае речь идет прежде всего о юридических предпосылках и условиях осуществления власти, учреждающей конституцию, точнее — о ее законности.

Тот, кто хочет определить предмет власти, учреждающей конституцию, должен отдавать себе ясный отчет в том, что следует понимать под учреждением конституции. В зависимости от того, проводится ли при этом различие конструкции и конституционного закона, принимаются во внимание и перспективы того же процесса. Нет смысла проводить дифференциацию между конституцией и конституционным законом применительно к процессу учреждения конституции. Предметом власти, учреждающей конституцию, в любом случае является конкретное конституционное установление. Содержанием конституирующей власти служит отнюдь не изначальная или естественная власть, дающая возможность устанавливать любой порядок, а полномочие формировать конституционный строй. Власть, учреждающая конституцию, может иметь, в конечном счете, естественно-правовые истоки; ее задача в любом случае состоит в том, чтобы создать для политического общества долговременный, прочный и приемлемый первичный правопорядок.

Пониманию власти, учреждающей конституцию, не могут помочь умозрительные рассуждения о том, имеет ли эта власть доконституционный, особый конституционный или надконституционный характер и существует ли она постоянно (латентно или явно) или появляется лишь в определенный момент. Если рассматривать конституирующую власть с точки зрения действующей конституции ретроспективно, то надо признать, что она, разумеется, обладает конституционно-правовой природой. Это утверждение имеет, однако, лишь генетическое значение и не позволяет сделать вывод относительно того, привязана ли, и если да, то в какой мере, власть, учреждающая конституцию, к тем нормам, которые составляют содержание будущей конституции. Тем более сомнительно, что власть, учреждающая конституцию, есть власть более высокого ранга, чем государственная власть, сформированная на основе конституции. Тот только факт, что обладатель первой определяет условия и правила, согласно которым должно производиться учреждение конституции, не создает для него более высокой легитимности.

Идея принадлежности народу права учреждать конституцию, основывающаяся на принципе народного суверенитета, предполагает одновременно принятие важных предварительных нормативных решений для организации процесса ее учреждения, которому, ; как ни странно, совершенно не уделяют внимания сторонники ненормированности конституирующей власти. Если власть, учреждающая конституцию, принадлежит народу, то само это учреждение должно соответствовать демократическим принципам.

Поскольку народ не составляет монолитной целостности, а состоит из множества различных групп, партий, имеющих разные стремления и интересы, то этот плюрализм должен найти отражение в правовом урегулировании процесса учреждения конституции, который, пожалуй, можно обозначить как предконституционный. Или, иначе говоря, процесс учреждения конституции

должен быть урегулирован так, чтобы в нем могли принять участие все основные общественные и политические силы. Это, в свою очередь, требует высокой степени открытости процесса учреждения конституции, что, как правило, может быть достигнуто лишь гласностью обсуждения ее проекта. Все эти требования предполагают правовое закрепление по меньшей мере регламента собрания, учреждающего конституцию.

Что касается формирования воли народа в этом процессе, то вполне можно себе представить, что и здесь могут использоваться институты непосредственной демократии. Чтобы гарантировать представительство в собраниях, учреждающих конституцию, по возможности всех общественных сил, они должны формироваться на основе пропорциональных выборов.

Если выяснено, что учреждающую конституцию власть народа (или государя) всегда образует предварительно урегулированная правовыми нормами власть, то из этого вытекает следующий вопрос: на чем основано действие таких норм, т. е. что в конечном счете дает народу право осуществлять власть, учреждающую конституцию? Конституция в качестве высшей нормы не способна определить условия осуществления власти, учреждающей конституцию (за исключением тех случаев, когда народ открыто отказывается от своей конституционной власти и передает ее органу, правомочному изменять конституцию). Внешними причинами актуализации проблемы учреждения конституции являются революции и устранение положения, когда конституции вообще нет, возникновение новых государств или замена старой конституции новой.

Если учреждающая конституцию власть народа должна осуществляться не только в формах права, но также — что соответствует понятию народного суверенитета — демократическим путем, то использовать конституирующую власть может только избранный народом непосредственно ответственный перед ним орган либо собрание. Когда на основе всеобщих выборов создается Национальное собрание, полномочное учреждать конституцию (нормальный случай демократического ее учреждения), ничто не мешает ему принять саму конституцию, как правило, большинством в две трети голосов его членов. Не вызывает, пожалуй, сомнений и создание Конституционного совета (конвента, комиссии), непосредственно либо опосредованно легитимированного демократическим путем, перед которым ставится задача разработать конституцию, представляемую в конце концов на референдум, для того чтобы народ решил вопрос о ее принятии. То же можно сказать об исходящих от народа инициативах или требованиях относительно учреждения конституции, для принятия которых также необходимо решение народа. Напротив, проблематичным представляется конституционный документ, который разрабатывается обладателями государственной власти без участия граждан, а народу предоставляется лишь для принятия. Здесь решение народа легко перерождается в пустое одобрение, в котором учреждаю-

шая конституцию «власть народа» искажается до неузнаваемости.

