

Конституционное ПРАВОСУДИЕ

Вестник

Конференции

органов конституционного контроля

стран молодой демократии

Выпуск 2(36) 2007

ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ
ЕРЕВАН · 2007

Председатель редакционного совета

Г.Г. Арутюнян
Председатель Конституционного Суда Республики Армения

Редакционный совет:

А.М. Нурмагамбетов
член Конституционного Совета Республики Казахстан

Б. Гарибов
судья Конституционного Суда Азербайджанской Республики

А.С. Кененсариев
судья Конституционного Суда Кыргызской Республики

М.Н. Назаров
судья-секретарь Конституционного Суда Республики Таджикистан

В.И. Нимченко
судья Конституционного Суда Украины

А.Г. Тиковенко
судья Конституционного Суда Республики Беларусь

Б.С. Эбзеев
судья Конституционного Суда Российской Федерации

Ответственный секретарь

И.В. Даниелян

ISSN 18290125

© Центр конституционного права РА

Содержание

Актуальные проблемы конституционного правосудия

Зорькин В. Защита социальных прав и преодоление несправедливости: проблемы конституционного правосудия 5

VII Всемирный конгресс Международной ассоциации конституционного права

М. де Корвало Нетто Прагматические требования правового толкования в парадигме демократического верховенства права 53

Иванс С., Стоун А. Равновесие и пропорциональность: определенная этика? 74

Томошек М. Судебный контроль за выборами в Чехии, Польше и Словакии – гарантия стабильности или демократическая легитимность 111

Обзор решений конституционных судов

Решения Конституционного Суда Республики Беларусь 121

Резюме решений Конституционного Суда Украины 125

Contents

Actual Problems of the Constitutional Jurisdiction

Zorkin V. Protection of social rights and overcoming injustice: problems of the constitutional jurisdiction	5
--	---

VII World Congress of Constitutional Law

M. de M. Carvalho Netto Pragmatic requirements of legal interpretation under the paradigm of the democratic rule of law	53
Evans S., Stone A. Balance and proportionality: a definite ethics?	74
Tomoshek M. Judicial control of election in Czech Republic, Poland and Slovakia – guarantee of stability or democratic legitimacy?	111

Panorama of the decisions of the Constitutional Courts

Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Belarus	121
Summary of decisions of the Constitutional Court of Ukraine	125

В. Зорькин

*Председатель Конституционного Суда
Российской Федерации*

Защита социальных прав и преодоление несправедливости: проблемы конституционного правосудия*

1. Обеспечение социальной справедливости - задача всемирная.

Такая важнейшая цель конституционного правосудия, как защита социальных прав человека и гражданина, в своей основе содержит принцип обеспечения справедливости.

Выдвинутый еще древними мыслителями принцип справедливости и равенства составляет ядро всего современного права, в том числе социальных прав человека. Идею социальной справедливости поддерживают все мировые религии. Христианство призывает «возлюбить ближнего, как самого себя». В иудаизме понятия «милосердие» и «справедливость» обозначаются одним и тем же словом. Один из пяти столпов исламской веры - закят - представляет собой милостыню бедным и нуждающимся. Буддисты считают своим долгом заботиться о бедных.

На состоявшемся в этом году XI Всемирном Русском Народном Соборе Патриарх Алексей II отмечал, что для искоренения бедности необходимо построить этически ориентированную экономику и отладить систему социальной ответственности.

* Доклад на научной конференции «Социальные права и практика Конституционного Суда Российской Федерации». Юридический факультет Санкт-Петербургского государственного университета. 5 - 7 июня 2007 г.

«Все мы - церковь, государство, предприниматели, общество в целом - должны позаботиться о том, чтобы среди нас было как можно меньше бедных, униженных, отчаявшихся людей», - говорил в своем выступлении Патриарх.

Проблема преодоления бедности и обеспечения социальной справедливости - проблема всемирная.

В своей первой, написанной в сане понтифика, книге «Иисус из Назарета» Папа Бенедикт XVI много внимания уделяет критике «зла» эксплуатации бедных и восхищается учением Иисуса о социальной справедливости.

Тысячелетия человечество ищет путь достижения справедливости. На каждом этапе исторического развития эти пути имеют свою специфику. Мы живем в глобализирующемся мире. Это имеет свои плюсы и минусы. Причем последние, к сожалению, преобладают. Недавний доклад «Справедливость и развитие» (2006 год), подготовленный Всемирным банком - Международным банком реконструкции и развития, показывает, что коренные причины бедности заключаются в сочетании отсутствия власти с отсутствием инвестиционных возможностей. Отсутствие доходов - отсутствие доступа к услугам, отсутствие активов - все эти формы обездоленности сочетаются с отсутствием «голоса», отсутствием власти и отсутствием статуса. Меры со стороны государства могли бы расширить инвестиционный потенциал тех, чьи возможности ограничены, путем инвестиций в их человеческий капитал, в инфраструктуру, которой они пользуются, а также обеспечения честности и безопасности на рынках, где они совершают сделки. И если государство этого не делает, значит оно сделало выбор в пользу иных приоритетов.

Проводимая политика, которая не способствует устранению экономически неэффективных видов несправедливости, является прямо или косвенно результатом политического выбора.

Подобные политические просчеты, порожденные несправедливостью и увековечивающие ее, враждебны процветанию. Люди, лишённые возможностей, не способны вносить вклад в развитие своих стран. Их потен-

циал и таланты растрачиваются, а капитал, земля и другие ресурсы не используются полноценно. Неравенство в сфере контроля над ресурсами, - говорится в Докладе Всемирного банка, - способствует неравенству в сфере концентрации власти, а это находит выражение в низком качестве институтов государственного управления: никто не стимулирует государственные учреждения к повышению подотчетности.

Если баланс власти неверен, значит, существует неравенство богатства и экономических возможностей. Ловушки неравенства образуют порочный круг, экономическое и политическое неравенства усиливают друг друга.

Меры вмешательства, повышающие человеческий потенциал тех, у кого он наиболее ограничен (прежде всего у бедных), помогут им стать и более производительными экономически, и более результативными политически. Процессы перераспределения доступа к земле, инфраструктурным услугам и, конечно, правосудию способны, с одной стороны, расширить права бедняков, а с другой - повысить их инвестиционные возможности. Главный путь к усилению справедливости на рынках - улучшение качества институтов, поддерживающих и дополняющих рынки, достигаемое на путях расширения доступа к ним и обеспечения справедливых правил.

Конституционный принцип социального государства предполагает создание равных возможностей для всех членов общества, проведение социальной политики, признающей за каждым членом общества право на такой уровень жизни (включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и социальное обслуживание), который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи, когда он работает, а также в том числе в случаях безработицы, болезни, инвалидности, старости.

В связи с этим конституционное право как базовый регулятор общественных отношений приобретает все более выраженное социальное измерение. История этого процесса хорошо известна: опыт развития человечества в XX веке, с его процессами индустриализации и урбанизации, с перераспределением населения между го-

родом и деревней, с появлением новых социальных групп, требующих особых механизмов защиты их прав, пришло понимание того, что традиционные - либеральные - права и свободы человека и гражданина недостаточны для эффективной защиты интересов людей в условиях указанных процессов.

Примечательно, что в последние годы социальные проблемы стали актуальными и для Европы. Причем не только для Восточной Европы, но и для благополучной Западной. И в печальном перечне современных угроз, таких как терроризм, транснациональная преступность, экологические проблемы, расползание ядерного оружия, проблема социальных прав заняла сейчас едва ли не центральное место. Понимание указанных ценностей приводит к тому, что в настоящее время во всем мире социальным правам уделяется первостепенное внимание, причем именно превентивный характер социальной защиты имеет первостепенную роль. Это происходит как в странах с ярко выраженной моделью социальной ответственности государства, присущей в первую очередь скандинавским государствам, так и странам с моделью в большей степени либеральной - США, Канаде, Австралии. И если года три назад некоторые европейские коллеги все еще говорили, что «увлекаться социальными правами - плодить бездельников в обществе», то сейчас уже многие понимают, что от решения проблемы социальных прав зависит судьба демократии не только в России, но и в Европе.

Важность решения проблемы социальных прав в глобальном масштабе демонстрируют следующие цифры. Первый президент Европейского банка реконструкции и развития Жак Аттали в своей новой книге «Краткая история будущего» излагает прогноз, в соответствии с которым количество лиц, живущих менее чем на 2 долл. в день, составит к 2035 году 3,5 млрд. человек против 2,5 млрд. в 2006 году. Эти категории населения, по мнению Аттали, станут беспорядочно перемещаться по планете в целях выживания, превратятся в «гиперкочевников» и будут широко использоваться во время различных волнений, а также пиратской экономикой.

Любой негативный прогноз пишется в позитивных целях - чтобы не допустить его реализации. Уменьшение социального разрыва, преодоление несправедливости - это задача действительно единая для всей публичной власти, в том числе для конституционного правосудия, разумеется, с присущими ему инструментами судебной защиты социальных прав.

Понимание значения социальных прав ни в коем случае не означает снижение значимости традиционных - либеральных - прав, гражданских и политических. Без торжества либеральных идей не было бы государства и социального, и правового одновременно - т.е. государства, где социальные права граждан принадлежат им от рождения, а не даруются им сверху и их перечень не зависит от монаршей воли; эти права закрепляются в конституциях и законах и гарантируются государством в силу притязаний (потребностей) гражданского общества и требований норм международного права на основе принципа справедливости и общепринятых стандартов. Именно поэтому в социалистическом государстве, провозглашенном в СССР, хотя и весьма близком к государству социальному по заявленным целям и атрибутам, а также по механизмам, обеспечивающим достижение этих целей, социальные права не могли быть ничем иным, как продуктом «дарования» свыше. Тоталитарный строй априори предполагает недемократический правовой режим и игнорирование важнейших принципов и признаков правового государства (приоритет закона, разделение властей, полноценное гражданское общество), которые являются предпосылкой для социальной ответственности государства перед его гражданами, для гарантирования социальных прав государством в силу потребностей общества и принципов права.

Конституция России закрепляет правовые основы социальной защиты, в том числе создание условий достойной жизни и свободного развития человека, охрана труда и здоровья, государственная поддержка семьи, материнства и детства, приоритет международных социальных стандартов и т.д.. Определелись основные тенден-

ции в социальной сфере, среди которых отказ от чрезмерной государственной поддержки, обеспечение минимальных социальных потребностей граждан, исходя из имеющихся в распоряжении граждан финансовых средств, ориентация на адресное оказание социальной помощи и другие. Однако понятно, что провозгласить такие условия для достойной жизни и свободного развития гораздо легче, чем осуществить. В настоящее время почти четверть граждан России живут за чертой бедности, причем большая часть из них имеют постоянную работу. Борьба с бедностью, преодоление социальной несправедливости - одна из важнейших задач как государства, так и общества.

Хотя формально Конституция Российской Федерации провозглашает Россию социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие личности, однако ни для кого не секрет, что такое состояние дел в нашей стране - пока всего лишь конституционный идеал. Исследователи оценивают сегодняшнее состояние России как **формального социального государства** на уровне первой половины 20-х г.г. XX века. Среди причин такой «недоразвитости» социальных механизмов - **пережитки советской политической и социальной системы**, несоответствие экономических, социальных и иных целей политики государства друг другу, а также то, что сейчас Россия по важнейшим макроэкономическим показателям находится в группе развивающихся стран. Кроме того, на сегодняшний день нет окончательной определенности с моделью обеспечения социальных функций государства.

При этом необходимо учитывать и ожидания общественного сознания, и исторический опыт России: большая часть населения, помня о «советских временах», уверена, что в тот период социальных благ, доступных каждому, было значительно больше. Поэтому любые попытки государства освободиться от функции непосредственного «опекуна» своих граждан, избавиться от патернализма в

Актуальные проблемы конституционного правосудия

социальной сфере воспринимаются гражданами как невозможность или отказ от реализации социальных прав. Поэтому важно найти баланс между интересами государства и социальных групп, между возможностью развития индивидуальной личности и правом на государственную поддержку.

Преодоление «ловушки неравенства» для России - это критерий ее дееспособности как социального государства. С одной стороны, Россия - страна, где самыми высокими темпами в мире растет количество долларовых миллиардеров: с 2005 по 2006 год их количество выросло по данным журнала «Финанс» с 33 до 61, а сумма их активов возросла со 171 миллиарда долларов до 310. А, с другой, - по данным Российской академии наук, за 15 лет реформ самые бедные стали в 2 раза беднее, а в целом 80% населения в материальном плане от реформ больше потеряло, чем приобрело.

Экономический рост после кризиса 1998 года проходил в условиях небывало высокой поляризации доходов населения. Сейчас доходы 10% наиболее обеспеченного населения России превышали доходы 10% наименее обеспеченного населения в 40 раз.

Практически во всех регионах России наибольшие преимущества от роста продуктивности региональной экономики получают наиболее обеспеченные слои населения, и это преимущество растет.

Конечно, такие диспропорции требуют повышения эффективности конституционного правосудия по защите социальных прав граждан, обеспечения конституционных принципов справедливости и социального государства.

Правосудие призвано играть существенную роль в создании равных условий в политической, экономической и социально-культурной областях.

Правовые институты могут отстаивать политические права граждан и ограничивать власть элиты. Они могут обеспечивать равные экономические возможности, защищая имущественные права всех граждан и обеспечивая отсутствие дискриминации в рыночных отношениях.

Но в то же время **ошибки в законодательстве**, сла-

бо просчитанные социальные последствия тех или иных законов, оторванность их от реальной социально-экономической ситуации в обществе, их несогласованность с общественным мнением, культурными традициями могут иметь обратный, негативный эффект для социальной справедливости в обществе и его развития.

Именно такие несоответствия выявляются в ходе осуществления конституционного правосудия.

Правовые позиции, которые Конституционный Суд сформулировал в решениях последних лет, в большей степени связаны именно с реформированием социального законодательства.

Конституционно-правовое истолкование положений о социальном государстве, о юридическом равенстве и справедливости (в ее двух ипостасях - «уравнивающей» и «распределяющей») в регулировании, обеспечении и защите социальных прав позволило Конституционному Суду выработать правовые позиции, имеющие существенное значение для законодательного регулирования общественных отношений в сфере социальной защиты и проведения единой социальной политики.

2. Основные социальные права неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения.

Провозглашение Российской Федерации социальным государством предопределяет проведение социальной политики, направленной на признание и защиту социальных прав человека, на основе принципа справедливости и в соответствии с общепризнанными международно-правовыми стандартами.

Признание и обеспечение социальных прав и гарантий их реализации имеет принципиальное значение для общественного развития и благополучия. Это не только демонстрирует приверженность государства общечеловеческим ценностям и гуманистическим идеалам, что само по себе очень важно и характеризует качественное состояние государства, но и является фактором, обеспечивающим социальную безопасность, стабильность развития общества.

В связи с этим должен быть определен круг (каталог) социальных прав, подлежащих конституционно-правовой защите.

Наиболее полный перечень социальных прав содержится в части 1 Европейской социальной хартии от 3 мая 1996 года (не ратифицирована Российской Федерацией).

Конституция Российской Федерации, определяя правовое положение личности, вслед за Всеобщей декларацией прав человека и Международным пактом 1966 года провозгласила такие права, как:

- право на социальное обеспечение,
- право на труд,
- право на справедливые условия труда,
- на защиту трудовых прав всеми предусмотренными законом способами, включая право на забастовку,
- право на объединение в профессиональные союзы и свободу профсоюзной деятельности,
- право на образование,
- право на охрану здоровья,
- право на благоприятную окружающую среду,
- право на жилище.

Этот перечень основных социальных прав - в силу ее статей 17 (часть 1) и 55 (часть 1) - не может считаться исчерпывающим и не препятствует конституционной защите других общепризнанных социальных прав и свобод человека и гражданина.

На сегодняшний день не существует единой концепции осуществления указанных прав, равно как не существует и **единой классификации их классификации** на основе характера выполняемой социальной роли. Некоторые ученые полагают, что социальные права - это лишь те права, которые непосредственно связаны с реализацией социальной защиты, а именно: охрана семьи, материнства и детства, право на социальное обеспечение, право на жилище, право на охрану здоровья и медицинскую помощь, право на благоприятную окружающую среду (статьи 38, 39, 41 и 42 Конституции).

Определенные трудности в понимании природы социальных прав, различия в предлагаемых каталогах этих прав (в том числе в тех, которые закрепляются официально в конституциях, международно-правовых документах), а также проблемы выработки механизмов и гарантий их реализации, контроля за деятельностью органов государства по их соблюдению, - все это связано прежде всего с определенной многоаспектностью их правовой природы и содержания, а также с тем, что эти права сравнительно недавно стали признаваться в качестве основных прав человека.

Тем не менее, в юридической науке и судебной практике нарастает тенденция рассматривать закрепленные Конституцией социальные права не только как **принципиальные ориентиры для законодателя**, но именно как основные права, равные по значимости конституционным гражданским и политическим правам. Конституционные социальные права - наряду с гражданскими и политическими правами - по своей природе относятся к фундаментальным правам человека, неотчуждаемым и принадлежащим каждому от рождения. Основанные на принципах справедливости и социальной солидарности, они закрепляются Конституцией в качестве непосредственно действующих и подлежат судебной защите. Как таковые они обязывают законодательную и исполнительную власть, создают ориентиры для проведения социальной политики государства, для формирования и развития соответствующих отраслей законодательства.

3. Меры социальной поддержки и их предназначение в системе социального обеспечения.

Социальные права, в общем виде закрепленные Конституцией Российской Федерации, в их конкретном содержании и механизмах реализации, определяются федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации.

Содержание социальных прав в действующем законодательстве достаточно широко и затрагивает нормы

различных отраслей права и правовых институтов. **Реализация же указанных прав обеспечивается предоставлением широкого круга возможностей**, в том числе установлением для отдельных категорий граждан дополнительных социальных благ в виде мер социальной поддержки или льгот. Включение указанных социальных благ в систему социальной защиты было обусловлено низким уровнем пенсионного обеспечения и заработной платы.

Одной из **основных проблем**, которая все еще не разрешена в ходе проводимых пенсионных реформ, является **установление размера пенсии, позволяющего удовлетворить хотя бы минимальные потребности человека**. По результатам Всероссийского центра уровня жизни покупательная способность средней трудовой пенсии по старости, которую получают более 29 млн. человек, лишь немного превышает прожиточный минимум; пенсии по инвалидности, которые получают 4,2 млн. россиян, по случаю потери кормильца и социальные пенсии вообще ниже этого норматива¹. Коэффициент замещения пенсией утраченного заработка в России в настоящее время составляет 25%, если же учитывать «теневую» заработную плату, то результат будет еще ниже. Для сравнения: коэффициент замещения, установленный **102-й Конвенцией МОТ и Европейским кодексом социального обеспечения, составляет 40% ранее получаемого заработка**.

Минимальная заработная плата не достигает величины прожиточного минимума, который в среднем по стране (с учетом данных 77 субъектов Российской Федерации) за четвертый квартал 2006 года составил 3353 руб. Соотношение средней заработной платы и прожиточного минимума также далеко от сложившихся в странах с развитой рыночной экономикой стандартов и за четвертый квартал 2006 года составило 3,63.

Льготы были введены в качестве паллиативного решения, основным их назначением являлась компенсация

¹ «Старость без страховки» // «Российская газета» от 07.02.2007, № 27(4288).

недостатка денежных средств, полученных в виде пенсии или заработка. Для того чтобы обеспечить выживание инвалидов, семей, воспитывающих малолетних детей, пенсионеров, иных категорий граждан в условиях экономического спада и низкого уровня пенсионного обеспечения и заработной платы, законодатель предусмотрел ряд льгот, к числу которых относились: скидка по оплате жилья и коммунальных услуг; бесплатный либо льготный проезд на определенных видах транспорта; льготы по **оплате телефона**; бесплатное изготовление и ремонт зубных протезов; бесплатное обеспечение детей первого - второго года жизни специальными молочными продуктами детского питания; оплата детских путевок в оздоровительные учреждения и лагеря для детей безработных граждан; скидка на проезд на междугородном транспорте для детей, нуждающихся в санаторно-курортном лечении; компенсация расходов в связи с удорожанием стоимости питания обучающимся в общеобразовательных учреждениях, образовательных учреждениях начального, среднего и высшего профессионального образования и др.

Таким образом, льготы (или меры социальной поддержки, как их называет Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ²) выполняют, главным образом, компенсаторную функцию и, следовательно, включаются в систему социального обеспечения как один из её элементов (социальная поддержка) и могут рассматриваться как составная часть механизма реализации социальных прав. Конституционный Суд Российской Федерации, рассматривая жалобу гражданки П.Ф. Енборисовой, пришел к выводу о том, что при оценке ежемесячного обеспечения, предоставляемого нуждающимся в социальной защите гражданам, наряду с пенсионной выплатой, долж-

² «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»».

ны учитываться меры социальной поддержки (Определение от 15 февраля 2005 г. № 17-О по жалобе гражданки Енборисовой П.Ф. на нарушение её конституционных прав пунктом 8 статьи 14 Федерального закона от 17 декабря 2001 года «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»).

Однако этим назначение льгот не исчерпывается. Они используются (как часть компенсаторного механизма) в целях возмещения вреда лицам, пострадавшим вследствие аварии на Чернобыльской АЭС; подвергшимся политическим репрессиям и пострадавшим от них и входят в общий объем возмещения вреда. Такая функция льгот была выделена Конституционным Судом.

В ряде решений Конституционного Суда признавалось, что возмещение вреда, причиненного здоровью граждан в связи с радиационным воздействием вследствие аварии на Чернобыльской АЭС или ядерных испытаний на Семипалатинском полигоне, осуществляется, в том числе в виде предоставления мер социальной поддержки (например, Определение от 11 июля 2006 г. № 404-О по запросу Калининградской областной Думы о проверке конституционности подпункта «б» пункта 3 Правил выдачи удостоверений единого образца гражданам, подвергшимся радиационному воздействию вследствие ядерных испытаний на Семипалатинском полигоне»). Аналогичный подход был использован применительно к гражданам, работавшим (служившим) в подразделениях особого риска: возмещение вреда, причиненного их здоровью, осуществляется путем предоставления льгот и компенсаций (Определение от 15 июля 2004 г. № 250-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Аликова Владимира Ивановича на нарушение его конституционных прав положениями Федерального закона от 12 февраля 2001 года «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС»).

Такую же функцию выполняют меры социальной под-

держки, предоставляемые жертвам политических репрессий. Как отметил Конституционный Суд, предоставление реабилитированным лицам и лицам, признанным пострадавшими от политических репрессий, льгот (именуемых теперь мерами социальной поддержки) было направлено на создание благоприятных условий для реализации прав и свобод названными категориями граждан и обеспечение их социальной защищенности³. По своей правовой природе эти льготы носили компенсаторный характер⁴ и в совокупности с иными предусмотренными Законом Российской Федерации «О реабилитации жертв политических репрессий» мерами были призваны способствовать возмещению причиненного в результате репрессий вреда. Следовательно, льготы, которые устанавливались федеральным законодателем для реабилитированных лиц и лиц, признанных пострадавшими от политических репрессий, в их материальном (финансовом) выражении входят в признанный государством объем возмещения вреда.

Выполнением указанных функций правовое значение льгот (мер социальной поддержки) не исчерпывается.

Зачастую льготы выполняют роль своеобразной награды, признания заслуг определенной категории граждан перед обществом и государством. Это социальные блага, предоставляемые гражданам, имеющим особые заслуги перед Отечеством (ветераны Великой Отечественной войны, ветераны боевых действий, Герои Советского Союза, Герои России, Герои Социалистического Труда). Так, в определении от 27 декабря 2005 года №

³ Определение от 1 декабря 2005 г. № 462-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Сахалинской областной Думы о проверке конституционности частей первой и второй статьи 16 Закона Российской Федерации «О реабилитации жертв политических репрессий».

⁴ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 10 июля 2003 года № 282-О по запросу Правительства Хабаровского края о проверке конституционности абзаца третьего пункта 5 Положения о порядке предоставления льгот реабилитированным лицам и лицам, признанным пострадавшими от политических репрессий, и от 5 июля 2005 года № 246-О по жалобе гражданина И.В. Кузнецова на нарушение его конституционных прав подпунктом 5 пункта 1 приложения 20 к Федеральному закону «О федеральном бюджете на 2004 год».

502-О по жалобе гражданина Зимницкого Сергея Валерьевича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 44 Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ Конституционный Суд сформулировал правовую позицию о наличии у ветеранов боевых действий особого правового статуса, обусловленного выполнением конституционно значимых функций, непосредственно связанных с обеспечением обороны страны и безопасности государства, прав и свобод граждан. Необходимость выполнения военнослужащими поставленных задач в любых условиях, в том числе сопряженных со значительным риском для жизни и здоровья, влечет за собой обязанность государства гарантировать этим лицам социальную защиту, соответствующую их особому статусу. Дополнительные социальные гарантии и компенсации, предоставляемые указанной категории граждан, являются формой выполнения государством публично-правовых обязательств в отношении граждан, выполнивших свой долг перед Отечеством, возложенный на них Конституцией Российской Федерации (статья 59, часть 1).

В ряде случаев меры социальной поддержки выполняют гарантийную функцию, т.е. направлены на обеспечение реализации конституционных прав⁵. Конституционная обязанность государства гарантировать право на дошкольное образование во взаимосвязи с положениями Конституции о необходимости осуществления государственной защиты материнства и детства обуславливает необходимость оказания финансовой поддержки семье, имеющей детей, со сторо-

⁵ Эта роль мер социальной поддержки отмечена в Постановлении Конституционного Суда от 15 мая 2006 года № 5-П по делу о проверке конституционности положений статьи 153 Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с жалобой главы города Твери и Тверской городской думы.

ны государства. Такая поддержка, как отметил Конституционный Суд, может осуществляться различными способами, в том числе в виде установления предельного размера платы, взимаемой с родителей за содержание детей в дошкольных учреждениях. Указанная мера социальной поддержки представляет собой одну из форм общегосударственного гарантирования доступности получения образования в детских дошкольных учреждениях.

Таким образом, целевая направленность предоставляемых гражданам мер социальной поддержки, функции, выполняемые ими в механизме правового регулирования соответствующих общественных отношений, свидетельствуют о необходимости включения их в систему социальной защиты. Соответственно, они подлежат защите в порядке конституционного судопроизводства.

Как видно из приведенных примеров, Конституционный Суд ориентируется на защиту прав, гарантированных системой социальной защиты, сложившейся в Российской Федерации, что несколько шире социальных прав граждан в строгом смысле слова.

В связи с необходимостью определения круга социальных прав, включаемых в сферу защиты Конституционным Судом, возникла проблема разграничения льгот (мер социальной поддержки) различной правовой природы.

Наряду с указанными разновидностями льгот (мер социальной поддержки), которые включаются в систему социальной защиты, существуют льготы, не связанные с реализацией социальных прав, имеющие целью предоставление преимуществ отдельным категориям граждан в связи с их особым правовым статусом. Такие льготы не входят в систему социального обеспечения и не подлежат защите в порядке конституционного производства. Их установление и отмена полностью относятся к дискреционным полномочиям законодателя. К таким льготам относятся, например, получение ветеранами боевых действий разовых льготных кредитов на

приобретение (строительство) квартир, жилых домов и т.п.⁶

4. Пределы дискреции законодателя при изменении регулирования социальных прав.

Определение круга прав, подлежащих защите в порядке конституционного судопроизводства, связано с их содержанием.

Выявляя смысл конституционных положений, относящихся к социальным правам, Конституционный Суд Российской Федерации в ряде своих решений подчеркнул, что соответствующее конституционное право человека и гражданина гораздо шире конкретных субъективных прав в обозначенной сфере. Так, сущность конституционного права на социальное обеспечение проявляется в обязанности государства предоставить каждому в случаях, указанных в Конституции, такое обеспечение. Вместе с тем, провозглашение права на социальное обеспечение не означает, что гражданин наделяется конкретным набором субъективных прав, например, на получение пенсии в определенном размере или с определенного возраста, права на исчисление стажа по определенным правилам и т.п. Формы и виды социального обеспечения, а также условия и порядок реализации данного конституционного права определяются законодателем, который фактически

⁶ Определения от 6 марта 2003 года № 58-О по жалобе гражданина В.В. Колганова, от 27 декабря 2005 года № 502-О по жалобе гражданина С.В. Зимницкого, от 24 января 2006 года № 6-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Гнипа О.А.) и освобождение от уплаты налогов (Определение от 5 июня 2003 года № 275-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Покладова Сергея Игоревича на нарушение его конституционных прав положениями подпунктов 2, 3 и 4 пункта 4 статьи 1 Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации по вопросам денежного довольствия военнослужащих и предоставления им отдельных льгот», вынесенное на основе правовых позиций, сформулированных в постановлениях от 21 марта 1997 года по делу о проверке конституционности положений статей 18 и 20 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации», от 28 марта 2000 года по делу о проверке конституционности подпункта «к» пункта 1 статьи 5 Закона Российской Федерации «О налоге на добавленную стоимость», от 19 июня 2002 года по делу о проверке конституционности положений ряда федеральных законов, касающихся социальной защиты граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС, от 27 мая 2003 года по делу о проверке конституционности положения статьи 199 УК Российской Федерации и др.

определяет содержание социальных прав.

В связи с этим встает проблема определения пределов усмотрения законодателя при изменении правового регулирования в социальной сфере. С одной стороны, дискреция законодателя довольно широка, и это неоднократно подчеркивалось в решениях Конституционного Суда. В частности, к компетенции законодателя относится определение механизма реализации конституционного права социального обеспечения, в том числе установление видов пенсий и оснований приобретения права на них отдельными категориями граждан, а также правил исчисления их размеров⁷; определение правовых оснований назначения пенсий, их размеров, порядка исчисления и выплаты, включая как общие условия назначения пенсий, так и особенности приобретения права на пенсию для некоторых категорий граждан⁸; определение всех элементов права на пенсионное обеспечение⁹.

С другой стороны, законодатель обязан следовать конституционным принципам правового регулирования и предписаниям общего характера (о социальном характере российского государства, о равенстве и др.) с тем, чтобы **обеспечить стабильность системы социальной защиты.**

Произвольные действия законодателя в такой важной и деликатной сфере, как область социальных прав, недопустимы, поскольку это не только затрагивает признанные мировым сообществом права человека, т.е. имеет гуманитарное значение, но и прямо связано с безопасностью и политической стабильностью общества. В пос-

⁷ Определение от 16 ноября 2006 г. № 510-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шамонина Н.И. на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 7 Федерального закона «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации».

⁸ Определение от 2 ноября 2006 г. № 563-О по жалобам граждан Барсукова Б.Ю., Богдана С.Л. и других на нарушение их конституционных прав положениями пункта 3 статьи 31 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации».

⁹ Определение от 10 января 2002 г. № 12-О по запросу Тюменской областной Думы о проверке конституционности абзаца первого пункта 2.6 Положения об исчислении выслуги лет, назначении и выплате пенсий и пособий прокурорам и следователям, научным и педагогическим работникам органов и учреждений прокуратуры Российской Федерации, имеющим классные чины, и их семьям».

леднее время интерес к социальным правам и их актуальность в процессе общественного развития резко возросли. **Недовольство граждан социальной политической государственности, недостатками системы социальной защиты в ряде государств явилось одним из факторов политической нестабильности.**

С учетом этого Конституционный Суд своими решениями и содержащимися в них правовыми позициями создает **ориентиры для законодателя, способствуя последовательному развитию социального законодательства** в направлении гармонизации интересов граждан и публичных интересов, с тем чтобы не допускать произвольного, необоснованного отказа от предоставления мер социальной защиты и в то же время учитывать экономические и финансовые возможности государства.

Вмешательство Конституционного Суда обусловлено, главным образом, концептуальными недостатками законодательства, действующего в социальной сфере. **Его изменение порой осуществляется бездолжной теоретической подготовки, без продуманного плана последовательных действий, в результате чего законодательство характеризуется противоречивостью, наличием серьезных пробелов, неравномерностью развития.** Это ставит перед Конституционным Судом задачи особого рода - не только защитить основные социальные права граждан, но и способствовать выработке направления развития социального законодательства. При этом Суд, равно как и законодатель, не может действовать радикально, поскольку, как уже отмечалось, социальные права имеют значение политического стабилизатора, обеспечивая возможность поступательного общественного развития без эксцессов и революционных потрясений. Следовательно, должна быть гарантирована преемственность в развитии правового регулирования, его эволюционное преобразование в новую систему социальной защиты, учитывающую современные потребности граждан, с одной стороны, и публичные интересы - с другой.

Решения Конституционного Суда, имеющие значение

ориентиров для законодателя, в большей степени связаны именно с реформированием социального законодательства.

На основе положений Конституции Российской Федерации Суд сформулировал ряд вытекающих из нее принципов правового регулирования общественных отношений в сфере социальной защиты, важнейшим из которых является принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства (Постановление от 24 мая 2001 г. № 8-П по делу о проверке конституционности положений части первой статьи 1 и статьи 2 Федерального закона «О жилищных субсидиях гражданам, выезжающим из районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей» в связи с жалобами граждан А.С. Стах и Г.И. Хваловой).

Соблюдение этого принципа предполагает обеспечение правовой определенности, разумной стабильности правового регулирования, недопустимости внесения произвольных изменений в действующую систему норм и предсказуемости законодательной политики.

Изменения социального законодательства, форм и способов социальной защиты должны сопровождаться, во-первых, предоставлением гражданам возможности в течение разумного переходного периода адаптироваться к вносимым изменениям, во-вторых, созданием компенсаторного механизма, позволяющего устранить либо смягчить негативные последствия такого изменения (Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 мая 2001 г. № 8-П; определения от 4 декабря 2003 г. № 415-О и от 11 мая 2006 г. № 88-О).

5. В регулировании социальных прав законодатель связан публично-правовыми обязательствами государства.

В своих решениях Конституционный Суд пришел к выводу, что социальным характером российского государства обуславливается также возникновение определенных публично-правовых обязательств, связанных с деятельностью государства. Существование таких обязательств законодатель должен учитывать при осуществлении

твлении соответствующего правового регулирования. Прежде всего, это касается публично-правовых обязательств государства по возмещению вреда¹⁰.

Действующее законодательство предусматривает два случая такого возмещения вреда, причиненного гражданам: вред, причиненный в связи с деятельностью государства в сфере освоения и использования ядерной энергии, и вред, причиненный гражданам неправомерными действиями должностных лиц и органов государства, в частности, вред, возникший вследствие проведения массовых политических репрессий.

Наряду с этим публично-правовые обязательства государства возникают также в силу осуществления им социально значимых функций. Возникновение публично-правовых обязательств государства, как правило, обусловлено особым правовым статусом граждан, имеющих право на получение гарантий или льгот компенсаторного характера. Примером может служить деятельность государства по заготовке, переработке, хранению донорской крови и ее компонентов (статья 5 Закона Российской Федерации от 9 июня 1993 г. № 5142-1 «О донорстве крови и ее компонентов»). Осуществляя указанную деятельность и привлекая к выполнению публичной функции доноров, государство связывает себя определенными обязанностями по защите их прав и по предоставлению льгот указанной категории граждан, которые действовали с риском для собственного здоровья в интересах охраны жизни и здоровья других людей, а значит, в интересах государства и общества в целом (Определение Конституционного Суда от 4 декабря 2003 г. № 415-О).

¹⁰ Постановления от 1 декабря 1997 года N 18-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 1 Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС» и от 19 июня 2002 года N 11-П по делу о проверке конституционности ряда положений Закона Российской Федерации «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС», Федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС», «О минимальном размере оплаты труда» и «О порядке установления размеров стипендий и социальных выплат в Российской Федерации».

Приняв на себя определенные публично-правовые обязательства, государство не может произвольно отказываться от их выполнения. Иное означало бы нарушение принципов справедливости и правового и социального государства¹¹.

Из этого вытекают обязанности законодателя при изменении правового регулирования сохранять признанный государством объем возмещения вреда, достигнутый уровнем защиты прав и свобод граждан, гарантий их социальной защищенности (Определения Конституционного Суда от 1 декабря 2005 г. № 462-О, от 27 декабря 2005 г. № 502-О, от 4 апреля 2006 г. № 89-О).

6. Конституция обязывает преодолевать недостатки социального законодательства.

Конституционные принципы и нормы, составляющие основу всего регулирования социальных прав, предполагают, что законодательство в этой сфере должно характеризоваться признаками стабильности, предсказуемости, справедливости, отсутствием произвольных изменений, поддержанием достигнутого уровня социальной защиты и вызывать доверие граждан.

К сожалению, эти ориентиры не всегда соблюдаются. Изменение правового регулирования порой связано со снижением уровня социальной защиты, отменой представившихся ранее социальных благ.

Понятно стремление законодателя в большей степени учесть финансово-экономические возможности государства и снизить нагрузку на федеральный бюджет, однако нельзя не принимать во внимание того, что отказ или существенное снижение уровня социальной защиты нарушает баланс между интересами граждан и публичными интересами, что чревато социальной и политической нестабильностью.

Отмеченную тенденцию к снижению уровня социаль-

¹¹ Постановление Конституционного Суда от 23 апреля 2004 года N 9-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федеральных законов "О федеральном бюджете на 2002 год", "О федеральном бюджете на 2003 год", "О федеральном бюджете на 2004 год" и приложений к ним; Определение от 27 декабря 2005 г. № 527-О.

ной защиты граждан необходимо отнести к концептуальным недостаткам законодательства в социальной сфере. В связи с этим Конституционный Суд в ряде решений, касающихся оценки конституционности положений Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ, вынужден был подчеркнуть, что при переходе к новому правовому регулированию мер социальной поддержки должны быть предусмотрены соответствующие правовые механизмы, позволяющие обеспечивать сохранение достигнутого уровня защиты прав и свобод граждан, гарантий их социальной защищенности, и созданы необходимые, в том числе финансовые, условия для надлежащего осуществления субъектами Российской Федерации мер социальной поддержки (например, Определение от 1 декабря 2005 г. № 462-О об отказе в принятии к рассмотрению запроса Сахалинской областной думы о проверке конституционности частей первой и второй статьи 16 Закона Российской Федерации "О реабилитации жертв политических репрессий").

Законодательство в социальной сфере, в том числе пенсионное законодательство, характеризуется и другими недостатками. Прежде всего, это довольно частые существенные изменения в правовом регулировании. При этом далеко не всегда такие изменения были необходимы и обоснованы. Так, в первоначальной редакции Закона от 20 ноября 1990 года «О государственных пенсиях в РСФСР» минимальный размер пенсии устанавливался на уровне прожиточного минимума, определявшегося ежегодно. Уже несколько месяцев спустя минимальная пенсия стала устанавливаться на уровне минимального размера оплаты труда, а к моменту проведения реформ 2000-2001 годов минимальный размер пенсии определялся не ниже чем в размере, установленном федеральным законом.

Аналогичные изменения произошли и применительно к порядку повышения пенсий в связи с ростом стоимости жизни и оплаты труда. Если в первоначальной редакции Закона от 20 ноября 1990 г. пенсии повышались ежегодно в связи с ростом стоимости жизни и оплаты труда занятого в народном хозяйстве населения, в порядке и

соразмерно уровню, определяемым Верховным Советом РСФСР, то потом они индексировались «в связи с повышением стоимости жизни в установленном Законом порядке». Спустя два года пенсии подлежали индексации или компенсации в связи с повышением стоимости жизни не реже одного раза в три месяца, что продолжалось до введения индивидуального коэффициента пенсионера с учетом отношения среднемесячного заработка пенсионера к среднемесячной заработной плате в стране в ограниченном размере (максимальная величина изменялась с 0,7 до 1,2), при этом до 1 августа 2001 г. районный коэффициент для исчисления пенсии не учитывался, а затем стал учитываться.

Нестабильность законодательства в социальной сфере не может не вызывать тревогу, поскольку создает неопределенность правового положения огромного количества граждан (нынешних и будущих пенсионеров), не позволяет сформироваться единообразной правоприменительной практике, создает трудности в реализации социальных прав. Особенно болезненные последствия это вызывает в сфере пенсионных прав граждан в силу особой общественной значимости пенсионного законодательства и специфики предмета его регулирования: пенсионные права формируются на протяжении нескольких десятков лет, момент приобретения права на пенсию значительно удален от начала выполнения условий пенсионирования (начала трудовой или предпринимательской деятельности).

Частые и довольно радикальные изменения пенсионного законодательства свидетельствуют о непоследовательности и противоречивости государственной социальной политики как системы взаимосвязанных задач и обеспечивающих их достижение экономических, организационных и правовых средств (механизмов), ясно сформулированной цели реформирования пенсионной системы¹². Между тем, такая цель, как подчеркивал Конститу-

¹² Такая цель была поставлена в Концепции реформы системы пенсионного обеспечения в Российской Федерации, в Программе пенсионной реформы и др. Однако указанные недостатки в изменении законодательства о пенсионном обеспечении препятствуют достижению этой цели.

ционный Суд, вытекает из социального характера российского государства: законодатель - исходя из экономических возможностей общества на данном этапе его развития - должен стремиться к тому, чтобы постепенно повышать уровень пенсионного обеспечения, в первую очередь для тех, у кого пенсии ниже прожиточного минимума, с целью удовлетворения их основных жизненных потребностей (Постановление Конституционного Суда от 29 января 2004 г. № 2-П).

Одной из важных задач, которая до сих пор не решена законодателем, является разработка правовых механизмов, которые были бы направлены на неуклонное (хотя и постепенное) повышение уровня пенсионного обеспечения.

Исследователи констатируют также отсутствие четкой законодательной стратегии поэтапных изменений, направленных на создание адекватной современным экономическим и социальным реалиям пенсионной системы.

Все это не способствует поддержанию доверия граждан к закону, которое подразумевает правовую определенность, сохранение разумной стабильности правового регулирования, недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм и предсказуемость законодательной политики, в том числе в социальной сфере, с тем чтобы участники соответствующих правоотношений могли в разумных пределах предвидеть последствия своего поведения и быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, приобретенных прав, действительности их государственной защиты, т.е. в том, что приобретенное ими на основе действующего законодательства право будет уважаться властями и будет реализовано (Постановление Конституционного Суда от 03.06.2004 N 11-П; Определения от 01.12.2005 N 521-О и от 01.12.2005 N 462-О).

7. Пробелы пенсионной реформы.

Характерной чертой системы новых правовых механизмов социальной защиты является наличие в них существенных пробелов. В частности, пенсионная рефор-

ма далека от завершения, хотя с момента одобрения её программы прошло 8 лет.

До настоящего времени отсутствуют законы «Об обязательных профессиональных пенсионных системах» и «О страховом взносе на финансирование обязательных профессиональных пенсионных систем» (приняты в первом чтении 26.06.02). Не принят предусмотренный федеральный закон об управлении средствами государственного пенсионного обеспечения (страхования) в Российской Федерации (законопроект прошел первое чтение 25 октября 2001 г.), а также федеральный закон, устанавливающий порядок определения продолжительности ожидаемого периода выплаты трудовой пенсии по старости, применяемого для расчета накопительной части указанной пенсии. Между тем, принятие этих законов прямо предусмотрено Законом «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» (п. 9 ст. 14).

Не решены проблемы, связанные с разделением пенсионной системы на страховую и государственную. В частности, не урегулирован вопрос о преобразовании пенсионных прав военнослужащих в расчетный пенсионный капитал для назначения трудовой пенсии в том случае, когда их профессиональная деятельность состоит из военной службы и работы по трудовому договору (или индивидуальной предпринимательской деятельности).

Отсутствует ясность в решении вопроса о судьбе взносов на накопительную часть пенсии, перечисленных за граждан 1952-1967 гг. рождения в период с 2002 по 2004 гг. В соответствии с действующим законодательством указанные граждане не приобретают право на накопительную часть трудовой пенсии. Однако в течение трех лет (до внесения соответствующих изменений в Федеральный закон «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации») взносы уплачивались. Между тем, в силу индивидуально-возмездного характера платежей в Пенсионный фонд указанные перечисления должны быть в той или иной форме

возвращены гражданам. Однако законодательное решение по этому вопросу не принято.

Значительное число пробелов, наличие которых неизменно подчеркивается юристами в ходе обсуждений состояния действующего законодательства в сфере социальной защиты, фактически приводит к невозможности адекватного выполнения законодательством о социальном обеспечении своих основных функций - как регулятивной, так и защитной.

В этих условиях Конституционный Суд, обращая внимание законодателя на существующие пробелы, в определенной степени стимулирует скорейшее их восполнение. Примером такого подхода является Определение от 11 мая 2006 г. № 187-О по жалобе гражданина Наумчика Вячеслава Викторовича на нарушение его конституционных прав положениями пунктов 2 и 3 статьи 3 Федерального закона «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации». При этом Суд установил, что действующее правовое регулирование не учитывает особенностей правового положения тех работающих по трудовому договору граждан, кому выплачивается пенсия за выслугу лет в соответствии с Законом Российской Федерации «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, в органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей».

Закрепляя безусловное участие таких пенсионеров в обязательном пенсионном страховании, законодатель - в силу требований Конституции - должен был гарантировать им реализацию пенсионных прав, приобретенных в рамках системы обязательного пенсионного страхования, на равных условиях с иными застрахованными лицами, т.е. обеспечить возможность приобретения права на получение трудовой пенсии, осуществление выбора пенсии.

Между тем, действующее законодательство не предусматривает перевод из федерального бюджета в Пенсионный фонд Российской Федерации средств для формиро-

вания расчетного пенсионного капитала при переходе военных пенсионеров на трудовую пенсию, что не позволяет в большинстве случаев обеспечить назначение им трудовой пенсии в размере, превышающем полагающуюся им военную пенсию. Тем самым вступление их в правоотношения по обязательному пенсионному страхованию в качестве гарантии, обеспечивающей им возможность выбора пенсии, утрачивает какой-либо смысл, поскольку выбор как таковой в подобных случаях предопределен.

На основе анализа действующего пенсионного законодательства был сделан вывод о том, что взаимосвязанные нормативные положения пунктов 2 и 3 статьи 3 Федерального закона «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации» и абзаца второго пункта 1 статьи 7 Федерального закона «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации», распространяя обязательное пенсионное страхование на военных пенсионеров, работающих по трудовому договору, при этом не предусматривают надлежащего правового механизма, гарантирующего установление им наряду с получаемой пенсией по государственному пенсионному обеспечению страховой части трудовой пенсии с учетом страховых взносов, накопленных на их индивидуальных лицевых счетах в Пенсионном фонде Российской Федерации.

Этот пробел должен быть восполнен. В соответствии с указанным Определением от 11 мая 2006 г. № 187-О федеральному законодателю надлежало предусмотреть и не позднее 1 января 2007 года ввести в действие правовое регулирование, гарантирующее военным пенсионерам, работающим по трудовому договору, не только получение пенсии по государственному пенсионному обеспечению, но и выплату страховой части трудовой пенсии с учетом страховых взносов, отраженных на их индивидуальных лицевых счетах в Пенсионном фонде Российской Федерации. Однако соответствующее правовое регулирование так и не осуществлено.

Пробелы в социальном законодательстве могут возникать и тогда, когда та или другая норма признается

неконституционной полностью или частично либо из решения Конституционного Суда вытекает необходимость устранения пробела в правовом регулировании. В таком случае до принятия нового нормативного акта непосредственно применяется Конституция. Однако в правоприменительной практике это не всегда может дать нужный результат, если для реализации того или иного конституционного положения необходим конкретизирующий его нормативный акт законодателя.

8. Финансовые проблемы недопустимо решать в ущерб конституционным гарантиям социальных прав.

Серьезным недостатком действующей пенсионной системы как наиболее важной составной части системы социальной защиты является её ориентация на решение финансовых проблем в значительной степени в ущерб конституционным гарантиям социальных прав и связанных с этим социальных задач.

В связи с этим ученые-юристы обращают внимание на необоснованный переход от распределительной пенсионной системы, успешно функционирующей во всех развитых странах Европы, Канаде, Японии и др., к накопительной¹³. При этом в основу новой пенсионной системы в России положен принудительный механизм долгосрочного накопления. Тем самым, посредством социального законодательства решаются задачи, связанные с направлением инвестиций в экономику страны, т.е. во главу угла ставится прежде всего достижение экономического эффекта, а не обеспечение достойного уровня жизни пенсионеров. Это может привести к коммерциализации социальной сферы, к отступлению от принципов социальной справедливости, препятствует достижению социально значимых целей¹⁴.

¹³ Захаров М.Л., Тучкова Э.Г. Пенсионная реформа в России. Экспертное заключение. - М., 2002, - С. 16.

¹⁴ Васильев Ю.В. О функциональном подходе к предмету права социального обеспечения // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения. Практика применения трудового законодательства и законодательства о социальном обеспечении: материалы Международной научно-практической конференции / Под ред. К.Н. Гусова. - М., 2006, - С. 599.

Существуют и примеры игнорирования социальных задач при внесении изменений в налоговое законодательство, которое тесно связано с социальным законодательством и определяет его финансовую базу. Так, в 2005 году снижена с 28% до 20% ставка единого социального налога, направляемого на финансирование пенсий. Однако, несмотря на улучшение инвестиционного климата и легализацию заработной платы, предполагаемого увеличения объема собираемых средств не произошло. Образовался дефицит средств Пенсионного фонда, что, в свою очередь, повлекло необходимость увеличения ассигнований из федерального бюджета, хотя природа налоговых платежей и правовое положение Пенсионного фонда предполагают его бюджетную автономию¹⁵.

Следствием проводимой с 2005 года экономической политики является и то, что в пенсионной системе наблюдается постоянно увеличивающийся недостаток средств и существенное снижение коэффициента замещения пенсий¹⁶. Эта негативная тенденция сохранится, если не предпринять мер к ее преодолению.

Существующая система пенсионного обеспечения требует вложения огромных финансовых средств государства, поскольку в ближайшие годы дефицит пенсионной системы составит 350-400 миллиардов рублей¹⁷.

При таких обстоятельствах пенсионная система, действующая в Российской Федерации, надлежащим образом не обеспечивает свою социально-защитную функцию. Решить экономические задачи, поставленные в ходе пенсионной реформы, с помощью перехода к накопительной системе не удалось. В результате пенсионная система оказалась в таком состоянии, которое не соответствует ее правовой природе и социальному назначению.

¹⁵ За счет федерального бюджета обеспечивается 43,3% доходов ПФР, 60,4% доходов ФФОМС, 5,4% доходов ФСС (прежде средства госбюджета не привлекались).

¹⁶ Куртин А. /первый заместитель Председателя Пенсионного фонда Российской Федерации. «Отечественной системе социального страхования требуется срочная модернизация» //Человек и труд. № 6/2005.

¹⁷ Зурабов М. «Российская газета» 03.02.2006г., № 22 (3988).

Сложившееся положение вызывает резкую критику специалистов, недовольство населения страны, рост социальной напряженности. В научных публикациях последних лет система социального обеспечения нередко оценивается как не соответствующая принципу социальной справедливости, не обеспечивающая достойную жизнь и свободное развитие человека, что тем самым расходится с конституционно защищаемыми ценностями и целями¹⁸. Существует реальная опасность нарушения баланса конституционно защищаемых ценностей, разрыва между социальными и экономическими задачами, между правами граждан и публичными интересами.

До последнего времени Конституционный Суд проявлял сдержанность в этом вопросе. Неоднократно им высказывалась позиция о том, что Конституция, закрепляя право каждого на социальное обеспечение, **ОТНОСИТ К КОМПЕТЕНЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЯ** решение вопросов, касающихся правовых оснований назначения пенсий, порядка их исчисления, правил индексации, установления видов пенсий и др., относит к компетенции законодателя (определения от 4 апреля 2006 г. №90-О, от 18 июля 2006 г. № 297-О, от 2 ноября 2006 г. №563-О, от 16 ноября 2006 г. № 510-О, от 16 ноября 2006 г. № 511-О и др.).

Таким образом, законодателю предоставляется возможность устранить те недостатки и дефекты в новом регулировании, которые, к сожалению, становятся все более очевидными.

9. Конституционно-правовое истолкование норм социального законодательства как способ преодоления их неопределенности и произвольного применения.

Несовершенство законодательства о социальном обеспечении и социальной защите проявляется и в на-

¹⁸ Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения. Практика применения трудового законодательства и законодательства о социальном обеспечении: материалы Международной научно-практической конференции/ Под ред. К.Н. Гусова. - М., 2006, - 524, 526, 634; Социальное законодательство: Научно-практическое пособие/ Отв. Ред.: Ю.А. Тихомиров, В.Н. Зенков. - М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ», ИНФРА-М, 2005, - С. 263

личии целого ряда нечетких и противоречивых положений, которые неоднозначно толкуются в правоприменительной практике. Нередко это приводит к произвольному применению этих положений и тем самым - к нарушению социальных прав граждан. Такого рода нарушения устраняются с помощью выявления конституционно-правового смысла правовых норм, определяющих порядок и условия реализации права на социальное обеспечение, и на этой основе - посредством корректировки правоприменительной практики.

Существует значительное количество решений, направленных на выявление конституционно-правового смысла норм социального законодательства. Среди них есть и постановления, и определения. И посвящены они самым различным проблемам, включая пенсионное обеспечение, социальную защиту лиц, пострадавших от радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС, ветеранов труда, ветеранов боевых действий, участников Великой Отечественной войны и др. Можно привести несколько характерных примеров.

Так, Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 29 января 2004 г. № 2-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 30 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» в связи с запросами групп депутатов Государственной Думы, а также Государственного собрания (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия), Думы Чукотского автономного округа и жалобами ряда граждан выявлен конституционно-правовой смысл нормы пункта 4 статьи 30 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», предусматривающей периоды трудовой и иной общественно полезной деятельности до 1 января 2002 года, включаемые в общий трудовой стаж.

Указанная норма признана не противоречащей положениям Конституции, поскольку по своему конституционно-правовому смыслу в системе норм она не может служить основанием для ухудшения условий реализации права на пенсионное обеспечение, включая размер

пенсии, на которые рассчитывало застрахованное лицо до введения в действие нового правового регулирования (независимо от того, выработан им общий или специальный трудовой стаж полностью либо частично). Гражданин может осуществить оценку приобретенных им до 1 января 2002 года пенсионных прав, в том числе в части, касающейся исчисления трудового стажа и размера пенсии, по нормам ранее действовавшего законодательства.

Другой пример конституционно-правового истолкования касается применения положений Федерального закона «О ветеранах», устанавливающих меры социальной защиты для инвалидов и участников Великой Отечественной войны¹⁹.

Выявляя конституционно-правовой смысл взаимосвязанных норм Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ и Федерального закона «О ветеранах», Конституционный Суд сделал вывод о том, что участники Великой Отечественной войны из числа военнослужащих, указанных в подпункте «з» подпункта 1 пункта 1 статьи 2 Федерального закона «О ветеранах», являющиеся инвалидами вследствие общего заболевания, трудового увечья и других причин (кроме лиц, инвалидность которых наступила вследствие их противоправных действий), которым ранее предоставлялись права и льготы инвалидов войны, должны и впредь получать их в том же объеме. Лишение их права на получение ежемесячной денежной выплаты на равных условиях со всеми

¹⁹ Определение от 4 апреля 2006 г. № 89-О по запросу Сорновского районного суда города Нижнего Новгорода о проверке конституционности положений пунктов 9, 10 и 19 статьи 44 Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и статьи 14, пункта 2 статьи 15 и статьи 23.1 Федерального закона «О ветеранах», а также по жалобе граждан Волкова Анатолия Александровича, Вотякова Бориса Васильевича, Галагана Григория Семеновича и Голикова Александра Васильевича на нарушение их конституционных прав указанными законоположениями.

другими участниками Великой Отечественной войны, ставшими инвалидами вследствие указанных причин, фактически означало бы и необоснованное снижение ранее приобретенного ими статуса, который не сводится лишь к определенным материальным благам, а отражает также признание заслуг перед государством и обществом.

Иное истолкование оспариваемых нормативных положений не только вступало бы в противоречие с целями принятия Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ и закрепленными в его преамбуле и статье 153 принципами и условиями перехода к новой системе государственной социальной поддержки граждан, но и означало бы произвольную отмену ряда ранее установленных для данной категории участников Великой Отечественной войны прав, льгот и гарантий, отказ государства от принятых на себя публично-правовых обязательств перед этими лицами без предоставления им равноценной компенсации.

10. Издержки перераспределения полномочий по осуществлению социальной защиты.

Проводимая в системе социальной защиты реформа породила новые проблемы, связанные с перераспределением полномочий по осуществлению социальной защиты. На протяжении длительного периода законодательное (и подзаконное) регулирование общественных отношений в сфере социальной защиты осуществлялось преимущественно на федеральном уровне. Субъектам Российской Федерации предоставлялось право установить дополнительные льготы и преимущества для отдельных категорий граждан, т.е. дополнять сформированную на федеральном уровне систему социальной защиты отдельными необязательными элементами. С принятием Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ ситуация кардинальным образом изменилась. Значительная часть полномочий по социальной поддержке, в том числе по установлению конкретных мер такой поддержки, была передана субъектам Рос-

сийской Федерации. При этом законодатель не проявил достаточной последовательности, в силу чего формулировки Закона не дают прямого ответа на вопрос: должны ли субъекты Российской Федерации осуществлять социальную защиту названных в Законе категорий граждан и имеют ли право это делать.