В политической реальности встречается множество различных вариантов практического учреждения конституции, которые, однако, все состоят из комбинации элементов плебисцита и представительства. Очень редко имеет место установление конституции только непосредственно народом.

Уже в самом понятии власти, учреждающей конституцию, содержатся три элемента, которые ведут к ее ограничению: конституция, учреждение, власть. Конституирующая власть направлена не на установление каких-либо процессуальных форм или технических правил, которые осуществляются сами по себе, а на создание конституции, по поводу которой в повседневной политической борьбе постоянно идут споры. Следовательно, власть, учреждающая конституцию, должна удовлетворять требованиям, которые предъявляются к ней самой задачей — учреждением конституции. Однако конституции являются, по существу, интеграционными структурообразующими документами, они преследуют цель придать политическим и общественным конфликтам внутри общества такую форму, когда борьба за власть во имя различных интересов ведется мирными средствами и люди могут жить друг с другом в условиях солидарности, свободы и равенства. Конституционная форма дает преимущества, которые необходимо учитывать, если обладатель конституирующей власти не желает упустить возможность осуществить свои замыслы.

Ни один учредитель конституции не может позволить себе не принимать во внимание те ценности и основные убеждения, которые прочно вошли в плоть норм права, признанных мировым сообществом. Сюда относятся прежде всего охрана достоинства человека и защита его прав, которыми связана любая демократическая власть, учреждающая конституцию. Если обладатель конституирующей власти пренебрегает этими всемирно признанными основами государственности, он должен быть готов к критике того, что он намерен создать в виде конституции.

Ограничение власти, учреждающей конституцию, имеет своим основанием и то обстоятельство, что ее связь с народом (согласно принципу народного суверенитета) обуславливает не только демократический порядок учреждения конституции, но и ее демократическую структуру. В ином случае, как уже подчеркивалось, народ, признавая конституирующую власть, вступил бы в противоречие со своей собственной легитимностью.

Основной закон, подчиняющий конституирующую власть ограничениям (ст. 79, абз. 3), посредством этого регулирования отстраняет исконную власть народа, касающуюся учреждения Конституции, и сводит ее к чисто революционной власти. Возможность ликвидации Основного закона легальным путем он закрывает раз и навсегда. Поэтому с позиции права любое осуществление учреждающей Конституцию власти, которое не урегулировано самой

Конституцией, а разворачивается помимо нее, так сказать, необузданно и спонтанно, неизбежно носит характер переворота.

В целях защиты действующего конституционного строя от подобного осуществления учреждающей Конституцию власти Основной закон делает еще один шаг в ст. 20, абз. 4, предоставляя всем немцам право оказывать сопротивление каждому, кто предпримет действия, направленные на ликвидацию конституционного строя, если невозможно иное устранение таких действий. Следовательно, незаконная реализация волн путем переворота не только порицается, но и влечет за собой серьезные санкции.

Это позволяет также признать, что необходимо строго различать две формы власти, учреждающей Конституцию: изначальную и конституционную. Если первая понимается как опасность, поскольку мыслима только как революционная власть, то последняя предоставляет возможность субстанционального обновления всей Конституции, ее общей ревизии посредством законных действий.

II. КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО КАК ПРАВО «ПОЛИТИЧЕСКОЕ»

Расхожее утверждение, будто конституционное право является политическим, стало едва ли ни общим местом в литературе по государственному (конституционному) праву. Однако из-за множественности значений слова «политическое» этот тезис приобретает разный смысл. Тем не менее, говоря о политическом праве, обычно стремятся отметить присущее конституционному праву особое свойство, благодаря которому оно содержательно отличается от других отраслей.

Среди значений упомянутого понятия, которые имеют отношение к конституционному праву, следует выделить эпитет «политическое» в смысле «государственное», т. е. отражающее стремление к власти и влиянию на определение общей воли, самоутверждение (самосохранение) государства и руководящую роль его. Политика при этом представляется как первооснова права, а право — как продукт и инструмент политики. Политическим "в этом смысле является законодательство (в отличие от исполнения законов). Различие это воплощается в разделении властей. Политический характер имеет также конституционно-учредительная власть, ведь основой легитимности конституции является воля народа. Методология отражает несовпадение права и политики в дихотомии юридической теории и законодательной политики, соответственно — в дихотомии конституционной теории и конституционной политики.

Политика и конституция противостоят по необходимости как различные, однако взаимодействующие явления. Право и политика не могут быть отделены друг от друга абсолютно. В конституционном государстве нет свободной от права политики. Равным образом и законодательство, и управление связаны правом через

нормы конституции. Свобода законодателя в области политического формирования, которая осуществляется только соразмерно конституционно-правовым рамкам и директивам, не сводится к простому исполнению конституции, а по сути дела является формой усмотрения, причем политического и ограниченного законом.