Такая неопределенность вызвала ряд обращений в Конституционный Суд органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, полагавших, что у них отсутствуют полномочия осуществлять соответствующее правовое регулирование и, следовательно, нет и обязанности устанавливать меры социальной поддержки. В этой ситуации Конституционный Суд был вынужден выявлять подразумеваемую аутентичную волю законодателя путем конституционного истолкования ряда положений Закона № 122-ФЗ. В частности, рассматривая вопрос о сохранении за врачами, провизорами, работниками со средним медицинским и фармацевтическим образованием государственной и муниципальной систем здравоохранения, работающими и проживающими в сельской местности и поселках городского типа, права на бесплатное предоставление квартир с отоплением и освещением, Конституционный Суд пришел к выводу о том, что осуществление полномочия по установлению мер социальной поддержки работающих и проживающих за пределами городов медицинских работников организаций здравоохранения, находящихся в ведении субъекта Российской Федерации, не выходит за рамки бюджетных полномочий органов государственной власти субъекта Российской Федерации²⁰.

²⁰ Определение от 12 июля 2006 г. № 375-О по запросу Конституционного Суда Республики Карелия о проверке конституционности положений пункта 50 статьи 35 и части 2 статьи 153 Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

Проблема разграничения полномочий между федеральными и региональными органами государственной власти была затронута также в запросе Псковского областного суда о проверке конституционности положений преамбулы и части 2 статьи 153 Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ (определение от 11 июля 2006 г. № 353-О). Псковский областной суд полагал, что передача субъектам Российской Федерации полномочия по определению мер социальной поддержки реабилитированных лиц и лиц, признанных пострадавшими от политических репрессий, и отнесение расходных обязательств по обеспечению такими мерами к расходным обязательствам субъекта Российской Федерации (пункт 7 статьи 6 Федерального закона от 22 августа 2004 года N 122-ФЗ) - при том, что Федеральный закон от 6 октября 1999 года «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» не допускает включение в федеральные законы, принятые по вопросам социальной поддержки жертв политических репрессий, положений, определяющих объем и порядок осуществления расходов из бюджета субъекта Российской Федерации, необходимых для исполнения его органами государственной власти соответствующих полномочий (подпункт 24 пункта 2 и пункт 4 статьи 26.3), - означает, что в результате осуществленного федеральным законодателем разграничения полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами по предмету совместного ведения (статья 72, пункт «ж» части 1, Конституции Российской Федерации) предоставление мер социальной поддержки указанных лиц передано в исключительное ведение субъектов Российской Федерации; соответственно, в силу статьи 73 Конституции Российской Федерации в решении этого вопроса они обладают всей полнотой государственной власти и издаваемые ими нормативные правовые акты имеют, согласно статье 76 (часть 6) Конституции Российской Федерации, приоритет над федеральным законодательством. При таких

обстоятельствах, как считал заявитель, федеральный законодатель не вправе обязывать субъекты Российской Федерации гарантировать объем социальной поддержки жертв политических репрессий не ниже ранее установленного федерального уровня; иное, на его взгляд, является вторжением в сферу исключительного ведения субъектов Российской Федерации, порождающим невозможность для них обеспечить за счет средств собственных бюджетов указанный гарантированный объем социальной поддержки этих лиц и тем самым влекущим ущемление их конституционных прав.

Конституционный Суд подчеркнул, что защита прав и свобод человека и гражданина, социальная защита, включая социальное обеспечение, находятся в совместном ведении Российской Федерации и её субъектов. Это означает, что ответственность за состояние дел в указанных сферах возлагается как на Российскую Федерацию, так и на каждый из ее субъектов. При этом, по смыслу статей 11 (часть 3), 72, 76 (части 2 и 5) и 94 Конституции Российской Федерации, федеральный законодатель, осуществляя регулирование вопросов, относящихся к тому или иному предмету совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов, вправе определять конкретные полномочия и компетенцию органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствующей сфере, равно как и устанавливать принципы разграничения предметов ведения и полномочий. Это предполагает также возможность передачи осуществления части полномочий по предметам совместного ведения, которые реализовывались органами государственной власти Российской Федерации, субъектам Российской Федерации с соответствующим разграничением расходных обязательств Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, возникающих при осуществлении указанных полномочий.

Соответственно, как Российская Федерация, так и субъекты Российской Федерации несут ответственность за состояние дел в сфере социальной защиты. Однако

система социальной защиты остается в совместном ведении, и субъект Российской Федерации не может игнорировать требования федерального законодательства, в частности требования о сохранении общего объема финансирования, достигнутого уровня защиты прав и свобод граждан.

Выявляя конституционно-правовой смысл положений преамбулы и статьи 153 Федерального закона № 122-ФЗ, Конституционный Суд пришел к выводу, что федеральным законодателем установлены как общие принципы перехода к новой системе обеспечения мерами социальной поддержки, так и гарантированный минимальный (базовый) уровень этих мер, и тем самым - пределы усмотрения субъекта Российской Федерации при решении вопросов об объеме мер социальной поддержки (Определение от 1 декабря 2005 г. № 462-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Сахалинской областной думы о проверке конституционности частей первой и второй статьи 16 Закона Российской Федерации «О реабилитации жертв политических репрессий»).

Этот вывод сформулирован по отношению к реабилитированным лицам и лицам, признанным пострадавшими от политических репрессий, однако это общая идея федерального законодателя, которой следует руководствоваться в законотворчестве субъектов Российской Федерации.

Надо отметить, что Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ недостаточно согласован с финансовым законодательством и законодательством, определяющим права и полномочия субъектов Российской Федерации, что создало дополнительные трудности в реализации переданных им полномочий.

В связи с этим Конституционным Судом сформулирована правовая позиция о необходимости оказания финансовой помощи субъектам Российской Федерации. Указанный вывод сделан, исходя из единства системы социальной защиты и обязанности законодателя соблюдать принцип поддержания доверия граждан к закону. В случае недостаточности собственных средств для покрытия

соответствующих расходов субъекты Российской Федерации вправе рассчитывать на оказание им Российской Федерацией финансовой помощи целевого характера²¹.

Этот вывод вытекает также из ранее принятых Конституционным Судом решений о единстве финансовой системы Российской Федерации. Бюджет субъекта Российской Федерации или местный бюджет не существуют изолированно - они являются составной частью финансовой системы Российской Федерации; недостаточность собственных доходных источников на уровне субъектов Российской Федерации или муниципальных образований влечет необходимость осуществлять бюджетное регулирование в целях сбалансированности соответствующих бюджетов, что, в частности, обеспечивается посредством оказания финансовой помощи из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации в форме предоставления дотаций на выравнивание уровня минимальной бюджетной обеспеченности субъектов Российской Федерации, субвенций и субсидий на финансирование отдельных целевых расходов, бюджетных кредитов и т.д. (Постановление от 17 июня 2004 года N 12-П по делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 155, пунктов 2 и 3 статьи 156 и абзаца двадцать второго статьи 283 Бюджетного кодекса Российской Федерации).

11. Снижение уровня социальной защиты не соответствует императивам справедливости и социального государства.

В ходе реформы системы социального обеспечения, в том числе в связи с разграничением полномочий по

²¹ Определение от 27 декабря 2005 г. № 502-О; Постановление от 15 мая 2006 г. № 5-П по делу о проверке конституционности положений статьи 153 Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с жалобой главы города Твери и Тверской городской думы.

предоставлению мер социальной поддержки, породили серьезные проблемы, связанные с уровнем ее обеспечения. Возникла опасность снижения достигнутого уровня социальной защиты для всех льготников, а особенно для тех категорий граждан, социальная поддержка которых ранее осуществлялась на федеральном уровне, а с 1 января 2005 года осуществляется на уровне субъекта Российской Федерации или муниципального образования. Так, для ветеранов труда и жертв политических репрессий повсеместно отменены все или часть льгот, которые они прежде получали в натуральной форме (исключением является лишь Москва). Вместо льгот введены ежемесячные выплаты, которые, как правило, не обеспечивают возможность приобретения соответствующих услуг (транспортных, медицинских и пр.) в прежнем объеме.

Для всех категорий, ранее получавших льготы по проезду, отменено право на бесплатный проезд в любой населенный пункт на территории Российской Федерации (один раз в год). Отмена этой льготы никакими специальными выплатами не компенсирована.

Снижение уровня социальной защиты фактически сдерживается лишь положениями преамбулы и статьи 153 Федерального закона № 122-ФЗ. Однако такой механизм нельзя признать эффективным, поскольку он распространяется лишь на подлежащие правоотношения в случае передачи полномочий по оказанию социальной поддержки субъектам Российской Федерации, следовательно, он не предотвращает возможность снижения уровня социальной защиты федеральных льготников. Возлагая на субъекты Российской Федерации обязанность оказывать социальную поддержку широкому кругу граждан и указывая на недопустимость снижения ее уровня, федеральный законодатель в то же время не обеспечил создание соответствующих финансовых механизмов. При применении статьи 153 Федерального закона № 122-ФЗ неизбежно возникает вопрос о необходимости оценки, равнозначна ли выплачиваемая денежная компенсация ранее предоставлявшимся льго-

там. Однако, как показывает судебная практика, реальная оценка в таких случаях фактически не осуществима, поскольку ни нормативы предоставления льгот, ни их реальная денежная стоимость никогда не определялись; не устанавливалась и нуждаемость конкретного получателя в получении тех или иных льгот. В результате суды разрешают споры, исходя из совокупного объема финансирования, который не отражает реального объема финансирования на каждого получателя и учитывает расходы как на льготы, предоставляемые в натуре, так и на ежемесячные выплаты, заменяющие ранее предоставлявшиеся льготы; либо признают ежемесячную денежную выплату, установленную для некоторых категорий льготников, самостоятельной мерой социальной поддержки, не связанной с заменой ранее предоставлявшихся в натуре льгот. Такой подход приводит к выводу о достаточности ежемесячной денежной выплаты, хотя фактически эта выплата не дает возможности сохранить уровень социальной защиты, сложившийся на 31 декабря 2004 года.

Проблема снижения уровня социальной защиты обостряется в связи с отсутствием адекватного механизма индексации ежемесячных денежных выплат. Установленный порядок индексации приведет к тому, что темпы роста инфляции будут, как и в случае с трудовыми пенсиями, превышать уровень индексации, предусмотренный Правительством.

Применение Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ выявило также целый ряд других его недостатков, которые весьма негативно отражаются на положении обеспечиваемых социальной поддержкой. Например, не предусматривается возможность отказа от части мер социальной поддержки, входящих в дополнительную бесплатную медицинскую помощь (инвалид, имеющий противопоказания к санаторному лечению, не может отказаться только от путевки, не потеряв одновременно право на лекарственное обеспечение).

Таким образом, денежные выплаты оказались несоизмеримы существовавшим льготам. Возник целый ряд

проблем, связанных с отграничением льгот компенсационного характера от других льгот, а также с выделением длящихся правоотношений из общей системы правоотношений по оказанию социальной поддержки. Имели место нарушения принципа равенства при оказании социальной поддержки гражданам различных регионов, а также случаи неправомерного отказа субъектов Российской Федерации и муниципальных образований от предоставления мер социальной поддержки различным категориям граждан.

Федеральный законодатель, передав часть полномочий в сфере социальной защиты на уровень субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, в то же время не установил с достаточной определенностью их компетенцию, не предусмотрел принципы нового правового регулирования и минимальные стандарты, которые гарантируются гражданам независимо от места проживания. Не установлен и эффективный финансовый механизм, обеспечивающий осуществление единой государственной социальной политики и перераспределение средств бюджетов всех уровней с целью сохранения достигнутого уровня социальной защиты.

В целом, законодательство, регулирующее одну из важнейших сфер деятельности социального государства, оказалось в значительной мере противоречивым, невнятным и пробельным.

Конституционный Суд Российской Федерации, разрешая дела о проверке конституционности законов и иных нормативных актов - посредством присущих ему полномочий - исправляет дефекты действующего социального законодательства и тем самым обеспечивает конституционную защиту основных социальных прав и свобод человека и гражданина.

12. Реальное обеспечение социальных прав - залог стабильности и развития.

Реальное обеспечение социальных прав человека и гражданина в соответствии с Конституцией и согласно

общепринятым жизненным стандартам, адекватным современной социально и этически ориентированной экономики, - это необходимое условие не только политической стабильности общества, но и успешного его развития по пути гуманизма, демократии и прогресса.

В связи с этим идеальная социальная модель, на взгляд академика Львова, предполагает, чтобы каждый член общества был наделен непрерываемым правом равного доступа к тому, что в России от Бога, т.е. к доходу от используемого природного потенциала страны. Это право должно материализоваться в жизненном стандарте: бесплатная медицина для всех, бесплатное образование для всех, бесплатные жилищные услуги для всех в пределах установленной законом нормы, точно так же, как и бесплатный приусадебный или садово-огородный участок земли в личном пользовании граждан.

Непосредственно к проблеме установления жизненных стандартов примыкает проблема гарантированной (минимальной) заработной платы и пенсий. Гарантированная оплата труда должна устанавливаться, исходя из необходимости обеспечения нормального воспроизводства рабочей силы. В соответствии с рекомендациями ООН она не должна быть менее 3 долл. в час. Соответственно надо решать и проблему гарантированного уровня пенсионного обеспечения. Специалисты полагают, что он мог бы устанавливаться в размере 65-70% от гарантированной заработной платы.

Конечно, достижение такой модели социального государства, основанной на Конституции и обеспечивающей высокие жизненные стандарты, - путь трудный, но да осилит идущий.

К этому обязывает безусловный императив справедливости.

Protection of Social Rights and overcoming Injustices: Problems of Constitutional Jurisdiction

V. Zorkin

*President of the Constitutional Court
of Russian Federation*

Summary

Such an important goal as constitutional jurisdiction, protection of social rights of a person and a citizen, in its background contains the principle of insurance of justice. Constitutional principle of the social state assumes the creation of equal capacities for all members of the society, realization of the social politics recognized by each member of the society, the right on such a level of life which is necessary for the maintenance of health and well-being of a person and his/her family.

Legal positions by the formulated in the recent decisions of the Constitutional Court mainly links with the reformation of social legislation. Constitutional legal interpretation of the provisions on the social state, judicial equality and justice in the regulation, security and protection of the social rights, permitted the Constitutional Court to elaborate legal provisions which are valuable for the legislative regulation of public relations in the sphere of social protection and realization of the unique social politics.

Definition of the difficulties in the comprehension of the nature of social rights, as well as the problems of elaboration of the mechanisms and guarantee of its realization, control of the activity of the organs of the state on its observation – this is connected with definite variety of aspects of their legal nature and contents; as these rights relatively recently have acknowledged as the fundamental rights of a person. Meanwhile, in legal science and prac-

tice, the tendency considered social rights not only a principle orienteer for the legislators but mainly as the fundamental rights which are equal by their importance to constitutional, civil and political rights. Based on the principles of justice and social solidarity, they are reinforced in the Constitution in the case of ingenuous action and are due to judicial protection. As such they become legislative and executive power, create orienteer for the provisions of social politics of the state, for the formation and development of the corresponding branches of the legislation.

Maintenance of the essence of the constitutional provisions which concern the social rights the Constitutional Court of the Russian Federation in the order to emphasizes that the corresponding constitutional rights of a person and a citizen is are broader of definite subjective rights in the mentioned sphere. otherwise, the declaration of the right of social guarantee does not mean that the citizen is endowed with definite subjective rights. Forms and views of social guarantee as well as conditions and order of realization of the given constitutional rights are defined by the legislator that factually defines the contents of the social rights. Arbitrarily actions of the legislator in such an important and delicate sphere as the sphere of social rights are not acceptable as they not only touche the human rights acknowledged by the society worldwide, i.e. has humane meaning, but are directly connected with security and political stability of the society. on the basis of this, by its decisions and legal provisions the Constitutional Court creates orienteer for the legislator, thus aiding the consequent development of the social legislation in the direction of harmonization of the interests of the citizens and public interests so that not to permit non-based and arbitrary declination of presented measures of the social protection and at the same time take into consideration the economic and financial possibilities of the state.

Interference of the Constitutional Court is mainly conditioned by the conceptual gaps of the legislation acting in the social sphere. Sometimes its changes are realized without a due theoretical preparation, without a considered plan of

consecutive actions and as a result the legislation is characterized by contradiction, presence of serious gaps, and unevenness of development.

On the basis of the provisions of the Constitution of the Russian Federation, the Court formulated a set of ensued there from principles of judicial regulations of the public relations in the sphere of social protection, the most essential of which is the principle of the support of the trust of the citizens towards the law and actions of the state. Following these principles presumes guarantee of the legal definition, logical stability of the legal regulation, inadmissibility of insertion of arbitrary amendments in the acting system of the norms and predictability of the legislative politics.

When undertaking definite public-legal obligations, the state cannot arbitrarily decline from its fulfillment. The rest will mean breach of the principles of fairness and legal and social state. It could be concluded that the obligations of the legislator is to keep with the measures acknowledged by the state of compensation of the damages, achieved level of protection of rights and freedoms of citizens, guarantees of its social security. Constitutional principles and norms which are the basis for regulation of social rights, suppose that the legislation in this sphere should be characterized by the signs of stability, predictability, justice, absence of arbitrary changes, maintenance of the achieved level of the social security and achieve the trust of the citizens.

The characteristic feature of the systems of the new legal mechanisms of the social security is the availability of the existing gaps. Essential number of the gaps presence which is underlined by the lawyers in the case of discussion of the condition of the acting legislation in the sphere of social protection, factually brings to the impossibility of the adequate fulfillment of legislation on social security of its main functions both as regulative and protective. Gaps in the social legislation can appear in the cases when this or that norm is acknowledged as fully or partially non-constitutional or from the decisions of the Constitutional Court necessity of elimination of the gap in the legal regulation appears. In this case before the adoption of the new normative act the con-

stitution is directly used. Though in the legal executive practice this does not always bring to the necessary result if for the realization of this or that constitutional provision is normative act of the legislator is necessary.

Real guarantee of the social rights of a person and citizen in accordance with the Constitution and pursuant to the accepted standards, adequate to social and ethic orientation of economics which is a necessary condition not only for political stability of the society but successful development on the way of humanism, democracy and progress.



VII Всемирный конгресс конституционного права

11-16 июня 2007 г. в Афинах состоялся VII Всемирный конгресс конституционного права, организованный Международной ассоциацией конституционного права, а также Ассоциацией греческих конституционалистов, в котором приняли участие около 500 специалистов из 70 стран. Основная тема обсуждения на Конгрессе: «Переосмысление границ конституционного права».

Учитывая важность Всемирного конгресса в области конституционного правосудия, вестник «Конституционное правосудие», будет публиковать доклады на Конгрессе, представляющие наибольшую важность.

Pragmatic requirements of legal interpretation under the paradigm of the democratic rule of law

Menelic de Carvalho Netto¹

*Full Professor of General Theory of Law
and Constitutional Law of University of Brasília*

These are hard times for us, for Brazilian constitutionalists. The continuity and predominance of constitutional practices typical of our latter autocratic political experience - the Brazilian military dictatorship period from 1964 to 1984, as well as the recurrent attempts to amend the Constitution, express a propensity to annihilate every trace of what we might call "constitutional feeling", to use an expression created by Spanish constitutionalist Pablo Lucas Verdú². The problem is, whether accomplishing or not their narrow, immediate purposes, those attempts to change the Constitution end up by harming the aura of supremacy which the same Constitution has to have in order to be able to legitimate and articulate the state and the legal order of which it should provide the foundations. In short, we could say that this is a scenario in which two basic paradoxes of modernity tend to reveal. To be sure, it becomes more and more visible that the law, politics and state systems found themselves. German sociologist Niklas Luhmann points out that the paradoxes of the foundations of these systems are shrouded by the evolutionary acquisition represented by the invention of the formal constitution in the end of the 18th century³. The introduction of a distinction between a high-

¹ PhD.

² LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid, REUS, 1985.

³ LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.) et alii. *Il Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

er law - the Constitution - and an ordinary law - all law other than the Constitution - enables both the structural coupling and the operational closing of the spheres of law and politics. In other words, it is via the Constitution that both the political system gains operational legitimacy and the law gains enforceability.

In such a scenario, the very agents legitimated by the constitution turn back against their own base of legitimacy as if to devour it, like Chronos did to his offspring. The surly face of the privatization of the *res publica*, the distorted face of a state reduced to a passive instrument of the avenging power that perpetually reminds us that “the winner takes it all” emerges from this sort of autophagous ritual under the mask of “familiarity”. The feeling of anomy, growing free and vigorous, feeds up to repletion from the seeds of liberty that were passed down to us following a deeply rooted tradition and which we carefully planted in our Constitution. But no matter how authoritarian the forces at power may be, those traditions, like the traditions of any polity, are always pluralistic.

The normative force of the constitution, as though in a formal homage to Konrad Hesse, is reduced to a sheer loewensteinian ideal, which in turn serves only to reinforce the normativity and ideality of the facticity that, assuming the status of “reality”, shows that the old legal and political practices that our 1988 Constitution aimed at abolishing are still on. However, if we manage to overcome the limitations of a philosophy of consciousness and thematize the human condition as a linguistic one, a discursive condition, at the same time a pragmatic and hermeneutic one, we can notice that our own daily, unavoidable “reality” is pervaded by idealities and ideality claims that constitute our linguistic ability as such. That is why the opposition between *formal constitution*, or the constitution seen as an ideal, and *real constitution*, or the actual legal-political praxis, is itself and idealization or idealized construction, a conceptual trap that perpetuates what it intended to end. This is so because, on the one hand, it is incapable of disclosing the true nature of the terrible ideality claims that take course under the idea of

“reality” and, on the other hand, because it absolutizes the power of law – constitutional law in particular – to regulate behaviors. It is remarkable in this context that modern law, differently from the classical view of the constitutional theory, engages in the regulation of future behaviors and assumes its inherent risk of being broken now and then. In fact, law can only regulate possible behaviors, never necessary or impossible ones. Now, as to the absolutization of law’s power, suffice it to say that even Hans Kelsen, the most positivistic and formalist of all legal writers, states that for a legal rule to exist formally there must be a minimum of social internalization of it, since the object of a legal rule is not a specific human behavior but the internalization of a certain, sociologically ascribed behavior. From where I see it, for the presentation of the problem to stop being a reinforcement of the problem itself it is necessary that *this* be put in different terms. This other way of putting the problem, I believe, must acknowledge that all social practices, that is, all attitudes and presuppositions assumed by the various communicative actors, the very grammar of these social practices, are attributive of meaningfulness.

Thus, I believe that the judiciary plays a central role in the hard task of promoting not only legal certainty but also the belief in law. As another essential characteristic to modern law is its textual nature (since we only have access to the law through a series of texts successively built and re-built by discursive means), the basic assumptions of the interpretive activity of all agents taking part in the actual functioning of a legal system – from legislators and judges to the addressees of legal rules – are of fundamental importance to the implementation of that system. This, of course, brings us to the problem of the thematization of the grammars underlying established social practices. In our case, for instance, one of these practices consists in a tendency to stem all virtues and vices of our legal system to the literary quality of our statutes, to the detriment of the fact that statutes are not the subject, but the object of legal interpretation. That the improvement of our democratic institutions requires something much more complex than the amend-

ment of the Constitution or the enactment of better laws is not in dispute – it seems evident in its face that no amendment can be truly effective if there's no corresponding change in the attitudes and social practices, i.e., the grammars by which we implement our daily lives. In this light, the key role of the judiciary in the constitutional architectonics is due to its function of stabilizing the socially prevailing legal expectations. This explains why the whole theoretic discussion about the interpretation and implementation of legal texts is tethered to the analysis of the judicial activity.

We must now inquiry into what interpretation means and see if it is only texts that can be interpreted. At this point, it is also imperative that we refer, though briefly, to German philosopher Hans Georg Gadamer and the *hermeneutic turn* he performed⁴. Gadamer belonged to the theoretical tradition of the philosophical hermeneutics, a philosophical school dedicated to the study of the nature and structure of the knowledge produced by the so called “sciences of the spirit” – the social sciences or humanities. He is important to us because of the impact his work had on the concept of science in general, as well as in the concept of paradigm developed by Thomas Kuhn⁵, which informs the whole of contemporary epistemology.

In order to retrieve the demanding presuppositions that provide for the attitude of the judge in a judicial decision making process constitutionally adequate to the modern paradigm of government under the democratic rule of law we shall assume, as Ronald Dworkin, the uniqueness and unrepeatability of all historical events and thus of all cases brought before the courts. Dworkin, to whom a favorite topic is the reform of the judicial system that I intend to address here, believes that a judge has to be endowed with a Herculean power to meet the enormous requirements imposed by the task of having to *find*, in the entire legal structure, the only one possible correct solution for a given

⁴ GADAMER, H.G. *Truth and Method*. New York: The Seabury Press, 1975.

⁵ KUHN, T. S. *The structure of scientific revolutions*. Chicago, IL, University of Chicago Press, 1996.

case. This is true to any case inasmuch as every case being unique and unrepeatable is a hard case⁶. But, first things first. We still have to determine exactly what a paradigm is, or more specifically what a constitutional paradigm is and how it affects interpretation in general and constitutional interpretation in particular⁷.

At first we shall look into the idea of paradigm and its use in the general theory of law and in constitutional law. The concept of paradigm comes from the epistemology developed by German philosopher Thomas Kuhn and has a double aspect. On the one hand, it makes possible the scientific development as a process that operates through ruptures, thematizing and pointing out the main features of general schemes of pre-comprehensions and worldviews constituted in the naturalized background of silence that our grammar of social practices bears on and that both enables and limits language, communication, self-perception and world perception. On the other, it generates and suffers from oversimplifications that are valid only insofar as they allow that one show the general selective frameworks of presuppositions of the worldviews prevailing or tending to hegemony in a given society and in a given time. Of course, history as such is irretrievable and infinitely richer than the schemes presented here, the same way as historical events are reconstructible and re-readable in a number of ways that far exceeds the limits of any single work. For this reason, the level of specification and particularization of the reconstruction of a paradigm is directly linked to the purposes of the investigation that one intends to carry out. Here, as a brief introduction to the use of the concept of paradigm to constitutional law – and in face of the presuppositions of modern constitutional hermeneutics – I shall reconstruct one single comprehensive paradigm of law and political organization for the Ancient Times and the Middle Ages as a whole, in contraposition to Modernity. This, in its turn, will be

⁶ DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978, p. 81-130; *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1985, p. 119-145.

⁷ HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt, Suhrkamp, 1994, chapter IX.

presented in three major paradigms of state: the *rule of law* (in the classic liberal comprehension of the expression), the *welfare state* and the *democratic rule of law*. These paradigms tend to overcome and overlap one another in a continuous process, though many important aspects of former paradigms, including that of the Ancient Times, can be currently identified among us in the facticity level. These fossilized paradigms, so to speak, often mislead constitutional interpreters into inadequate readings of the text and that's why we also need to work with past paradigms: the contrast may help us understand the new paradigm assumed and positivized by our 1988 Federal Constitution.

Let's now examine the first of the constitutional paradigms mentioned above.

Pre-modern law and political organization found their basis, in the final analysis, on the undifferentiated, transcendently justified normative amalgamation of religion, law, moral, tradition and customs. Law was seen as something due to someone in virtue of his birth and his position in a fixed social hierarchy. *Justice was made first and foremost by the interpreter's wise and sensible observance of equity, understood as the harmony required by the necessary uneven treatment that should acknowledge and reproduce the absolutized differences and inequalities of the social framework*⁸. The legal order was a mere succession of normative claims originated from that background of ancient traditions and casuistically applied as concrete, individual rules – it was not a single legal order comprised of general, abstract rules valid to everyone and its main purpose was to protect the reciprocally excluding spheres of privileges of the different social ranks.

This paradigm disintegrates gradually along at least three centuries under the dissolving action of many forces, including the impact of the capital on the feudal bounds. Free individuals now take part in the growing marketplace as

⁸ We could say, in Aristotelian terms, that the phronesis served as a model for the activity of the interpreter.

owners of, at least, themselves, of their own bodies. They now own their labor force, which is turned into merchandise. The advancement of police investigation techniques⁹, the collapse of the closed and hierarchical feudal cosmology, the raise of a worldview in which a rational explanation for reality comes from the mathematically isonomical structure of atoms that gives support to the endless universe of Galilee's *koyré*, the battles fought for religious freedom and the consequent drawing of boundaries between religion, moral, social ethics and law, all these are some of the profound changes that resulted into a fresh meaning new horizon to an ancient and reinvented terminology, is the paradigm of modernity that emerges. The intuitions of moral individual rationalism, seen as unquestionable mathematical truths, put tradition in check by reducing it to social customs and practices. To the divinized ancient customs the long term corruption of history, the rational men from the Enlightenment opposed the imposition of rules rationally crafted by social actors who are actively engaged in performing their historical role. Those rules should furnish the rising new type of political organization – the free association of autonomous people – with operational instruments able to configure a secular space of formulation of the law that should govern the social reproduction of other valid normative claims.

Herbert Marcuse affirms that modern law - the specific, differentiated normativity - results from some universal and abstract ideas considered to be true in themselves and attributed to every man could now only be enforced through statutes and a bureaucratic apparatus, being understood as a rationally elaborated legal order applied to the society as a whole¹⁰. This transformation is due to a reductive process by which natural law turns from the concrete thing, transcendently due by a traditional society and its hierarchical

⁹ Regarding the influence of criminal investigations techniques on the birth of the Modernity, cf. FOUCAULT, Michel., *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Gallimard; ECO, Umberto. *Nome della rosa (it)*. 11. ed. Milano: Bompiani, 1983.

¹⁰ MARCUSE, H. *One-dimensional man: studies in the ideology of advanced industrial society*. Boston: Beacon, 1964, chapter I.

orders of privilege to each person according to his/her social birth place and the amount of commonwealth that he or she brings to society, into the legal abstract order rationally constructed and based on the universal ideas of the liberty and the equality that should be recognized as inherent to every individual, notwithstanding one's social birth place, and imposed onto an affluent society of classes. Ideas such as those of rational natural law, individual freedom to do whatever the law does not proscribe and equality before the law were positivized into state legal systems. The "freedom to have" of the moderns confronted the "freedom to be" of the ancients¹¹. Russian jurist Pashukanis identifies the legal bourgeois form on the universal and abstract statutes, justifying the end of the privileges of birth, puts this new, formal equality in terms of individual actors who have to be considered as equals because equally owners of their labor force¹². For the first time in post tribal history all members of society are or should be reputed as free proprietors equally capable of being liable subjects of law. As a consequence even the poorest of hand laborers was entitled to perform legal transactions such as the sale of his or her labor force.

Later on, with the constitutional movement of the 18th century and subsequent constitutionalism both in America and in the continent, the idea of rule of law appeared as the political order's compliance to the necessity of implementing the absolute truths found by the reason. The individual invented by modernity operated at this level. Law was thought of as an artificially constructed normative system of universally valid general rules. Public law, in its turn, was intended to assure that no absolutism could by any means make a comeback and so had to limit the government by establishing the separation of powers¹³. But despite the several different realizations of this latter principle, public law

¹¹ CONSTANT, B. De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes in CONSTANT, B., De la liberté chez les modernes : écrits politiques, Paris, Livre de poche, 1980.

¹² PASHUKANIS, E.B. "General Theory of Law and Marxism" in Piers Beirne, Robert Sharlet (eds.) *Pashukanis: Selected Works*.

¹³ Article XVI of the Déclaration des droits de l'homme et du citoyen: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution.*

was also required to run on the approval of those representing "the best of society", the ones in charge of the lawmaking processes. One must not forget that every matter related to the lives, liberties and properties of all subjects was now to be regulated by law.

Nevertheless, public law was seen as a mere convention in the face of private law, the realm *par excellence* of self evident truths. Though varying in its details from country to country, public law reflected the fact that the political society complied only those considered to be the patricians, the only ones enabled to vote, from among whom public officials were chosen according to economic and social criteria. Private law, in its turn, corresponded to rational rights that naturally belonged to every individual as the rights to life, liberty, equality and private property.

The political society and the civil society were then torn apart. For the first, general interests should prevail by being identified with and kept by those patricians who constituted the political society. For the second, properties had to be developed as freely as possible by being guaranteed equal treatment to all before law, no matter how different they might be in concrete terms. Practical reason already pointed towards the necessity of the enactment of a minimum of general rules. And since liberty consisted in the ability to do whatever the law didn't forbid, one could say that the lesser statutes, the more people would be able to develop their physical and mental aptitudes.

When the legal order traces boundaries to the action of individuals through general negative commandments such as "no one may kill other human beings" or "no one may steal" it is actually establishing where someone's liberty ends and someone else's liberty begins. This happens in the so called rule of law, the first of the sub-paradigms in which Habermas divided modernity for didactic purposes. The first generation of civil rights is conceived in this context where law is reduced to the "letter of the law" and the government is restricted to the maintenance of equal treatment and the

protection of free will. Since no collective bodies of class representation were allowed, individuals were the only recognized social actors and would act as such as long as they pursued their own private goals. This historical period was epitomized in the classical liberalist legal order.

It seems clear that under this first paradigm of government the interpretive activity of courts could only be understood as the mechanical result of direct exposition to the texts of law. Texts of law were conceived to be crystalline and unmistakably clear. In cases of doubt, interpretation should be avoided, even if that meant to consult the law-maker for explanation as to obscure legislation. Judges worked simply as the mouth of the law, *bouche de la loi*.

The very experience of those abstract concepts that informed the first paradigm of constitutionalism in modernity soon derived into their pragmatic denial in history. Liberty and equal treatment together with private property provided the basis for the social practices of a period in history marked by an unparalleled exploitation of human beings by other human beings. Those were times of intense accumulation of capital and technical development but socialist, communist and anarchist ideas would soon bring classical liberalism to a check by stirring significant mass social movements that demanded social rights. Such rights included the rights to go on strike, to free association in unions, to minimum salary, to social security, and to health, education and leisure.

Deep changes in the structure of western societies after World War I would bring about the welfare state paradigm. As far as our topic is concerned, this new paradigm starts in 1918 in the Soviet Union and evolves further into 1919/20 Germany's and Austria's social-democracies, until decadence into Nazism and Fascism late in the 1930's. The "materialization", so to speak, of earlier formal rights involves not only the plain adding of a second generation of civil rights to the original ones but also the redefinition of their concept. Liberty could no longer be considered as the right to do whatever the law didn't forbid. It was now necessary

that individual action should be circumscribed by social requirements such as the acknowledgment of concrete differences among people and the protection of the weaker and poorer. Nobody could believe in absolute truths or natural rights any longer.

The distinction between private and public law was then presented simply as a didactic, not ontological one. Private property could only be protected from legitimate claims if it performed its social function. Thus, any possible law turned out to be public law enforced by the government, which was placed above society and its precarious cohesion. As the new Leviathan, government was identified with the whole sphere of the public and had to bear the cost of the implementation of the new (in broad sense) civil rights. Under this paradigm, citizens were somewhat of customers of the state.

As societies grew more and more complex after World War I, this remodeling of law and state led into a new paradigm which I may call the *welfare state* paradigm. The need for materialization of public policies, intended to empower individuals who needed the government, broadens the scope of the latter and brings in new socio-economic goals. At the same time, legal structures and legal reasoning undergo noticeable changes. Adjudication and other court pronouncements could no longer be derived from the sheer application of the law to the facts brought before court, as if in an automatic syllogism. As a consequence, legal interpretation claimed for more sophisticated methods – the *teleological*, the *systemic*, and the *historic* – in order to unleash hidden meanings of the law from the subjective "will of the legislator" and thus move towards the objective "will of the law" (I could say parenthetically that this objectivity of the law is deeply rooted in that "need for materialization" mentioned above because it's now part of the dynamics of governmental social programs). Because it had to guarantee the effectiveness of the implementation of social public policies, the judges' work was now to be seen as something much more complex than the mechanical syllogistic subsumption of facts to the law. *This explains, for instance*, Hans Kelsen's

attempt to limit legal interpretation through the framing by the legal science of all possible readings of a statute offered to the judge's discretion, as well as it explains his decisionist turn in the second edition of The Pure Theory of Law.

With the end of World War II the *welfare state* model starts to be questioned, along with the abuses perpetrated in the concentration camps and the bombing of Hiroshima and Nagasaki. Nevertheless, it is only in the beginning of the seventies that the crisis of the welfare state shows up in full length. Since the state became sort of a corporation above all other corporations and intervened actively in the economy, the economic crisis itself brought the objectivistic rationalism of technocracy and economic planning into a deadlock and, with it, the antithetic opposition between technical knowledge and politics. The hypercomplex societies of post-industrial or information age comprise extremely intricate and fluid relations which give rise to the "3rd generation of civil rights", the so called diffuse interests or rights. Among these are environmental rights, consumers' rights, children's rights etc. Their owners can't be clearly identified even on the occasion of their infringement. In face of this, the government, if not directly liable for the harmful event was at least careless in carrying out its duty of regulating proceedings or behaviors and enforcing the law, thus generating a situation of risk to the society. The relation between the public and the private domains was again in a check. Organized civil society or non-governmental organizations started to represent the actual public interest against a negligent and privatized government. First and second generation rights assumed a new meaning. First generation rights are revisited and interpreted to be mostly procedural rights concerning the participation in the public debate that shapes and informs democratic sovereignty under a new paradigm, that of the *democratic rule of law*.

Now, it's obvious that a distinct and respectively adequate conception of the hermeneutic or interpretive activity of the judges integrates each one of those paradigms, configuring different understandings, say, of the separation of powers. This allows us to detect here a large, significant transforma-

tion in the view of that interpretive activity, as well as a corresponding increase in the requirements imposed on a judge's posture – not only towards statutes and other sources of law, but even towards the concrete cases and their factual elements, which are equally interpreted and necessarily integrate the normative substantiation process, namely, the *adjudication*. This fact is highlighted, in one way or another, by the most important contemporary authors, both in constitutional theory and the general theory of law¹⁴.

Thus, from this brief overview it's possible to notice how the demands on those responsible for applying the law and administering justice raised dramatically. The burgeoning sophistication of doctrines and jurisprudence appears as the response to the challenges posed by the continuously growing complexity of contemporary societies. The paradigm of the democratic rule of law presupposes exacting requirements that judges have to fulfill. This can be best envisaged if we take, like Habermas,

workin's theory of law [to guide] our treatment of the rationality problem posed by an adjudication whose decisions must simultaneously satisfy criteria of legal certainty and of rational acceptability¹⁵.

Therefore, under the paradigm of the democratic rule of law, the judiciary is required to make decisions that reassemble applicable principles and rules in a constructive manner. At the same time, the courts have to satisfy both the need to yield and reinforce the belief in the legitimacy of law (understood as legal certainty) and the need of justice, the perfect adequacy of the adjudication to the peculiarities of the case. Consequently, it's imperative that the courts know that the structure of a legal order is far more elaborate than the mere set of rules hierarchically arranged positivists

¹⁴ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentacion juridica*. Madrid: Cent Estud Const, 1989; MÜLLER, Friedrich. *Discourse de la Méthode Juridique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

¹⁵ HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt, Suhrkamp, 1994.

believed in. This legal order consisted of rules applicable in “an all or nothing” fashion and capable of regulating their own conditions of applicability by simply disposing of that configuration proposed by Kelsen as the basic structure of legal orders: “if there’s X, then there must be Y” or “if anything of a kind X is done or omitted or happens, then apply sanction of a kind Y”.

But legal principles are also legal rules, although they are not structured in an “if clause” form. They operate actively in the legal system either by conditioning readings, contextualizations and interrelations of rules or by enabling a constructive integration of the decisions of “hard cases”. Legal principles, differently from legal rules, as put forward, can be opposing without being contradictory, that is, without being mutually excluding. Thus, the legal order contains opposing principles which are always in dispute with one another to provide the rule for a specific litigation. The judge’s sensitivity to the specificity of the case brought before him is of fundamental importance to the task of finding the one right answer that can do justice to that case. That is precisely the difference between legislative’s discourse of justification and judiciary and executive’s discourse of application – the first is oriented towards universalization and abstraction, the second is bound to respect the particularities of the substance of the case at stake. It is the discourse of application that densifies general rules in order to produce a rule tailored for the resolution of a live and actual controversy. It is also the discourse of application that allows us to speak, as Klaus Günther, of a sense of appropriateness that should guide the work of courts and government agencies in the implementation and enforcement of legal rules within the paradigm of the democratic rule of law.

That is how workin (who is also a literature critic and an expert in discourse theory) can claim that there is only one right answer to each case. He knows, as Kelsen did, that every text can be read in various different ways, the dissimilarity being that workin acknowledges that any adjudication refers to the uniqueness and unrepeatability of the facts that

constitute the situation under scrutiny. From the perspective of a theory of paradigms as proposed by Thomas Kuhn, those facts can be considered as equivalent to texts, since they can only be approached through an interpretive activity that deconstructs and reconstructs its subject according to the points of view of those involved in the case. In the field of the discourse of application it is not only the consistency between the court’s adjudication and current law that renders the fairness of the decision. Judges also have to be exceedingly sympathetic to all parties involved in the dispute, they have to put themselves “in the shoes” of both litigants (plaintiff and defendant) and try to see the issue from all possible angles. Only then can they proceed rationally and justifiably as to the only correct answer fully adequate to the uniqueness of the situation. With the openness to the complexity of every situation in which the law is to be applied, judges and practitioners must have the legal order in its total presence – a rough sea of norms in perennial tension and constant battle over the regulation of concrete situations – not as single normative units integrating a passive, harmonious and pre-determined whole that exhaustively regulates in advance the enforcement of its own rules. Impartiality here, as Günther remarks¹⁶, means ability of the judge to take into account the factual reconstruction of the case so that the legal order can emerge as plurality of competing norms that aim to the most appropriate settlement of juridical disputes. Being perceptive in relation to the singularities of any given case so that every case be considered a “hard case” is the only guarantee that the decision will not only be according to the law, but also just to the parties and free of the unfair consequences of blindness to the surroundings of the case. Not too long ago this blindness might have been taken for impartiality itself due to the assumption that the legal order should be “neutrally applied”, inherent to the first paradigms of constitutional democracy. This type of reductionism conceived law either as a naturally rational, balanced and systematized set of clear-cut rules or as a result

¹⁶ GÜNTHER, K. *The sense of appropriateness : application discourses in morality and law*. Albany, State University of New York Press, 1993.

of the rationalization, balancing and systematization of jurists' doctrines and practices. Anyway, there was always some sort of shrinkage of the law into the text of legal documents as an attempt to limit the conditions of applicability of the norms and that is why there had been so many disputes over the nature of the general principles of law. In such a context, it is obvious that principles could only be considered relevant as mechanisms to fulfill potential or actual gaps in the legal system.

When criticizing modernity's dominant way of applying the law, Klaus Günther gives us an example taken from Kant's life about which I will make some previous remarks. Kant, as we all know, is one of the most representative liberalist authors, but in many aspects – particularly that of the insensitivity as to the circumstances in which the law is to be applied – his propositions go unchanged into the legal practice within the welfare state paradigm. If we want to understand that example of how the practical reason is expected to perform its duty, we must proceed to a drastic summarizing of the two main kantian critiques. In short, for Kant, if we are dealing with pure reason, we must behave so that we comply to the facts collected from experience; nevertheless, if we are in the domains of practical reason, we must follow the categorical imperative and avoid being led by the practical consequences of our acts. In other words, we have to always act in such a way that the maxim of our behavior corresponds to a universal law. That's the context in which Kant gives himself the following example.

One day, in Koenningsberg, during one of Kant's classes, a breathless young man that happened to be one of his students rushes up into the classroom. Going straight to Kant, the young man hastily explained that the *Kaiser's* political police were after him and that he needed a place to hide. With the professor's assent, he sought protection under Kant's desk. A few moments later, several police officers invade the room and search around. As they could not find

him, they decided to leave and, on their way out, one of the officers asks Kant if he had not seen the man they were looking for. He knew that the *Kaiser's* political police tortured and murdered the ones they chased. Regardless of that, he did not hesitate and answered to the officer that the man they were looking for was under the desk.

This episode illustrates very well what the adjudication process meant under the first two constitutional paradigms. What Kant tells us is that the good embodied in a moral principle like "you shall not lie" is universally valid, no matter what the situation may be. But this is exactly the point raised by Günther in his critique. The belief in the universal good provided by abstract rules blinded legal and executive officials to the distinct circumstances in which the law had to be applied. The injustice produced by this sightlessness was due to the fact that judges and other government officials involved in the adjudication process were incapable of noticing that principles, differently from rules, demand that their application take into account the "competitiveness", so to speak, between opposing values. In the example, had Kant's attitude been another, he would have noticed that the principle morally adequate to rule that situation was not "you shall not lie", but an equally important and universally valid principle of contrary force which says "you shall not break your promises without good reasons". The most adequate principle applicable to a given situation prevents the use of any other ones (without jeopardizing their universal validity) because this would lead to injustice. To be sure, one of the presuppositions lying on the basis of any universally valid principle is the limitation of its applicability in view of the specificities of distinct concrete situations. And since the law, likewise morality, comprises various sets of principles – especially in the field of constitutional law – it is crucial that those in charge of the adjudication processes be attentive to the peculiarities of the distinct situations in which the law is to be enforced.

workin's proposals to a constructive, theoretically driven interpretation of the law may thus be understood in terms

of a proceduralist reading that alters the idealistic requirements of the construction of a theory about the idealistic contents of the pragmatic presuppositions of the legal discourse. This new theory operates within the limits of the separation of powers, i.e., without the Judiciary usurping the Legislative's responsibilities or subverting the legal boundaries of the Executive. Of course, the principle of separation of powers here gains the content of the distinction between the domain of the legislative activities or discourses of justification (the discourses whose criterion of fairness is the universality) and the domain of the enforcement of the law (in which one uses discourses whose criterion of fairness is the perception of the specificities of each situation of application, according to the viewpoints of those involved in it).

workin's concept of "Judge Hercules" can only be of consequence when we try to understand the adjudication process as the specific functional aspect of the establishment, consolidation, development and reproduction of legal certainty as well as of "constitutional feeling" and the feeling of justice – the only feelings that can adequately assure the solidity of the legal order under the democratic rule of law. As Marcelo A. C. de liveira says:

"the legitimacy of a legal-democratic order requires decisions that are not only consistent with the previous treatment of similar cases and current law, but that also presuppose being rationally founded on the facts under scrutiny so as to allow people to accept them as rational decisions"¹⁷.

It is relevant that we emphasize once again, with workin, that the cost – including the functional cost – of that oversimplifying insensitivity to the situation in which the law must be enforced is high. Not to take rights seriously, that is, to oversimplify the context of the application of law so as to disregard the rights of the ones involved in the dispute ends up

¹⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 131.

by undermining the very legal certainty that was first intended to be assured via adjudication. This judicial attitude typical of former state paradigms is the result of a single-tracked adjudication approach which takes one only one legal principle and employs it in an "all or nothing fashion". That is why I claim that the consistency of a decision of this kind is merely apparent, though based on one only legal principle. Principles cannot, under any circumstances, be applied as rules when it is to produce unjust outcomes that debase the belief in the Constitution and the legal order itself. We must be aware of the importance of that which Pablo Lucas Verdú calls "constitutional feeling", but first and foremost we must be aware of the fact that cultivating that feeling within the democratic rule of law depends on a judicial activity that shows a level of discursive rationality compatible with the modern procedural concept of citizenship and the idea of an open community of constitutional interpreters¹⁸.

The message to the Brazilian Judiciary system and to the Brazilian Supreme Court in particular is that the protection of the Constitution, of which they are in charge, must be so as to densify the morality principle of article 37 of the Constitution of the Federal Republic of Brazil. This densification means, in an adjudicative perspective, that the judicial holding must comply with the requisite of consistency with current law and the facts of each concrete situation. In other words, it means legal certainty and correctness – fairness, justice – of the adjudication. My claim is that if we are to face the severe demands of constitutional hermeneutics as it should be construed within the paradigm of the democratic rule of law, judges and government officials ought to bear in mind that the complexity of the task of interpreting the law can never be reduced to a mechanical operation. The unfeeling and hardened adjudicative processes of the past no longer have their place in our Constitution, nor in the jurisprudence that history expects us to produce.

¹⁸ HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos Intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

Прагматические требования правового толкования в парадигме демократического верховенства права

М. де Корвало Нетто

профессор общей теории права и конституционного права Университета Бразилии

Резюме

Противопоставление *формальной конституции*, как конституции в идеале, и *реальной конституции*, как действительной политико-правовой практики, само по себе является идеализацией или идеализированной конструкцией, являющейся бесконечной концептуальной ловушкой.

Реформирование демократических институтов требует намного более комплексных мер, чем простое изменение Конституции или принятие более усовершенствованного законодательства – в данном отношении является очевидным то, что никакие изменения или поправки не могут являться действительно эффективными, если не будет каких-либо существенных изменений в социальной практике. В этом свете, роль судебных органов в конституционной архитектонике заключается в функции стабилизации социально превалирующих правовых ожиданий. Парадигма демократического верховенства права требует от судебных органов принятия решений, в конструктивном виде объединяющих применимые принципы и нормы.

Восприимчивость судьями дел, находящихся в их рассмотрении, является вопросом фундаментальной важности в деле поиска единственно правильного ответа, который может быть применен к данному делу. В этом и заключается различие в подходе законодателя и органов

исполнительной и судебной власти, так как первый ориентирован на универсализацию и абстракцию, а второй – на учет и уважение особенностей сущности каждого конкретного дела. Именно правоприменительный подход позволяет посредством уплотнения общих норм создавать специальные положения, применимые к каждому конкретному делу и необходимые для разрешения возникающих противоречий.

Судебные решения должны соответствовать требованиям действующего законодательства и фактическим обстоятельствам каждого конкретного дела. Иными словами, судебные решения должны соответствовать принципам правовой определенности и правовой корректности.

Определенные требования конституционной герменевтики, интерпретируемые в парадигме демократического верховенства права, должны учитываться судьями и должностными лицами, которые не должны забывать, что нельзя сводить сложную проблему толкования законодательства к чисто механической операции.



Balancing and Proportionality: A instinctive Ethic?

S. Evans

*Associate Professor and Director,
Centre for Comparative Constitutional Studies,
Melbourne Law School*

A. Stone

*Professor, Centre for Comparative Constitutional
Studies, Melbourne Law School*

Introduction

Balancing and proportionality tests are frequently used to assess the conformity of laws with constitutional norms. They are especially associated with assessing the conformity of laws with constitutional rights and the extent of permissible limits on rights. These tests are often contrasted with more specific, determinate rules for assessing constitutionality. The comparison between proportionality and balancing tests on the one hand and more rule-like tests on the other raises the longstanding debate about the relative merits of standard- and rule-based approaches to constitutional review. At the core of that debate are competing legal virtues: the virtues associated with balancing and proportionality tests are those associated with flexibility and sensitivity to context; the virtues associated with rule-like tests are those associated with predictability of application and judicial restraint.

This paper seeks to place the debate in a comparative context. More specifically, it seeks to explore why some con-

stitutional systems seem to exhibit a preference for rule-like legal doctrines while others seemed more inclined to prefer the flexibility and context-sensitivity offered by balancing and proportionality (at least offered by the most prevalent forms of balancing and proportionality in common law countries). We do so in the context of addressing the various forms of an argument elaborated in the work of Frederick Schauer. This argument, which we refer to as 'the convergence thesis', suggests that flexible context-sensitive forms of proportionality and balancing are likely over time to converge with more rule-like tests of constitutionality.

Strong versions of this thesis suggest that proportionality tests are always a stepping stone in the development of more rule-based approaches to constitutional law. We will argue that these versions of the thesis overlook the distinctive advantages of proportionality and balancing tests that may lead some legal cultures to resist the expression of constitutional standards of review as rules. We therefore find the strong versions of the thesis implausible. Weaker versions of the thesis that appear elsewhere in Schauer's work links methodological preferences for rules or standards to substantive preferences in constitutional law and constitutional culture. In particular, Schauer links the American methodological preference for rules to characteristic attitudes of mistrust towards government that pervade American constitutional law but are especially evident in First Amendment free speech law. We find this form of the convergence thesis more plausible. In this paper, we extend Schauer's analysis by considering the counterpart to his explanation for the American preference for rule-based constitutional review: 'What explains the preference for standard-based forms of review like proportionality and balancing found outside the United States?'

We begin in Part I with a descriptive and analytical account of proportionality and balancing tests and briefly review the debate about rules and standards in constitutional law. We explain our assumption that proportionality and balancing – at least in their most widely utilized forms – are standards-based approaches to constitutional law. We then

turn to review Professor Schauer's work on the convergence between rules and standards in constitutional law.

In Part II, we take up the version of Professor Schauer's work that we consider the most plausible: the argument that preferences for standards as opposed to rules (and hence the preference for proportionality and balancing as opposed to more rule-like standards of review) will vary as between constitutional systems and that in some constitutional systems a preference for standards-based adjudication is likely to persist even in the face of pressures for convergence. Then, responding to Professor Schauer's argument that aspects of American legal and political culture suggest a preference for rules, we will consider whether there are corresponding features in non-American constitutional orders that might militate against movement from standards to rules. Our interest in Part II is in Canada, which we maintain demonstrates a clear commitment to standards-based constitutional adjudication, which is effected through a flexible, context-sensitive form of proportionality analysis. In Part II, we attempt to identify the distinctive ethic that underscores this preference for proportionality.

In Part III we turn to consider a jurisdiction that is currently exhibits no firm commitment as between rules and standards. An attenuated form of proportionality review emerged in Australia in the 1980s and 1990s. However there has subsequently been a marked retreat in most contexts to what are ostensibly more rule-based modes of constitutional adjudication. Nonetheless, proportionality is still employed as the standard of review in several contexts. In Part III, we attempt to explain this shifting and variable attraction to proportionality.

Part I

We will begin by setting out our understanding of what is meant by 'balancing' and 'proportionality' in constitutional law. As we stated at the outset, these are terms used to describe methods of applying constitutional norms to particular fact situations. They are especially associated with the task of applying constitutional rights to particular fact situations.

1. Proportionality and Balancing: The Concepts

If the two tests, 'proportionality' has come to have a comparatively well-known meaning and so it is convenient to start there. The concept of proportionality appears in the law of many constitutional systems and there is variation among these formulations¹. Yet as avid Law has shown there is a significant degree of commonality between the various formulations:

"Allowing for differences in the ways that courts formulate their approaches, however, proportionality consistently emerges as an umbrella term that implies both identification and weighting of the relevant conflicting interests, and evaluation of the extent to which the conflict may be minimized by careful choice of means. For purposes of conceptual clarity, it may be better to speak separately of balancing and means-end analysis."²

For the purpose of this paper, we will focus upon the best-known formulation of the proportionality (at least in the English speaking world)³. In *R v. Oakes*, the Canadian Supreme Court (drawing on the three stage proportionality tests developed the European Court of Human Rights) established a three stage methodology for assessing challenges brought under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁴. As is well-known this form of the proportionality test involves three inquiries:

- (1) whether the challenged law is actually serving the end it purports to serve (the rational connection element);
- (2) the availability of alternative, less drastic means by which that same end could be achieved (the minimal impairment or narrow tailoring element); and

¹ See eg Vicki C Jackson, "Being Proportional About Proportionality" (2004) 21 *Constitutional Commentary* 803 at 806-07; Vicki C Jackson, "Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on 'Proportionality,' Rights and Federalism" (1998) 1 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 583.

² David Law, "Generic Constitutional Law" (2005) 89 *Minnesota Law Review* 652 at 698 (footnotes omitted).

³ On the influence of *Oakes* beyond Canada, see Sujit Choudhry, "So What is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1" (2006) 34 *Supreme Court Law Review* (2d) 501 at 502, describing the *Oakes* test as 'one of the central models for rights-based constitutional adjudication'.

⁴ Specifically, the *Oakes* test is used to implement section 1 of the *Charter* which provides that *Charter* rights are subject to 'such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.'

(3) whether the end pursued by that law is worth the restriction or costs imposed (the balancing element)⁵.

Thus as *akes* Law identifies, the Canadian approach is similar to most proportionality approaches in that it synthesizes means-ends analysis and balancing. Proportionality is in part a form of means-end analysis, centered on the first two elements of the test. That is, the constitutionality of a law is dependent upon its relationship to the end that it pursues.

However, the third element is of a different character. It is often accurately described as a 'balancing element'. Indeed, the significance of the element of balancing in the proportionality test sometimes leads to the equation of proportionality with balancing. At its core, the idea of a 'balancing' test captures the idea that constitutional questions are resolved by comparing the importance of competing interests. It is important to see, however, that the idea of balancing (in the proportionality context, and as a free-standing approach) is a metaphor⁶. In determining which interest in a given case has more 'weight', it is not seriously suggested that competing interests of the kind at stake in constitutional cases – say the interest in freedom of expression as against, say, the interest in public order⁷ – can be reduced to a common metric and compared. Rather, the balancing metaphor captures the idea that a normative judgment is made about the comparative importance of these two interests or values⁸.