Одновременно возникает вопрос, существует ли в области толкования конституции свободное от политики право, не перекрывает ли толкование ее норм в конечном счете неполитические юридико-аналитические методы (независимо от намерений интерпретатора), не является ли такое толкование конституционных норм превращением их в политико-волевые акты.

Представление о том, что право и политика есть вообще несовместимые начала, сопровождается фундаментальными конституционно-теоретическими возражениями против конституционного правосудия, которые сводятся к утверждению, что конституционное право, имеющее в качестве составной части политическое начало, не должно находиться в руках судей. Полагают также, что в споре относительно толкования конституции решающее слово должно принадлежать политической инстанции (парламенту, правительству, главе государства), а не суду. Считается, что введение конституционного правосудия ведет к юридизации политики и к политизации юстиции. Аналогичная позиция отражена в представлении, согласно которому то, что основывается на конституционно-правовом подходе, исключает политический произвол. Политические группировки пытаются утвердить свои особые интересы в качестве конституционно-правовых.

Идее конституционного государства Основной закон обязан тем, что государственная власть в интересах граждан связана нормами права, что господствуют законы, а не произвол тех или иных людей. Воля народа даже в качестве легитимационной основы государственной власти становится обязательной только тогда, когда выражается в правовой форме. Государственная власть, хотя она и выступает в роли творца права, в свою очередь, подчиняется ему. Право же, будучи орудием политики, создает порядок, по предписаниям которого осуществляются государственное руководство и правотворчество, т. е. политика.

Государство находит в праве порядок, а право в государстве — власть, которую оно утверждает. Связанность государственной власти законом в значительной мере является самоограничением, что и присуще конституционному государству как государству правовому. В праве оно обретает смысл своего существования. Между тем и право служит государству при осуществлении им своих политических целей. Однако ему заказана безоговорочная инструментализация права.

Необходимой целью конституции в демократическом государстве является интеграция. Она осуществляется не помимо правового устройства, а благодаря ему, причем таким образом, чтобы эффективно ограничивать власть и защищать свободу. Интеграция действует посредством таких доправовых категорий, как до-

стоинство человека, религия, совесть. Она действует в таких взаимосвязанных понятиях, как права человека, социальное и правовое государство, демократия, республика, федерация, т. е. понятия, которые черпают свое содержание в политических идеях, государственно-этических и правовых принципах, традиционных добродетелях. Возможность политических споров по поводу интерпретации и борьбы за гегемонию тем самым исчерпывается, т. е. дезинтеграция пресекается толкованием конституции.

Однако не исключается опасность того, что политические силы будут планомерно стремиться к тому, чтобы путем подмены понятий и норм, содержащихся в конституции, изменить политическую реальность. Ложная интерпретация конституции под видом раскрытия ее смысла в состоянии вуалировать возможные временные отходы в понимании Основного закона.

Конституционный закон, как и любой нормативный акт, нуждается в толковании. Но оно само по себе не может гарантировать правильность его понимания. Однако как закон он подвержен интерпретации со стороны государственных инстанций, которые в случае конфликтов принимают не обязательно верное, но юридически обязательное решение и тем самым обеспечивают единство интерпретации. В серьезной ситуации конституционного спора понимание сути и текста нормы Основного закона оказывается идентичным. Именно в этом и проявляется правовой характер конституции.

Функция конституции, закладывающая фундамент единства и стабильности, получает свое выражение в ее метафорическом определении как Основного закона. Это означает, что конституция не идентифицируется со всем правопорядком, не регулирует всю государственную и общественную жизнь. Конституция планомерно создает открытое правовое пространство для политических структур, для творческой законодательной политики, а также для ответственного правительственного курса. основополагающий характер конституции проявляется там, где она устанавливает только внешние границы политического действия, однако внутри этих границ имеется свободное политическое пространство. Тем не менее и государственные органы постоянно связаны конституционно-правовыми нормами.

Действие Основного закона сопровождается тенденцией сужать посредством права сферу чисто политических факторов и переводить политические решения в правовые. Речь идет об изменениях в понимании конституции, что происходит без изменения ее текста. Причины тому различны. Это рост числа и объема решений ФКС, обогащающих конституционное право посредством его конкретизации при рассмотрении дел, что ведет к авторитетному закреплению понимания норм, которое ранее было открытым для толкования; значительное развитие конституционной государственно-правовой теории; прагматическая потребность общественных групп легитимировать свои интересы посредством

интерпретации конституции и защищать их на конституционно-правовой основе от нападков законодателя.

Однако экспансия конституционного права способна привести к консервации политической жизни, свертыванию демократического свободы, перемещению государственной власти из парламента и правительства в судебные инстанции, по крайней мере в ФКС. Если политическая борьба за власть путем юридизации вытесняется из парламентских учреждений, то она в юридической форме должна вернуться на круги своя как борьба за интерпретацию конституционного права.