⁵ For a recent restatement, see *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10 (1 March 2007) [44], prefacing these three elements by the equally important enquiry into the weight and legitimacy of the interest served by the legislation:

- (1) Is the objective of the legislation pressing and substantial?
- (2) Is there a rational connection between the government's legislation and its objective?
- (3) Does the government's legislation minimally impair the Charter right or freedom at stake?
- (4) Is the deleterious effect of the Charter breach outweighed by the salutary effect of the legislation?"

⁶ T Alexander Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing' (1987) 96 *Yale Law Journal* 94, 945.

⁷ The interests opposed in 'fighting words' cases.

⁸ T Alexander Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing' (1987) 96 *Yale Law Journal* 94, 945. Aleinikoff distinguishes balancing from "methods of adjudication that look at a variety of factors in reaching a decision", including "some of the familiar multi-pronged tests and 'totality of the circumstances' approaches". Those approaches reflect analogical reasoning; in balancing, "[t]he focus is directly on the interests or factors themselves".

2 Rules and Standards

The argument we will address in Part II – the 'convergence thesis' – depends on a distinction between rule-based approaches to the implementation of constitutional norms and flexible, context-sensitive approaches on the other. It is helpful, therefore, to revisit that distinction briefly.

In legal literature, 'rules' are usually compared with 'standards'⁹. Though rules are based upon some kind of background principle or policy, a rule's application depends on the presence of specified triggering facts. Where those facts are present, a rule will bind a decision maker even if its application is contrary to the background justification. A standard, by contrast, seeks the direct application of the background justification. Thus standards allow the decision-maker more discretion and encourage the taking into account of all relevant interests in a particular case.

The distinction has been pursued in considerable detail in American constitutional law, especially the law of freedom of speech under the First Amendment. The approach that currently dominates First Amendment law is dominated by a preference for relatively precise rules tailored to particular circumstances. Though dauntingly complex, these rules are usually taken to provide greater certainty of outcome in particular cases and to protect judges against pressure to bow to political forces. By contrast earlier approaches – described by their critics as involving 'ad hoc' balancing – allow judges greater freedom to respond to the exigencies of any particular case but were also thought to render judges more likely to be swayed by political forces and to render the result in individual cases more uncertain.

3. Balancing and Proportionality, Rules and Standards

Both balancing and proportionality tests are most usually associated with standards-based approaches to adjudication. Although we will proceed on that basis in this paper, it is worth noting that there is nothing inherent in the idea of balancing or proportionality that requires such an approach:

⁹ Kathleen M Sullivan, "Foreword: The Justices of Rules and Standards" (1992) 106 *Harvard Law Review* 22, Pierre Schlag, "Rules and Standards" (1985) 33 *University of California, Los Angeles Law Review* 379.

both balancing and proportionality can be deployed in more or less standard- (or rule-)like ways.

(a) Balancing along a Spectrum from Standards to Rules

This is most obvious with respect to balancing. Balancing tests can be used in ad hoc standards-based adjudication to determine individual cases with maximum attention to facts and context. Alternatively, they can be used (particularly by courts of last resort) to develop rules that will be applied later in determinate fashion by lower courts.

At the former end of the spectrum, there are tests that place little constraint on the manner in which a judge performs the balancing required. These tests may even take the form of simply directing a court to engage in a balancing of competing interests, as does the third element of the proportionality test. Tests in this form, 'ad hoc' balancing tests, direct a judge to undertake the balancing task in each case.

The law of freedom of speech under the First Amendment provides a ready illustration. The 'clear and present danger' rule which dominated First Amendment law for much of the 20th Century, required judges to consider whether the 'words' regulated by a challenged law "create[d] a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent."¹⁰ At least in one formulation of this test allowed the Court to assess whether the gravity of the harm at which a law was aimed outweighed the countervailing interest in freedom of expression, and thus to balance competing interests with relatively little constraint as to how to weigh the competing factors¹¹.

At the other end of the spectrum, there are balancing tests that take a highly defined form. As Melville Nimmer famously demonstrated, it is possible that balancing might be effected through a constitutional rule reflecting a judgment as to the relative weighting of interests in a particular case. For example, he argues that the rule in *New York Times v. Sullivan* – providing a privilege in respect of false, defamatory statements about public officials provided that they are

¹⁰ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 51 (1919).

¹¹ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

made without 'actual malice' – reflects a judgment about the relative weighting of freedom of speech as against the protection of reputation. But, unlike the 'ad hoc' tests that ask a judge to reach a conclusion about the balance of values in the particular circumstances of the individual case, this form of test contains within it a largely predetermined balance as between competing values. That is, it prescribes in relatively precise terms the circumstances in which freedom of speech outweighs the interest in protection of defamation and in doing so reduces (but does not eliminate) the discretion available to the judge in particular cases.

(b) Means-Ends Analysis, Rules and Standards

Balancing tests thus exist along a spectrum with some forms allowing the judge to undertake the balancing exercise at the point of application while at the other end of the spectrum balancing is undertaken as part of rule formation. Constitutional doctrines of the latter kind take a more rule-like form and reduce or eliminate the discretion of the judge to 'balance' in the individual case¹².

Means-ends analysis, the other element of the proportionality test, at least in principle, could vary in a similar way. For instance, means-ends tests vary as to the level of scrutiny applied to the means employed. For instance, though not often conceived of as a 'proportionality' test, the 'strict scrutiny' analysis found in American constitutional law provides an instance of high level of scrutiny applied to means. As the language of 'narrow tailoring' suggests, these tests require a very close fit between the means employed and the end pursued. Indeed, the strict scrutiny tests in American constitutional law are so difficult to satisfy that they have famously been described as 'strict in theory and fatal in fact'¹³. By contrast, an especially deferential form of means-ends analysis is evident in Australian constitutional law. The

¹² Note that specificity and vagueness does not exhaust the differences between rules and standards: Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (1991 reprinted 1998) 104 n 35.

¹³ Gerald Gunther, "The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", 86 *Harvard Law Review* 1 (1972). Contrast Adam Winkler, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts" (2006) 59 *Vanderbilt Law Review* 793.

means-ends analysis adopted by the Australian High Court in much of its constitutional history has been distinctly deferential, essentially requiring that the state be able to show that the challenged law is a means towards a nominated end and engaging in very little scrutiny of the means employed¹⁴.

4. Proportionality and Balancing as Standards-based Approaches to Constitutional Interpretation

In principle, therefore, both balancing and proportionality could be used as either standards-based or rule-based approaches to constitutional adjudication. In this paper, however, we will be considering them as standards-based approaches to constitutional adjudication. In doing so, we will be responding to the predominant concept of proportionality in comparative constitutional law and to the balancing test included within that concept of proportionality. In other words, we are interested in those uses of the proportionality principle that allow courts considerable freedom to respond to the facts of particular cases. Courts using these forms of the proportionality test have resisted the creation of doctrinal sub-categories that might pre-determine the result in particular cases¹⁵. Rather, there is a strong commitment to return to foundational principles and consider the proportionality of challenged laws in all the circumstances of the particular case.

As a starting point, we argue that the proportionality test implemented by *R v. Oakes* takes this form. The context-sensitive nature of the proportionality test is not entirely evident from the language used in *R v. Oakes* itself. The relative lack of specificity in the language in which proportionality tests are expressed is one such indicator. The canonical statement in Canadian constitutional law, found in *R. v. Oakes*, includes some such language. The first step – known as the rational connection element – requires that the measures adopted in pursuit of any particular objection ‘must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations’

¹⁴ Leslie Zines, *The High Court and the Constitution* (4th ed, 1997) 47.

¹⁵ Jackson, “Being Proportional About Proportionality”, above n 3, at 804.

but ‘rationally connected to the objective’. In a manner characteristic of standards rather than rules, the test thus makes much of its underlying rationale explicit – the pursuit of fairness and rationality, the avoidance of arbitrariness – and in doing so uses rather general language that consequently provides considerable flexibility for the judge at the point of application. In addition, the third ‘balancing’ step of the test requirement is that ‘there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom’¹⁶ seems to take the form of an ‘ad hoc’ balancing test, allowing the judge to balance the competing interests in the circumstances of each case, rather than seeking to define the outcome of the balancing process in particular cases.

Further, in so far as *Oakes* uses rather strict language suggestive of a definitional or rule-like approach, that strictness has been modified over time. In particular, though the second element of *Oakes* (a requirement that the means employed should ‘impair “as little as possible” the right or freedom in question’)¹⁷ appears at first sight to be quite a stringent test, reminiscent of the ‘narrow tailoring’ requirement of the American strict scrutiny test, it has been modified to allow the consideration of the reasonableness of proposed alternatives¹⁸.

Perhaps the more important indicator of the standard-like approach to proportionality is found in the Supreme Court’s reiteration of the importance of context to section 1 of the *Charter* (and hence to the proportionality test which forms such a large part of its application). In a frequently cited passage in *Thomson Newspapers Co. v. Canada* (A.G.) the court said¹⁹:

“The analysis under s. 1 of the Charter must be undertaken with close attention to context. This is inevitable as

¹⁶ Choudhry, above n 5, at 506: ‘the test in *Oakes* was framed in abstract terms which did not invite court to differentiate its application in future appeals that might differ radically from *Oakes* itself.’

¹⁷ The terms in which this element of the test is framed was made even more open ended in *R v. Edwards* in which the Court loosened the requirement asking ‘whether there is some reasonable alternative scheme’ rather than insisting that a law impair a rights only ‘as little as possible.’

¹⁸ On the development of *Oakes* generally, see Choudhry, above n 5.

¹⁹ [1998] 1 S.C.R. 877 at para 87 (emphasis added). For similar statements see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, McLachlin C.J. paras 32, 155.

the test devised in *R. v. Akes* [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, *context is the indispensable handmaiden* to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a Charter right.”

Indeed, the emphasis placed upon context in recent cases such as *Thompson* can be taken as a reassertion of the importance of context²⁰. As Sujit Choudhry has recently related, for a period in the 1980s and 1990s the Supreme Court of Canada began to ‘rulify’ the *akes* test by developing categories to which more specific forms of the test applied. For instance, differentiated forms of the test were developed according to the Court’s assessment of the relative institutional strengths of the courts and the Parliament in particular policy areas²¹. Thus the Court indicated it would scrutinize the availability of alternative means more closely in relation to criminal justice given the competence of the Court in this areas²² whereas with respect to labor relations²³ and commercial regulation where the Court showed more deference²⁴. But this tentative move towards rules was relatively short lived and context is once again the watchword of section 1 proportionality review.

5. Convergence?

We hope so far to have established the following propositions about proportionality and balancing as methods of testing constitutionality: First, that neither proportionality nor

²⁰ See recently *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12 [11]; [68].

²¹ Choudhry, above n 5, 512-13.

²² *Irwin Toy* [1989] 1 S.C.R. 927 at 994.

²³ *R v. Edwards Books and Art Ltd* [1986] 2 S.C.R. 713.

²⁴ *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 and *Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209.

balancing necessarily take a context-sensitive, standard-like form. Second, that the highly influential form of that test developed in Canada does in fact take that form. Third, that balancing, as an element of that test, is also a flexible standards-based form.

In the light of these propositions, we wish to consider further the relationship between legal standards and legal rules. In particular we want to consider a thesis put forward by the American legal scholar Frederick Schauer, whose work on the nature of rules has been especially important in legal literature, which we will call the ‘convergence thesis’.

Schauer has presented three somewhat different versions of a convergence thesis.

(a) *Convergence within a Legal System*

The first version appeared in an article published in the *New Zealand Law Journal* in 2003²⁵. Schauer proposes that although there is a difference between rules and standards, “the adaptive behaviour of rule-interpreters and rule-enforcers will push rules towards standards, and push standards towards rules”²⁶. More fully, he suggests:

“When authorised to act in accordance with rules, rule-subjects will tend to convert rules into standards by employing a battery of rule-avoiding devices that serve to soften the hard edges of rules. Moreover, the ability to employ (or not to employ) those rule-avoiding devices gives rule-subjects precisely the discretion that it was the intention of the rule-maker to retain.

Conversely, the adaptive behaviour of rule-subjects when given a standard goes in the opposite direction. These rule-subjects, when given few rules in the rules—standards sense, will make them themselves, and apply them to their own allegedly discretionary behaviour, thus limiting significantly the case-sensitive discretion that it was the intention of the rule-maker to grant.”²⁷

The “convergence hypothesis” is that “this gravitation

²⁵ Frederick Schauer, “The Convergence of Rules and Standards” [2003] *New Zealand Law Review* 303.

²⁶ *Ibid* 305.

²⁷ *Ibid* 312.

towards the same degree of ruleness (or standardness, if you will), regardless of the starting point, will occur, and that convergence will produce a world in which the choice between rules and standards makes far less difference than is generally believed to be the case.”²⁸

His argument for this first version of the hypothesis has three strands. First, to demonstrate its plausibility, he identifies a set of techniques, commonly employed in common law adjudication, to avoid rules²⁹ and practical and psychological reasons that decision-makers might wish to concretize standards³⁰ and mechanisms by which this might occur³¹.

Second, he observes that there “are identifiable differences among legal cultures in views about the desirability and rigidity of rules”³². Given those differences, “it would not be surprising to discover that within a legal culture there were prevailing views, independent of the goals and substance of particular rules or regulatory schemes, about where on the rules-standards continuum it would be good to wind up”³³. “It would be plausible to imagine that rule-enforcers, rule-interpreters, and rule-appliers, when confronted with a rule, would try to make it conform to their background views about flexibility, and when confronted with a standard would try to make it conform to their background views about the appropriate degree of rigidity, specificity, and inflexibility”³⁴.

Third, he examines several US regulatory contexts in which convergence appears to have taken place. In particular, he observes that the United States courts have taken the “broad and open-ended language of standards” in the national

²⁸ Ibid 319.

²⁹ Rules can be avoided by creating exceptions at the point of application (often to accommodate situations that are not anticipated by the rule); treating rules as subject to an implicit requirement of reasonableness and as subject to override “in exigent circumstances”; and allowing “departure from the specificity of a rule in order to rely on its less specific purpose”. Ibid 312-315.

³⁰ “As a consequence of the numerous reasons of time, energy, efficiency, comparative advantage, and psychological makeup that would lead nominally unconstrained decision-makers to constrain themselves more than others would wish to constrain them, it is thus possible that rule-enforcers, rule-interpreters, and rule-appliers, even if they in theory enjoy the considerable discretion granted to them, will supplement the standards with more specific “guidelines” or “rules of thumb” that in practice have all of the characteristics of rules.” Ibid 316.

³¹ Including the adoption of such guidelines; incorporating other rules; and when decisions under standards are taken as having precedential status. Ibid 317-318.

³² Ibid 319.

³³ Ibid 320.

³⁴ Ibid 321.

Constitution and developed “detailed tests and constitutional rules, as for example the categorisation of discrete levels of scrutiny for equal protection analysis and the highly detailed three- and four-part tests that structure and constrain free speech and freedom of religion adjudication”³⁵.

(b) Convergence across Constitutional Systems: Free Speech Exceptionalism

The second version of the convergence hypothesis appears in a chapter that focuses specifically on such a constitutional issue, namely freedom of speech under the First Amendment³⁶. Schauer’s principal concern is the substantive exceptionalism of the First Amendment’s speech jurisprudence, the observation that the outcomes of free speech controversies is very different in United States from corresponding outcomes in other liberal democracies. Schauer accepts the possibility of methodological differences:

“It is often said that American free speech adjudication is methodologically distinctive in employing a formal and sharply demarcated two-step process, the first step being a category-based decision about whether some act is or is not encompassed by the First Amendment. Then, if the act is one that is within the First Amendment’s purview, the question turns to which of numerous First Amendment rules should be applied. By contrast, it is said, in other constitutional democracies virtually all acts of expression are understood as being encompassed by the scope of the right, and the serious enquiry is devoted to the less formal and more open-ended question of whether a restriction is reasonable, necessary in a democratic society, or, most commonly, proportional in light of the importance of the restriction and the extent of the free expression interest that is restricted.”³⁷

³⁵ Ibid 326-327 (footnote omitted). Elsewhere he notes another constitutional example: “[W]hen Justice Hugo Black maintained that the quite non-specific Due Process Clause of the Fourteenth Amendment incorporated by reference all and only the (relatively) more specific guarantees of the Bill of Rights, he was indulging his own preference for specificity by finding in the Bill of Rights something more specific that ameliorated his discomfort with the less specific standard in the Due Process Clause he had been asked to interpret.” Ibid 318 (footnote omitted).

³⁶ Frederick Schauer, “The Exceptional First Amendment” in Michael Ignatieff (ed), *American Exceptionalism and Human Rights* (2005) 29.

³⁷ Ibid 53-54.

He accepts that such methodological differences might reflect genuine differences in judicial style and genuine differences in understandings about how rights operate, about the role of the judiciary and about freedom of expression³⁸. But he is sceptical that the methodological exceptionalism has actually been demonstrated to exist. In short, the experience of free speech adjudication outside the United States is simply too short, and the cases too few, to allow this conclusion *given the likelihood of convergence*, particularly the likelihood that constitutional courts outside the United States will need to adopt sorting and sifting rules to deal with increasing numbers of free speech cases.

Citing the earlier New Zealand Law Journal piece, he writes, “time and again, regardless of the subject, we have seen some convergence of rule-based and non-rule-based approaches to legal questions”³⁹. He clearly expects, given time, that constitutional courts outside the United States will “develop the encrustations of doctrines, rules, caveats, qualifications, maxims, principles, exceptions, and presumptions that any mature set of legal or constitutional rights will over time develop”⁴⁰. For now, it is too soon to conclude that the methodological differences reflect anything more than the immaturity of the non-United States free speech jurisprudences⁴¹.

(c) *The Divergence Thesis? Linking Substantive and Methodological Preferences*

The third version of the convergence hypothesis appears in a chapter that starts with American alleged methodological exceptionalism but the major concern of which is to explain the origins of the American approach in “deeper choices in the American constitutional culture”⁴². He argues that the “different architectures emerge from different substantive commitments, different experiences, and different

³⁸ Ibid 54.

³⁹ Ibid 55.

⁴⁰ Ibid 56.

⁴¹ Ibid.

⁴² Frederick Schauer, “Freedom of expression adjudication in Europe and the United States: a case study in comparative constitutional architecture” in Georg Nolte (ed), *European and US Constitutionalism* (2005) 49, 51.

views about the locus of decision-making authority”⁴³. First, he reprises the argument of the previous version of the convergence thesis – the short history of non-American free speech jurisprudence is a possible explanation for their relative rulelessness and as their history grows, they will likely become more rulefied⁴⁴. Next, he links American substantive exceptionalism with its methodological exceptionalism. He argues that American free speech jurisprudence is underpinned by “a culture of extreme distrust” – “distrust of discretion and significantly about a fear of the official ability to assess accurately the dangers that might come from speaking, writing and printing”⁴⁵. “In such a culture, strong protection of free speech goes hand in hand with distrust of structures that allow, encourage or even require a weighing of interests”⁴⁶. “[B]alancing categorically and not in individual cases is far less likely to result in an erosion of free speech principles”⁴⁷. Finally, he considers institutional factors. Case-specific balancing (particularly balancing that engages with the empirical and policy issues that motivate and justify governmental action) excites more concern in America about the legitimacy of judicial review than rule-based constitutional adjudication⁴⁸. It is also incompatible with the guidance function that the Supreme Court must perform, a function that is particularly salient given the minuscule fraction of the cases presented to it that it can give substantive attention⁴⁹. In a separate section, he considers the structure of rights.

The distinctive feature of the third version is that Schauer suggests reasons to expect that American free speech jurisprudence is *not* likely to move significantly away from its current rule structure. That structure is embedded in, and supported by, cultural and institutional features.

This version exists in some tension with the other forms of the convergence thesis, most especially the second version. For while the second suggests that convergence

⁴³ Ibid 57.

⁴⁴ Ibid 57-61.

⁴⁵ Ibid 63-64.

⁴⁶ Ibid 64.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid 65.

⁴⁹ Ibid 66.

across constitutional systems is likely, the third draws a link between a preference for rules or standards and aspects of legal and political culture which are likely to vary as between national constitutional systems.

In Part II, we will exhibit a preference for the third form of the argument. Our view is that in some constitutional systems – we will examine Canada’s – a preference for standards-based adjudication is likely to persist even in the face of pressures for convergence. Further, taking up a point left open by Schauer’s argument that aspects of American legal and political culture suggest a preference for rules, we will consider whether there are corresponding features in non-American constitutional orders that might militate against movement from standards to rules.

Finally in Part III, we turn to consider proportionality and balancing in Australian constitutional law, which we suggest is yet to make a firm choice between these two approaches. We related this indecision to features of Australian legal and political culture and conclude by suggesting an additional dynamic in the relationship between rules and standards.

Part II

1. Proportionality: transition or resistance to rules?

Professor Schauer’s work suggests that proportionality could be seen as a transitional technique that is adopted by a constitutional court for one of a number of reasons: minimalism (fact-specific adjudication, deciding no more than is needed to decide the case); a reluctance to theorise; and epistemic modesty (based on an inability to foresee the consequences of enunciating a rule)⁵⁰.

We accept that this is one possible role that proportionality rules play in constitutional law. Indeed, the history of the makes test demonstrates exactly that possibility as the Supreme Court of Canada for a time appeared to favour the development of categories of cases to which more rule-like versions of proportionality applied⁵¹.

⁵⁰ See also, Adrienne Stone, “The Limits of Constitutional Text and Structure” (1999) 23 *Melbourne University Law Review* 668.

⁵¹ See above text at n 21 and following.

However, we also make the claim that proportionality based adjudication is used as a means of resisting the development of rules. That is, courts will sometimes use proportionality tests precisely because they regard the development of rules as undesirable or inappropriate in some way. That, we maintain, is the dynamic evident in the development of proportionality in Canada.

2. Proportionality and the Resistance of Rulification: The Case of Canada

The most obvious expression of the Canadian Supreme Court’s resistance to rulification of proportionality is found in the passages quoted above from Thomson Newspapers in which the Court stresses that ‘context is the indispensable handmaiden’ to the proper application of the proportionality test. That passage has been repeatedly cited, quoted and applied by members of the court⁵².

The *Committee for the Commonwealth of Canada* case provides an earlier instance of the Canadian commitment to case-by-case adjudication⁵³. In this case members of the Court rejected a categorical public forum doctrine in favour of several rather different approaches to case-by-case evaluation. The rejection of categorical approaches is clearest in the judgment of L’Heureux-Dubé J. She argued that resort to section 1 was required in each case and that section 1 “enables us to construct a contextual rather than a categorical approach”; she explicitly rejected “over rigid classification” of types of public property to which access was permitted⁵⁴ Lamer CJ (with whom Sopinka J agreed) held whether a speaker could exercise their freedom of expression on government property depended on whether the expression was compatible with the governmental function of the property, something to be determined on a case-by-case basis not on the basis that some properties were cat-

⁵² *R. v. Bryan* 2007 SCC 12 (15 March 2007); *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120.

⁵³ *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada* [1991] 1 S.C.R. 139.

⁵⁴ See [1991] 1 S.C.R. 139 at 188-9, 192.

egorically public or others were categorically private⁵⁵. McLachlin J rejected the approaches of both L'Heureux-Dubé J and Lamer CJ. In her view, where government attempts to restrict expression based on its use of particular property, the court must ask whether the proposed expression would advance the values underlying the right protected by s 2(b). That insistence on considering the underlying justification of freedom of expression and her separate insistence on not foreclosing the section 1 enquiry by an overly narrow approach at the section 2(b) stage prefer fact-specific and justification-sensitive decision-making, rather than rule-based decision-making⁵⁶.

The prevailing Canadian attitude seems, then, to be one of resistance to rulification. Our interest is in identifying the causes and justifications for this approach. In other words, we are interested in the ethic that underlies the Canadian preference for a flexible, context sensitive tests and why is this ethic appealing to Canadian judges?

3. *The Ethic that Underscores the Resistance to Rulification*

Our first task, then, is to identify the ethic that might underscore this preference for a flexible un-rulified form of proportionality. The principal argument in favour of such an approach is that the flexibility it affords allows a judge can easily respond to the particular circumstances of the case. Under a more defined rule, the constitutionality of a challenged law depends on whether the triggering facts specified in the rule are met. This constraint can create problems when a court is presented with unforeseen facts, such as new technological and social developments.

To revisit an example, used elsewhere⁵⁷, Professor Schauer has shown, for example, that the existing law of the

⁵⁵ [1991] 1 S.C.R. 139 at 152-3, 156-8.

⁵⁶ However the judgment also has elements that evince a preference for the clarity and certainty of rules. She states that the section 2(b) enquiry, in identifying whether expression in a particular forum is protected by section 2(b), is 'definitional' rather than 'balancing': [1991] 1 S.C.R. 139 at 237. And she contemplates that over time it will produce 'an increasingly certain and complete body of law which reflects the experience and emerging judgment of society and the courts on the difficult question of when freedom of expression is violated': [1991] 1 S.C.R. 139 at 241.

⁵⁷ Stone, above n 52.

First Amendment had difficulty dealing with the threatened publication of an article containing comprehensive, accurate and detailed analysis of the overall construction and operation of a thermonuclear weapon⁵⁸. The existing rule governing the regulation of advocacy of illegal conduct, the *Brandenburg v Ohio*⁵⁹ rule, appeared not to anticipate circumstances in which a publication might contain no incitement nor pose an imminent, or perhaps even probable, risk of lawless action, but might nonetheless pose such a risk that denial of First Amendment protection and the prevention of publication seems desirable⁶⁰.

A judge using a more flexible form of analysis would have little trouble responding to such facts. She would be able to conclude that the state interest in suppression in this case was so great that it outweighed the interest in freedom of speech. Earlier decisions protecting freedom of speech in the face of advocacy of illegal action would be distinguished on the basis that *in those cases* the interest in suppression was not nearly so weighty. So, the flexibility of proportionality allows courts to respond to the special aspects of each case as they arise⁶¹ and avoids the anomalies that might arise through attempts to fit unforeseen cases into the existing rule⁶².

These benefits of doctrinal flexibility are well understood as is the opposing ethic that underscores rules namely, a preference the benefits of predictability of result and judicial restraint. The more fundamental question is why does the proportionality approach dominate in Canada?

4. *Factors that affect rulification / proportionality – Proportionality and text*

⁵⁸ *United States v The Progressive Inc*, 467 F Supp 990 (WD Wis 1979). Attempts to suppress the article were ultimately abandoned when the information emerged from other sources: Frederick Schauer, "Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts" (1981) 34 *Vanderbilt Law Review* 265, 296-8.

⁵⁹ 395 US 444, 447 (1969) ("[T]he constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.")

⁶⁰ Schauer, "Categories and the First Amendment", above n 60.

⁶¹ See Antonin Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules" (1989) 56 *The University of Chicago Law Review* 1175, 1177.

⁶² Schauer, "Categories and the First Amendment" above n 60, 296-8.

It might be tempting to argue that the greater acceptance of proportionality review in Canada is required by the constitutional text. Section 1 of the Charter provides “The *Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.*” Section 1 thus calls for a judgment, it might be said, as to whether any law is a proportionate restriction of the protected rights. The US Bill of Rights, by contrast, contains no such explicit external limitation of protected rights⁶³.

In such a strong form, the argument is obviously unpersuasive. It would be perfectly possible both to adopt a categorical approach to the scope of protected rights under the *Canadian Charter* and to create rules for the application of section 1, as the Canadian Supreme Court’s flirtation with a categorized, more rule-fied version of the *akes* test demonstrates. Nonetheless, the influence of the text cannot be dismissed⁶⁴. The relative generality and vagueness of the language of section 1 is certainly conducive to an approach that is fact specific rather than rule bound.

However, our argument is that those systems that exhibit a preference for context-sensitive forms of review are likely to do so as a response in Canada to the *combination* of text *and* larger social or political commitments; rule-fication as a response in the US to a combination of text and larger social and political commitments.

⁶³ Nor does it have the invitation to positive lawmaking for the protection of rights (see ss 6(4), 15(2), 16(3), 16.1(2), but cf section 5 of the XIVth amendment) or the explicit recognition of a multicultural society (see additionally s 27).

⁶⁴ See eg *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada* [1991] 1 S.C.R. 139 at 152 (“I feel it is essential to note the fundamental differences between the American Constitution and the Charter. The American Bill of Rights contains no clause similar to s. 1 of our Charter, which provides for the consideration of justifications which may be given by the government to limit a citizen’s constitutional rights. To this extent, the characterization of a place as a “public forum” in the United States does not end the matter, since it will then be necessary, under our Constitution, to determine whether the governmental interests are sufficiently compelling to justify an infringement of freedom of expression that would otherwise be unconstitutional.”), and 178-179 (“However, the different structures of our two constitutional documents require that the balancing tests be undertaken at different stages of the analysis. In the United States any limitations on the First Amendment, to the extent that any limitations exist, must be internal to the provision itself. The U.S. Constitution does not contain a s. 1. ... Hence we should be particularly vigilant to formulate a “made in Canada” standard, that is sensitive to the legal, sociological, and political characteristics which inspired the Canadian Charter of Rights and Freedoms and its subsequent development.”)