Это, однако, не означает, что надлежит воздерживаться от каких-либо содержательных уступок в силу формальных предписаний о компетенции и процессе. Это не мыслится как конституционно-правовой идеал, к которому следует стремиться. Дело в том, что парламентская демократия только тогда может рассчитывать на согласие меньшинства с решением большинства, когда меньшинство уверено, что господство большинства связано материальными нормами об ограничениях и целях. Вольное обращение с конституцией, как и консерватизм ее толкования, приводит к дестабилизации политического процесса. Вот почему конституция должна найти средний путь между Сциллой юридизации и Харибдой политизации.

В теории возникла в противовес концепции конституции как Основного закона концепция «открытой» конституции. Открытость означает здесь предметную и правовую свободу. Конституция, с одной стороны, открывается навстречу социуму, правовым нормам, жизненным ситуациям, культуре. С другой — она якобы возвращает интеграционные импульсы. Открытая конституция олицетворяет всеобщность социума в условиях отсутствия правовых различий, которые существуют между государством и обществом, сферами легитимации демократии и основных прав. Открытая конституция является политическим правом в высшей степени. Она впитывает в себя политическую жизнь, но не обладает правовой силой, чтобы ее упорядочить, попадает в политический поток и утрачивает функцию обеспечения порядка. Ее субстанция как бы взрывает формально правовую оболочку (текст) и растворяется в политической действительности. Таким образом, размываются различия между политикой и правом.

Это и демонстрирует категория конституционной политики. Предполагается, что она стремится к изменению или обновлению конституционного закона. Под знаком открытой конституции возможно изменение текущего законодательства и правовой политики, которые воспринимают конституционные импульсы и преобразуются так же, как и конституционная теория в конституционной практике. Последнее понятие рассматривается в контексте теории открытой конституции как гибкое, поскольку конституция стремится быть не правовой основой политики, а лишь ее духовным выражением.

Конституционно-правовые обязанности возлагаются в первую очередь на высшие органы федерации. На них лежит также задача осуществлять контроль за соблюдением конституционно-правовых обязанностей и гарантировать их выполнение. Адресаты норм, а также потенциальные их нарушители являются здесь одновременно и гарантами. Из-за этого сталкиваются несовместимые требования. Санкции ФКС оказываются в данном случае проблематичными. Отсутствует высшая инстанция, которая была бы готова в силу нормативности закона санкционировать его применение. Верховные органы государства не имеют над собой потенциального гаранта норм; существуют лишь равные и подобные им органы. По причине недостаточности и слабости санкций конституционное право по своей нормативности оказывается в такой же проблематичной ситуации, как и международное.

Дефицит санкций не компенсируется разделением властей, но все же уменьшается. Расщепление государственной власти на три ветви с относительной независимостью и собственной функциональной ответственностью каждой создает систему сдержек и противовесов. Разделение властей способствует осуществлению взаимного контроля и стимулирует его. Чтобы компенсировать дефицит санкций, Основной закон пошел на создание специального института конституционного правосудия. В силу своих полномочий ФКС обладает решающим словом по вопросам толкования Конституции. Как инструмент правосудия он сам не участвует в политической борьбе за власть, а принимает решения относительно ее конституционно-правовых аспектов. В качестве суда он обладает организационной, функциональной и личной независимостью по отношению к другим органам государства, к политическим партиям и другим общественным силам. Для этого созданы внешние предпосылки, обеспечивающие дистанцирование суда от политического процесса и его независимость в императивном толковании конституционного права. Однако тем самым проблема реализации конституционного права полностью все же не решается. ФКС по собственной инициативе не вмешивается в конституционные конфликты и по своей воле не может устранить антиконституционное положение. Он начинает действовать только на основе ходатайства и в принципе решает только те вопросы, которые содержатся в этом ходатайстве.

Отсутствие права действовать по собственной инициативе — существенная черта ФКС именно как суда: там, где нет истца, там нет и суда. ФКС определяет, кто исполняет его решение и каким образом это осуществляется. И все же он сам не может гарантировать реализацию собственных решений. Судебная власть в определенном смысле, по Монтескье, «равна нулю», даже если вверена ФКС, который одновременно является одним из высших государственных органов. Он не располагает властью принудительно осуществлять свои решения, опираясь только на силу права и лояльность всех участников государственной жизни. Его авторитет зиждется на убеждающей силе судебного решения.

Строгое соблюдение конституционно-правовых норм самым надежным способом гарантируется, если с ними связан значительный политический интерес. В условиях парламентской демократии в защите конституционно-правовых границ господства большинства особенно заинтересована оппозиция. Использование ею конституционно-правовой аргументации и конституционно-правовой жалобы как средства политической борьбы не исключает усиления в результате этого нормативности конституции. В отношениях «государство — гражданин» частный интерес является столь же легитимным, сколь и действенным средством, гарантирующим значимость основных прав.

Угроза конституционным нормам возникает и там, где отсутствует различие интересов, и там, где оно есть. Так, земли нередко пользуются правовыми аргументами, споря о компетенции только для того, чтобы не принять неугодную им по содержанию норму или мероприятие федерации. Дефицит формально институционализированных гарантий норм Основного закона может быть преодолен в конечном счете только убежденной поддержкой Конституции, предполагающей консенсус материальных принципов и готовность смириться с порядком принятия решений в условиях демократии, основанной на разделении властей. Этой жизненной конституционной предпосылкой, незаменимой и ненавязанной, должны располагать государственные органы, а кроме них и политические партии, другие общественные силы, а также граждане, причем во взаимосвязи. Конституция зависит от постоянного притока этой энергии, чтобы сохранять нормативную эффективность. Ее нормативность находится в жесткой зависимости от политического процесса.

Конституция предполагает стремление к власти, политическую энергию общества как существующей данности, а вместе с тем и факт оформления политических сил в партии и союзы, их конкуренцию, конфронтацию, единение и влияние на государство. Конституция гарантирует не политический процесс как таковой, а его принципиальные условия в сфере основных прав: общедоступность, свободу и равенство шансов в борьбе за власть.

Отдельные граждане пользуются гарантиями основных прав так же, как группы и организации. Они создают защиту от давления власти. Конкуренция партий совпадает с организуемым государством процессом выборов, который в зависимости от их результатов способствует участию граждан в осуществлении государственной власти. В соответствии с нормами Конституции политический процесс направляется в русло институтов парламентской демократии, основанной на разделении властей, будучи закреплен в компетенции и процедурных началах организации государства; он упорядочивается посредством материальных конституционных норм о государственной власти и в конечном счете трансформируется в административных решениях и других формально-правовых актах. Однако возникает вопрос, могут ли вообще, и

если да, то в какой мере, нормы Конституции фактически регулировать политический процесс и «господствовать» в обществе.

Скепсис относительно регулирующей способности конституционного права зиждется на опыте, который свидетельствует о том, что реальные политические силы развиваются по своим собственным законам и часто действуют независимо от каких-либо юридических форм. Но все они стремятся завладеть властью или повлиять на нее. Реальными политическими силами такого рода являются по Основному закону преимущественно политические партии. Структуры, которые возникают в соответствии с их положением в федерации и землях, приобретают характерные для государственной организации конституционно-правовые черты.

Подлинное решение важнейших политических проблем происходит прежде всего не в государственных и ведомственных коллегиальных формированиях Федерального правительства, Бундестага или Бундесрата, а в политических партиях, которые создали свои собственные, скрытые и явные, формальные и неформальные внутрипартийные и монополизированные партиями органы, а также процедуры по принятию решений (правления партий и фракций, коалиционные комитеты и т. п.). В соответствии с Конституцией компетентным органам нередко остается лишь функция формально подтверждать подготовленные на партийном уровне решения. Конституционно-правовая гарантия свободного мандата депутата, не связанного поручениями и указаниями и ответственного лишь перед своей совестью, в парламентской практике приходит в противоречие с политической связанностью депутата фракционной дисциплиной. Однако гарантия свободного мандата не отказывает депутатам в праве принять на себя солидарную ответственность перед фракцией; она не запрещает фракции и партии отмежеваться от какого-либо своего члена по политическим соображениям; не препятствует она и фактическим политическим влияниям. Эта гарантия защищает от правовой зависимости лишь обладателя мандата.

Нормы конституционного права обуславливаются природой тех предметов, которые они регулируют. Правильным представляется утверждение, согласно которому конституционное право является правом политическим. В силу этого конституционное требование о том, что внутренний порядок партий должен соответствовать демократическим принципам, не может отменить жесткий закон олигархии, без которого партии были бы недееспособными и неконкурентоспособными. Процесс политической консолидации путем поиска компромисса несовместим в критические моменты с публичностью; таковы законы политического процесса. Если бы парламентские комитеты, особенно посреднические, вынуждены были подчиняться правовым требованиям и постоянно работать публично, то собственно переговоры и компромиссные решения превратились бы в скрытые от общественности неформальные процедуры и происходили бы за закрытыми дверями.

Закономерности политического процесса не позволяют подавлять себя конституционными нормами.

Следует различать конституционные нормы, которые канализируют политический процесс, и те, которые его ограничивают, прежде всего такие, которые запрещают распространять партийно-политическую борьбу за власть на сферу управления и правосудие, а также исключают контроль и прямое вмешательство партий в эту деятельность.

Культивируемые партиями демократические принципы конкурентной борьбы реализуются легитимно и по необходимости в парламенте и правительстве. Вместе с республиканскими требованиями заботы об общем благе мы находим в их идейном багаже требование осуществления государственной власти по Конституции, а также концепцию демократического управления. Разделение ролей между политическим руководством и деполитизированным профессиональным исполнением основывается на том, что в первом случае принцип конкурентной демократии сочетается с управленческой демократией, а во втором господствует последняя. Для депутата, связанного мандатом по отношению ко всему обществу, долг служения означает только конституционно-правовой призыв к совести, для министра он частично приобретает правовой характер, а для чиновников и судей становится всесторонней служебной и отягощенной санкциями обязанностью, которая, однако, оценивается и как этическая.