5. *Proportionality and Legal Culture*

Second, we suggest that certain aspects of legal culture are likely to make a considerable difference as to the appeal of proportionality.

(a) *Proportionality and openness to outside influence – comparativism and resistance*

The textual indicators we have so far reviewed would help explain a preference for any flexible, context sensitive form of constitutional analysis. It would, for example, be equally consistent with these commitments for the Canadian courts to have adopted a straightforward ‘ad hoc’ balancing test without also incorporating the means/ends element of proportionality itself.

The preference for proportionality as distinct from other doctrinally flexible tests is explicable, however, by reference to another aspect of Canadian legal culture that serves to distinguish it most especially from the United States. Proportionality tests have made way into common law systems via European law, perhaps most prominently the law of the European Convention on Human Rights. The comparative openness of the Canadian Supreme Court to influence of foreign law explains why it is proportionality rather than some other form of doctrinal flexibility that has prevailed in the Canadian Courts. Further the spread of proportionality beyond Canada is also largely due to the influence of the practice of comparative constitutional law by scholars and, most significantly, courts. It stands to reason then that it will be a more likely to be seen in legal cultures that are more open to outside influences.

(b) *Proportionality and dialogue*

A further point of difference between Canada and more rule-fied systems, like the United States, may lie in the structure of judicial review. A constitutional order like Canada’s committed to inter-institutional dialogue may well be more receptive than others to proportionality-based review as opposed to more rule-fied forms of constitutional doctrine.

In perhaps the most famous contemporary Canadian law

review article, Peter Hogg and Allison Bushell, argue that s 1 and the associated proportionality-based approach to rights review is one of four features of the Charter that allow for dialogue between parliament and court⁶⁵. Their concept of dialogue appears in the following passage:

“Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue. In that case, the judicial decision causes a public debate in which Charter values play a more prominent role than they would if there had been no judicial decision. The legislative body is in a position to devise a response that is properly respectful of the Charter values that have been identified by the Court, but which accomplishes the social or economic objectives that the judicial decision has impeded.”⁶⁶

They argue:

“When a law that impairs a Charter right fails to satisfy the least restrictive means standard of section 1 justification [the most common cause of invalidity, they assert], the law is, of course, struck down. But the reviewing court will explain why the section 1 standard was not met, which will involve explaining the less restrictive alternative law that would have satisfied the section 1 standard. That alternative law is available to the enacting body and will generally be upheld. Even if the court has a weak grasp of the practicalities of the particular field of regulation, so that the court’s alternative is not really workable, it will usually be possible for the policymakers to devise a less restrictive alternative that is practicable. With appropriate recitals in the legislation, and with appropriate evidence available if necessary to support the legislative choice, one can usually be confident that a carefully drafted “second attempt” will be upheld against any future Charter challenges.”⁶⁷

⁶⁵ Peter W Hogg and Allison A Bushell, “The Charter Dialogue Between Courts And Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)” (1997) 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75. The other features are the s 33 legislative override power; the “qualified rights” (ss 7, 8, 9 and 12) “which allow for action that satisfies standards of fairness and reasonableness”; and the s 15(1) equality rights “which can be satisfied through a variety of remedial measures” (at 82).

⁶⁶ *Ibid* 79-80.

⁶⁷ *Ibid* 85.

The dialogue metaphor introduced by Hogg and Bushell has been subjected to withering critique, on empirical and normative grounds⁶⁸, and equally spirited defence⁶⁹. But there is no doubt that it is now a central element of the Supreme Court’s conception of Canadian constitutionalism.

This commitment to dialogue may lead a court to favour proportionality analysis. The central aim of a dialogue model is to enable the legislature to respond to a judicial determination. Proportionality analysis contributes to the capacity for dialogue in the following ways. First, where a law fails a proportionality test on the means-ends element of the proportionality analysis, it is open to the parliament to respond with a law that more effectively pursues its objective or does so in a manner is more narrowly tailored towards that objective. Similarly, if a law fails the

The proportionality test will, of course, be most effective in encouraging dialogue when it is applied to preclude as little as possible, at least in the first instance. For that reason, a commitment to dialogue encourages the use of the proportionality test in a manner that is fact specific, resolving the case on matters particular to the legislation challenged and making as few determinations as possible on the nature of possible alternative formulations.

6. Proportionality and political culture

The Canadian preference for dialogue is closely related to an aspect of its political culture which we suggest is significant in explaining the dominance of proportionality in Canada. We suggest that proportionality is a doctrine that has better fit in the context of a social democratic (rather than laissez faire liberal) state⁷⁰. As we have seen, the very

⁶⁸ Eg Christopher P Manfredi & James B Kelly, “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell” (1999) 37 *Osgoode Hall Law Journal* 513; Christopher P Manfredi and James B Kelly, “Dialogue, Deference and Restraint: Judicial Independence and Trial Procedures” (2000) *Saskatchewan Law Review* 64; Ted Morton and Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party* (2000); F L Morton, “Dialogue or Monologue?” *Policy Options* (April 1999) 23.

⁶⁹ Peter W Hogg and Allison A Thornton, “Reply To ‘Six Degrees Of Dialogue’” (1999) 37 *Osgoode Hall Law Journal* 529.

⁷⁰ Mullender argues “proportionality is a mediating principle”: “It provides guidance on the question as to how we should seek to accommodate both the public interest in the pursuit of generally beneficial outcomes and the countervailing interests of individuals and collectivities.” Richard Mullender, “Theorizing the Third Way: Qualified Consequentialism, the Proportionality Principle, and the New Social Democracy” (2000) 27 *Journal of Law and Society* 493, 503.

flexibility and fact-specificity of the proportionality test facilitates greater institutional dialogue thus giving greater room for the state to pursue its objectives than is likely under a more rule-based system. Indeed, to put the argument another way, if the critics of flexibility and context-sensitivity are correct, the 'ad hoc' nature of such tests weakens the judiciary's resistance to the legislature and thus weakens the protection of rights. Thus the tendency of doctrinal flexibility to maximize room for the legislature is widely agreed upon even if its desirability is disputed.

This feature of proportionality tests explains why proportionality has proved congenial to Canadian constitutionalists. As has been well explored elsewhere, Canada is more statist than United States⁷¹. This trend is well-revealed in its constitutional law and specifically in the law of section 1 of the *Charter*. Although it would be a mistake to discount the idea of mistrust of government entirely⁷², the specter of governmental abuse of power and misjudgment does not loom nearly so large as it does in the United States⁷³. The Canadian confidence in government as a constructive force has been evident from the early days of *Charter* interpretation.

Chief Justice Dickson's judgment in *R v. Edwards Books* provides some important expression of this sentiment:⁷⁴

"In interpreting and applying the Charter, I believe that courts must be cautious to ensure that it [the Charter] does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons."

⁷¹ Seymour Martin Lipset, *Continental Divide: The Values and Institutions of the United States and Canada* (1990).

⁷² See *R v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, 763: "the state should not be the sole arbiter of truth, but neither should we overlay the view that rationality will overcome all falsehoods in the unregulated marketplace of ideas." (emphasis added).

⁷³ The point is colourfully put by Jamie Cameron: "Unlike Americans, [Canadians] do not live in obsessive fear of the state. Instead, we live in obsessive fear of the *United States*. We don't lack confidence in the viability of parliamentary institutions. We lack confidence in our viability as a nation."

⁷⁴ [1986] 2 S.C.R. 713. The Court is wary of the substantive due process jurisprudence of the *Lochner* Era, during which the United States Supreme Court invalidated much progressive economic regulation. See also *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; Sujit Choudhry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, (2004) 2 I. CON 1.

Part III

In the previous sections we have contrasted United States and Canadian attitudes to proportionality and rules-based constitutional review. In this section, we introduce another comparator: Australia. The Australian case introduces a further complexity to our observation. Australia's legal, political and constitutional heritage is many respects similar to Canada's, and certainly much closer to Canada's than to the United States'. Its political culture, in particular the political consensus surrounding the role of the state, is also much closer to Canada's than to the United States'. In our argument as put so far would suggest that Australian attitudes to proportionality would resemble those found in Canada. And yet Australian constitutionalism is remarkably ambivalent about proportionality as a standard of constitutional review. This section describes and attempts some explanation of these observations.

1. Comparing Australia and Canada

The legal and constitutional orders in Australia and Canada share many common features. Both are federations, members of the Commonwealth, with large parts of their legal systems derived from their shared British heritage, including systems of responsible government and bicameral parliaments⁷⁵. Both have entrenched federal constitutions, under which a Supreme or High Court has assumed the power to strike down laws that exceed federal limits.

Both are also highly developed welfare states and have historically had significant government involvement in the economy. Public social expenditure in Australia and Canada is broadly comparable (18% of G P and 17.81% of G P in 2001), below the EC average but above the US level (14.73% of G P in 2001)⁷⁶. Canada and Australia have comprehensive public health systems. Private social expenditure is lower than the US (4.9%, 4.5%, 9.3% of G P in 2001)⁷⁷. The influential account of Australia's early post-Federation

⁷⁵ Though there are differences. Most Australian state parliaments are bicameral, unlike the Canadian provinces. The Canadian Senate is appointed rather than elected.

⁷⁶ OECD Factbook 2006, Economic, Environmental and Social Statistics, Public Expenditure and Aid, Social Expenditure.

⁷⁷ Willem Adema and Maxime Ladaique (2005), "Net Social Expenditure, 2005 Edition: More Comprehensive Measures of Social Support", OECD Social Employment and Migration Working Papers, No. 29, OECD Publishing. doi:10.1787/358663135802 at 14.

constitutional and political tradition sees it as a “system of enlightened state power ... erected ... to civilize capitalism”.⁷⁸

This tradition resulted in the federal parliament being given power to make laws about invalid and old age pensions (and by subsequent amendment power to make laws about “maternity allowances, widows’ pensions, child endowment, unemployment, pharmaceutical, sickness and hospital benefits, medical and dental services (but not so as to authorize any form of civil conscription), benefits to students and family allowances”. The federal parliament’s power to make laws about “conciliation and arbitration for the prevention and settlement of industrial disputes extending beyond the limits of any one State” underpinned a system of courts and tribunals that regulated industrial conditions and a system of centralized wage fixation based on the principle that wages must be fair and reasonable, “enough to support the wage earner in reasonable and frugal comfort”. Australian liberalism was a social liberalism, influenced by the late-19th century English reformers and not the libertarianism of the American founding era.⁷⁹ There has been a shift in this “Australian settlement”⁸⁰ since the early 1980s towards a smaller role for the state and greater private provision of health, education and retirement benefits.⁸¹ But universal provision of basic health care and other basics of the social welfare system remain intact.

2. Australian ambivalence about proportionality

And yet despite these similarities in legal structure and political culture, the Australian attitude to proportionality is strikingly different from the Canadian.

(a) The rise of proportionality in Australian constitutionalism

On the one hand, a proportionality-like test has been used in several contexts as a standard of constitutional review. Under this test, a law is valid if it is “reasonably

⁷⁸ Paul Kelly, 100 Years: *The Australian Story* (2001) at 116.

⁷⁹ Marian Sawer, *The Ethical State? Social Liberalism in Australia* (2003).

⁸⁰ See the Symposium in (2004) 39:1 *Australian Journal of Political Science*.

⁸¹ See eg Chris Aulich and Roger Wettenhall (eds), *Howard’s Second and Third Governments: Australian Commonwealth Administration 1998–2004*; Paul Kelly, “Re-thinking Australian Governance: The Howard Legacy” (2006) 65 *Australian Journal of Public Administration* 7.

appropriate and adapted” to serving a legitimate legislative purpose.⁸² The test was originally applied to determine whether federal legislative power, particularly legislative powers defined in terms of a purpose, supported a particular law. Thus a federal law that implements an international treaty in domestic law is supported by the constitutional power to make laws with respect to external affairs if the law is “reasonably capable of being considered appropriate and adapted to implementing the treaty”.⁸³ “If the means which the law adopts are disproportionate to the object to be achieved, the law has not been considered to be appropriate to the achievement of the object.”⁸⁴ Here, the test is essentially a means-ends test: it asks whether challenged law actually implements the terms of the treaty (rather than pursuing some other legislative purpose) and whether it is sufficiently narrowly tailored to that end. There is little trace of balancing in most of the leading judgments.

However, from the 1980s this constitutional test was adopted for use in other constitutional contexts, specifically to define the scope of limits on constitutional power. Thus, a law that restricts interstate trade, commerce or intercourse (contrary to the guarantee that it shall be “absolutely free”) is valid if it does not burden the interstate activity to any greater extent than that reasonably required to achieve the objects of the law. In one case, the majority commented:

“If we accept, as we must, that the legislature had rational and legitimate grounds for apprehending that [certain problems], legislative measures which are appropriate and adapted to the resolution of those problems would be consistent with s 92 so long as any burden imposed on interstate trade was incidental and not disproportionate to their achievement.”

⁸² The test derives from the early United States Supreme Court decision *McCulloch v Maryland* (1819) 4 Wheat 316 at 421 (4 Law Ed 579 at 605) (“Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional”). However it transforms the *McCulloch* formula from one that expands legislative power to one that limits it.

⁸³ *Victoria v The Commonwealth* (1995) 187 CLR 416 at 486. The “reasonably capable of being regarded as” formula extends a further measure of latitude to the legislature in choosing the terms in which to implement the treaty.

⁸⁴ *Castlemaine Tooheys* 169 CLR 436 at 473.

Here the test begins to resemble the three step Canadian proportionality test more closely, with some element of balancing the restriction on interstate trade and the achievement of the legislative purpose. The approach to guarantees against discrimination on the basis of state residence (Constitution section 117) was similar.

The next development came in cases concerning federal laws that did not operate directly on a subject of federal legislative power. They were supported, if at all, by the “incidental power” – a power analogous to the power under the necessary and proper clause of the United States Constitution. In a series of cases, members of the High Court held that laws were supported by the incidental power if they were “reasonably capable of being regarded as appropriate and adapted” to an object or purpose within power. And in two cases the court held that if a law imposed a disproportionate burden on some forms of expression it was not supported by the incidental power.⁸⁵

These cases presaged the implied freedom of political communication, recognised for the first time in 1992 as a constraint on legislative power. That freedom is based in a 1992 decision, *Australian Capital Television Pty Ltd v. The Commonwealth*,⁸⁶ in which the High Court of Australia determined that a constitutionally protected freedom of political communication was to be implied from the system of representative and responsible government established by the *Australian Constitution*. The implication was used to invalidate a law regulating political broadcasts during election campaigns. Chief Justice Mason suggested that “[a] distinction should perhaps be made between restrictions on communication which target ideas or information and those which restrict an activity or mode of communication by which ideas or information are transmitted”.⁸⁷ In both sets of cases, a balancing test that compared the “public interest which is invoked to justify the burden on communication” with the burden on free communication.⁸⁸ A law would be valid only if the

⁸⁵ *Davis v The Commonwealth* (1988) 166 CLR 79; *Nationwide News v Wills* (1992) 177 CLR 1.

⁸⁶ (1992) 177 C.L.R. 106.

⁸⁷ (1992) 177 C.L.R. 106 at 143.

⁸⁸ (1992) 177 C.L.R. 106 at 143.

restriction it imposed was “no more than is reasonably necessary” to achieve the purpose of the law.⁸⁹ But in the first, content-based, set of cases “only a compelling justification” would suffice. In the latter, ostensibly content-neutral, set of cases a “disproportionate burden [on free communication] indicates that the purpose and effect of the restriction is in fact to impair freedom of communication”⁹⁰, apparently then requiring more compelling justification.

In this paper, we cannot fully trace the ebb and flow of that doctrine in the succeeding cases. It suffices to observe that the position now is that a law will infringe the freedom if it “effectively burdens communication about governmental or political matters, and either the object of the law is incompatible with the maintenance of the constitutional system of representative and responsible government or the law is not reasonably appropriate and adapted to achieving its object”.⁹¹ This test has been said to be equivalent to a proportionality test, at least in some sense of that term.⁹²

(b) *Resistance to proportionality*

Notwithstanding the transformation of the “appropriate and adapted” test into something resembling a proportionality test, and the occasional description of it in those terms, the Australian courts have demonstrated a striking reluctance to embrace the language of proportionality⁹³ and a strong insistence on the distinctiveness of the Australian Constitution and a preference for forms of analysis with distinctively Australian roots.

Some justices, notably Justice Kirby, do not share this reluctance. He would prefer to use proportionality analysis because he regards the standard Australian formulation, which asks whether a law is ‘appropriate and adapted’ to serve a legitimate governmental end, as ‘involves a ritual incantation, devoid of clear meaning’.⁹⁴ Some justices are

⁸⁹ (1992) 177 C.L.R. 106 at 143.

⁹⁰ (1992) 177 C.L.R. 106 at 143-4.

⁹¹ *Coleman v Power* 220 CLR 1 (Gleeson CJ).

⁹² *See eg Lange* (1997) 189 CLR 520 at 567.

⁹³ For reviews of proportionality in Australian constitutional jurisprudence, see Bradley Selway, “The Rise and Rise of Reasonable Proportionality Test in Public Law” (1996) 7(3) *Public Law Review* 212; Jeremy Kirk, “Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality” (1997)

21 *Melbourne University Law Review* 1.

⁹⁴ (2004) 220 C.L.R. 1 at paras 234-236

willing to use the language of proportionality provided that it is understood that it does not require the court to review of the merits of political decisions⁹⁵.

But there has been no significant elaboration of the test in terms of the three step Canadian approach or any other comparable systematised proportionality test.

Moreover some Justices are committed (implausibly, we would argue) to the language of the “appropriate and adapted” test in the implied freedom of political communication context while denying that it involves any element of balancing interests. This is most clear in the judgments of Justice McHugh, most particularly in *Coleman v Power*. McHugh is concerned to establish that the implied freedom does not involve any “question of ad hoc balancing” and that “the text and structure of the Constitution enable the Court to determine whether the freedom has been infringed without resort to political or other theories external to the Constitution”.⁹⁶ And what he does is introduce standards [91]:

“The question is not one of weight or balance but whether the federal, State or Territorial power is so framed that it impairs or tends to impair the effective operation of the constitutional system of representative and responsible government by impermissibly burdening communications on political or governmental matters. In all but exceptional cases, a law will not burden such communications unless, by its operation or practical effect, it *directly and not remotely restricts or limits* the content of those communications or the time, place, manner or conditions of their occurrence. And a law will not impermissibly burden those communications unless its object and the manner of achieving it is *incompatible with the maintenance of the system of representative and responsible government established by the Constitution*.”

Elsewhere he writes,

“In my opinion, [a law] will not be reasonably appropriate and adapted to achieving an end in such a manner when-

⁹⁵ *Coleman* at [196] fn 269; (Gummow and Hayne JJ); cf Kirby [236]; *Mulholland v AEC* (2004) 220 CLR 181 at paras 32-39 (Gleeson CJ); *Lange* (1997) 189 C.L.R. 520, 567;

⁹⁶ *Coleman* at [88].

ever the burden is such that communication on political or governmental matters is no longer “free”.⁹⁷

In Australia, then, there have been both brief flirtations with a proportionality test as it is understood in other jurisdictions almost immediately followed by a retreat from the use of such tests with emphasis on purportedly distinctive feature the Australian forms of analysis.

3. Explaining the Australian divergence

What then explains the divergence between Australian and Canadian attitudes to proportionality, given the legal and social similarities? The most striking difference between Australian and Canadian constitutionalism is, of course, the virtual lack of rights protections in the Australian *Constitution* and consequently the lack of textual support for a proportionality standard. However, for reasons that we have canvassed above, the textual differences can only be a partial explanation. Perhaps more relevant is a wider Australian constitutional formalism and a strong commitment to parliamentary supremacy.

(a) Parliamentary Supremacy

The Australian cases regularly refer to the importance of preserving the proper institutional roles of court and parliament. This sentiment is sufficiently strong that the means-end forms of analysis adopted by the Court is implemented almost without any real scrutiny of means. The High Court has denied itself the power to consider the ‘appropriateness’ of legislation, which “is entirely a matter for the legislature, so long as the law is within power”.⁹⁸ Its members are now reluctant to consider whether a law minimally impairs protected interests.⁹⁹ “Under our Constitution, the courts do not assume the power to determine that some more limited restriction than that imposed by an impugned law could suf-

⁹⁷ *Coleman* at [97].

⁹⁸ *Coleman* at [235] (Kirby J).

⁹⁹ It appeared that prior to *Leask v Commonwealth* (1996) 187 CLR 579 that the High Court was moving towards a more robust use of proportionality. However, changes in the composition of the Court (notably the retirement of Mason CJ) meant that it was now unreceptive to proportionality (especially to interest balancing) as a test for constitutionality.

fice to achieve a legitimate purpose.”¹⁰⁰ The statement of the Chief Justice (although dissenting) in *Coleman v Power*, that “the Court will not strike down a law restricting conduct which may incidentally burden freedom of political speech simply because it can be shown that some more limited restriction ‘could suffice to achieve a legitimate purpose’.” This, he said, was “consistent with the respective roles of the legislature and the judiciary in a representative democracy”.¹⁰¹ In a similar vein, Justice Heydon said “[t]he inquiry into whether a law is reasonably appropriate and adapted to achieving a legitimate end does not call for a judicial conclusion that the law is the sole or best means of achieving that end” which “would be an almost impossible task for which the judiciary is not equipped”. “The question is not ‘Is this provision the best?’ but ‘Is this provision a reasonably adequate attempt at solving the problem?’”¹⁰²

Of course, a concern for preserving the institutional roles of legislature and court can be found in Canadian cases.¹⁰³ However, the margin of appreciation there is rather less than the deference usually shown in Australia and the commitment to dialogic constitutionalism in Canada means that the overall level of scrutiny is higher.

Moreover the Australian approach is consistent with the wider prevailing formalism of Australian constitutional law.¹⁰⁴ We noted above McHugh J’s attempt to deny that the appropriate and adapted test in the implied freedom of political communication involved any balancing of interests. His approach does not eliminate the balancing but unhelpfully compresses it into a series of opaque enquiries: whether the communication is no longer ‘free’, whether the law is ‘necessary’ to uphold the system of representative and responsible government. The implied freedom itself, the court insists, is based on the “text and structure” of the

¹⁰⁰ *Levy v Victoria* (1997) 189 CLR 579 at 598. But cf *Castlemaine Tooheys* (where however the more limited restriction was apparent on the legislative record).

¹⁰¹ *Coleman* at [31].

¹⁰² *Coleman* at [328].

¹⁰³ Eg *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927 at 999.

¹⁰⁴ We do not invoke formalism as a disparaging epithet: cf Frederick Schauer, “Formalism” (1988) 97 *Yale Law Journal* 509. Rather, we are here describing an ostensible formalism in the practices of the Court that in fact conceals the Court’s frequent unacknowledged resort to background principles.

Constitution and not on any normative postulates drawn from outside that text and structure.¹⁰⁵ How then the court discerns a standard of review is most unclear.¹⁰⁶

This formalism, and a reluctance to unpack legal tests in any substantive way, extends beyond the implied freedom. Laws are within federal power if they have connection with one of the enumerated heads of power that is not “remote, tenuous, insubstantial, exiguous or fortuitous”. It is sufficient that the law affects the rights or duties of a subject matter of power. It does not matter that the legislature’s purpose or substantial effect is to regulate a subject matter that lies beyond power. It does not matter that the law imposes disproportionate sanctions. Most significantly, the court has insisted since 1920 and repeated in emphatic terms late in 2006 that notions of a “federal balance” or preservation of significant regulatory authority for the states cannot be relied on to limit the apparent scope of federal legislative power.¹⁰⁷ Thus even federalism, which was central to the Framers’ conception of the Australian constitution, is ostensibly marginalised as a substantive constitutional principle, while a particular conception of federalism (one that celebrates strong central power and efficient national government) in fact drives the Court’s decision-making.¹⁰⁸

The rise of proportionality, alongside the implied freedom of political communication, and its retreat, alongside a renewed formalism in Australian constitutional law, tracks changes in the composition of the High Court. The Mason court (1988-1995) was more open to international and comparative influences, more willing to acknowledge the choices open to an ultimate appellate court in shaping the law, and more likely to acknowledge normative influences outside the text of the Constitution than its successors.

¹⁰⁵ *Lange* (1997) 189 CLR 520.

¹⁰⁶ See Stone, above n 52.

¹⁰⁷ Unless the federal law threatens the capacity of the States as viable political entities.

¹⁰⁸ See Simon Evans et al, “Work Choices Case: Analysis and Implications” in *Work Choices: The High Court Challenge* (2007).

Conclusion: Proportionality and legal culture

In this paper we have reviewed the use of proportionality and balancing standards in three legal systems: the United States, Canada and Australia. As between the first two legal systems we have drawn a fairly sharp contrast, at least when we consider the use of these test in applying constitutional rights. In the United States there appears to be a strong preference for rule-like forms of analysis, typified by (though not limited to) the First Amendment context. Though the American courts necessarily undertake forms of means-ends analysis and of balancing, they tend to do so through relatively specific and determinate rules. In Canada by contrast, we see a preference of a more flexible proportionality test that incorporates means-ends analysis and balancing that applies across the board to *Charter* rights. Importantly, despite some initial experiment with the development of a more categorical approach, we have identified a continuing commitment to doctrinal flexibility and have sought to identify the ethic underlying this commitment.

In doing so, we have examined Professor Schauer's account of the pressures for convergence between rule-like and standard-like standards of review. While we accept the pressures for convergence, we have suggested (as Professor Schauer does in one version of the thesis) that the end-point will vary as between different legal and political contexts. Moreover, responding to a gap in the current literature, we have sought to identify the distinctive ethic that underlies the Canadian approach and the reasons for that ethic's appeal.

Australia introduces a third and somewhat unstable illustration of the comparative influence of proportionality and balancing tests. We have painted the Australian High Court as one poised between rules (which it appears to reject out of concern for parliamentary sovereignty) and standard-like proportionality tests (which are inconsistent with the High Court's commitment to legal formalism). It prefers therefore to use highly deferential forms of analysis that, we suggest, serve to suppress the rationale for its decisions.

The Australia example illustrates the possibility that a preference for rules and standards (and hence for proportionality and balancing) might change over time. In this respect it resonates well with an account given by Sir Anthony Mason, former Chief Justice of Australia's High Court.¹¹¹ Rather than a monotonic convergence as rules become riddled with exceptions and standards become encrusted with the accoutrements of rules, on Mason's account there is an interplay between rules and standards. Courts, particularly ultimate appellate courts, elaborate or re-work existing rules by reference to standards (broad underlying principles), often incorporating those standards directly into the reformulated rule. The reformulated rule will lack definition and sharpness of focus which produces some measure of uncertainty and unpredictability. Courts will react by search for greater certainty through case-by-case accretion. What Mason, emphasizes however, is that the process does not end here at an idealized balance between certainty and context-sensitivity. Rather, the tension between rule and standard continues and the process begins again. He observes:

"There are some who, placing a lower value on certainty, see no fault in this because they lament the rigidity that is associated with sharp definition. What is happening is but one stage in a course of continuous cyclical development in the search for greater certainty. Eventually the search yields a principle more fixed in its application until a time is reached when dissatisfaction with the inflexibility of the principle in its application to new situations results in its giving way to another re-working of doctrine."¹¹²

While the Canadian and US systems seem, at least for the moment, to have made relatively clear choices, the Australia High Court's reluctance to define its judicial method in substantive terms leaves it fluctuating between these forms of analysis.

¹¹¹ Anthony Mason, "Themes and Prospects" in P D Finn (ed), *Essays in Equity* (1985) 242, 244. See Jason L Pierce, *The Mason Court Revolution* (2006).

¹¹² *Ibid.*

Равновесие и пропорциональность: определенная этика?

С. Иванс

*директор Центра сравнительных
конституционных исследований,
Мельбурн, Школа права*

А. Стоун

*профессор Центра сравнительных
конституционных исследований,
Мельбурн, Школа права*

Резюме

В настоящей статье рассматривается применение стандартов пропорциональности и равновесия в трех правовых системах: США, Канады и Австралии. Автор отметил противоречие между первыми двумя правовыми системами, особенно в стратегии применения конституционных прав. В США дается предпочтение упорядоченным формам анализа, в Канаде, наоборот, - более гибким критериям пропорциональности. Был исследован отчет профессора Шауэра о схожести правовых и стандартных критериев контроля. Австралия представляет третью и непостоянную картину сравнительного влияния критериев пропорциональности и равновесия. Австралийский Верховный Суд использует дифференцированные методы анализа. Пример Австралии показывает возможность изменения стандартов и правил. Пока канадская и американская системы на сегодняшний день сделали сравнительно простой выбор, нежелание Верховного Суда Австралии дать определение своему правовому методу самостоятельными терминами дает ему свободу в применении методов анализа.