Конституционно-правовые нормы, касающиеся вопросов политического руководства, исходят из молчаливой предпосылки, что государственная организация является суверенной по отношению к другим силам общества, что даже в случае конфликта с сильнейшими из них она может функционировать и тем самым в состоянии определять общую волю в соответствии с демократическими принципами. Внутренний суверенитет, о котором здесь идет речь как о конституционной предпосылке, не является юридически приемлемой категорией права; он представляет собой экзистенциальную категорию политической власти. Парламентские институты должны заботиться о том, чтобы сохранить фундамент своей власти и своего предназначения. Они существуют в условиях не снижаемой никакими конституционными нормами опасности и могут непрерывно осуществлять предоставленные им государственно-правовые функции, если сами не пренебрегают заложенными в них движущими силами государства.

В то же время политические требования могут приобретать значение только соразмерно конституционному праву. Поэтому дело Конституции оставить открытым достаточное политическое пространство для движения и формирования политических интересов, сохранить для правопорядка возможности развития и осторожно дозировать формальные притязания на участие в государственной деятельности, а также их возможные существенные последствия. Слишком высокая степень жесткости конституционно-правового регулирования политической сферы может привести

к застою или к тому, что движущая энергия государственной жизни перекроет или отбросит конституционно-правовые нормы, превратив в итоге конституционную завершенность в иррелевантность.

Конституция предусматривает политическое единство народа. В качестве политического фактора оно выступает во многих ипостасях, имеющих существенное значение: как единство организации и целей государства, как гарантия мира, как единство власти, которое во внутреннем проявлении является объектом конкурентной борьбы, а во внешнем — методом самоутверждения в противовес другим структурам власти, как единство воли народа, которое служит опорой государства и способствует достижению практического консенсуса. Народ как политическое сообщество есть средоточие учредительной власти и одновременно источник легитимации Конституции. Она, в свою очередь, является результатом и документом политического единства благодаря тому, что удостоверяет и делает общепризнанные основные нормы государственной жизни императивными.

Конституция способствует созданию политического единства тем, что придает государству определенную форму, наделяет его дееспособностью, устанавливает границы между государственно-организованной общностью и особенностями социума, между возможной сферой действия закона и сферой защиты свободы. Политическое единство складывается помимо Конституции, но благодаря ей оно укрепляется и стабилизируется. Конституция как продукт государства, в свою очередь, предназначена для того, чтобы превратить его в оплот политического порядка и единства, сохранять и поддерживать в этом качестве. К ее функциям относится также создание государства, интеграция общества и обеспечение минимальных предпосылок для консенсуса. Отсюда следует, что при толковании Конституции не может быть поставлено под сомнение существование и режим политического единства; соответственно, государство не должно подвергаться риску распада. Конституция и политическое единство взаимно дополняют друг друга. Поскольку политическое единство является непосредственным предметом и задачей конституционного права, оно и квалифицируется как политическое право.

III. ТОЛКОВАНИЕ КОНСТИТУЦИИ

Одним из условий нормативности конституции является то, что она связывает законодателя. Этот принцип составляет в то же время главную проблему толкования конституции. Она состоит в том, что конституция в зависимости от того, как она толкуется, ограничивает законодателя; свободный политический процесс законотворчества обретает границы. Тем самым возможности, границы и даже обязанности законодателя становятся предметом юридической науки и, что еще важнее, объектом правосудия. Законодатель, таким образом, больше не свободен в том,

как понимать конституцию; он может быть связан ее толкованием, исходящим от конституционного суда.

Нормативность конституции зависит от определенных факторов, при этом следует проводить различие между нормативными и реальными условиями. Сама конституция, чтобы обрести нормативность, должна так организовать государственную власть и распределить компетенцию, чтобы орган, реализующий власть в рамках предоставленной ему компетенции, не мог в течение длительного времени сам решать вопрос о значении норм, определяющих ее. Необходимый для этого контроль достигается благодаря разделению властей и проведению периодических выборов. С разделением властей в конституцию привносится дополнительный нормативный элемент, который способствует тому, чтобы обеспечить ее нормативность. Например, конституция, которая устанавливает однопартийную систему или признает за одной партией руководящую роль в отношении всех государственных функций, не имеет самостоятельной нормативной функции в силу того, что отсутствуют контрольные механизмы. Таким образом, нормативность конституции зависит прежде всего от предусмотренного ею распределения полномочий и властей. Далее, чтобы быть нормативной, конституция должна формулировать указанные положения достаточно ясно и четко; в противном случае нормативность будет определяться произвольно и может считаться лишь временной. Наконец, нормативность конституции требует такой ее структуры, которая создает свободу формирования государственных органов. Свобода действий для политически ответственных органов должна гарантировать корректное решение возникающих политических проблем; иначе создается опасность того, что конституция с течением времени будет разрушаться.

Реальными предпосылками нормативности конституции являются соответствующая политическая культура населения данного государства и хотя бы минимальная сбалансированность социальных отношений. Нормативность конституции и убежденность в ней граждан неотделимы от содержания этого источника права. Поскольку конституция придает организации, компетенции и процедурным нормам деятельности государственных органов, а равно и правам граждан активный статус, то она выступает как основа конституирования этих органов и их деятельности. Нормы о компетенции одновременно являются основой и границами функционирования.

Постоянно обращается внимание на то, что конституционные нормы по сравнению с текущим законодательством имеют особый характер. В то время как последние имеют относительно более высокую степень содержательной и смысловой определенности и нормативно-понятийной структурированности, конституционные нормы по своему нормативно-содержательному наполнению носят фрагментарный характер. Структурного равенства конституции и закона с точки зрения методики толкования не существует.

Если конституцию рассматривают как основной закон, причем прежде всего во имя установления пределов политической деятельности, то с точки зрения конституционно-правовой это зависит только от того, как определяется интерпретация этих основ. Ограничительная функция конституции требует достоверного и предсказуемого установления пределов. Каким образом они будут затем использованы — вопрос политических намерений, базирующихся на идеях участников законодательного процесса, партийных программах, коалиционных соглашениях и на имеющихся средствах.

Традиционно для выявления смысла правовой нормы применяются следующие критерии ее толкования (каноны): значение слов, грамматическая конструкция, смысловые связи закона, цели регулирования в историческом контексте и объективно-целевые моменты. Применение всех этих критериев для установления смысла какой-либо нормы предусматривает при определенном положении вещей, что сложившаяся ситуация в юридическом отношении постоянно повторяется и на этой основе конституируется. Толкование и конституирование положения вещей происходят не последовательно, а одновременно, взаимосвязано. Уже в момент создания норма словесно формулируется в соответствии с действительностью. Имеющиеся в норме сущностно-понятийные формулировки требуют выбора и оценок, производимых законодателем. В силу именно такого процесса возникновения норм их смысл не может быть установлен вне контекста реальности. Чтобы создать юридическую ситуацию, аналоги словесно сформулированному общему нормативному положению должны возникнуть в действительности. При этом тот, кто применяет норму, связан с опытом ее создателя. Кроме того, он должен также выяснить вновь возникшие обстоятельства, проверить их и решить, охватываются ли они нормой. В этом и состоит главный смысл толкования. Во всяком случае он предполагает творческое начало, которое состоит в анализе действительности с позиций нормы, хотя и не свободен от заложенных в ней критериев.

Важные для толкования конституции дополнительные критерии вроде «единства конституции», соответствия практике или функционально-правовой адекватности охватываются канонами систематического толкования, поскольку не допускают изолированного рассмотрения отдельных конституционных норм; более того, при толковании следует учитывать весь текст конституции и охватываемые ею конституционно-государственные проблемы. Названные позиции соответствуют особым, распространяемым на конституционное право приемам систематического толкования. Конституционный суд не отказывается при толковании от традиционных приемов интерпретации, рассматривая разделение функций между законодательной и судебной властями или принцип единства конституции. Иное качество имеет принцип единства конституции, выражающий идею, согласно которой конституция устанавливает всеохватывающий порядок общественной и госу-

дарственной жизни. Тогда во всех случаях применяется конституционно-правовая дедукция и каждый предмет регулирования рассматривается как находящийся под влиянием конституции. Решение государственных дел означает тогда как бы конкретизацию конституции.

Получившая распространение и часто применяемая реалистическая научная интерпретация конституции предполагает анализ ненормативных факторов, таких, как ее социальная функция, сознательность граждан, социальные перемены и аналогичные явления. Но если «введение времени» становится решающим фактором толкования, то в результате игнорируется нормативная природа конституции. В этих случаях толкователи стремятся приспособить конституцию к действительности, чтобы обеспечить ее эластичность. Подобное стремление основывается на понимании конституции, которое является всеохватывающим и уже в силу этого должно быть очень гибким.

Интегрирующая функция конституции также используется как одна из позиций при ее толковании. Несомненно, хорошая конституция обладает интегрирующим воздействием на народ данного государства. При этом следует учитывать, что и отдельные функции последнего, особенно его парламентское законодательство, обладают в рамках конституции интеграционными функциями. Они хорошо выполняют их в силу характера многих положений конституции как основного закона.

С интегрирующей функцией часто пытаются увязать толкование конституции в целях достижения политических компромиссов. Однако мерилom этого является уже не сама конституция. Здесь многое зависит от позиции политических противников: чем искуснее одна сторона излагает свою позицию и использует ее в борьбе, тем большие результаты достигаются с помощью такого толкования конституции. Однако подобным способом интеграция народа не может быть достигнута на длительное время. Нормативность конституции, которая является наиболее устойчивым фактором этой интеграции, не должна приноситься в жертву сиюминутным политическим интересам.