Judicial control of election in Czech Republic, Poland and Slovakia – guarantee of stability or democratic legitimacy?

M. Tomoszek

*assistant lecturer, department of Constitutional Law,
Faculty of Law, Palacky University in Olomouc,
Czech Republic*

Czech Republic, Poland and Slovakia¹ are relatively young democracies. Their constitutions are in force for 10 (Poland) to 15 years (Czech Republic and Slovakia). The changes of electoral system are very frequent, often performed by the majority in the Parliament before elections with the desire to achieve better result. The boundaries of democratic and transparent election campaign are still not precisely defined in these countries. What is the role of top judicial bodies when dealing with elections in such environment?

Before analysis of the relevant case-law, it is important to mention, that the system of judicial control of elections in all three countries is slightly different. The most striking difference is in the court, which is deciding cases concerning parliamentary or presidential elections² – in Poland it is the Supreme Court, in Slovakia the Constitutional Court, and in the Czech Republic it is the Supreme Administrative Court in the first stage and the Constitutional Court in the appellate stage.

¹ These three countries have been chosen due to their similarities in history, culture, general principles of the legal system, and political situation.

² In concreto it means, that in the Czech Republic the Supreme Administrative Court decides the cases dealing with elections to the Chamber of deputies (lower chamber) or the Senate (upper chamber), in Poland it is the election of the president, the Sejm (lower chamber) or the Senate (upper chamber) and in Slovakia the National Council (unicameral parliament) and president. In case of Slovakia, the Constitutional Court deals also with regional and municipal elections, and the most interesting decision from this area will be also analyzed in this paper; in the Czech Republic and Poland, the municipal and regional elections are in the competence of lower courts and therefore will not be mentioned in this paper.

The requirement for annulment of elections is the fact, that the electoral law was breached and this breach affected (Poland), or could have affected (Czech Republic) the result of the election, or that the election was unlawful or unconstitutional (Slovakia)³. All these conditions apply to election campaign, voting and election as a whole.

The Analysis

The Polish Supreme Court was in a very complicated situation in year 1995, after the election of Aleksander Kwaśniewski. The result of the second round of the election was a significant victory for Aleksander Kwaśniewski. over Wałęsa (the difference was more than 650,000 votes). However, after this election 593,238 complaints asking for nullification of the election were delivered to the Supreme Court. Most of them were objecting, that Aleksander Kwaśniewski breached the electoral law by stating, that he had university degree, while in fact he did not.

According to the Supreme Court⁴, if the electoral law *expressis verbis* provides for an obligation of the presidential candidates to state the level of their education, stating other than true information is clearly violation of the law. However, the requirement for annulment of the election is that the breach of the law affected the result of the election.

Here the Supreme Court stated that the result of the election was certainly affected by the violation of the electoral law by one of the candidates, but that it is impossible to measure or to verify the effect on the result of the election.

On the contrary, the Court upheld that under no circumstances it was possible that the stating of the false information about level of education of one of the candidates could

³ See Art. 72 para. 1 of the Law of 27th September 1990 on election of the president of the Republic of Poland (z.U. 90.67.398), Art. 80 para. 2 of the Ordinance of 12th April 2001 on election of Sejm of the Republic of Poland and Senat of the Republic of Poland (z.U. 01.46.499), § 87 paras. 3, 4 and 5 of the Law No. 247/1995 Coll., on election of the Parliament of the Czech Republic, and §§ 59 ff. of the Law No. 38/1993 Coll., on the organization of the Constitutional Court of the Slovak Republic, the proceeding before it and its judges

⁴ Decision of the Supreme Court of the Polish Republic of 9th December 1995, No. III SW 1102/95

have changed the result of the election in favour of the other candidate.

In the opinion of the Court, only credible, documented and confirmable effect on the result of the election could lead to its nullification; however, in the short time for the decision of the Supreme Court, it is impossible to carry out any sociological or other research to document the effect of the violation. On the basis of these arguments the Court decided, that the election was valid and that Aleksander Kwaśniewski was elected the president of the Republic of Poland. The Supreme Court closes its judgment with the following paragraph⁵: “The Supreme Court states that this decision is merely a confirmation of the lack of legal basis for challenging the validity of the election. It is however beyond competence of the Supreme Court to judge the personal qualities and morality, as it was done in complaints, of the person elected for the office of the President of the Republic of Poland.”

This decision is an example of conflict between the certainty and stability on one hand and the violation of law on the other hand. The difficulty of the conflict is also illustrated by five dissenting opinions (out of 17 judges) attached to this decision. The traditions of democracy were not established at that time and the law could not deal easily with such situation – the helplessness of the Court expressed by the last paragraph of the judgment is striking, but it is just one of examples of the crisis of present politics and democracy in contemporary sense. In this case, it seems that stability prevailed over truth and legitimacy.

Ten years after this decision, Czech Constitutional Court (hearing an appeal against the decision of the Supreme Administrative Court) was deciding a similar case⁶, again dealing with morality of candidates within the two-round majority election (in this case, to Senate of Parliament of the Czech Republic). The facts of the conflict in this case were that the candidate taking the third place in the first round of

⁵ Ibid.

⁶ Decision of the Constitutional Court of the Czech Republic of 26th January 2005, No. Pl. ÚS 73/04

election and therefore not progressing to the second round argued, that there were false, unconfirmed and anonymous defamatory information published about him in various pamphlets, municipal bulletins etc.

The Supreme Administrative Court based its argumentation on three steps – whether there was a violation of law, whether there was a relation between this violation and result of election and whether this violation was intensive enough to dispute the result of the election. In its judgment the Court affirmed that all three conditions were met and therefore annulled the election.

The Czech Constitutional Court, deciding the appeal against this decision, adopted a different attitude. According to Constitutional Court the only criterion of validity of elections is the question, whether the result of the election corresponds with the will of voters. No violation of the law, no error in the process of elections can cause invalidity of the election automatically. In the contrary, the actual real effect on the result of elections must be always examined with respect to principle of proportionality; otherwise the right of the elected candidate to undisturbed discharge of the function would be violated.

Further the Constitutional Court held that it cannot deal with question of non-succession of the third candidate to the second round of the election, but only with the result of the election, i.e. the election of the winner. In this respect it is clear, that the change of the order of candidates in the bottom of the result list would not have any real consequences and therefore would be pointless.

The violation of law objected in this case was connected with the character of election campaign. The law requires the campaign to be honest and fair. The Constitutional Court acknowledged that under ordinary circumstances it would not be honest and fair to publish an unconfirmed anonymous letter. However, the election campaign is a battle for votes, which could be very emotional and fierce and which allows for presentation of even the most controversial information about the candidates, so that the voters have the necessary information to judge the candidates' programmes and

personalities. In this basis the Constitutional Court overruled the decision of the Supreme Administrative Court and concluded that the election was valid.

The concept of two different levels of morality was heavily criticized by four judges in their dissenting opinions, even though it has a rational core. In the other hand, it is a confirmation and to some extent even legitimization of the fact, that the lack of morality in politics is normal, which is certainly not the right approach to promote. Especially in a young democracy, which needs to establish some kind of democratic political tradition, the courts should be more willing to promote fairness and morality.

The result of this approach was the campaign for the 2006 election of the Chamber of Deputies, where two days before the elections the Civic Democratic Party (which later won the election) published a secret report by a police officer investigating criminal affairs of the Social Democratic Party, which suggested that some influential social democrats were closely connected with criminal organizations. Such information could certainly significantly influence the result of the election, especially with respect to the fact, that the proportion of left-wing and right-wing parties in the Chamber of Deputies was 100:100. The Supreme Administrative Court however concluded that the publication of the information was not violation of the law, because there was sufficient space for the Social Democratic Party for response and therefore the balance was preserved⁷.

Besides that, this situation again highlighted the deficiency of the judicial control of elections for the Chamber of Deputies in Czech Republic, as the law only provides for the possibility of challenging the election of a single candidate, which is pointless in a proportional system, because it would mean just the succession of the next person candidate from the party list of the particular party. Theoretically it would be possible to challenge the election of all candidates from all parties, but in such case it would be impossible to produce necessary evidence.

⁷ Decision of the Supreme Administrative Court of 26th June 2006, No. Vol 5/2006-37

The Czech Constitutional Court pointed out in the before mentioned decision⁸ that the legal regulation of elections is insufficient and that it should be amended, especially concerning rules of election campaign, which are currently regulated very briefly, almost like during communism, where the election campaign was absolutely absurd, but today such regulation cannot serve its purpose. The redefinition of rules of judicial control of elections would be also most appropriate.

After analysis of the three decisions, some serious questions arise. What would be the violation of law that would justify the annulment of elections? Does the judicial control of elections fulfil its purpose? Shall the courts be more active, shall they promote morality, fairness and other virtues? Before answering these questions, there are two decisions of the Slovak Constitutional Court that may bring a little bit different perspective.

The older one⁹ dealt with election of the mayor of a small village with only about 100 inhabitants. In this election, winning candidate got 32 votes and the complainant 30 votes. She was however able to provide evidence that two voters, who according to the list of voters participated in the election, were at the time of election out of the village and therefore could not be on the list, and one ballot, which was according to election committee invalid, was in fact perfectly valid. In such situation, the Constitutional Court stated that the election must be annulled and held again, as there were so serious violations of law and errors in the process of election that due to the minimal difference between the candidates could decide the election.

This is somewhat extreme case, as the Constitutional Court did not have the chance to decide the election was valid, but it illustrates the fact that concrete numbers and clear evidence could be the reasons for annulment of elections.

The last case¹⁰ that will be analysed in this paper deals with election of the mayor of one district of the Slovak cap-

⁸ Decision of the Constitutional Court of the Czech Republic of 26th January 2005, No. Pl. ÚS 73/04

⁹ Decision of the Constitutional Court of the Slovak Republic of 6th May 2003, No. Pl. ÚS 10/03

¹⁰ Decision of the Constitutional Court of the Slovak Republic of 22nd August 2006, No. Pl. ÚS 6/06

ital, Bratislava. According to Slovak election law, the election campaign must be stopped 48 hours before the election itself and during this time, all such activities are illegal. However, several breaches of the moratorium took place, all for the benefit of one candidate:

- on the day of election there was an airplane with a banner supporting one of the candidates flying above the particular city district,
- in the vicinity of polling station, there were people hired by one of the candidates, who handed out to voters watches, toasters and other electric appliances, and asked the voters to participate in the election and vote for a particular candidate
- there was a bus with a music band, which promoted one candidate
- on several places, wine and vodka was served to voters, who were asked to support one candidate in the election.

Based on these facts the Constitutional Court stated that several violations of the electoral law took place at the time of the election, and that together, they could quite probably influence more than 1% of the voters in the city district, which was the difference between the winning candidate and the runner-up (exactly 128 votes). Besides that the court concluded that "bribing" of voters is an unconstitutional deformation of the free competition of political parties and that the violations of the law were extremely serious, because they were intentional, numerous and continuous. On these grounds, it proclaimed the election invalid and annulled it.

This case is in my opinion an example of proper intervention of the court into the elections, because the violation of rules for election campaign clearly exceeded the tolerable intensity. It is a signal that such ignorance of rules of democratic elections will be sanctioned and therefore a good start in defining the limits of democratic elections.

The Conclusion

The case-law analysed in this paper shows that the top judicial bodies, which are usually rather active concerning protection of fundamental rights and principle of democra-

cy, are often willing to tolerate some extent of violation of electoral law in order to protect the stability, certainty, the right of the elected candidate to discharge of the elected office.

Only serious violations of electoral law, which happen in a balanced situation with a small difference in results of the candidates, can eventually be the reason for annulment of elections. Reasons for such self-restraint are clear – deciding electoral cases is always an extremely political question.

However, every violation of electoral law decreases the legitimacy of the election and here is the most serious risk for the courts – what extent of illegality, immorality, unfairness and calculation is acceptable not to endanger the basic principles of democracy, free competition of political parties or rule of law? If the courts will be constantly stepping back, one day the democracy may be gone.

In new democracies, the role of Supreme and Constitutional Courts is especially hard, because every their decision is a landmark decision and defines the environment, and the law does not make their situation easier; they even do not have any tradition to start from.

The situation is further complicated by insufficiency of the legal regulation of elections (especially campaign) and of their judicial control, and in general the annulment is possible in case of majority voting; proportional election system in analyzed countries effectively excludes the possibility of annulment of elections. This situation is critical for development of democratic tradition and promotion of morality and fairness and changes of the electoral law are most desirable.

The presented case-law could also serve as an example of the fact that being honest in politics is not worth it, because the immoral candidates, if they do not cross the border, usually win. This attitude of courts influences the whole political system of the country and its political culture – instead of giving rise to ethical virtues and starting to develop modern democratic tradition it deepens the crisis of classical system of political representation.

In the long run, this approach is even counter-productive, as the lack of morality and fairness would lead to lack of trust, which means the lack of social legitimacy, which will

eventually demonstrate itself as instability. The rise of extremist parties in Slovakia or Poland show could serve as an example. Therefore the courts should prefer the short-term instability, which would bring more stability in the future. Slovak Constitutional Court has probably made first step in the right direction, hopefully other countries in the Central European region will follow.

Судебный контроль за выборами в Чехии, Польше и Словакии – гарантия стабильности или демократическая легитимность

М. Тамошек

преподаватель кафедры конституционного права факультета права Университета Палаки Чешской Республики

Резюме

Прецедентное право, рассматриваемое в настоящей статье, показывает, что высшие судебные органы, которые активно действуют в вопросах защиты фундаментальных прав и принципов демократии, часто склонны не замечать некоторые нарушения избирательного права, чтобы сохранить стабильность и определенность, а также право избранного кандидата приступить к своим обязанностям. Только серьезные нарушения избирательного права, допущенные при незначительной разнице набранных кандидатами голосов, могут привести к признанию выборов недействительными. Подобный подход вполне ясен, поскольку избирательные споры всегда являются политическими вопросами. Тем не менее любое нарушение избирательного права влияет на легитимность выборов, и риск для судов заключается в том, в какой мере незаконность, аморальность, несправедливость и расчёт приемлемы и

какую представляют угрозу основным принципам демократии, свободной конкуренции политических партий или верховенству закону. Если суды будут продолжать отступать, то очень скоро демократия исчезнет. В новых демократиях роль верховных и конституционных судов особенно трудна, потому что их решения являются окончательными. Закон не упрощает ситуацию, так как нет даже традиции, с чего начинать. Положение более усложняется неполноценным правовым регулированием выборов (особенно в предвыборный период) и судебного контроля за ними, поскольку признание выборов недействительными возможно только при мажоритарной избирательной системе: пропорциональная избирательная система исключает возможность признания выборов недействительными. Такая ситуация представляет опасность для развития демократических традиций, нравственности и справедливости. Поэтому изменения в избирательном законе желательны. Таким образом, рассмотренный автором прецедент может служить примером того, что честность в политике этого не стоит, поскольку безнравственные кандидаты, если они не переходят границы, обычно побеждают. Подобный подход судов влияет на всю политическую систему страны и на политическую культуру. Вместо того, чтобы развивать положительные стороны этики и современные демократические традиции, подобное отношение углубляет кризис классической системы политического представительства.

Если подобный подход является продолжительным, то отсутствие нравственности и справедливости может привести к отсутствию доверия, что означает отсутствие социальной легитимности, которая в конце концов приводит к нестабильности. Примером может служить развитие экстремистских партий в Словакии и Польше. Таким образом, суды должны давать предпочтение непродолжительной нестабильности, которая в дальнейшем приведет к большей стабильности. Конституционный Суд Словакии, вероятно, сделал свои первые шаги в правильном направлении, и будем надеяться, что другие страны Центральной Европы последуют примеру Словакии.

Решения Конституционного Суда Республики Беларусь

Решение Конституционного Суда от 15 июня 2007 г. № Р-200/2007 «О праве физических лиц на юридическую помощь в административном процессе»

Резюме

В связи с обращением, в котором указывается на несовершенство норм законодательства, касающихся обеспечения права физических лиц на юридическую помощь в административном процессе, Конституционный Суд на своем заседании 15 июня 2007 г., проанализировав положения Конституции, Процессуально-исполнительного кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях (далее — ПИКоАП), Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь (далее — УПК), иных нормативных правовых актов Республики Беларусь, отметил следующее.

Согласно части первой статьи 62 Конституции каждый имеет право на юридическую помощь для осуществления и защиты прав и свобод, в том числе право пользоваться в любой момент помощью адвокатов и других своих представителей в суде, иных государственных органах, органах местного управления, на предприятиях, в учреждениях, организациях, общественных объединениях и в отношениях с должностными лицами и гражданами.

Анализ соответствующих норм ПИКоАП показал, что они предоставляют различный объем прав по оказанию юридической помощи участникам административного процесса: физическое лицо, в отношении которого ведется административный процесс, может самостоятельно осуществлять защиту или пользоваться юридической помощью защитника, которым может являться только ад-

вокат; в то же время потерпевший имеет право пользоваться услугами представителя, в качестве которого могут выступать не только адвокаты, но и иные лица, которым он доверил представлять свои интересы.

Тем самым нарушается принцип равенства всех лиц, участвующих в административном процессе, перед законом и право без всякой дискриминации на равную защиту их прав и законных интересов.

Конституционный Суд также отметил, что, в свою очередь, в УПК, несмотря на тяжесть возможных последствий (осуждение к лишению свободы и применение других мер наказания), законодатель предусмотрел более широкий круг лиц, осуществляющих защиту обвиняемого, чем это установлено для лица, в отношении которого ведется административный процесс.

Так, в случае участия в уголовном процессе по уголовному делу, впоследствии прекращенному производством в связи с применением мер административного взыскания, в качестве защитника обвиняемого его близкого родственника в административном процессе близкий родственник теряет право защищать указанное лицо, хотя он ранее участвовал в защите в рамках уголовного дела и ознакомился со всеми обстоятельствами уголовного дела. Это может привести к затягиванию рассмотрения дела, обусловленному необходимостью привлечения к участию в административном процессе других лиц (в частности, адвоката), ознакомления их с материалами дела и осуществления иных мер.

С учетом изложенного, Конституционный Суд предложил Палате представителей Национального Собрания Республики Беларусь в целях обеспечения равенства прав на получение юридической помощи как потерпевшими, так и физическими лицами, в отношении которых ведется административный процесс, внести соответствующие изменения и дополнения в ПИК оАП. При этом Конституционный Суд отметил необходимость согласования в этой части норм уголовно-процессуального законодательства и норм ПИК оАП.

**Решение Конституционного Суда от
5 апреля 2007 г. № Р-199/2007 «О праве
обжалования в суд письменного
предупреждения о нарушении
законодательства религиозной
организацией»**

Резюме

Конституционный Суд Республики Беларусь рассмотрел обращение религиозной организации о праве обжалования в суд действий Уполномоченного по делам религий и национальностей, который вынес ей письменное предупреждение о нарушении законодательства Республики Беларусь.

В обращении указывалось, что суды отказывают в принятии заявления об обжаловании в судебном порядке письменного предупреждения, вынесенного Уполномоченным по делам религий и национальностей (далее - Уполномоченный по делам религий), мотивируя отказ отсутствием в законодательстве норм, регулирующих порядок обжалования таких действий.

Проанализировав положения Конституции, международных документов, законов и других нормативных правовых актов Республики Беларусь, Конституционный Суд отметил, что хотя в Законе о свободе совести прямо не предусмотрено право судебного обжалования письменного предупреждения, выносимого в адрес религиозной организации в случае нарушения ею законодательства Республики Беларусь, в ГПК имеется глава 29, предусматривающая порядок обжалования действий должностных лиц, ущемляющих права юридических лиц.

Конституционный Суд ранее в своих заключениях от 24 июня 1998 г., от 13 мая 1999 г. и ежегодных посланиях о состоянии конституционной законности в Республике Беларусь неоднократно обращал внимание на прямое действие части первой статьи 60 Конституции в силу требований, закрепленных в статье 137 Основного Закона, указывая, что право на судебную защиту относится к

общепризнанным принципам международного права, приоритет которых Республика Беларусь согласно статье 8 Конституции признает и обеспечивает соответствие им законодательства.

Конституционный Суд в решении от 05.04.2007г. подтвердил высказанную правовую позицию о прямом действии нормы статьи 60 Конституции Республики Беларусь, гарантирующей в том числе и юридическим лицам право на судебную защиту.



Резюме решений Конституционного Суда Украины

Решение Конституционного Суда Украины по делу об официальном толковании положения части пятой статьи 20 Закона Украины «О судоустройстве Украины» по конституционному представлению Высшего совета юстиции (дело об увольнении судьи с административной должности) от 16 мая 2007 года № 1-рп/2007

Выводы

Положение части пятой статьи 20 Закона Украины «О судоустройстве» не отвечает Конституции (признано неконституционным), согласно которому председатель суда, заместитель председателя суда назначаются на должность и освобождаются от должности Президентом Украины.

Краткое изложение:

Субъект права на конституционное представление - Высший совет юстиции - обратился в Конституционный Суд с ходатайством дать официальное толкование положения части пятой статьи 20 Закона «О судоустройстве» (далее - Закон) «судья может быть освобожден от административной должности (кроме административных должностей в Верховном Суде) в порядке, определенном настоящей статьей, также по инициативе Высшего совета юстиции».

Конституция предоставила Президенту Украины ряд полномочий относительно организации и деятельности судебной власти. Президент Украины имеет право в порядке, определенном законом, назначать на должности и освобождать от должностей треть состава Конституционного Суда, образовывать суды, осуществлять первое назначение на должность профессионального судьи сроком на пять лет и освобождать его от этой должнос-

ти. Однако полномочия назначать судью на должность председателя суда, заместителя председателя суда и освободить его от этой должности Конституция Президенту Украины не предоставила. Согласно пункту 31 части первой статьи 106 Конституции полномочия Президента определяются только Основным Законом.

Предоставление Президенту Украины частью пятой статьи 20 Закона полномочий назначать судью на должность председателя суда, заместителя председателя суда, а также освободить его от этой должности противоречит статье 106 Конституции.

Конституционный Суд считает, что вопрос о назначении на должность председателя, заместителя председателя суда и освобождение его от этой должности (кроме административных должностей в Верховном Суде) должны быть урегулированы в законодательном порядке.

Конституционный Суд исходит из того, что положение части пятой статьи 20 Закона относительно участия Высшего совета юстиции в решении вопроса об освобождении судьи от административной должности, тесно связано с положением этой части статьи 20 Закона, которое признано Судом неконституционным. Ввиду этих обстоятельств практическая необходимость в официальном толковании положения части пятой статьи 20 Закона, являющееся предметом конституционного представления, отпадает.

Решение Конституционного Суда Украины по делу о соответствии Конституции Украины (конституционности) положений части первой статьи 10, пункта 3 части второй, частей пятой, шестой статьи 11, статьи 15, части первой статьи 17, статьи 24, пункта 3 раздела VI “Заключительные положения” Закона Украины “О политических партиях в Украине” по конституционному представлению 70 народных депутатов Украины (дело об образовании политических партий в Украине) от 12 июня 2007 года № 2-рп/2007

Выводы:

1. Признать не соответствующими Конституции Украины (неконституционными) положения Закона Украины “О политических партиях в Украине”:

- части первой статьи 10, а именно словосочетание “и не менее чем в двух третях районов” перед словами “Автономной Республики Крым”;

- части шестой статьи 11 относительно обеспечения образования и регистрации политической партией своих областных, городских, районных организаций, кроме “в большинстве областей”, и обязательного образования и регистрации этих организаций в Автономной Республике Крым.

2. Признать соответствующими Конституции Украины (конституционными) положения Закона Украины “О политических партиях в Украине”, а именно:

- части первой статьи 10, кроме словосочетания “и не менее чем в двух третях районов” перед словами “Автономной Республики Крым”, признанного неконституционным в соответствии с абзацем вторым пункта 1 этого Решения;

- пункта 3 части второй статьи 11, согласно которому для регистрации политической партии в Министерство юстиции Украины представляются “подписи граждан Украины, собранные в соответствии с требованиями настоящего Закона в поддержку решения о создании политической партии и удостоверенные лицами, собиравшими подписи”;

- части пятой статьи 11, согласно которой “размер регистрационного сбора устанавливается Кабинетом Министров Украины”;

- части шестой статьи 11, кроме положений, признанных неконституционными в соответствии с абзацем третьим пункта 1 этого Решения;

- статьи 15:

“Не допускается финансирование политических партий:

- 1) органами государственной власти и органами местного самоуправления, кроме случаев, указанных законом;

2) государственными и коммунальными предприятиями, учреждениями и организациями, а также предприятиями, учреждениями и организациями, в имуществе которых есть доли (паи, акции), являющиеся государственной либо коммунальной собственностью, или принадлежащие нерезидентам;

3) иностранными государствами и их гражданами, предприятиями, учреждениями, организациями;

4) благотворительными и религиозными объединениями и организациями;

5) анонимными лицами или под псевдонимом;

6) политическими партиями, не входящими в избирательный блок политических партий.

Информация о поступлении на счет политической партии средств, запрещенных настоящим Законом, доводится соответствующим банковским учреждением до сведения Министерства юстиции Украины.

Средства, которые поступили политическим партиям с нарушением требований, предусмотренных настоящим Законом, перечисляются политическими партиями в Государственный бюджет Украины или взыскиваются в доход государства в судебном порядке”;

- части первой статьи 17 (в редакции от 5 апреля 2001 года), согласно которой “политическая партия обязана ежегодно опубликовывать в общегосударственном средстве массовой информации финансовый отчет о доходах и расходах, а также отчет об имуществе политической партии”;

- статьи 24:

“В случае невыполнения политической партией требования части шестой статьи 11 настоящего Закона, обнаружения в течение трех лет со дня регистрации политической партии недостоверных сведений в представленных на регистрацию документах, невыдвижения политической партией своих кандидатов по выборам Президента Украины и выборам народных депутатов Украины в течение десяти лет орган, зарегистрировавший политическую партию, должен обратиться в Верховный Суд Украины с представлением об аннулировании регистрационно-

го свидетельства. Другие основания для аннулирования регистрационного свидетельства не допускаются.

Решение Верховного Суда Украины об аннулировании регистрационного свидетельства политической партии влечет прекращение деятельности политической партии, роспуск ее руководящих органов, областных, городских, районных организаций и первичных ячеек и других уставных образований политической партии, прекращение членства в политической партии”;

- пункта 3 раздела VI “Заключительные положения”, согласно которому “политическим партиям не позднее чем через один год после проведения ближайших по времени после вступления в силу настоящего Закона выборов в Верховную Раду Украины осуществить необходимые меры с целью обеспечения выполнения требований настоящего Закона, внести необходимые уточнения в уставные документы и представить их в Министерство юстиции Украины”.

Краткое изложение:

Субъект права на конституционное представление - 70 народных депутатов Украины - обратился в Конституционный Суд Украины с ходатайством признать неконституционными положения части первой статьи 10, пункта 3 части второй, частей пятой, шестой статьи 11, статьи 15, части первой статьи 17, статьи 24, пункта 3 раздела VI “Заключительные положения” Закона Украины “О политических партиях в Украине” от 5 апреля 2001 года № 2365-III (далее - Закон).

Право граждан на свободу объединения в политические партии для осуществления и защиты своих прав и свобод и удовлетворения политических, экономических, социальных, культурных и иных интересов определяется и гарантируется Конституцией Украины (часть первая статьи 36).

Положение части второй статьи 3 Закона, согласно которому политические партии в Украине создаются и действуют только со всеукраинским статусом, соответствует конституционным нормам, которые гарантируют свободу политической деятельности, не запрещенной

Конституцией и законами Украины (часть четвертая статьи 15), провозглашают неотчуждаемость и нерушимость прав и свобод человека (статья 21), устанавливают права каждого человека на свободное развитие своей личности, если при этом не нарушаются права и свободы других людей (статья 23).

Конституционный Суд Украины считает, что положение части первой статьи 10 Закона о необходимости поддержки создания политической партии подписями не менее десяти тысяч граждан Украины является доказательством воплощения конституционных основ деятельности одной из форм общественного объединения и гарантией обеспечения именно общегосударственного статуса политической силы и создание равных потенциальных возможностей для всех политических партий.

Установленные статьей 15 Закона ограничения, согласно которым не допускается финансирование политических партий органами государственной власти и местного самоуправления (кроме случаев, указанных законом), государственными и коммунальными предприятиями, анонимными лицами и другими субъектами, прежде всего закладывают равные предпосылки для деятельности всех политических партий, должны обеспечить защиту прав и свобод других людей, которые не являются членами этих политических объединений.