СОДЕРЖАНИЕ

Часть 4. Федеративное устройство ФРГ

I.	Правовое положение федерации и земель	5
	1. Государственность и конституционный статус земель (основные элементы федеративного государства) (Т. Маунц)	5
	2. Однородность конституций федерации и земель (Т. Маунц)	8
	3. Конституционное право земель в государственном строе федерации (Р. Бартльшпергер)	10
	4. Идея и формы федерализма в Основном законе (И. Изензее)	15
	5. Федеративное государство в системе государственных структур (И. Изензее)	26
II.	Распределение государственных полномочий между федерацией и землями	32
	1. Разграничение компетенции и коллизионное право (И. Питцкер)	32
	2. Законодательная компетенция (Х.-В. Ренгелинг)	35
	3. Законодательство, устанавливающее принципы нормотворчества (Г.-В. Ренгелинг)	56
	4. Управленческая компетенция (В. Блюмель)	59
	5. Компетенция по отправлению правосудия (В. Блюмель)	75
	6. Финансовые полномочия (Г. Г. фон Арним)	79
	7. Финансовая самостоятельность и субсидии (Р. Вендт)	87
	8. Кооперация в федеративном государстве (В. Рудольф)	103

Часть 5. Конституционные основы финансовой системы ФРГ

I.	Конституционные основы финансового права (К. Фогель)	112
II.	Государственные доходы (П. Кирххоф)	133
III.	Государственный бюджет (Г. Кискер)	154

Часть 6. Права и свободы граждан

I.	Общая теория основных прав	161
	1. Основные права граждан в конституционном государстве (К. Штерн)	161
	2. Права человека и основные права гражданина (К. Штерн)	166
	3. Система основных прав (К. Штерн)	172
	4. Объективное содержание основных прав (К. Штерн)	180
	5. Воздействие на общий правопорядок (К. Штерн)	182
	6. Защита основных прав и их ограничения (К. Штерн)	185
	7. Основное право как право самообороны и государственная обязанность защиты (И. Изензее)	188
	8. Государственное содействие осуществлению конституционных прав (Э. Деннингер)	196
	9. Основные обязанности и основные права (Х. Хофман)	206
	10. Конституционные предпосылки реализации основных прав (И. Изензее)	211
	11. Организация государства как условие реализации основных прав (И. Изензее)	220
	12. Действие основных прав в сфере частного права (В. Рюфнер)	230
	13. Пределы основных прав (П. Лерхе)	234
	14. Принцип всеобщего равенства (П. Кирххоф)	240
II.	Отдельные права и свободы	246
	1. Право на жизнь и личную неприкосновенность (Д. Лоренц)	246
	2. Защита сферы частной жизни (В. Шмнтт-Глезер)	249
	3. Свобода личности (Е. Грабитц)	253
	4. Свобода передвижения (К. Хайльброннер)	255
	5. Право убежища (А. Рандельцхофер)	258
	6. Охрана брака и семьи (Г. Лехелер)	259
	7. Права родителей (Г. Ф. Цяхер)	263
	8. Школа и профессиональное обучение (Т. Опперман)	269
	9. Свобода вероисповедания (А. фон Кампенхаузен, А. Холлербах)	272

10. Свобода совести (Г Бетге).....	288
11. Свобода слова, мнений и информации (Е Шмидт-Иортциг)	291
12. Свобода прессы, радио, кино (М. Буллингер).....	295
13. Свобода собраний (М. Клёпфер).....	298
14. Свобода объединений (Д Мертен)	301

Часть 7. Нормативная природа Основного закона

I. Власть, учреждающая конституцию (Г.-П. Шнайдер).....	303
II. Конституционное право как право «политическое» (И Изензее)	307
III. Толкование конституции (К Штарк)	315

Книга является вторым томом двухтомника, представляющего собой сокращенный перевод с немецкого языка на русский семитомного исследования «Государственное право Германии», написанного большим коллективом немецких ученых-юристов. В 1-м томе были рассмотрены основы конституционного устройства ФРГ, способы формирования политической воли народа, а также система высших государственных органов страны. В данном, 2-м томе исследуются федеративное устройство ФРГ, правовое положение федерации и земель, конституционные основы их финансовой системы. Значительная часть тома посвящена анализу общей теории основных прав граждан, а также подробному рассмотрению их конкретных прав и свобод. Книга завершается кратким экскурсом в теорию конституционного права

Издание рассчитано на государствоведов, политологов, историков, публицистов, народных депутатов, работников госаппарата и юстиции, а также на всех интересующихся проблемами конституционного развития и государственного строя крупнейших современных государств

**УТВЕРЖДЕНО К ПЕЧАТИ ДИРЕКЦИЕЙ ИНСТИТУТА
ГОСУДАРСТВА И ПРАВА РАН**

Редакторы С. А. ПАРШИНА, М. М. СЛАВИН

Корректор М. М. САПОЖНИКОВА

Художник М. Л. БЛОХ

Лицензия ЛР № 061639 от 29.09.92 г.

Сдано в набор 28.01.94 г. Подписано в печать 19.04.1994 г. Формат 60×90¹/₁₆.
Печать высокая Объем 20 п. л. Тираж 3000 экз. Зак. № 96 Цена договорная

Щербинская типография, г. Москва, 142002, ул. Типографская, Д. 10.