Конституционный Суд Украины исходит из того, что законодатель имеет право на основании Конституции Украины и международно-правовых актов, ратифицированных Украиной, дополнительно урегулировать правовой статус политических партий путем установления нормами Закона процедуры их создания, порядка государственной регистрации и контроля за их деятельностью, но при условии, если эти нормы не сузят объем конституционных прав на свободу объединения в политические партии и не сделают невозможным реализацию права каждого на проявление своей политической позиции.

Согласно статье 133 Конституции Украины систему административно-территориального устройства Украины составляют: Автономная Республика Крым, 24 области, го-

рода Киев и Севастополь. Конституция Украины, предоставляя Автономной Республике Крым особый статус, одновременно провозглашает ее неотъемлемой составной частью Украины (статья 134) и именно поэтому не устанавливает автономии специальных преференций относительно преимуществ в вопросах формирования политических партий перед другими субъектами административно-территориального устройства Украины и не относит к ее ведению любые вопросы, связанные с созданием или деятельностью политических партий (статьи 137, 138).

Выделение Автономной Республики Крым в части первой статьи 10 Закона из общего числа субъектов указанной системы устройства нарушает конституционный принцип равенства всех граждан Украины в зависимости от места их проживания.

Такая позиция соответствует Решению Конституционного Суда Украины от 3 марта 1998 года № 2-рп/98 (дело об объединениях граждан в Автономной Республике Крым), в котором подчеркивается, что к ведению Автономной Республики Крым не отнесено нормативное регулирование вопросов создания и деятельности политических партий, а также отмечается, что создание политических партий с общекрымским статусом для жителей лишь Автономной Республики Крым не согласовывается с принципами, установленными частями первой, второй статьи 24 Конституции Украины, согласно которым граждане Украины имеют равные конституционные права и свободы и не может быть привилегий или ограничений прав и свобод граждан, в частности в зависимости от места их проживания.

Решение Конституционного Суда Украины по делу о соответствии Конституции Украины (конституционности) первого предложения пункта 2 раздела II “Заключительные положения” Закона Украины “О внесении изменений в статью 43 Закона Украины “О пенсионном обеспечении военнослужащих,

лиц начальствующего и рядового состава органов внутренних дел и некоторых других лиц” и об официальном толковании положений части третьей статьи 43, статей 51, 55, части третьей статьи 63 Закона Украины “О пенсионном обеспечении лиц, уволенных из военной службы, и некоторых других лиц”, об официальном толковании положений части третьей статьи 43, статей 51, 55, части третьей статьи 63 Закона Украины “О пенсионном обеспечении лиц, уволенных из военной службы, и некоторых других лиц” по конституционным представлениям 51 и 48 народных депутатов Украины, а также за конституционными обращениями Комитета по защите прав военнослужащих и работников Министерства внутренних дел Украины и Службы безопасности Украины “За справедливость”, Партии развития, правозащиты негосударственных организаций Украины “Партия правозащиты”, Украинского союза ветеранов Афганистана, граждан Токаря Степана Семеновича, Иорданова Филиппа Феодосьевича (дело о перерасчете пенсий военнослужащих) от 14 июня 2007 года № 3-рп/2007

Выводы:

1. Признать соответствующим Конституции Украины (конституционным) первое предложение пункта 2 раздела II “Заключительные положения” Закона Украины “О внесении изменений в статью 43 Закона Украины “О пенсионном обеспечении военнослужащих, лиц начальствующего и рядового состава органов внутренних дел и некоторых других лиц” от 15 июня 2004 года № 1769-І: “Установить, что лица, которым ранее назначены пенсии согласно Закону Украины “О пенсионном обеспечении военнослужащих, лиц начальствующего и рядового сос-

тава органов внутренних дел и некоторых других лиц”, имеют право на перерасчет пенсий с учетом положений этого Закона и выплату 50 процентов перечисленной пенсии с 1 января 2005 года, а с 1 января 2006 года – 100 процентов перечисленной пенсии”.

2. Прекратить конституционное производство по делу об официальном толковании положений части третьей статьи 43, статей 51, 55, части третьей статьи 63 Закона Украины “О пенсионном обеспечении лиц, уволенных из военной службы, и некоторых других лиц” на основании пункта 3 статьи 45 Закона Украины “О Конституционном Суде Украины” – неподведомственность Конституционному Суду Украины вопросов, поднятых в конституционных представлениях и обращениях, и § 51 Регламента Конституционного Суда Украины.

Краткое изложение:

Субъекты права на конституционное представление – 51 и 48 народных депутатов Украины – обратились в Конституционный Суд Украины с ходатайствами признать первое предложение пункта 2 раздела II “Заключительные положения” Закона Украины “О внесении изменений в статью 43 Закона Украины “О пенсионном обеспечении военнослужащих, лиц начальствующего и рядового состава органов внутренних дел и некоторых других лиц” от 15 июня 2004 года № 1769-IV (далее – Закон № 1769-IV) не соответствующим Конституции Украины (неконституционным), и предоставить официальное толкование положений части третьей статьи 43, статей 51, 55, части третьей статьи 63 Закона Украины “О пенсионном обеспечении лиц, уволенных из военной службы, и некоторых других лиц” от 9 апреля 1992 года № 2262-XII (далее – Закон № 2262-XII), субъекты права на конституционное обращение – Комитет по защите прав военнослужащих и работников Министерства внутренних дел Украины и Службы безопасности Украины “За справедливость”, Партия развития, правозащиты негосударственных организаций Украины “Партия правозащиты”, Украинский союз ветеранов Афганистана, граждане Токарь С.С., Иорда-

нов П.Ф. - предоставить официальное толкование положений части третьей статьи 43, статей 51, 55, части третьей статьи 63 Закона № 2262-ХІІ.

Согласно первому предложению пункта 2 раздела ІІ “Заключительные положения” Закона № 1769-ІV лица, которым ранее назначены пенсии, имеют право на их перерасчет с учетом положений Закона № 1769-ІV и выплату 50 процентов перечисленной пенсии с 1 января 2005 года, а с 1 января 2006 года - 100 процентов перечисленной пенсии.

Статья 22 Конституции Украины содержится в разделе ІІ, в котором закреплены основные права и свободы человека и гражданина. Право на пенсионное обеспечение лица является составной частью права на социальную защиту, предусмотренной Конституцией Украины. Механизм реализации этого права военнослужащих и некоторых других категорий лиц, установленный Законом № 2262-ХІІ, определяет условия, нормы и порядок такого пенсионного обеспечения.

Конституционный Суд Украины в мотивировочной части своего Решения от 11 октября 2005 года № 8-рп/2005 (дело об уровне пенсии и ежемесячного пожизненного денежного содержания) констатировал: “Содержание прав и свобод человека - это условия и средства, которые определяют материальные и духовные возможности человека, необходимые для удовлетворения потребностей его существования и развития. Объем прав человека - это количественные показатели соответствующих возможностей, которые характеризуют его множественность, величину, интенсивность и степень проявления и выражены в определенных единицах измерения.

Сужение содержания прав и свобод означает уменьшение признаков, содержательных характеристик возможностей человека, которые отображаются соответствующими правами и свободами, то есть качественных характеристик права. Сужение объема прав и свобод - это уменьшение круга субъектов, размера территории, времени, размера или количества благ или любых других количественно измеримых показателей использова-

ния прав и свобод, то есть их количественной характеристики” (абзацы пятый, шестой пункта 4).

Анализ первого предложения пункта 2 раздела ІІ “Заключительные положения” Закона № 1769-ІV свидетельствует о том, что смысл права на социальную защиту лиц, которым ранее назначены пенсии согласно Закону № 2262-ХІІ, остался неизменным, поскольку Закон № 1769-ІV не изменил существующего на день его принятия приобретенного права лиц на получение пенсий. Этим положением Верховная Рада Украины на основании пунктов 3, 5 части первой статьи 85, пунктов 1, 6 части первой статьи 92 Конституции Украины установила только порядок выплаты перечисленной пенсии лицам, которым ранее назначены пенсии согласно Закону № 2262-ХІІ и которые имеют право на перерасчет пенсий с учетом положений Закона № 1769-ІV, что заключается в поэтапной выплате пенсий военнослужащим и другим лицам начиная с 1 января 2005 года в размере 50 процентов перечисленной пенсии, а с 1 января 2006 года - 100 процентов перечисленной пенсии.

То есть законодатель, вводя такой порядок выплаты перечисленной пенсии, не нарушил норм статьи 22 Конституции Украины.

Пункт 2 раздела ІІ “Заключительные положения” Закона № 1769-ІV содержит оговорку: “В случае если в следствие перерасчета по нормам этого Закона размер пенсии или выплачиваемой в период с 1 января 2005 года по 1 января 2006 года ее части уменьшается, пенсия выплачивается в ранее установленном размере”. Указанный порядок выплаты перечисленной пенсии исключает возможность уменьшения размера пенсии, что согласовывается с частью третьей статьи 22 Конституции Украины.

Решение Конституционного Суда Украины по делу о соответствии Конституции Украины (конституционности) отдельных положений

статьи 36, пунктов 20, 33, 49, 50 статьи 71, статей 97, 98, 104, 105 Закона Украины “О Государственном бюджете Украины на 2007 год” по конституционному представлению Верховного Суда Украины (дело о гарантиях независимости судей) от 18 июня 2007 года № 4-рп/2007

Выводы:

1. Признать не соответствующими Конституции Украины (неконституционными), положения Закона Украины “О Государственном бюджете Украины на 2007 год” от 19 декабря 2006 года № 489-V, а именно:

– статьи 36, согласно которой “льготы, компенсации и гарантии, на которые согласно законам Украины имеют право отдельные категории работников бюджетных учреждений, военнослужащие и лица рядового и начальствующего состава, относительно снижения платы за пользование жильем (квартирной платы), топливом, телефоном и платы за коммунальные услуги (водоснабжение, водоотведение, газ, электрическая и тепловая энергия), бесплатный проезд всеми видами городского пассажирского транспорта (за исключением такси) и автомобильным транспортом общего пользования в сельской местности, а также железнодорожным и водным транспортом пригородного соединения и автобусами пригородных маршрутов предоставляются в случае, если указанные работники имеют право на налоговую социальную льготу. Размер предоставленных льгот в денежном эквиваленте вместе с денежными доходами указанных работников не должен превышать величины дохода, дающего право на налоговую социальную льготу”, в части, которая касается профессиональных судей;

– пункта 20 статьи 71, которым остановлено на 2007 год действие “частей второй и пятой статьи 37 (относительно определения размера пенсии без ограничения ее предельного размера) Закона Украины “О государственной службе”, в части, которая касается профессиональных судей;

– пункта 33 статьи 71, которым остановлено на 2007 год действие “абзаца первой части четвертой статьи 43 (относительно определения размера ежемесячного пожизненного денежного содержания без ограничения его предельного размера) Закона Украины “О статусе судей”;

– пункта 49 статьи 71, которым остановлено на 2007 год действие “абзаца третьего пункта 1 Постановления Верховной Рады Украины “О порядке введения в действие Закона Украины “О статусе судей” ... относительно определения органов, выплачиваемых ежемесячно пожизненное денежное содержание судьям в отставке”;

– пункта 50 статьи 71, которым остановлено на 2007 год действие “части второй статьи 123 (относительно размера заработной платы работников аппарата судов и работников государственной судебной администрации), части второй статьи 130 (относительно приравнивания по условиям оплаты труда) Закона Украины “О судостроительстве Украины”, в части, которая касается работников аппарата судов и работников государственной судебной администрации;

– статьи 97, согласно которой “с 1 января 2007 года максимальный размер пенсии или ежемесячного пожизненного денежного содержания (с учетом надбавок, повышений, дополнительных пенсий, целевой денежной помощи и пенсий за особые заслуги перед Украиной и других доплат к пенсиям, установленных законодательством), назначенных (перечисленных) в 2006 – 2007 годах соответственно... закону Украины “О государственной службе” ... не может превышать 12 минимальных размеров пенсии по возрасту, установленной абзацем первым части первой статьи 28 Закона Украины “Об общеобязательном государственном пенсионном страховании”, а по другим категориям пенсионеров размер пенсии или ежемесячного пожизненного денежного содержания (с учетом надбавок, повышений, дополнительных пенсий, целевой денежной помощи и пенсий за особые заслуги перед Украиной и других доплат к пенсиям, установленных законодательством), назначенных (перечисленных) в 2007 году, не может превышать 10 тысяч гривен в месяц”, в час-

ти, которая касается профессиональных судей;

- статьи 98, по которой “в 2007 году работающим пенсионерам, на которых распространяется действие Закона Украины “Об общеобязательном государственном пенсионном страховании” ... закона Украины “О государственной службе” ... досрочно назначенная пенсия по возрасту ... в период до достижения пенсионного возраста, предусмотренного законодательством для соответствующей категории лиц, не выплачивается” в части, которая касается профессиональных судей и работников аппарата судов;

- статьи 104, соответственно которой “в 2007 году назначение и выплата ежемесячного пожизненного денежного содержания судьям в отставке осуществляется органами Пенсионного фонда Украины. Порядок назначения и выплаты ежемесячного пожизненного денежного содержания определяется правлением Пенсионного фонда Украины по согласованию со специально уполномоченным центральным органом исполнительной власти в сфере труда и социальной политики”.

2. Прекратить конституционное производство о соответствии Конституции Украины (конституционности) положения статьи 105 Закона Украины “О Государственном бюджете Украины на 2007 год” от 19 декабря 2006 года на основании пункта 2 статье 45 Закона Украины “О Конституционном Суде Украины” – несоответствие конституционного представления требованиям, предусмотренным Конституцией Украины, Законом Украины “О Конституционном Суде Украины”.

Краткое изложение:

Субъект права на конституционное представление - Верховный Суд Украины - обратился в Конституционный Суд Украины с ходатайством рассмотреть вопрос относительно соответствия Конституции Украины (конституционности) отдельных положений статей 29, 36, 69, пунктов 13, 20, 30, 33, 49, 50 статьи 71, статей 97, 98, 104, 105, 106, 111 Закона Украины “О Государственном бюджете Украины на 2007 год” (далее - Закон).

В части первой статьи 126 Основного Закона Украины закреплено положение, согласно которому независимость и неприкосновенность судей гарантируются Конституцией и законами Украины. Составляющей этих гарантий является обязанность государства обеспечивать финансирование и надлежащие условия для функционирования судов и деятельности судей путем определения в Государственном бюджете Украины отдельно расходов на содержание судов (часть первая статьи 130 Конституции Украины), что и предусмотрено в Законе.

Согласно части третьей статьи 11 Закона Украины “О статусе судей” гарантии независимости судей, включая мероприятия их правовой защиты, материального и социального обеспечения, распространяются на всех судей Украины и не могут быть упразднены или снижены другими нормативными актами Украины. Это положение согласовывается с частью третьей статьи 22 Конституции Украины.

Конституционный Суд Украины в Решении от 1 декабря 2004 года № 20-рп/2004 сформулировал правовую позицию, согласно которой нормы о материальном и бытовом обеспечении судей, установленные статьей 44 Закона Украины “О статусе судей”, не могут быть упразднены или снижены без соответствующей компенсации. Предоставление судьям предусмотренных этим Законом льгот, компенсаций и гарантий не может ставиться в зависимость от денежных доходов судей и тем самым не могут снижаться гарантии их независимости (абзац второй пункта 7 мотивировочной части).

Одной из гарантий обеспечения независимости судей, закрепленных в части первой статьи 126 Конституции Украины, является предоставление им за счет государства материальной и социальной защиты (заработная плата, пенсия, ежемесячное пожизненное денежное содержание и т.п.), предоставление им в будущем статуса судьи в отставке, право которого на пенсионное и ежемесячное пожизненное денежное содержание является гарантией независимости работающих судей. Ежемесячное пожизненное денежное содержание судьи в установленном

размере направлено на обеспечение достойного его статуса жизненного уровня. Условия и порядок выплаты этого содержания устанавливаются Законом Украины "О статусе судей". Такая правовая позиция изложена в Решении Конституционного Суда Украины от 11 октября 2005 года № 8-рп/2005 (дело об уровне пенсии и ежемесячного пожизненного денежного содержания).

По смыслу положений частей второй, третьей статьи 22 Основного Закона Украины, конституционные права и свободы гарантируются, а государство должно воздерживаться от принятия любых актов, которые приводили бы к отмене или сужению содержания и объема существующих прав и свобод. Часть первая статьи 24 Конституции Украины устанавливает принцип, согласно которому граждане имеют равные конституционные права и свободы и являются равными перед законом.

Решение Конституционного Суда Украины по делу об официальном толковании положений части восьмой статьи 5 Закона Украины "О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом" по конституционному обращению открытого акционерного общества "Кировоградоблэнерго" (дело о кредиторах предприятий коммунальной формы собственности) от 20 июня 2007 года № 5-рп/2007

Выводы:

Положение части восьмой статьи 5 Закона Украины "О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом" (далее - Закон) следует понимать так:

Под термином "юридические лица - предприятия, являющиеся объектами права коммунальной собственности", примененным в части восьмой статьи 5 Закона, сле-

дует понимать только коммунальные унитарные предприятия.

Соответствующий совет органов местного самоуправления имеет право исключительно на пленарном заседании принять решение о неприменении положений Закона к коммунальным унитарным предприятиям, которые находятся в коммунальной собственности ее территориальной общины, как до начала производства по делу о банкротстве этих предприятий, так и на любой стадии производства по делу о банкротстве.

Производство по делу о банкротстве коммунальных унитарных предприятий в случаях, предусмотренных частью восьмой статьи 5 Закона, подлежит прекращению независимо от того, принято ли решение соответствующего совета органа местного самоуправления о неприменении положений этого Закона к этим предприятиям, или после нарушения судом общей юрисдикции производства по делу об их банкротстве.

Краткое изложение:

Частью четвертой статьи 214 Хозяйственного кодекса Украины установлено, что в случаях, предусмотренных законом, не применяются процедуры банкротства относительно коммунальных предприятий. Это закреплено в предписании части восьмой статьи 5 Закона, которым определено, что положение Закона не применяется к юридическим лицам - предприятиям, являющимся объектами права коммунальной собственности, если относительно них исключительно на пленарном заседании соответствующего совета органов местного самоуправления принято решения относительно этого.

В преамбуле Закона определено, что он устанавливает условия и порядок восстановления платежеспособности субъекта предпринимательской деятельности - должника или признание его банкротом и применение ликвидационной процедуры, полного или частичного удовлетворения требований кредиторов. Поскольку дела о банкротстве является формой судебного процесса и подведомственны хозяйственным судам, законодателем

в части восьмой статье 5 Закона ограничено право кредиторов коммунальных предприятий на справедливое судебное разбирательство, гарантированное статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года.

Законодатель, установив в Конституции (статьи 140, 141, 142, 143, 144, 145) базовые основы функционирования местного самоуправления, его органов, материальную и финансовую основу и т.п., другие вопросы организации местного самоуправления, формирования, деятельности и ответственности его органов отнес к определению закона (статья 146). Таким образом, на конституционном уровне предусмотрено создание правовых условий для дальнейшего законодательного урегулирования отношений с участием местного самоуправления в сфере хозяйствования.

Вопросы о пределах и формах участия органов местного самоуправления в хозяйственной деятельности конкретизированы в Законе Украины “О местном самоуправлении в Украине” от 21 мая 1997 года № 280/97-ВР с последующими изменениями и дополнениями (далее - Закон № 280), Хозяйственном кодексе Украины, который вступил в силу с 1 января 2004 года, Законе и других законодательных актах.

В Законе № 280 закреплены основные принципы осуществления местного самоуправления, среди которых, в частности, принцип правовой, организационной и материально-финансовой самостоятельности в пределах полномочий, определенных Законом № 280 и другими законами (статья 4). Частью пятой статьи 16 Закона № 280 предусмотрено, что от лица и в интересах территориальных общин права субъекта коммунальной собственности осуществляют соответствующие советы, а в статье 60 установлен режим права коммунальной собственности.

Основные направления и формы участия местного самоуправления в сфере хозяйствования урегулированы в статьях 2, 5, 8, 24, 43, 78, 214 и других нормах Хозяйственного кодекса. Из их содержания вытекает, что органы

местного самоуправления не являются субъектами хозяйствования, им запрещается выполнение предпринимательской деятельности, но они могут образовывать субъекты хозяйствования.

Согласно статье 140 Конституции и статье 2 Закона № 280 содержанием деятельности местного самоуправления является решение вопросов местного значения в интересах территориальной общины самой общиной самостоятельно или под ответственность органов и должностных лиц местного самоуправления. Статьей 7 Конституции признается и гарантируется местное самоуправление, одной из важнейших целей деятельности которого является обеспечение неотложных потребностей населения территориальной общины в коммунальных и других неотложных услугах социального характера, например, по водоснабжению, отоплению, вывозе мусора и отходов и т.п.. В статье 1 Закона № 280 дано определение термина “право коммунальной собственности”: это право территориальной общины владеть, целесообразно, экономно, эффективно пользоваться и распоряжаться по своему усмотрению и в своих интересах имуществом, которое принадлежит ей, как непосредственно, так и через органы местного самоуправления.

Целью наделения территориальных общин правом коммунальной собственности является в первую очередь использование имущественных объектов для удовлетворения насущной необходимости жителей этих общин в неотложных услугах, и лишь во вторую очередь право этой формы собственности предназначено для целесообразного, экономного и эффективного использования имущества территориальных общин в других интересах их жителей.

Поскольку органы местного самоуправления не являются субъектами хозяйствования и им запрещено осуществлять предпринимательскую деятельность, то важное значение имеет правильный выбор ими организационно-правовой формы создаваемых этими органами субъектов хозяйствования. В статье 24 Хозяйственного кодекса определены особенности управления хозяйственной деятельностью в коммунальном секторе экономики и, в частности,

предусмотрено, что субъектами хозяйствования коммунального сектора экономики являются субъекты, действующие на основе лишь коммунальной собственности, а также субъекты, в уставном фонде которых доля коммунальной собственности превышает пятьдесят процентов или представляет величину, обеспечивающую органам местного самоуправления право решающего влияния на хозяйственную деятельность этих субъектов (часть 3).

Статьей 78 названного Кодекса закреплена возможность образования органами местного самоуправления коммунальных унитарных предприятий, т.е. предприятий, которые создаются на базе отделенной части коммунальной собственности и уставный фонд которых не разделен на доли, акции, паи и т.п.. Органами местного самоуправления могут быть созданы на основе отделенной части коммунальной собственности или с привлечением имущества этой собственности разные по организационным формам виды предприятий или других субъектов хозяйствования.

Согласно части первой статьи 24 Хозяйственного кодекса управление хозяйственной деятельностью в коммунальном секторе экономики осуществляется через систему организационно-хозяйственных полномочий территориальных общин и органов местного самоуправления относительно субъектов хозяйствования, которые принадлежат к коммунальному сектору экономики и выполняют свою деятельность, базируясь на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления. Деятельность в коммунальном секторе экономики на основании указанных ограниченных имущественных прав осуществляют исключительно коммунальные унитарные предприятия согласно положениям части третьей статьи 78 этого Кодекса. Поэтому выбор основателем организационной формы субъекта хозяйствования, создаваемого на основе или с привлечением коммунального имущества, должен зависеть от определения в учредительных документах целей их деятельности.

Если главной целью субъекта хозяйствования в коммунальном секторе экономики является производство

продуктов или услуг для удовлетворения насущной необходимости жителей соответствующей территориальной общины, например, по водоснабжению, отоплению, вывозе мусора и отходов и т.п., то его организационно-правовой формой должны становиться коммунальное унитарное предприятие. Статьей 24 Хозяйственного кодекса эта категория предприятия отнесена к кругу субъектов хозяйствования, относительно которых осуществляется управление территориальных общин и органов местного самоуправления через систему их организационно-хозяйственных полномочий.

Коммунальные унитарные предприятия являются субъектами хозяйствования, которые предоставляют жизненно необходимые услуги населению, и в основе их деятельности положены интересы территориальной общины.

В случаях, когда основной целью деятельности субъекта хозяйствования в коммунальном секторе экономики указано получение прибыли, его организационно-правовой формой должны стать хозяйственные общества с соответствующей долей коммунальной собственности в уставном фонде. Хозяйственные общества проводят свою деятельность на основе права собственности, образуются для ведения исключительно предпринимательской деятельности, целью которой является получение прибыли, а не достижение какого-то другого социального результата.

Осуществление корпоративных прав органами местного самоуправления относительно хозяйственных обществ преследует цель целесообразного, экономного и эффективного использования коммунальной собственности, а не удовлетворение насущной необходимости жителей территориальной общины. Поэтому статьей 24 Хозяйственного кодекса не предусмотрено отнесения таких хозяйственных обществ к субъектам хозяйствования, относительно которых осуществляется управление территориальных общин и органов местного самоуправления через систему их организационно-хозяйственных полномочий.

Согласно принципу соразмерности, что является элементом идеи права и идеологии справедливости, уста-

новленные в части восьмой статьи 5 Закона ограничения прав кредиторов субъектов хозяйствования в коммунальном секторе экономики на удовлетворение своих требований в производстве по делам о банкротстве должны отвечать правомерной и общественно необходимой цели.

Оценивая соотношение целей государственной политики по вопросам банкротства относительно коммунальных унитарных предприятий и ограничение государством прав кредиторов названных предприятий на справедливое судебное разбирательство, которое закреплено в части восьмой статье 5 Закона, Конституционный Суд считает, что это ограничение является соразмерным (пропорциональным) и общественно необходимым для удовлетворения насущной необходимости жителей территориальных общин, которые могут получать соответствующие коммунальные услуги исключительно от таких категорий предприятий. Этой нормой оптимально уравновешены права и законные интересы жителей территориальных общин на получение жизненно необходимых услуг от коммунальных унитарных предприятий, с одной стороны, и права и законные интересы кредиторов этих субъектов хозяйствования - с другой.

Частью восьмой статьи 5 Закона не определено, когда именно возможно принятие соответствующим советом органов местного самоуправления решения о неприменении процедуры по делам о банкротстве относительно коммунальных унитарных предприятий. Конституционный Суд считает, что учитывая неотложный характер услуг, которые предоставляются этими предприятиями жителям соответствующих территориальных общин, эта норма Закона не ставит факт принятия решения на пленарном заседании соответствующего совета органов местного самоуправления относительно неприменения к коммунальным унитарным предприятиям положений Закона в зависимость от момента возбуждения судом дела о банкротстве этого предприятия и допускает возможность принятия такого решения как к началу производства по делу о банкротстве, так и на любой стадии

производства. Это означает, что факт наличия судебного дела о банкротстве коммунального унитарного предприятия или его отсутствие не может влиять на реализацию соответствующим советом его права относительно принятия решения о неприменении Закона к этому предприятию. Поэтому орган местного самоуправления при реализации своего полномочия, предусмотренного в части восьмой статьи 5 Закона, не обязан предварительно согласовывать с кредиторами коммунального унитарного предприятия и другими заинтересованными лицами свое решение о неприменении к нему положений Закона или предлагать мероприятия по предотвращению банкротства этого предприятия.

Хозяйственный суд должен прекратить производство по делу о банкротстве коммунального унитарного предприятия, если на пленарном заседании соответствующего совета органов местного самоуправления принято решение относительно неприменения положений Закона к этому предприятию. Частью второй статьи 41 Хозяйственного процессуального кодекса закреплено, что хозяйственные суды рассматривают дела о банкротстве с учетом особенностей, установленных Законом. Перечень оснований для прекращения производства по делу о банкротстве, определенный статьей 40 Закона, не является полным, поскольку этой нормой не предусмотрено прекращения производства по делу о банкротстве при наличии обстоятельств, изложенных в части восьмой статье 5 Закона. Конституционный Суд считает, что положительной обязанностью законодателя является восполнение пробела в статье 40 Закона для надлежащего применения судами указанных положений.

Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник Конференции
органов конституционного контроля
стран молодой демократии

Выпуск 2 (36) 2007



Адресредакции:

375019, Ереван, пр. Баграмяна 10

Тел.: 529991, 588189

Факс: 529991

Email: armlaw@concourt.am

arthur@concourt.am

URL: <http://www.concourt.am>

Сдано в набор 10.06. 2007 г.
Подписано к печати 25.06. 2007 г.

Печ. л. 9,25

Бумага офсетная

Печать офсетная

Формат 60x84 1/16

Тираж 750 экз.

Статьи вестника "Конституционное
правосудие" публикуются
в авторской редакции

Вестник включен в список принятых
Высшей аттестационной комиссией
журналов для публикаций результатов
докторских диссертаций

Зарегистрирован коллегией
N 8/22 Министерства юстиции РА
27 февраля 1998г.